

PARECER JURÍDICO
BENEDICTO PORTO NETO

SUMÁRIO

A CONSULTA	71
O PARECER	73
I – Breve histórico da regulação do saneamento no Brasil.....	73
II – A titularidade dos serviços de saneamento no contexto atual	76
III – O significado da expressão “diretriz” utilizada pelo art. 21, XX, da Constituição Federal	81
IV – Contrato de fornecimento de serviços públicos de saneamento básico.....	86
V – Repasse de recursos federais e adesão à Política Nacional de Saneamento Básico (PNS)	89
VI – Conclusões e respostas objetivas aos quesitos	91



A CONSULTA

O *Secretário Nacional de Saneamento Ambiental* encaminha-me consulta sobre Anteprojeto de Lei que visa a estabelecer “as diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e a Política Nacional de Saneamento Básico – PNS”.

Caso aprovado, o referido anteprojeto tornar-se-á o marco regulatório do setor do saneamento básico no Brasil, vindo a atender os reclamos de muitos que consideram essencial a edição de normas claras para disciplinar as atividades nesse segmento de serviços, como meio de corrigir as distorções hoje existentes e impulsionar seu desenvolvimento.

A consulta vem resumida nos seguintes quesitos:

1. A competência para prover os serviços de saneamento básico é sempre municipal? É constitucionalmente possível que alguns serviços possam ser considerados como de competência estadual? O fato de o Município integrar região metropolitana, aglomeração urbana, microrregião ou região integrada de desenvolvimento (Ride) altera alguma das conclusões anteriores?
2. Qual é o significado de diretrizes para os fins do inciso XX do art. 21 da Constituição Federal? As normas dos títulos I, II, IV, e V do Anteprojeto de Lei cujo texto segue anexo podem ser consideradas como diretrizes?
3. Pode a União instituir como diretriz para o saneamento básico a obrigação de que os serviços sejam sempre planejados, regulados e fiscalizados? É constitucional a União sugerir modelos de regulação dos serviços por meio de regulamento? É constitucional a norma que prevê o regulamento como norma de regulação dos serviços nos casos de o titular dos serviços se omitir na regulação ou possuir regulação insuficiente?
4. É constitucional e pode ser considerado como diretriz para os fins do inciso XX do art. 21 da CF a previsão do inciso IV do caput do art. 21* do Anteprojeto de Lei que assegura ao usuário o direito de receber relatório individualizado com informações acerca da qualidade da água a ele fornecida?

* N. do E.: O art. 21 do APL corresponde ao art. 22 do PL 5296/2005.

5. É constitucional o disposto no art. 20* do Anteprojeto de Lei, que prevê como diretriz a obrigatoriedade de a delegação de serviços públicos de saneamento básico se efetivar por meio de contrato?
6. Quais são a natureza e o regime jurídico do contrato de fornecimento de serviços públicos previsto nos arts. 10 a 12** do Anteprojeto de Lei? As cláusulas necessárias previstas para esse contrato, no art. 11*** do Anteprojeto de Lei, são suficientes e atendem à boa técnica jurídica? É constitucional a previsão do art. 13 de que as cláusulas do modelo de contrato de fornecimento de serviços públicos disciplinarão as relações de complementaridade no que não dispuser em contrário contrato de fornecimento de serviços públicos celebrado pelos interessados?
7. É constitucional que a União condicione que o acesso a recursos federais dependa da adesão ao Sisnasa e ao cumprimento de algumas exigências? É constitucional que os aspectos técnicos do cumprimento de tais exigências sejam disciplinados por regulamento ou instrução?

Respondo à consulta em separado.

São Paulo, 18 de maio de 2005.

Benedicto Porto Neto
Professor da Faculdade de Direito
da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

* N. do E.: O art. 20 do APL corresponde ao art. 23 do PL 5296/2005.

