

Saneamento básico e insegurança jurídica: comentários à Medida Provisória 844/2018

Rodrigo Pagani de Souza¹
Advogado

Tiago Cripa Alvim²
Advogado

Introdução

Objeto deste estudo, a Medida Provisória nº 844, de 6 de julho de 2018 (MP 844/2018 ou MP), alterou a Lei do Saneamento Básico (um apelido oficial da Lei Federal nº 11.445/2007, que “[e]stabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico...”),³ a lei que cria e cuida da Agência Nacional de Águas – ANA (Lei Federal nº 9.984, de 17 de julho de 2000) e também o diploma que cuida de seu quadro de pessoal (Lei Federal nº 10.768, de 19 de novembro de 2003). Em sua ementa, a MP declara seu objetivo de atualizar o marco legal do saneamento básico.

Duas observações relevantes. Primeiro, não comentaremos todos os dispositivos da MP, mas aqueles nos quais detectamos problemas tais que, à primeira vista, chamaram a nossa atenção e mereceram pronta análise.

Segundo, a MP 844/2018 teve sua vigência de 09/07/2018 a 19/11/2018,⁴ tendo caducado sem aprovação do Congresso brasileiro. Pouco depois, o Executivo Federal editou outra Medida Provisória sobre o mesmo tema: a de nº 868, de 27 de dezembro de 2018, publicada no Diário Oficial da União no dia seguinte, último dia útil, de verdade, do ano e do mandato de Michel Temer. Assim, este texto deve ser lido considerando o impacto que a MP 844/2018 causou nos autores ao se quedarem diante do então recente texto normativo, tal como editado. Nosso intuito foi o de registrar o impacto da medida no momento de sua vigência, alertando para problemas a nós evidentes desde logo. Com isso, se não contribuirmos para o *saneamento* desses problemas, ao menos ficamos esperançosos de que a “fotografia histórica” possa servir de ponte para novos estudos sobre a MP seguinte e, quiçá, sobre o marco consolidado.

Nessa linha de foco naquilo que nos pareceu desde logo problemático, os comentários aqui alinhados estruturam-se, primeiro (vide item 1), em breve apontamento dos propósitos declarados da MP em sua exposição de motivos e os problemas detectados (tanto no diagnóstico que os anima quanto nas soluções efetivamente previstas). Na sequência,

¹ Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP.

² Mestre em Direito Público pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Consultor da UNCITRAL-ONU para concessões e PPPs.

³ Encontra-se a expressão em página do Executivo Federal: *Lei do Saneamento Básico garante direitos aos usuários de serviços de água e esgoto*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/04/lei-do-saneamento-basico-garante-direitos-aos-usuarios-de-servicos-de-agua-e-esgoto>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁴ O que pode se verificar no Diário do Congresso Nacional de 22/11/2018. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=2&datDiario=22/11/2018&paginaDireta=00740>. Acesso em: 17 jan. 2019.

passamos a elucidar cada um dos problemas que pudemos identificar (itens 2 a 5), para então concluirmos.

1. Objetivos da medida provisória e problemas centrais no seu conteúdo

Na Exposição de Motivos – EM que acompanha a MP, narram-se problemas afetos ao saneamento básico,⁵ notadamente à coleta de esgotos e ao manejo de resíduos sólidos.

Aponta-se na mesma exposição de motivos que, sendo os municípios os titulares dos serviços públicos de saneamento básico (e o teor da MP admite, ainda, que o seja o Distrito Federal), há “grande variabilidade de regras regulatórias”, tendo isso se mostrado “um obstáculo ao desenvolvimento do setor e à universalização dos serviços”. Indica-se, então, que a MP objetiva: i) *garantir maior segurança jurídica aos investimentos no setor de saneamento básico*; ii) *aperfeiçoar a legislação de gestão dos recursos hídricos e a de saneamento básico*; e iii) *aprimorar a articulação entre as políticas públicas dessas duas áreas*.

A MP também atribui à ANA *competência para elaborar normas nacionais de referência regulatória para o setor de saneamento básico, que servirão como balizadores das melhores práticas para os normativos dos diferentes reguladores de saneamento básico*. Declara também que intenta coordenar e racionalizar as ações federais no setor, essencialmente no planejamento das ações e na oferta de linhas de crédito para financiamento, tendo a necessidade de coordenação⁶ levado à criação do Comitê Interministerial de Saneamento Básico – Cisb.

Ademais, a MP pretende, segundo sua exposição de motivos, adequar as *regras de consórcios públicos ao setor de saneamento*, a partir do diagnóstico de que a dispensa de licitação para a contratação das empresas estaduais de saneamento tem sido fator responsável pela redução da concorrência no setor.

Objetiva a MP, ainda, ampliar os serviços de saneamento em assentamentos urbanos irregulares. Por fim, permite à ANA a contratação de servidores para o cumprimento de suas novas atribuições.

Quais os problemas detectados, seja nos diagnósticos que animam a MP, segundo sua exposição de motivos, seja naquilo que propriamente ela dispõe?

O fio condutor das alterações na legislação brasileira sobre saneamento básico, agora mirando-se efetivamente o corpo de MP para além do que se afirma na sua justificativa oficial, parece ter sido o interesse – legítimo, juridicamente tutelado – de promover mais investimentos privados no setor.

Porém, o veículo eleito, a medida provisória, é manifestamente inadequado.⁷ É verdade que os pressupostos da “relevância e urgência” para a edição de medidas

⁵ Saneamento básico, relembramos, conforme disposto na Lei de Saneamento Básico (art. 2º, I e alíneas), é o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

⁶ Como apontado na própria exposição de motivos, o Tribunal de Contas da União, no seu Acórdão nº 3.180/2016 – Pleno, referente ao TC 017.507/2015-5, indicou tal deficiência. Disponível em: <https://bit.ly/2v6RlFW>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁷ Embora não concorde conosco o Congresso Nacional, a Comissão Mista destinada a examinar a MP 844/2018 concluiu pela “constitucionalidade, juridicidade, regimentalidade e técnica legislativa da matéria”. Disponível em: <https://bit.ly/2UflibT>. Acesso em: 17 jan. 2019.

provisórias com força de lei, a teor do art. 62 da Constituição Federal, há muito não têm servido de anteparo suficiente contra atos desestabilizadores da segurança jurídica em setores regulados. Mas o caso aqui é emblemático. Cuida-se, o saneamento básico, de setor regulado que afeta sobremaneira a população, com reflexos diretos sobre a saúde pública e que movimentava mercado bilionário de prestadores. A medida provisória, por definição baixada unilateralmente pela Chefia do Executivo, com força de lei, sem prévia discussão com a sociedade e amplo espectro de agentes econômicos setoriais, a pretexto de supostamente “atualizar” o marco legal de referência, ganha nesse contexto um tom de excesso ainda mais forte, especialmente quando reduz a viabilidade de parcerias público-públicas (entre entes da federação) em setor no qual estas têm sido bastante presentes.

A falta de ampla discussão com a sociedade faz-se nítida e danosa, à medida que falta à MP o equilíbrio dos diplomas bem debatidos (a exemplo do processo pelo qual passaram o PLS 219/2006 e o PL 7.361/2006 até a promulgação da Lei Federal nº 11.445/2007). Deveras, conforme procuraremos demonstrar, nalguns pontos da MP 844/2018 a defesa de interesses privados sobejou, em detrimento até mesmo da autoridade de entes públicos.

Também se mostra claro que seria necessário melhor articular os setores de saneamento básico e de gestão de recursos hídricos como preconiza sua exposição de motivos,⁸ mas, ainda assim, este legítimo anseio parece ter sido lembrado mais como um pretexto para promover o avanço normativo da União – ou de autarquia federal – sobre o temário do saneamento do que, propriamente, para ser enfrentado com afincos desde logo. Confiar à ANA a edição de “normas de referência nacionais” sobre saneamento básico tem cabimento, à luz da Constituição, se as referências a serem produzidas não violarem as atribuições dos entes titulares dos serviços públicos. A expressão “normas”, contudo, confunde, pois dá aparência de normatividade, isto é, de obrigatoriedade, justamente àquilo que não é nem pode ser obrigatório.

Demais disso, o diploma busca seu objetivo – o incremento da participação privada no mercado – à custa de violação da distribuição constitucional de competências em matéria de saneamento (com menoscabo aos limites da atuação legislativa da União e às situações de titularidade estadual dos serviços) e da negação do princípio da autoridade pública.