** N. do E.: Os arts. 10 a 12 do APL correspondem aos arts. 11 a 13 do PL 5296/2005.

*** N. do E.: O art. 11 do APL corresponde ao art. 12 do PL 5296/2005.

PARECER

I – Breve histórico da regulação do saneamento no Brasil

Na história mais remota do Brasil, os serviços de saneamento básico encontravam-se associados à Administração Pública local. Foi no Município que os serviços de saneamento foram inicialmente estruturados e executados, entre nós, sem maiores preocupações de planejamento, regulação ou mesmo universalização¹.

Entretanto, na Capital do Império e de algumas cidades estratégicas (por exemplo, Santos, em razão de seu porto), os serviços deixaram de ser administrados pelos Municípios, passando sua gestão, geralmente, para o Governo das Províncias ou Estados, com registro de algumas concessões à iniciativa privada².

Voltando os olhos ao passado mais recente, podemos identificar, claramente, três momentos históricos relacionados à regulação do saneamento no Brasil.

O primeiro momento vai do término da Segunda Grande Guerra mundial até o início dos anos 70. Esse período (sob evidente influência norte-americana³) é marcado pela reorganização do Departamento Nacional de Obras de Saneamento (DNOS)⁴ e pela centralização, em torno da União, dos investimentos, do planejamento e da execução das obras e serviços desse setor.

A isso se somou a cooperação entre a União, Estados, Municípios, Distrito Federal e particulares, para a execução das políticas públicas do saneamento⁵, com a criação do Fundo Nacional de Obras de Saneamento (FNOS)⁶, e, enfim, pelos planos nacionais de saneamento⁷.

¹ Cf. WEHLING, Arno. *Administração Portuguesa no Brasil de Pombal a D. João (1777-1808)*. Brasília: Funcep, 1986, p. 94.

² Sobre a concessão privada dos serviços de abastecimento de água na capital do Império, digna de nota são as palavras a ela dedicadas por Irineu Evangelista de Souza, o Barão de Mauá, em sua célebre *Exposição aos credores e ao público (1878)*. S. Paulo: Editora Expressão e Cultura, 2001, p. 169-172. Os registros, ainda, dão conta de que, além do Rio de Janeiro, também tiveram gestão privada os serviços de Porto Alegre, por meio de concessão à Companhia Hydraulica Porto Alegrense (1861); São Paulo, por meio de uma sociedade de economia mista, a Companhia Cantareira de Águas e Esgotos (1877); Belém, por meio de concessão, à Companhia de Águas do Grão-Pará, de capital inglês (1881); São Luís, por força do capital inglês que controlava o comércio de algodão, e Fortaleza, por meio da concessão à empresa inglesa Water Works Company Limited (1867).

³ Cf. TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1, p. 17.

⁴ V. Decreto-lei nº 8.847/46 e Decreto nº 20.488/46.

⁵ Cf. Lei nº 819/49.

⁶ Pela Lei nº 4.089/62.

⁷ Instituídos pelos Decretos nºs 53.961/64 e 57.587/66.

Nesse período, a União centraliza o planejamento e os investimentos no setor, como forma de promover a aplicação racional dos recursos federais (essenciais, desde então, para o desenvolvimento desses serviços), ainda que para a execução dessa política houvesse a preocupação com o envolvimento, cooperativo, dos demais entes da Federação.

Os anos 70 marcam o segundo período, que não chega a caracterizar uma ruptura com o modelo anterior, mas, sim, uma profunda intensificação da tendência centralizadora do planejamento, financiamento e execução dos serviços de saneamento.

Nesse sentido, são instituídas a Política Nacional de Saneamento e o Conselho Nacional de Saneamento, órgão ao qual se atribuiu a competência para editar o Plano Nacional de Saneamento (Planasa)⁸. Com o planejamento centralizado, também ficam centralizados os mecanismos de financiamento, por intermédio da criação do Banco Nacional da Habitação (BNH), gestor dos recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)⁹. De outra parte, busca-se reunir a execução dos serviços no âmbito das Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs), dada a impossibilidade de maior centralização da execução dos serviços em face da extensão do território e das desigualdades regionais¹⁰.

A centralização se dá com tal intensidade que a Lei nº 6.528/78 (regulamentada pelo Decreto nº 82.587/78) chega a conceder ao Ministério do Interior competência para estabelecer *normas de tarifação dos serviços de saneamento* (prestados, relembre-se, no nível estadual e municipal) *pelo regime do custo do serviço, com acréscimo da taxa 12% (doze por cento) ao ano para remuneração dos investimentos*.

Toda essa centralização, é bem verdade, fez os serviços avançarem território adentro, em uma época marcada pelo chamado “milagre econômico”, ocasião em que um fluxo constante de recursos orçamentários e financeiros alimentava o desenvolvimento desse setor sob a batuta estatal.

O terceiro período se inicia no curso da década de 80 e representa, agora sim, uma ruptura com o modelo anterior. Dois fatores são fundamentais para se compreender esse período que se arrasta, incrivelmente, até hoje, provocando mazelas que o Anteprojeto, objeto do presente parecer, visa a corrigir.

O primeiro fator é de ordem econômica. Os anos 80 e seguintes são marcados, no Brasil, por cíclicas e intensas crises econômicas que reduziram, em grande medida, o abundante

⁸ V. Decreto-lei nº 248/67 e a Lei nº 5.318/67.

⁹ V. Decreto-lei nº 949/69.

¹⁰ Ainda que a força da União fosse, nessa época, evidentemente muito grande, alguns Municípios, que possuíam serviços mais bem estruturados, resistiram à delegação destes para Companhias Estaduais, mantendo a execução dos serviços, até hoje, por meio de departamentos, autarquias ou empresas municipais.

fluxo de capitais que impulsionava o setor do saneamento, como ocorrido em muitos outros setores da economia nacional, especialmente naqueles em que a atuação do Estado era mais intensa.

O segundo fator é de ordem política. Os anos 80 testemunham a abertura democrática do país e, com ela, a diluição das responsabilidades e dos poderes centralizados na União, que caracterizava o período anterior.

O sabor dos resultados produzidos por esses fatores é realmente amargo. Ocorre, a partir de então, entre nós, uma “desregulamentação” dos serviços de saneamento, que resultou na estagnação dos investimentos e do desenvolvimento desse setor, o que persiste, ainda hoje, em algumas regiões do País.

O período é marcado pelo esgotamento do Planasa, pela extinção do BNH e pela constante carência de recursos¹¹. Há clara omissão, especialmente da União Federal, no estabelecimento de um marco regulatório claro e seguro, que consagrasse as diretrizes normativas para a organização das ações estatais e privadas nesse setor. A discussão apenas sobre a desestatização das atividades do setor e sobre sua titularidade (se estadual ou municipal¹²) acaba absorvendo todas as atenções.

O quadro regulatório do setor do saneamento no Brasil, ao final dessa fase mais recente, é marcado, portanto, por inúmeras carências: faltam planejamento, financiamento e regulação; faltam instrumentos que possibilitem a cooperação das ações da União, dos Estados e dos Municípios; faltam normas que assegurem a coordenação das ações entre as áreas do urbanismo, do meio ambiente, da saúde, dos recursos hídricos, dentre outras.

É bem verdade que, durante anos, houve tentativas para a elaboração de uma legislação sobre o saneamento básico, inclusive com a aprovação, em finais de 1994, do Projeto de Lei nº 199/91, que recebeu veto total em janeiro de 1995. Apesar disso, somente em 2001 o Governo Federal apresentou proposta sobre o tema (PL nº 4.147, ainda em trâmite na Câmara dos Deputados), a qual, entretanto, sofreu intensas críticas, por se apegar ao modelo centralizador anterior e, por isso, considerado incompatível com o processo de descentralização política e administrativa promovido pela Constituição de 1988.