São estes, enfim, os problemas e desafios que enfocaremos aqui: veículo inadequado à luz dos pressupostos constitucionais para sua utilização; “normas de referência nacionais” que, apesar da denominação, não são normas, mas meras recomendações e precisam ser entendidas e praticadas como tais; descabimento de definição de titularidades de serviços de saneamento básico pela União, aqui já havendo uma inconstitucionalidade material de normas da MP, que ainda menospreza situações de titularidade estadual; e atentado ao princípio da autoridade pública, com inauguração de modelo de reserva de mercado de concessões de saneamento em favor da iniciativa privada.

⁸ O que, à exceção do previsto no § 11 do novo art. 4º – incluído na Lei da ANA – segundo o qual “A ANA contribuirá para a articulação entre o Plano Nacional de Saneamento Básico, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos e a Política Nacional de Recursos Hídricos –, não se deu propriamente na MP 844/2018.

2. Medida provisória: veículo inadequado para alterações pretendidas no marco legal

Não nos parecem atendidos, no caso, os pressupostos constitucionais para a utilização do instrumento da medida provisória. A Constituição, como é cediço, exige relevância e urgência para a edição de uma medida provisória, com força de lei, pelo Chefe do Executivo. Ao pretender justificar o atendimento à exigência constitucional, a exposição de motivos que acompanhou a MP assim concluiu:

Exposição de Motivos da MP 844/2018

[...] fica explícita na proposta a relevância do tema para o país e a sua urgência caracterizada pela imperiosa necessidade de maiores investimentos nesse setor, garantindo maior qualidade de vida e saúde à população brasileira.

Ninguém, com olhos atentos à realidade brasileira, duvidará que saneamento básico é tema relevante para o país e que maiores investimentos nesse setor são urgentes. É questionável, porém, a aptidão de algumas das específicas medidas propostas, tal a insegurança jurídica que geram, para desencadear alguma melhoria nas condições de saneamento no Brasil. As medidas em referência e a insegurança jurídica impingida pela medida provisória serão objeto de tratamento específico nestes comentários.

Antes, porém, importa observar o modo desconcertantemente antidemocrático com que mudanças fundamentais no setor vêm introduzidas no ordenamento jurídico. Para percebê-lo, basta lembrar o amplo debate havido no Congresso Nacional por ocasião da discussão e aprovação do atual marco legal do saneamento básico, a Lei federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. “Atualizá-lo” por medida provisória,⁹ ignorando consensos então formados e incorrendo em vícios que o debate democrático soube expurgar de propostas iniciais – tais quais o de a União arvorar-se a ditar quem é titular, ou não, dos serviços públicos de saneamento, como se tivesse competência constitucional para tanto – é por si só um fator de insegurança. Os que creem em marcos legais estáveis, democraticamente aprovados e decantados, passam a temer agora, com justa razão, alterações abruptas, introduzidas sem debate com a sociedade por medida provisória.¹⁰

Curiosamente – inusitadamente até – se poderá alegar, em defesa da Medida Provisória 844/2018, que, desta vez, se tentou evitar a abrupta mudança ínsita a medidas da espécie com a previsão de que, quanto a uma parte dela – a que inclui o art. 10-A na Lei 11.445/2007 – não haverá vigência imediata, mas apenas três anos após a data de sua publicação. Isso mesmo, três anos após a data de publicação da medida provisória.¹¹

⁹ Como já apontado, a ementa da MP prenuncia que tal normativa “atualiza” o marco legal do saneamento básico. Ademais, no corpo da exposição de motivos que acompanha a MP declara-se que as alterações por ela promovidas nas Leis 9.984/2000 e 11.445/2007 têm o “[...] objetivo de garantir maior segurança jurídica aos investimentos no setor de saneamento básico e aperfeiçoar a legislação de gestão de recursos hídricos e a de saneamento básico, assim como a interação entre as políticas públicas dessas duas áreas”.

¹⁰ Infelizmente, noutros setores regulados – como o de energia elétrica –, supostos aperfeiçoamentos legislativos via medidas provisórias já foram tentados no passado e, deles, resultaram, ao invés de regimes aperfeiçoados, insegurança jurídica profunda e generalizada, inclusive desestabilizadora de contratos firmados antes da vigência daquelas medidas provisórias.

¹¹ É isso mesmo, por inusitado que pareça, dispõe o art. 8º da Medida Provisória 844/2018: “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 II – quanto aos demais dispositivos, na data de sua publicação”.

Mas a previsão de *vacatio legis* em medida provisória suscita naturalmente dúvidas quanto à constitucionalidade formal da medida, pois a Constituição exige caráter de urgência para que atos normativos do gênero sejam editados. Ora, se o que nela está posto pode esperar três anos para começar a vigorar, tem mesmo o caráter de urgência exigido pela Constituição?

Na exposição de motivos, nenhuma palavra é dedicada a justificar tamanha extravagância na interpretação do pressuposto constitucional da urgência para que o Chefe do Executivo possa baixar medidas com força de lei em caráter provisório. Compreensível até que nada se diga, porque seria talvez impossível justificar. Mas os cidadãos não são obrigados a conviver com o menosprezo à Constituição. Ainda que se possa compreender que o juízo final quanto à presença dos requisitos da relevância e da urgência para a edição de medidas provisórias abriga-se na esfera de competências discricionárias do Chefe do Executivo, como já declarou o Supremo Tribunal Federal, tal discricionariedade não pode desvirtuar-se em arbitrariedade. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, aliás, hoje é bastante clara em sintetizar o repúdio do ordenamento jurídico brasileiro a decisões plasmadas unicamente em fórmulas abstratas, ocas, desconectadas da demonstração de uma séria avaliação de seus efeitos e pressupostos reais¹²:

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com alterações introduzidas pela Lei 13.655/2018

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” (grifo nosso).

Naturalmente, portanto, seria desejável alguma justificativa quanto à decisão de baixar medida com força de lei, por dizê-la urgente, mas com previsão de que é necessário aguardar três anos para que comece a vigorar. Nenhuma palavra, entretanto, é apresentada quanto a esse ponto na exposição de motivos da MP 844/2018, frise-se.

Ainda que se concedesse ser possível superar este óbice, por alguma desconhecida justificativa ofertada a destempo – alegar-se-á que havia urgência em se alertar desde então os agentes econômicos é dizer, desde a edição da medida provisória, sem esperar um dia a mais sequer, para irem se preparando para a mudança que sobreviria dali a três anos...? –, dúvida mais palmar de interpretação permaneceria. Nos termos da Constituição, as medidas provisórias, em regra, perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 60 dias, prorrogável uma vez por igual período (conforme § 3º do art. 63). Esse prazo contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante o período de recesso do Congresso Nacional (consoante § 4º do mesmo art. 63). Sendo assim, não ocorrendo motivo para a suspensão do seu prazo de

¹² A aplicabilidade do preceito da LINDB à edição de medidas provisórias pelo Chefe do Executivo é passível de discussão, visto que, embora se trate de atividade da “esfera administrativa” – em campo hoje muito marcante da administração pública brasileira, que é o da edição de atos normativos –, é inegável tratar-se também de atividade excepcional, porquanto consistente na edição de atos *com força de lei*. De todo modo, sem pretendermos adotar aqui qualquer posição específica quanto à aplicabilidade, ou não, da LINDB ao caso, o lembrete do que nela se dispõe é apenas para registrar que, em norma inaugural de nosso ordenamento jurídico, dirigida a seus intérpretes e aplicadores – esta do referido art. 20 – está repudiada de um modo geral a invocação de fórmulas jurídicas abstratas sem a dúvida, explicação ou detalhamento da subsunção dos fatos a tais fórmulas. Nesta linha de raciocínio, a “relevância e urgência” de uma medida não se explica por si só, mas deve ser esclarecida.

vigência, a medida provisória é instrumento concebido constitucionalmente para vigorar por 60 dias, prorrogáveis por mais 60, o que totalizaria 120 dias de vigência. Caso convertida em lei, mediante apreciação e efetiva aprovação pelo Congresso Nacional, restaria então a dúvida: a partir de quando se contaria o prazo nela consignado para a *vacatio legis* de 3 anos – da data de sua publicação enquanto medida provisória ou, então, da publicação da lei fruto da sua conversão?