¹¹ Nesse período os investimentos no setor se deram, ainda, por intermédio de linhas de financiamento internacional junto a instituições multilaterais de crédito (como o BID, por exemplo, no caso do chamado Prosege – Programa de Ação Social em Saneamento; cf. Decreto nº 481/92 e Decreto nº 1.675/95).

¹² Resultado da política do período anterior que, como visto, reforçara o papel de entidades controladas pelos Estados, muitas vezes com o descontentamento dos Municípios, seja porque queriam melhores serviços, seja pelo desejo de resgatarem as suas prerrogativas.

II – A titularidade dos serviços de saneamento no contexto atual

A meu ver, a Constituição Federal de 1988 rompeu, em relação aos serviços de saneamento, como também em tantos outros setores da vida estatal e social, com a centralização criada aos tempos do regime militar.

A consagração do Município como unidade federativa (veículo de uma descentralização do comando político sem precedentes no constitucionalismo recente) — art. 1º e art. 18 — e a extensa competência material para a gestão dos serviços de interesse local — art. 30, V — são expressões eloqüentes dessa vocação descentralizadora da Constituição Federal de 1988.

Na área específica dos serviços de saneamento básico, a Constituição Federal teve a intenção de efetivamente descentralizar a competência da execução dos serviços, sem entretanto descartar integralmente a atuação dos Estados e das empresas sob seu controle acionário, que, reforce-se, já no âmbito do Planasa geralmente atuavam como concessionárias municipais.

Nesse contexto é que se explica a divisão traçada pelo constituinte entre a regulação e o planejamento geral (a cargo da União, nos termos do art. 21, XX); a execução dos serviços de interesse local (a cargo dos Municípios – art. 30, V) e o planejamento, organização e execução dos serviços considerados como funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas e disciplinadas por lei complementar estadual – art. 25, § 3º – e não mais por lei complementar federal, como previsto no regime constitucional imediatamente anterior¹³.

O problema na interpretação da Constituição Federal surge, entretanto, quando se verifica que o traçado feito acima não é exatamente linear, comportando diversas exceções. Ainda que o art. 21, XX, seja claro em atribuir à União a função de regulação básica desses serviços (“instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”), a Constituição confere também à União a competência de promover a “melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 23, IX). Como a disposição vem arrolada dentre as competências *comuns* da União, Estados, Distrito Federal e Municípios,

¹³ A competência para o planejamento e a regulação dos serviços locais, metropolitanos, de aglomerações urbanas e de microrregiões é realmente um assunto árduo. Verificarei, a seguir, o quadro geral da regulação do saneamento básico e de outros serviços a ele correlacionados. Esse quadro auxiliará a visão sistemática da Constituição Federal. É importante, desde logo, anotar que a Constituição Federal não permite que o Estado absorva a competência para a prestação dos serviços de saneamento em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; atribui-lhe, sim, a competência de instituir esses agrupamentos de municípios para integrar a organização, o planejamento e a execução de “funções públicas de interesse comum”. Depreende-se que os municípios reunir-se-ão, sob coordenação do respectivo Estado, para planejarem, organizarem e executarem determinados serviços de maneira integrada, obedecidas, no caso de serviços de saneamento básico, as diretrizes fixadas pela União, nos termos do art. 21, XX, da CF. O tema, por sua importância no âmbito da consulta ora respondida, voltará a ser analisado neste parecer.

deduz-se que a atuação direta da União dá-se excepcionalmente e sempre em regime de cooperação, como, ademais, sugere o parágrafo único do art. 23, ao estabelecer que lei complementar “fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”.

As competências traçadas pela Constituição Federal em matéria ambiental, por seu turno, não podem ser deixadas de lado, em face da imanente relação existente entre o saneamento básico e a preservação e promoção do meio ambiente. Nessa área, a Constituição Federal conferiu também à União Federal a primazia regulatória, atribuindo-lhe a competência para editar normas gerais (art. 24, VI e § 1º), mas reservando aos Estados e ao Distrito Federal a competência de legislar em caráter suplementar sobre o assunto (art. 24, § 2º). Até mesmo os Municípios têm competência regulatória, muito embora residual, no que se refere ao meio ambiente, como salienta o art. 30, II, que lhes atribui o poder de suplementar a legislação federal e estadual “no que couber”.

Deve-se verificar, também, o que dispõe a Constituição Federal sobre as competências em matéria de saúde pública, com a qual o saneamento básico mantém óbvia e íntima relação. No setor dos serviços de saúde cabe à União instituir um sistema único de saúde, cuja rede de prestação é regionalizada e hierarquizada (arts. 198 e 200). A regulação desse sistema se dá nos termos de lei federal (art. 200). Disciplinada pela União, a prestação dos serviços ocorre por meio de cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II), competindo a estes últimos, “com cooperação técnica e financeira da União e do Estado”, a prestação dos serviços de “atendimento da saúde da população” (art. 30, VII).

Não se deve esquecer, ainda, que, na hipótese de *concessão* dos serviços de saneamento básico, devem ser observadas as delimitações constitucionais quanto à regulação geral da matéria. Cabe à União Federal a regulação do regime das empresas concessionárias, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado (art. 175, parágrafo único). Os Estados, por sua vez, desfrutam de competência para, em caráter suplementar, cuidar da regulação dos direitos dos usuários, em face da competência concorrente para legislar sobre consumo (art. 24, V).

A conclusão, portanto, que se pode extrair, por todos os prismas pelos quais se observe a questão, em relação ao que dispõe a Constituição Federal é, em suma, a seguinte:

- (1) a Constituição Federal dividiu a competência para a *regulação e o planejamento* dos serviços de saneamento da seguinte forma:¹⁴

¹⁴ Não trato, na sequência, do Distrito Federal, pois, segundo a CF (art. 32, § 1º), ele acumula as competências dos Estados e dos Municípios.

- a. cabe à União:* instituir diretrizes gerais (art. 21, XX); planos de desenvolvimento (art. 21, IX); editar normas gerais que visem à proteção do meio ambiente (art. 24, VI, § 1º); editar normas que permitam a integração do sistema único de saúde na formulação das ações de saneamento (art. 200, IV); e editar normas gerais de proteção do consumidor (usuário) dos serviços (art. 24, V);
 - b. cabe aos Estados:* suplementar a legislação nacional sobre as questões de natureza ambiental ligadas ao saneamento (art. 24, VI e § 2º); suplementar a legislação nacional no que concerne à regulação dos direitos dos consumidores (usuários) dos serviços de saneamento (art. 24, V) e instituir regiões metropolitanas visando a integrar a organização e o planejamento dos serviços de saneamento que forem considerados de interesse comum (art. 25, § 3º);
 - c. cabe aos Municípios:* suplementar residualmente a regulação nacional e estadual do saneamento no que se refere a matérias relacionadas à proteção ambiental e aos direitos do consumidor (art. 30, II); legislar sobre a forma de prestação dos serviços de sua competência, se diretamente ou por meio de concessão ou permissão (art. 30, V); e regular os serviços de interesse local (art. 30, V, combinado com o art. 21, XX)¹⁵.
- (2) a CF dividiu a competência para a *execução* dos serviços de saneamento da seguinte forma:
- a. cabe à União Federal:* promover, em cooperação com Estados, Distrito Federal e Municípios, a melhoria das condições de saneamento básico (art. 23, X), que compreende a aplicação de recursos onerosos e orçamentários, geralmente na forma de financiamentos e repasses para Estados e Municípios;
 - b. cabe aos Estados:* promover, em cooperação com a União e os Municípios, a melhoria das condições de saneamento básico (art. 23, X), pelo que se compreende que possam deter estruturas voltadas para esses serviços, especialmente empresas sob o seu controle;

¹⁵ Se à União cabe editar diretrizes para o saneamento, caberá aos Municípios a edição de normas locais, para os serviços de interesse local (os quais lhe cumpre organizar) sem, no entanto, contrariar as diretrizes nacionais de competência da União.