Fato é que o pressuposto da urgência não parece estar presente para justificar tudo o que se contém na medida provisória. Isto fica evidente quanto ao art. 10-A, que pretende mudar radicalmente o perfil setorial – com a substituição de parcerias público-públicas, interfederativas, por parcerias público-privadas, bastando que haja ao menos um interessado no setor privado para que se lhe abra o mercado à disputa, como se verá neste estudo –, sem que se tenha feito ampla e prévia discussão com a sociedade. Ainda noutras palavras: para além não ter sido debatida democraticamente – e quiçá justamente por não ter sido assim debatida –, a medida é problemática no seu mérito, no ponto em que esvazia o papel da autoridade pública nos processos decisórios quanto à melhor forma de prestar os serviços de saneamento à população.

Pode ser também que essa falta de submissão ao amplo debate tenha ensejado uma medida provisória eivada do vício da usurpação de competências de outros entes da federação. A respeito da temática das competências constitucionais e a MP, dedicamos os próximos dois itens.

3. “Normas de referência nacionais”: meras recomendações que não devem servir à vulneração de competências constitucionais

Parte significativa da MP cuida da alteração da Lei da Agência Nacional de Águas: sua ementa (que agora anuncia que o diploma atribui à ANA a produção de diretrizes para a *regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico*) e onze artigos são alterados ou criados dentro do objetivo declarado na EM de coordenar e racionalizar as ações federais no setor;v essencialmente, o planejamento das ações.

Logo no início da MP encontra-se que à ANA foi atribuída a competência de – visto que é responsável por – instituir *normas de referência nacionais*.

A primeira pergunta, e que nos parece ser das mais relevantes, surge: o que seriam, afinal, essas *normas de referência nacionais*? Sabemos que integram o ordenamento jurídico, de forma simplificada, normas extraíveis das Constituições, das leis – complementares, ordinárias, delegadas e decretos legislativos –, dos regulamentos e demais atos normativos infralegais. Todas com algum grau de força cogente, próprio das normas jurídicas. Onde estariam, contudo, as tais *normas de referência nacionais*? A rigor, quer nos parecer que estas não podem ser consideradas normas *jurídicas* – com a força cogente que lhes é exclusiva –, mas, isto sim, *recomendações*, textos que carregam orientações, indicativos de boas práticas, por vezes com feições de manual ou cartilha.¹³ São atos “de

¹³ Sobre a edição de normas sem conteúdo normativo, vale conferir a posição de Bertrand Mathieu em curto trabalho monográfico sobre características da lei, no qual indica que duas das patologias atuais se enquadram no gênero “leis não legislativas”. A construção doutrinária se aplica ao caso apresentado: seriam “regulamentos não regulamentares”. Cf. JESTAZ, Philippe. *La loi: connaissance du droit*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2016. título II, capítulo I, seção 1, 2ª parte.

racionalização e de facilitação da ação administrativa”,¹⁴ com ares de *soft law*, que não obrigam seus destinatários, tendo apenas o potencial de induzir-lhes o comportamento¹⁵ – em resumo, um direito sem dentes, mas influente.¹⁶

A que título uma autarquia federal poderia editá-las? Não se verifica, na Constituição Federal, competência da União para legislar sobre saneamento básico.¹⁷ O que há é sua competência material exclusiva para, nos termos do inciso XX do art. 21, “*instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive [...] saneamento básico [...]*”.¹⁸ Parece que o termo constitucional (as *diretrizes*), ganhou, na MP 844/2018, expressão que buscou lhe explicar e, ao mesmo tempo, equivaler: são as *normas de referência nacionais*.¹⁹

Assim, diante do teor do art. 21, XX, da Constituição Federal, verificamos que a constitucionalidade material do diploma federal no que toca a esse ponto possui relação direta com a produção normativa futura da ANA e com o emprego que seja dado a tais diretrizes.

É dizer, o dispositivo veiculado pela Medida Provisória só pode ser tido como constitucional se as denominadas *normas de referência nacional* forem entendidas como indicativas aos entes federativos aos quais se destina. O não atendimento das balizas dadas pela agência federal não poderá ser tido como descumprimento – visto que não há nada a cumprir, a rigor – e tal ação não poderá ser censurada sob a ótica jurídica. Embora, pelo texto da MP, tenhamos sinais de que a ANA vá produzir conteúdo com *aparência* de norma, sua cogência será nula, um conteúdo equiparável ao de cartilhas meramente recomendatórias.

É caso típico, pois, de constitucionalidade não evidente, mas de *constitucionalidade possível*, mediante *interpretação conforme a Constituição* – opção a ser adotada pelos intérpretes e aplicadores, em regra, quando a hermenêutica permitir, com vistas à manutenção da norma no sistema. Juridicamente, portanto, o incremento da produção federal de diretrizes para o saneamento básico, no contexto do desenvolvimento urbano, não é problemático. Há amparo constitucional para tanto (no art. 21, XX, como assinalado).

¹⁴ A propósito das *directives* no direito francês (não no direito da União Europeia), ver CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Tome 1. Paris: Montchrestien, 2001. p. 519.

¹⁵ Gustavo Binembom dá como exemplos de *soft law* as recomendações, lista de princípios gerais e, mais aderente ao caso deste artigo, as *guidelines*. (*Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 315.).

¹⁶ Como geralmente é vista e sentida a parte do Direito Internacional não internalizada. É o que se depreende, por exemplo, de HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999. p. 17.

¹⁷ Em campo conexo, o art. 22, IV, outorga à União a competência privativa para legislar sobre águas; prescrever sobre águas (sua gestão, prioridades de destinação, etc.), contudo, não prescrever sobre serviços de saneamento básico (mesmo sendo a água um insumo para a prestação destes serviços).

¹⁸ Ainda sobre saneamento na Constituição brasileira: dispondo, em complemento, sobre as competências materiais comuns, determina a CF, no seu art. 23, IX, que União, estados, Distrito Federal e municípios promovam a *melhoria das condições de saneamento básico*.

¹⁹ Dada a menção feita à doutrina estrangeira, vale colocar, em complemento à delimitação semântica proposta, que a *diretiva* aposta que encontramos no art. 21 da Constituição não possui relação doutrinária ou semântica com as diretivas encontradas no Direito da União Europeia, sistema dentro do qual texto com essa nomenclatura é, efetivamente, uma norma – nesse universo, diretiva é “um ato legislativo que fixa um objetivo geral que todos os países da UE devem alcançar”. Disponível em: https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_pt. Acesso em: 13 ago. 2018.

Há problema, contudo – e aqui vale enfatizar –, com o uso da expressão “normas de referência nacionais”, visto que *normas* não são, mas meras recomendações, diretrizes, sem força cogente.

É, portanto, desejável que, caso venha a ser aprovada a medida provisória e convertida em lei, esta esteja expurgada da expressão “normas” de referência, utilizando-se em seu lugar outras mais precisas, talvez “recomendações nacionais” ou “diretrizes de referência nacionais”. Permitir confusão a intérpretes e aplicadores ao se dar aparência de normatividade às referências, já na sua denominação, só gerará insegurança jurídica – ou seja, o contrário do pretendido pela MP.

Para além da recomendável adequação de nomenclatura, alertamos para a necessidade de que o avanço federal via instituição de diretrizes, no intuito de incrementar a padronização regulatória em matéria de saneamento básico, não seja feito em detrimento, ou com menosprezo, do papel dos estados-membros da federação. Estes, responsáveis sob a Constituição de 1988 pela criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões formadas por municípios limítrofes, para a tarefa primordial de integrar as funções públicas de interesse comum (tudo nos termos do § 3º do art. 25), são os principais responsáveis pela integração e padronização almejadas. E os serviços públicos de saneamento básico são geralmente reconhecidos nas regiões metropolitanas e áreas afins na dicção de inúmeras leis complementares estaduais.

O preço de esvaziar o papel dos estados no cumprimento desta importante tarefa, que lhes foi constitucionalmente confiada – e não mais à União, como ocorria sob a carta outorgada de 1967 –, é ter de concentrar o esforço de padronização, agora, na União, isto é, exatamente na esfera federativa à qual cabe estabelecer meras referências sem força cogente.

O objetivo de maior padronização regulatória é compreensível. Seus potenciais efeitos benéficos para os investimentos, à medida que promovam a previsibilidade das regras, são também desde logo compreensíveis. O que não se deve admitir é que os estados nada possam ditar nas regiões metropolitanas e congêneres para além da sua simples criação, via leis complementares estaduais. Tampouco devemos admitir a negação da possibilidade de haver titularidade estadual dos serviços públicos de saneamento, inclusive fora de regiões metropolitanas, quando predominar o interesse regional. Os §§ 1º e 3º da Constituição Federal prestam-se a mais do que reservar aos estados o papel de meros criadores de regiões metropolitanas nas quais, ulteriormente, não exercerão nenhuma competência exclusiva (a esse respeito, vide comentários específicos mais adiante).

Como, todavia, o problema da falta de padronização é real e persiste, de um lado; e o regime jurídico das regiões metropolitanas permanece indefinido ou insatisfatório no país, de outro; resta, para o enfrentamento do problema, instituir meras diretrizes em âmbito federal. Poderíamos, entretanto, contar com muito mais do que isso, estivesse a Constituição Federal sendo melhor compreendida e cumprida no capítulo atinente às competências estaduais para as funções públicas de interesse comum nas regiões metropolitanas e afins e, ainda, no que tange às competências residuais dos estados (acionáveis, por exemplo, quando não mais configurado o predominante interesse local a justificar titularidade municipal em matéria de serviços públicos de saneamento).

Outro alerta merece ser feito quanto ao uso das referências nacionais a serem dadas pela ANA em matéria de saneamento básico. Como dito, embora não venham a ser normas jurídicas propriamente ditas, tais referências terão, por certo, influência. Afinal, o que

se almeja é justamente esta influência: a adoção voluntária, por outros entes da federação, das referências nacionais, o que promoverá, paulatinamente, a maior uniformidade regulatória desejada para o setor. Mas teremos problemas caso a adoção dessas “normas de referência nacionais” seja instrumento de coação pela União. E isto poderá ocorrer – parece até bastante provável que aconteça, apesar de não declarado na MP ou em sua exposição de motivos – caso a disponibilização de transferências de recursos federais aos demais entes de federação venha condicionada à adoção, por esses entes, das “normas de referência nacionais”. Argumentar-se-á que a União nada mais estará fazendo, nessas situações, do que utilizando o seu “*spending power*”, ou poder que acompanha o seu ato de gastar, isto é, transferir recursos para investimentos em saneamento nos estados, municípios e Distrito Federal. O contra-argumento, porém, também será forte: poderá esse poder de gasto federal ser utilizado para constranger, inviabilizar mesmo, alternativas de organização dos serviços de saneamento que, na visão dos titulares, seriam mais adequadas do que as “recomendadas” pela União? Em suma, vincular o acesso a recursos federais à observância dos ditames de referência nacional poderá ser compreendido e sentido, na prática, como imposição daqueles ditames – justamente o que não cabe à União fazer. Até mesmo porque não se valer dos recursos federais poderá não ser uma opção real para muitos municípios ou mesmo estados da federação, caso pretendam efetivamente investir em saneamento em contexto de crise fiscal. Donde o dilema: só lhes restará curvar-se às “recomendações”, sem resistência, da agência federal?

O tema é complexo e quiçá esta influência seja a alternativa que resta ao país em contexto de esvaziamento jurídico do papel dos estados, no qual avulta em importância um papel uniformizador federal (e não estamos aqui a justificar esse esvaziamento e, sim, a combatê-lo, mas antes, de todo modo, reconhecemos que é preciso constatá-lo). Apesar de sua complexidade, é preciso perceber e antecipar a discussão do movimento que se inicia com o estabelecimento daquilo que, na própria exposição de motivos da MP, é tido como mecanismo meramente recomendatório. Terá mesmo este caráter não cogente na prática?

4. Definição de titularidades que não cabe à União, ainda mais com exclusão das possíveis situações de titularidade estadual

Arvora-se a União, na medida provisória, a ditar que titulares dos serviços públicos de saneamento básico são municípios e Distrito Federal, como se estados também não pudessem sê-lo. Nesse sentido, a MP inclui o art. 8º-A na Lei 11.445/2007, com o seguinte teor:

Lei 11.445/2007, conforme alterada pela MP 844/2018

Art. 8º-A. Os municípios e o Distrito Federal são os titulares dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 1º. O exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico pelos municípios e pelo Distrito Federal fica restrito às suas áreas geográficas.

§ 2º. Na hipótese de interesse comum, o exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico será realizado por meio:

I – de colegiado interfederativo formado a partir da instituição de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; ou

II – de instrumentos de gestão associada, por meio de consórcios públicos ou de convênios de cooperação, nos termos estabelecidos no art. 241 da Constituição.

§ 3º. Na hipótese prevista no inciso I do § 2º, o exercício da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico observará o disposto na Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015.

§ 4º. O exercício da titularidade na forma prevista no § 2º poderá ter como objeto a prestação conjunta de uma ou mais atividades previstas no inciso I do caput do art. 2º.

§ 5º. Os serviços públicos de saneamento básico nas regiões metropolitanas, nas aglomerações urbanas e nas microrregiões serão fiscalizados e regulados por entidade reguladora estadual, distrital, regional ou intermunicipal, que observará os princípios estabelecidos no art. 21.

Há vários problemas neste preceito normativo que o fazem, inclusive, eivado de vícios de inconstitucionalidade.

Em primeiro lugar, não compete à União, a pretexto de “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive [...] saneamento básico” (nos termos do art. 21, XX, da Constituição), definir a titularidade a respeito dos serviços. Esta conclusão esteve muito clara a todos os envolvidos, ou que puderam acompanhar, o processo que culminou com a edição da Lei 11.445/2007, sabendo-se que foram expurgados das propostas originais quaisquer preceitos que definissem titularidades. E isto, simplesmente porque carecia, como hoje ainda carece a União, de competência constitucional para tal definição. A titularidade sobre serviços públicos de saneamento básico extrai-se por interpretação e aplicação da Constituição Federal, sem uma necessária intermediação legislativa da União, a quem só cabe definir diretrizes.

Em segundo lugar, o preceito, para além de definir o que não compete à União definir, o faz com nítida exclusão de competências estaduais. Na Constituição, fica declarado que “os municípios e o Distrito Federal são os titulares...”; porém, e os estados? Também não podem ser titulares de serviços públicos de saneamento básico? Pensamos que podem, sê-lo nalgumas situações.

A esse respeito, um dos subscritores destes comentários já teve a oportunidade de se manifestar:

A constituição não o reserva [o serviço público de saneamento básico], explicitamente, a ente [da federação] algum. A resposta acerca da sua titularidade em cada caso concreto, portanto, não se extrai de um cometimento constitucional explícito, mas, sim, da aferição do interesse predominante em cada caso concreto: se local ou regional. Quando predominar o interesse local, o serviço será inequivocamente municipal. Quando, entretanto, predominar o interesse regional, não será possível reputá-lo como da competência exclusiva de um município; o serviço público de saneamento de interesse predominantemente regional poderá ser explorado pelo estado, ou ainda, por vários municípios em conjunto, ou até mesmo pelos municípios em colaboração com o estado. A titularidade sobre o serviço público de saneamento básico, em suma, define-se a partir da aferição do interesse predominante em cada caso concreto.

Não é difícil percebê-lo a partir do exame do Texto Constitucional. Como se sabe, nele são enumeradas as competências exclusivas da União em matéria de serviços públicos, sobretudo no art. 21; também são arroladas as dos municípios, notadamente no art. 30; e, finalmente, ficam com os estados as competências remanescentes, nos termos do art. 25, § 1º. Como o saneamento básico não é cometido com exclusividade à União, restaria saber se ele é cometido aos municípios ou aos estados. Entra em linha de consideração, então, a fórmula abrangente do art. 30, V, segundo a qual são da alçada dos municípios os 'serviços públicos de interesse local'. Daí a pergunta a ser feita em cada caso concreto: o serviço de saneamento, neste caso, é de interesse predominantemente local? Se for, tal serviço será da alçada municipal; por outro lado, se predominar o interesse regional, ele recairá sob a esfera de competências do estado, como uma das atribuições remanescentes que lhe são conferidas pelo art. 25, § 1º.²⁰

A viabilidade de titularidade estadual dos serviços, assim, funda-se nas competências residuais constitucionalmente reconhecidas aos estados, nos termos do art. 25, § 1º, da Constituição. O essencial, portanto, em cada caso concreto, é a predominância do interesse – não sendo fundamental, aliás, para caracterizar-se a titularidade estadual, que esteja em pauta a prestação dos serviços numa região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião instituída por lei complementar estadual.²¹ É claro que, havendo região metropolitana ou afim, a predominância do interesse regional, ao invés de um interesse meramente local nos serviços de saneamento básico, poderá estar mais fortemente caracterizada. Mas não é essencial para que os serviços estejam afetados ao estado.