- c. *cabe aos Municípios: organizar e prestar os serviços de interesse local (art. 30, V), sempre atendidas as diretrizes fixadas pela União (art. 21, XX)¹⁶ e, se o caso, as normas de integração fixadas em lei complementar estadual (art. 25, § 3º), estas últimas desde que concordes com as mencionadas diretrizes.***

Reitere-se que, quanto aos serviços de *interesse comum* (entendidos estes como os formalmente declarados funções de interesse comum), a Constituição não atribui sua prestação aos Estados, mas confere, sim, a estes poder para instituir os instrumentos para sua organização, planejamento e execução no nível regional, por agrupamentos de Municípios limítrofes. A execução dos serviços dessa modalidade, portanto, não deixam de pertencer à esfera de competência dos Municípios que, porém, repita-se, submeter-se-ão às deliberações quanto à organização, ao planejamento e à execução tomadas no âmbito das instituições regionais criadas, por meio de lei complementar, pelos respectivos Estados, *e apenas nos pontos de interesse comum dos Municípios que as integram.*

Vê-se que, num esforço de sistematização dos dispositivos constitucionais, pode-se divisar com bom grau de exatidão uma organização harmônica dos diversos preceitos que tratam do assunto.

Nem por isso essa matéria deixa de ser complexa, tanto assim que se encontra, atualmente, contendida perante o Supremo Tribunal Federal (STF), em caso no qual o Estado do Rio de Janeiro defende a constitucionalidade de lei estadual que estabelece sua titularidade sobre todos os serviços de saneamento prestados no âmbito da região metropolitana do Rio de Janeiro¹⁷.

O Ministro Maurício Corrêa, em seu voto (no julgamento de medida liminar que ainda não se concluiu), então relator da referida ADIn, não verificou inconstitucionalidade na lei complementar instituidora da região metropolitana e considerou que:

¹⁶ Muito embora tratarei do significado da expressão “diretriz” em seguida, é bom esclarecer que, nesta parte do texto, a utilizo para retratar toda competência regulatória a cargo da União, neste caso, conforme acima defendido, em matéria de consumo, meio ambiente, urbanismo, etc.

¹⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842-5/RJ, Rel. Ministro Maurício Corrêa, requerente Partido Democrático Trabalhista (PDT). A ADIn questiona vários dispositivos da Lei Complementar Estadual nº 87/97, que criava a Região Metropolitana do Rio de Janeiro. A lei estabelece como “de interesse metropolitano ou comum as funções públicas e os serviços que atendam a mais de um Município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como os serviços supramunicipais, notadamente: (...) saneamento básico, incluindo o abastecimento e produção de água desde sua captação bruta dos mananciais existentes no Estado, inclusive subsolo, sua adução, tratamento e reservação, a distribuição de água de forma adequada ao consumidor final, o esgotamento sanitário e a coleta de resíduos sólidos e líquidos por meio de canais, tubos ou outros tipos de condutos e o transporte das águas servidas e denominadas esgotamento, envolvendo seu tratamento e decantação em lagoas para posterior devolução ao meio ambiente em cursos d’água, lagos, baías e mar, bem como as soluções alternativas para os sistemas de esgotamento sanitário.”