Exemplo de diploma que reconhece a viabilidade de titularidade estadual dos serviços públicos de saneamento, em determinadas circunstâncias, é a lei paulista de criação da ARSESP – Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (Lei Complementar estadual nº 1.025, de 7 de dezembro de 2007).²²

Portanto, não deveria a MP, à luz da Constituição Federal, ter excluído a possibilidade, pelo seu silêncio, de o estado ser o titular de serviços públicos de saneamento básico, para além das situações em que os municípios ou o Distrito Federal o sejam (no caso dos municípios, devido à predominância do interesse local). Tal exclusão de possibilidade atenta contra o disposto no art. 25, § 1º, da Constituição, tensionando ainda com o § 3º do mesmo artigo.

Problema anterior, de qualquer sorte, foi ter pretendido a União, por meio da MP, definir e ditar quais os titulares, o que não equivale a instituir diretrizes. Pois a MP 844/2018 não apenas os definiu, nela exorbitando o ente federal de suas atribuições

²⁰ SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Convênio administrativo de delegação de serviço público de saneamento básico: regime jurídico*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 47-48.

²¹ Para conhecer outros desafios que o reconhecimento da viabilidade, em certas situações, de titularidade estadual sobre os serviços públicos de saneamento enseja, ver *op. cit.*, p. 45-56.

²² Nesta lei, o reconhecimento de serviços de “saneamento básico de titularidade estadual” encontra-se, p. ex., no art. 6º, fixador da competência da ARSESP para regulá-los, controlá-los e fiscalizá-los, assim como no art. 10, estipulador de atribuições da Agência especificamente voltadas a tais serviços. Tal reconhecimento legal dessa hipótese de titularidade – no diploma como um todo – foi questionado via ação direta de inconstitucionalidade, ainda pendente de julgamento de mérito perante o STF.

constitucionais, como o fez equivocadamente, com deliberada exclusão dos estados dentre os possíveis titulares.

A própria definição do que constitua *modo de exercício da titularidade* dos serviços públicos de saneamento básico, prevista nos §§ 1º a 4º do art. 8º-A, vai além dos limites da instituição de diretrizes dentro dos quais haveria de ter se cingido a União. E, ali, esta o fez não “apenas” exorbitando seus poderes, como também com grandes inconvenientes para a organização dos serviços a cargo dos titulares – os legítimos organizadores, com base em suas autonomias político-administrativas (nos termos do art. 18 da Constituição).

Para citarmos um exemplo: dispõe o § 4º do art. 8º-A da MP que o exercício da titularidade sob o art. 241 da Constituição Federal – é dizer, sob consórcios públicos ou convênios de cooperação – poderá ter por objeto a “prestação conjunta” de serviços de saneamento básico (isto é, a sua prestação conjunta pelos entes da federação envolvidos). Mas, se é verdade que, no caso de consórcios públicos, pode operar-se uma “prestação conjunta” (ou “gestão associada de serviços públicos”, nos dizeres do art. 241), no de convênios de cooperação cabe a transferência de encargos relacionados aos serviços de um ente da federação ao outro (também nos termos do art. 241 da Constituição). Em suma, sob os convênios de cooperação não se opera necessariamente uma “prestação conjunta”, podendo haver uma transferência. Isto se faz nos próprios termos do art. 241 da Constituição Federal, na parte em que alude à transferência de encargos.

Deveras, prestam-se hoje frequentemente os convênios de cooperação no setor de saneamento básico, e contratos de programa a eles subjacentes, a transferências da prestação de serviços de municípios a companhias estaduais de saneamento básico. A legislação paulista sobre saneamento básico, por exemplo, é firme nesse sentido, tendo sido instituída, entre outras razões, para viabilizar a atuação da companhia estadual de saneamento básico – a SABESP –, que concentra transferências do encargo de prestação de serviços que lhe foram feitas por municípios paulistas titulares dos serviços, no exercício da autonomia que lhes é reconhecida. A rigor, na típica sistemática setorial paulista, convênios de cooperação transferem a regulação e a fiscalização dos serviços de saneamento ao estado, que os confia à agência reguladora independente estadual – a ARSESP –, enquanto contratos de programa firmados sob esses convênios concedem a prestação de serviços de saneamento municipais à SABESP. Tudo ao amparo do art. 241 da Constituição, da Lei 11.445/2007 e da Lei 11.107/2005. Todavia, o novo dispositivo trazido pela Medida Provisória (§ 4º do art. 8º-A) tende a minar este bem-sucedido arcabouço normativo estadual. Diz que só caberá “prestação conjunta”.

Ficará inviabilizada a companhia estadual, portanto, de renovar contratos de programa, ou firmar outros novos com municípios? Será este um efeito da MP sobre as companhias estaduais, até porque será extremamente dificultosa a celebração de contratos de programa entre municípios e companhias estaduais uma vez instituído, como previsto, o dever de prévio chamamento público aberto ao setor privado?

Em suma, parece-nos que a União, ao colocar-se a definir o modo de exercício das titularidades sobre os serviços de saneamento básico, retira dos próprios titulares a possibilidade de fazê-lo. Exorbita, assim, da sua atribuição constitucional para a fixação de diretrizes (CF, art. 21, XX), além de violar a autonomia dos demais entes da federação (CF, art. 18).

Poder-se-á alegar, em defesa da MP neste ponto, que nele (art. 8º-A incluído na Lei 11.445/2007) pretendeu-se apenas refletir, em diploma federal, o quanto já decidido em

julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da titularidade dos serviços públicos de saneamento, notadamente nas ADI 1842-RJ.

O primeiro problema desta explicação – aqui cogitada em benefício do debate, mas não apresentada pela exposição de motivos da MP, que silenciou neste ponto fulcral – é que não compete à União tal papel definidor de titularidades e, portanto, de competências, pois, frisemos ainda uma vez, isto é mais do que lhe foi franqueado pela Constituição Federal. Suas “diretrizes” sequer estão afetas à luz da Constituição, às competências legislativas da União, visto se situarem no dispositivo (art. 21) atinente às suas competências materiais. Nem mesmo a pretexto de promover a segurança jurídica do setor, um objetivo louvável, pode a União ultrapassar os limites das suas atribuições.

É aos titulares dos serviços de saneamento que compete interpretar e aplicar as decisões do Poder Judiciário, notadamente do STF, fazendo-as refletir, se pertinente à segurança jurídica, nas suas legislações.

Em segundo lugar, os precedentes do STF, em matéria de titularidade dos serviços de saneamento básico, além de ainda gerarem dúvidas importantes quando à interpretação do seu próprio alcance, não dão conta de todas as situações em que a questão se põe. Por exemplo, na ADI 1842-RJ, versou-se sobre a titularidade dos serviços de saneamento básico em regiões metropolitanas, mas, fora delas, ao amparo do § 1º do art. 25 da Constituição Federal, poderá haver titularidade estadual?

No estado de São Paulo, é sintomática desse estado ainda de pluralidade de entendimentos a vigência da Lei da ARSESP (Lei Complementar estadual nº 1.025/2007) e dos já mencionados dispositivos que reconhecem a viabilidade de titularidade estadual de serviços públicos de saneamento básico. O STF ainda não julgou o mérito da ADI 4028-SP, que questiona a constitucionalidade desta lei complementar paulista exatamente em matéria de titularidade estadual.²³ Ademais, como é cediço, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também já defendeu a possibilidade de titularidade estadual de serviços, no caso da cidade de São Paulo. Em suma, o quadro jurisprudencial ainda não está definido por completo, a ponto de poder-se descartar, pura e simplesmente, a hipótese de uma titularidade estadual de serviços públicos de saneamento. Ao contrário: é Direito vigente, no estado de São Paulo, o reconhecimento desta titularidade em determinadas circunstâncias, por meio de expressas disposições da mencionada lei complementar paulista.

Imprudente, portanto, e causador de insegurança jurídica, é a União exorbitar de suas atribuições de instituição de diretrizes nacionais para negar titularidade nas situações em que titulares, como o estado de São Paulo, a afirmaram.

De todo modo, resta por ser esclarecida a fundamentação para os preceitos estipuladores de titularidade do novo art. 8º-A, incluído na Lei 11.445/2007, acerca dos quais silenciou a exposição de motivos da MP e sobre quais, lamentamos, não houve oportunidade de debate parlamentar prévio.

5. Criação de reserva de mercado de concessões ao setor privado, em detrimento da autonomia dos entes da federação e do princípio da autoridade pública

A MP inclui, na Lei 11.445/2007, o art. 10-A, que tem o seguinte teor:

²³ Tendo a Procuradoria-Geral da República, no caso, opinado pela improcedência da ação.

Lei 11.445/2007, com artigo incluído pela MP 844/2018

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 à 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. Não 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 de controle acionário de companhia estatal prestadora de serviços públicos de saneamento básico ou de delegação de seus serviços à iniciativa privada.

O artigo e seus vários preceitos representam um nítido esforço de se evitar que, ao fim e ao cabo, titulares dos serviços públicos de saneamento concedam tais serviços à prestação por uma entidade parceira que seja pública, estatal. Afinal, ele institui o tal dever de “chamamento público” de tal maneira que, na hipótese de uma única eventual interessada do setor privado erguer a voz e manifestar-se interessada, ficará o titular

obrigado a abrir licitação para franquear a oportunidade de negócio à disputa pela iniciativa privada, afastando-se, pois, o caminho, que de outro modo restaria legítimo, da contratação direta de parceria público-pública.

Notável nesta solução – que não consegue mascarar o intento de abrir frentes de negócio à iniciativa privada – é não somente a circunstância de ela praticamente retirar da autoridade pública o poder de se decidir por uma parceria público-pública em lugar de uma público-privada. Deveras, não “apenas” isto é subtraído da esfera decisória do gestor público (e se trata mesmo de indisfarçável subtração, pois basta uma voz em contrário, inclusive de fora do setor público, para que lhe fique sonogada a possibilidade de encaminhar o processo no sentido de uma parceria público-pública); também lhe é subtraído o poder de planejar a parceria sem a precipitada ingerência de agentes do setor privado.

Deveras, a oitiva do setor privado na formatação de projetos de infraestrutura é valorosa para a democracia participativa, sem dúvidas; mas não à custa de suprimir a autoridade de quem, no fim do dia, arca com a responsabilidade de decidir – e este alguém é o gestor público, com a autorização da lei, revestido da autoridade do estado (e da altíssima responsabilidade que acompanha tal investidura, frisemos). Realmente, nenhuma lei sobre contratações públicas, mesmo em matéria de concessões, foi tão longe quanto a medida provisória em comento ao ponto de *exigir* do gestor público, como verdadeiro dever jurídico, uma coleta de manifestações do setor privado para formatar contratos. Os chamados “procedimentos de manifestação de interesse”, instituídos com supedâneo no art. 21 da Lei 8.987/1995 ou mesmo com base na Lei 11.079/2004 – para ficarmos apenas com os exemplos das leis federais –, não são de instauração obrigatória, mas facultativa. Servem às situações em que o gestor público decida, porque entende fazer sentido nos casos específicos, colher subsídios de agentes do mercado, ou da academia, de especialistas, entre outros, para a formatação de um modelo de contrato ainda em fase preliminar, de concepção, muito anterior à sua oferta à disputa pelos eventuais interessados em executá-lo mediante licitação pública. Prudentemente, as leis não obrigam a administração pública a essa coleta de subsídios em fase tão preliminar. Respeitam, assim, o princípio da autoridade pública e a discricionariedade do gestor público.

Obrigações de oitiva existem, isto sim, quando o modelo de contratação já está em fase de concepção mais madura, mostrando-se oportuna e adequada a sua submissão a consultas ou audiências públicas (como ocorre com as minutas de edital e contrato de parceria público-privada em sentido estrito, que devem ser obrigatoriamente submetidas à consulta pública, a teor do art. 10, VI, da Lei 11.079/2004). A MP em comento, no entanto, vai além, sonogando do gestor, precipitadamente, a competência para decidir se, e quando, é tempo, ou não, de colher subsídios do setor privado para a formatação preliminar de modelo de parceria no saneamento.

Em suma: a MP obriga-o a colher subsídios do setor privado, mediante impositiva publicação de “edital de chamamento público” para coleta de manifestações de interesse privado (ainda que avalie, com boas razões, que isto não seria conveniente nem oportuno); e obriga-o, caso a precipitada ingerência resulte em singela “manifestação de interesse” de um único *player*, que abra processo licitatório. A autoridade pública e sua importante discricionariedade são, desse modo, duplamente violadas, ficando a

administração pública refém do impulso ou da agenda ditados pelo interesse particularístico de um único agente do setor privado na área de saneamento.²⁴

Esta medida, que equivale à verdadeira captura do poder decisório estatal pela iniciativa privada, é explicada, na exposição de motivos da medida provisória, por um certo diagnóstico de que “a dispensa de licitação para a celebração de contratos de programa reduziu em demasiado a concorrência no setor de saneamento básico [...]”. Por isso, a medida provisória teria pretendido “[...] alterar, para o setor de saneamento, a dispensa de licitação prevista na Lei nº 11.107/2005 para os casos de celebração de contrato de programa entre ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta [...]”. Indo ainda mais ao ponto, a exposição de motivos dá o diagnóstico e prescreve o remédio:

Exposição de motivos da MP 844/2018

De fato, o arranjo institucional e a estrutura de mercado existentes no país antes das leis nº 11.107/2005 e nº 11.445/2007 fizeram com que o instrumento fosse usado no setor de saneamento inadequadamente, como um instrumento de concessão de serviços pelos titulares a empresas estaduais sem o devido rito licitatório. A mudança proposta objetiva justamente separar as situações que se caracterizam como esforço conjunto para a prestação de serviços públicos das situações em que o contrato de programa é apenas um meio de evitar a lei licitatória na concessão do serviço de saneamento à empresa estadual.

Ocorre que o diagnóstico está fora de foco, além de insuficientemente explicado. A regra de “dispensa” de licitação prevista pela Lei 11.107/2005, incluída na Lei 8.666/1993 e aplicável à celebração de contratos de programa para a gestão associada de saneamento básico²⁵ não é a força motriz da intensa cooperação interfederativa existente no setor. Mitigá-la, esvaziá-la – como faz a MP –, ou até mesmo revogá-la (se a tanto se dispusesse o ator normativo federal), não produzirá mudança significativa no setor. É dizer, não poderá impedir que tal cooperação continue a ser objeto de contratações firmadas diretamente, sem licitação.

Aqui, convém abrir parênteses para que bem se entenda qual o enquadramento jurídico correto dessas inúmeras situações de contratação direta, sem licitação, encontráveis no setor de saneamento básico. Elas existem muito antes da tal regra de “dispensa”, alvo da MP. Municípios contratam com companhias estaduais de saneamento. Por exemplo, há décadas (notadamente a partir dos anos 1970, com a criação dessas companhias e o advento do PLANASA – Plano Nacional de Saneamento) e o fazem diretamente porque a

²⁴ Incrivelmente, ao prestar-se a cancelar verdadeira usurpação da capacidade decisória do estado pela iniciativa privada, a medida provisória faz incluir o § 4º no art. 10-A em comento, o qual dispõe – note-se bem – que, “na hipótese de não haver o número de interessados previsto no § 3º no chamamento público [...]”, o titular poderá firmar contrato de programa sem licitação. Qual é este número de interessados? Um...! É isso mesmo: basta uma voz de interesse particularístico, de quem não carrega o pesado ônus e a responsabilidade de gerir a coisa pública, para que fique decidido e sacramentado que uma parceria público-pública está afastada, totalmente fora de qualquer cogitação.

²⁵ Trata-se do inciso XXVI do art. 24 da Lei 8.666/1983 (nela incluído pela Lei 11.107/2005), resultando no seguinte texto normativo: “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”.

licitação é inexigível – não porque estaria “dispensada”, o que existe quando, embora a competição fosse viável, o legislador tenha optado por dispensá-la, preferindo a contratação direta em nome de um interesse público maior. De outro lado, são hipóteses em que a licitação é inexigível aquelas nas quais a competição seria inviável – entenda-se bem, inapta ao alcance do objetivo público perseguido. Assim, se esse objetivo envolve o ânimo de cooperar no seio da federação brasileira, de unir esforços ou transferir encargos em prol de um objetivo comum aos entes da federação, atinente aos serviços públicos de saneamento básico, então não há que se falar em licitação para alcançá-lo; promove-se a cooperação simplesmente, realizando-se a contratação direta, sem licitação, entre os entes da federação (ou com entidades de suas respectivas administrações indiretas, quase sempre empresas e autarquias criadas exatamente para prestar serviços de saneamento). Abrir licitação para disputa com a iniciativa privada, quando já existam entidades públicas criadas justamente para tal fim, não serve ao propósito de fortalecer a cooperação interfederativa – pode servir a outros, como o de abrir novas oportunidades de negócio ao mercado, mas não ao de fortalecer a federação mediante contratações públicas. Logo, se este fortalecimento federativo é um objetivo, então a licitação não é exigida. Simplesmente não serviria ao propósito desejado.