“a forma de repartição constitucional de competências visa exatamente essa atuação conjunta e integrada, que, no caso dos Estados e Municípios, consideradas as peculiaridades regionais de cada um, pode ser redimensionada segundo autoriza o § 3º do artigo 25 da Carta de 1988 (...) esse agrupamento de municípios, que decorre inicialmente da necessidade física concreta de formação de conglomerado urbano único, não se dá para fins meramente acadêmicos, geográficos ou algo parecido, mas efetivamente para cometer ao Estado a responsabilidade pela **implantação de políticas unificadas** de prestação de serviços públicos, objetivando ganhar em eficiência e economicidade, considerados os interesses coletivos e não individuais. Os problemas e os interesses de cada núcleo urbano passam a interagir de tal modo que acabam constituindo um sistema sócio-econômico integrado, sem que com isso possa admitir-se a ocorrência de violação à autonomia municipal, tendo em vista o comando constitucional autorizador (...) sem dúvida, a instituição desse mecanismo torna relativa a autonomia municipal nas matérias que a lei complementar julgou por bem transpor para o Estado (...) mas essencial, em face da qualificação do próprio sentido vernacular do verbo integrar utilizado pela Constituição, do qual desponta cristalino que as decisões de interesse dessas áreas deverão ser **compartilhadas** entre os municípios que as compõem e o Estado¹⁸.”

Observe-se que, muito embora negue a liminar, o Ministro relator da causa reconhece que os Municípios *compartilham* as decisões tomadas no âmbito da instituição regional criada pelo Estado, o que corrobora o raciocínio acima exposto, segundo o qual a Constituição Federal não remeteu a competência de execução desses serviços *exclusivamente* aos Estados.

Outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, agora contra lei do Estado do Rio Grande do Sul, possibilitou ao Supremo Tribunal Federal (STF) nova manifestação sobre o tema. Na oportunidade, consignou-se que:

“....constitui-se a região administrativa em um organismo de gestão territorial **compartilhada** em razão dos interesses comuns, que tem no Estado-membro **um dos partícipes e seu coordenador**, ao qual não se pode imputar a titularidade dos serviços em razão da unidade dos entes envolvidos¹⁹.”

Aqui, enfim, acolhe-se com exatidão a idéia que apontei acima. Compete aos Estados criar instituições de deliberação conjunta com Municípios, inclusive sobre serviços da esfera de competência destes Municípios ou do próprio Estado, que, considerados como funções públicas de interesse comum, passam a ter planejamento, organização ou execução *integrados* nos termos definidos em lei complementar estadual. A Constituição Federal não estabelece que a execução desses serviços passe simplesmente à competência dos Estados.

¹⁸ STF, ADIn nº 1842-5/Rio de Janeiro (liminar), Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 21.04.2004.

¹⁹ STF, ADIn nº 2.809-0 RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 25.09.2003.

Com essas observações, parecem-me respondidas as indagações constantes do primeiro quesito colocado pelo consulente: a competência para *prover* serviços de saneamento é sempre municipal, não há possibilidade, nos termos da Constituição Federal, de remeter essa competência aos Estados, que possuem, nessa matéria, somente competências de regulação, em caráter suplementar à regulação federal.

O fato de o Município integrar região metropolitana, aglomeração urbana, microrregião (instituídas por lei complementar estadual) ou região integrada de desenvolvimento (instituída por lei complementar federal) não altera sua competência em relação à execução dos serviços que, apesar disso, *passa a se subordinar à regulação e ao planejamento regional e as normas de organização compartilhada, nos termos definidos em lei complementar*, regulação e planejamento estes que são, por sua vez, suplementares aos editados pela União Federal. Não seria compatível com o princípio da Federação e com o da autonomia dos entes que a integram sustentar que o Estado, por decisão própria e exclusiva, possa absorver competências que a Constituição Federal confere aos Municípios.

III – O significado da expressão “diretriz” utilizada pelo art. 21, XX, da Constituição Federal

Os quesitos de números 2 (dois) a 5 (cinco) têm relação com a matéria indicada neste título, ou seja, com o exercício pela União Federal da competência estabelecida pelo art. 21, XX, da Constituição Federal para fixar *diretrizes* para os serviços de saneamento.

Mais uma vez a questão não é simples, importando na necessidade de reflexão aprofundada.