Lembrando-se, como já apontado, que o art. 23, IX, da Constituição Federal dispõe ser competência comum dos entes da federação “promover [...] a melhoria das condições [...] de saneamento básico”. Tal melhoria é, assim, um objetivo comum a funcionar como pano-de-fundo dos vários possíveis arranjos cooperativos interfederativos em matéria de saneamento, para os quais se afigura imexível a licitação.

Portanto, é com total amparo na Constituição de 1988 (art. 241 c/c art. 23, IX) e na legislação nacional (Leis 11.107/2005 e 11.445/2007) que contratos de programa têm sido celebrados, sem licitação, no setor de saneamento básico. São assim celebrados não porque a licitação tenha sido “dispensada”, mas porque é inexigível. A regra de suposta dispensa contra a qual se insurgiu a MP, esvaziando-a (pela indução do gestor público à instauração de processos licitatórios), é em verdade de mera inexigibilidade – aliás, como tantas outras arroladas no art. 24 de nossa lei de licitações e contratações públicas (Lei 8.666/1993) que, a despeito de declaradas como de licitação “dispensável”, são verdadeiramente de certame inexigível, conforme reconhecido há tempos na doutrina.²⁶ Por simplesmente reconhecer um dado da realidade – a inépcia da licitação para fins

²⁶ Nessa linha, algumas hipóteses de parceria público-pública (em sentido amplo) previstas no art. 24 da Lei 8.666/1993, seja com entidades estatais, seja com entidades não estatais, mas constituídas especificamente para perseguir algum interesse público, têm sido reconhecidas não como de licitação dispensável, mas como verdadeiros casos de licitação inexigível. São exemplos as constantes dos seguintes incisos: “VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”; “XVI – para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática à pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico”; “XXII – na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica”; “XXIII – na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”; “XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”; “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 contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação”.

de contratação dedicada à cooperação interfederativa –, a existência ou não daquele comando expresso, na legislação, é indiferente.²⁷ Licitações não servem a este propósito cooperativo (digam ou não as leis que a disputa com o setor privado está “dispensada”). Assim, mesmo com o esvaziamento do comando constante do inciso XXVI do art. 24 da Lei 8.666/1993 ou de quaisquer outros que declarem a “dispensa” de licitação para contratações de cooperação interfederativa no setor de saneamento, os entes da federação e entidades de suas administrações indiretas continuarão podendo almejar o aprofundamento dessa cooperação mediante contratos de programa celebrados diretamente entre si, sem licitação.

Deveras, acreditamos que a escolha da cooperação interfederativa continuará sendo possível. Porém, a partir da vigência do preceito trazido pela MP, certamente ficará perigosamente suscetível a questionamentos indevidos e, assim, maculada por altíssimo grau de insegurança jurídica – e a responsável pela insegurança terá sido a própria MP, que pretendeu protegê-la.

Negar ao poder concedente esta possibilidade seria atentar, como já assinalado, contra o princípio da autoridade pública – fundamental em Direito Público, verdadeira *conditio sine qua non* para um Estado Social e Democrático de Direito, modelo perseguido pela Constituição de 1988.²⁸ Sem que a autoridade possa, em juízo discricionário, ponderar, avaliar e decidir se é o caso, ou não, de firmar contrato com outro ente da federação ou entidade de sua administração indireta – como uma companhia estadual – para a prestação de serviços públicos de saneamento básico, não há suficiente autoridade pública. É arremedo de autoridade, capturada pelo interesse da iniciativa privada de ter mais uma oportunidade de negócio para disputar, em detrimento do eventual interesse público na cooperação interfederativa.

A decisão deve ser do gestor público, não do mercado, sobre valer-se ou não do setor privado para prestar os serviços públicos de saneamento. Ao gestor público, que tem a responsabilidade de fazer escolhas em prol da melhor prestação de serviços públicos à população, devem ser franqueadas as diversas possibilidades de escolha. Tanto a parceria público-privada (aqui compreendida em sentido amplo, como aquela firmada com contratado do setor privado, não estatal) quanto a parceria público-pública (firmada com contratado do setor público) são instrumentos que podem servir ao propósito do melhor atendimento dos usuários de serviços públicos. Quem tem a responsabilidade de decidir deve possuir também a discricionariedade para decidir da melhor maneira. A medida imposta com força de lei pela MP, ao induzir o gestor público a que abra licitação – forçando-o a tanto à simples manifestação de um agente econômico privado –, nega-lhe a legítima alternativa de contratar com entidade pública já existente. Subtrai-lhes os

²⁷ Ou “quase” indiferente, na prática administrativa contemporânea. Afinal, a previsão legal da hipótese como de “dispensa de licitação” facilita, por certo ângulo, a justificativa para a contratação direta, sem licitação, nos casos a ela afetos. Isto porque o expresso texto de lei dispensa, para quem justifica a contratação direta, a explicação da situação de inexigibilidade, que teria de ser articulada na sua ausência. Basta a invocação do preceito legal e a explicação da subsunção do caso ao mesmo e, então, pronto – estará demonstrado o amparo legal.

²⁸ Nesse sentido, após arrolar o “princípio da autoridade pública” como um dos princípios gerais do Direito Público brasileiro, em esforço notável à época, Carlos Ari Sundfeld observou: “A *autoridade pública* conferida ao Estado pelas normas jurídicas é a consequência, no mundo do direito, da qualificação, feita pelo constituinte ou pelo legislador, de certos interesses como mais relevantes que outros. Em outros termos: o interesse público surge como tal, para o mundo jurídico, quando as normas atribuem ao ente que dele cura poderes de autoridade”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 155.

meios que hoje tem para bem arcar com sua alta responsabilidade de promover a melhoria das condições de saneamento básico.

Daí a constatação de que a MP erra o foco ao insurgir-se contra verdadeiras hipóteses de inexigibilidade de licitação, cuja existência independe de expressa proclamação por texto de lei.

Mas essa imprecisão de foco pode produzir efeitos ainda mais graves, para além do risco de impedir que escolhas legítimas de contratação direta para a cooperação inter-federativa sejam questionadas ao sabor do interesse de eventual agente privado que, no fundo, pretenda o negócio para si.

Quais são estes efeitos danosos ao interesse público? Estão na grave situação de insegurança jurídica em que a nova norma (art. 10-A) lançará o setor, justamente no sentido contrário do preconizado por ela. A exposição de motivos explica insuficientemente o problema que pretendeu combater, mas dá pistas, ao afirmar que o contrato de programa estaria sendo – transcreve-se ainda uma vez – “[...] usado no setor de saneamento inadequadamente, como um instrumento de concessão de serviços pelos titulares a empresas estaduais sem o devido rito licitatório”. E prossegue: “A mudança proposta objetiva justamente separar as situações que se caracterizam como esforço conjunto para prestação de serviços públicos das situações em que o contrato de programa é apenas um meio de evitar a lei licitatória na concessão do serviço de saneamento à empresa estadual”.

Ora, como distinguir as duas situações? A medida provisória não define. Nada diz sobre o apartamento entre umas e outras – as de legítimo “esforço conjunto para prestação de serviços públicos” e as de suposta burla à “lei licitatória na concessão do serviço”. Na prática, o que faz a MP é lançar uma sombra de dúvidas sobre todos os contratos de programa e, à grita de interesse de um único agente privado, impedir que sejam celebrados, ficando o gestor público curvado ao interesse particularístico de alguém, obrigado a abandonar qualquer intenção de firmar contrato de programa e, então, a abrir licitação para a concessão dos serviços à iniciativa privada.

Fica parecendo que a MP não distinguiu as situações porque, no fundo, pretendeu inviabilizar legítima alternativa de interesse público – a da cooperação interfederativa na prestação dos serviços de saneamento que, na exposição de motivos é tida como alternativa legítima, sendo nefasta a outra, de alegada fuga da licitação – sem declarar esta sua intenção. Por que não declarar abertamente a intenção de que seja franqueado ao setor privado o que hoje é legitimamente explorado por companhias estaduais?

Talvez porque o tema fuja à alçada constitucional da União, instituidora de meras diretrizes. É dizer, a decisão quanto a quem contratar para a prestação dos serviços de saneamento é do titular desses serviços e não poderia uma norma federal opor-se abertamente à que escolha recaia numa parceria público-pública, ao invés de público-privada. Mas, veladamente, esta oposição por parte da União também é constitucionalmente inadmissível.

A rigor, quer nos parecer que seria impossível firmar um critério distintivo entre as ditas situações de fuga da licitação e as de legítima cooperação.

Em primeiro lugar, porque a própria “situação-problema”, que a exposição de motivos da MP diz ser o alvo a combater, é um enigma. Se a licitação é inexigível (como procuramos demonstrar acima), de qual dever de licitar estariam todos em fuga? Simplesmente

não há dever do qual fugir. Dizê-lo existente parece mais uma “cortina de fumaça” para justificar que mais concessões de saneamento sejam feitas pelo setor privado em lugar de contratos de programa com companhias estaduais. Substituir tais contratos por concessões ao setor privado – eis o intento da norma baixada com força de lei.

Em segundo lugar, seria difícil a distinção porquanto contratações de programa foram firmadas por municípios com companhias estaduais de saneamento básico criadas há tempos exatamente para esta finalidade, a de firmar contratos com municípios para atender às suas populações com a prestação de serviços públicos de saneamento básico. Como identificar, concretamente, que no fundo o que tais municipalidades e companhias têm arquitetado é a “fuga da licitação”?

Terceiro, é preciso reconhecer que, mesmo em tese, a distinção revelar-se-ia problemática. Ainda que se pudesse conceder que, nalgumas situações, seria inexigível a licitação porque existiria o verdadeiro intento de união de esforços entre os contratantes e, noutras, uma licitação seria, sim, exigível, porquanto ausente tal união de esforços, em ambas as categorias de situações teríamos entes ou entidades estatais de lado a lado, em avenças cujos objetos seriam serviços públicos de saneamento e para cuja melhoria todos têm certa responsabilidade constitucional (CF, art. 23, IX). Havendo, portanto, parceiros públicos de lado a lado e serviços públicos de saneamento básico como objeto da parceria, inevitável seria que ficasse implícita, sob diferentes arranjos contratuais possíveis, alguma carga de cooperação ou união de esforços. O Direito reconhece essa carga cooperativa nas parcerias público-públicas para prestação de serviços públicos, até mesmo naquelas em que há antes uma transferência de encargos do que, digamos, um consorciamento em que a união de esforços se revele mais nítida. Deveras, mesmo nas contratações que envolvam a “transferência”, ao invés de uma “gestão associada”, da prestação de serviços e outros encargos a eles relacionados, haverá cooperação entre os entes da federação, como reconhece a Constituição Federal no seu art. 241 a propósito, justamente, da cooperação em matéria de serviços públicos.

Finalmente, cabe levantar a hipótese de que o repúdio, manifestado na exposição de motivos da MP, a imaginárias situações de “fuga da licitação” para a celebração de contratos de programa entre municípios e companhias estaduais no setor de saneamento, decorra, no fundo, de um equivocado enquadramento dessas avenças sob o art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal. Ali, a Constituição equiparou, em certa medida, as empresas estatais *exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito* (e não as prestadoras de serviços públicos) às empresas privadas, estabelecendo que aquelas estatais, justamente, deverão se sujeitar “[...] ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. O intuito parece ter sido impedir a concorrência desleal entre as entidades, estatais e não estatais, em campo próprio do setor privado, no qual vigoram plenamente a livre iniciativa e a livre concorrência. Donde decorre que uma empresa estatal exploradora de atividade econômica em sentido estrito – por exemplo de prestação de serviços de suporte na área de informática –, embora possa, por inexigibilidade de licitação, ser diretamente contratada pelo próprio ente da federação a que está vinculada para prestar seus serviços, tenha, por outro lado, que disputar a oportunidade de firmar contrato com outro ente da federação em processo de licitação pública. É que, tirante a inexigibilidade para atender ao próprio ente público que autorizou sua criação, nos demais casos ela navegará no âmbito próprio do setor privado, nele concorrendo em condições de igualdade com as empresas privadas e, portanto, disputando licitações (como exige o

art. 173, § 1º, II, da Constituição). Ausente o pressuposto da inexigibilidade de licitação residente no fato de que o próprio ente da federação terá criado uma empresa para servi-lo e ser contratada diretamente, as regras serão as da livre iniciativa e livre concorrência. A empresa estatal exploradora de atividade econômica terá de participar de procedimentos licitatórios abertos por outros entes da federação para, nesse contexto, disputar mercado com empresas do setor privado.

Contudo, a cláusula constitucional de equiparação não se aplica às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, como é o caso das companhias estatais de saneamento básico. No caso da prestação de serviços públicos (inclusive dos chamados serviços públicos econômicos, é dizer, passíveis de exploração econômica, como saneamento, energia, telecomunicações ou transporte de passageiros), o regramento pertinente às obrigações convencionadas entre eles é, acima de tudo, o do art. 241,²⁹ que, no caso dos serviços públicos de saneamento, envolve ainda o objetivo comum de promover melhorias nas condições de saneamento previsto no art. 23, IX. Nesse âmbito, não há equiparação com empresas do setor privado para fins de contratações, prevalecendo a autonomia dos entes da federação para se entregarem ao federalismo de cooperação.

Assim, ao se supor que municípios e companhias estaduais de saneamento “fujam da licitação” ao firmarem entre si contratos de programa, pode ser que se esteja partindo de premissa equivocada – qual seja, o enquadramento de suas avenças sob o art. 173, § 1º, II, da Constituição que, no entanto, é impertinente a tais avenças.

O campo dos serviços públicos não é livre para o setor privado, como se este pudesse nele adentrar livremente e, mais, reivindicar sua participação em condições de igualdade com as empresas estatais. É campo próprio do Estado, a teor do art. 175 da Constituição (no qual se diz “*Incumbe ao poder público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos...*”). Se empresas do setor privado gostariam de ter maior presença nesse campo, ou, ainda, se o Governo Federal entende que a maior presença de empresas do setor privado nesse campo seria desejável, a solução não é impedir, por medida provisória federal, que os entes da federação titulares dos serviços de saneamento escolham parceiros públicos, forçando-lhes à abertura de licitações. Esta estratégia de impedi-los de exercer a sua titularidade, na sua largueza, é a veiculada pelo art. 10-A da MP 844/2018, que, por todas as razões expostas, nos parece inconstitucional. A verdadeira solução nos parece ser convencer os entes titulares dos serviços públicos de saneamento acerca de qual a melhor escolha, em cada caso. Não há atalho por cima da Constituição.

É de ser repudiado, portanto, o diagnóstico de fuga de um dever de licitar apresentado pela exposição de motivos da MP. Trata-se de um falso problema, que mal esconde a estratégia de criação de pretexto para a paulatina substituição de contratos de programa firmados com companhias estaduais de saneamento básico pela licitação de concessões de saneamento à iniciativa privada. O art. 10-A, incluído pela MP na Lei 11.445/2007, tal como está posto, nos parece, por todas as razões expostas, inconstitucional.

²⁹ Sobre os limites à dispensa (ou inexigibilidade) de licitação para contratar com empresa estatal de outro ente da federação, ver, exatamente nos termos que ora defendemos: SUNDFELD, Carlos Ari. Limites da dispensa de licitação para contratar com empresa estatal de outro ente da federação. In: _____. *Licitação, processo administrativo, propriedade*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 93-104.

Conclusão

As constatações que se verificam nos levantamentos públicos (do IBGE, por exemplo), privados (sejam da sociedade civil, sejam das empresas do setor) e dos bancos multilaterais de desenvolvimento (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento) são todas no sentido de imensas falhas nos serviços de saneamento básico no país. Incentivos de Estado, sejam eles derivados de alteração normativa ou de incentivos econômicos, são seguramente bem-vindos pela população – especialmente as camadas menos favorecidas, muito mais afetadas pelas insuficiências verificadas.

As alterações legislativas a serem empreendidas, no entanto, devem se dar dentro dos parâmetros constitucionais e sempre derivadas de debate amplo, devendo ser objeto de grande publicidade com transparência – valor que ganha importância cada vez mais nos cenários públicos e privados. Atendidos esses requisitos, as alterações legislativas se mostrarão como promotoras de melhor cenário e de segurança jurídica majorada. Contudo, não é o que notamos nesta MP que, embora possa apresentar outros aspectos louváveis, nesses pontos apresentados apresenta nítidos problemas, falhando em atingir seus objetivos. O maior deles é que, ao invés da pretendida segurança, tendem a produzir insegurança jurídica.