Como salienta José Afonso da Silva, o sistema constitucional de repartição de competências entre os entes federados, no Brasil, dá-se à semelhança do que ocorre na República Federal da Alemanha, com áreas comuns em que se prevêem atuações paralelas e setores concorrentes “em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar”²⁰.

A expressão *diretriz* é utilizada pela Constituição de 1988 em algumas passagens, a saber: no inciso XX do art. 21 (objeto do quesito ora tratado); no inciso XXI do art. 21 (que fixa a competência da União de “estabelecer *princípios e diretrizes* para o sistema nacional de viação”); nos incisos IX e XXIV do art. 22 que estabelece a competência da União para legislar sobre “*diretrizes da política* nacional de transporte” e “*diretrizes e bases* da educação nacional”; no art. 48, art. 165 e muitos outros da Constituição Federal, que tratam da lei de *diretrizes orçamentárias*; no art. 174, § 1º, que trata das “*diretrizes e bases* do planejamento do desenvolvimento nacional”; no art. 182 que trata das “*diretrizes gerais* da política de desenvolvimento urbano”; no art. 198 que trata das *diretrizes de organização*

²⁰ Cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 477.

do sistema único de saúde; no art. 204 que trata também de *diretrizes de organização* das ações governamentais na área de assistência social.

O que se constata é que a expressão *diretriz* é tomada pelo constituinte para se referir a um conjunto de normas (princípios e regras) que *visam a organizar, planejar e criar procedimentos para a concretização* de determinado assunto.

Assim ocorre quando a Constituição se refere a princípios e diretrizes da viação nacional, deixando claro que elas não se identificam necessariamente *apenas* com princípios, mas vão além deles, incorporando regras com maior grau de densidade normativa²¹; assim ocorre quando se visa à organização dos serviços educacionais em bases nacionais e uniformes; quando se fala em estabelecer diretrizes para o planejamento da intervenção econômica estatal e em todos os demais casos acima referidos²².

Do ponto de vista formal, no âmbito do arranjo federal de competências, as diretrizes gerais não se distinguem das normas gerais, pois, uma vez fixadas pela União, podem ser suplementadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, como já abordamos no item anterior deste parecer.

Nesse sentido não noto dissonância entre o que prevê o sistema constitucional brasileiro e o das “diretivas” do Direito Comunitário europeu que, na lição de Canotilho, “vinculam os Estados-membros a uma obrigação de resultado, deixando discricionariedade de valoração aos Estados quanto a forma e meio de alcançar os resultados” muito embora “por vezes sejam cheias de pormenores regulativos”²³.

Entretanto, não é ilimitado o poder da União para editar diretrizes que obriguem a todos os entes da Federação. Segundo me parece, dois princípios constitucionais estabelecem barreiras à atuação legislativa da União: o princípio da “*predominância do interesse*”²⁴ e o da “*autonomia dos entes da Federação*”²⁵.

²¹ Acerca da distinção entre princípios e regras, v. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Almedina, 1998, p.1034; ESSER, Joseph. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956 – *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. cast. de Eduardo Valetí Fiol. Barcelona: Editorial Bosch, 1961, p. 66-68; DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously – Los derechos en serio*, trad. cast. de Marta Guastavino, Barcelona: Editorial Ariel, 1ª ed., 4ª reimpressão, 1999, p. 74-77; ALEXI, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986 – *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. cast. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 130-133.

²² A lição de HORTA, Raul Machado, *Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 349, que classifica a instituição de diretrizes para o saneamento básico dentre os “poderes de planejamento e desenvolvimento” estabelecidos pela Constituição em prol da União Federal, parece-me bastante próxima ao enfoque aqui conferido à matéria.

²³ Op. cit., p. 817.

²⁴ Ver sobre este princípio, entre outros, MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. S. Paulo: Atlas, 2000, p. 273; e SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 476.

²⁵ Também, aqui, verifique-se SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. S. Paulo: Malheiros, 2004, p. 590 e ss. e 622 e ss.

A predominância do interesse nacional, que deve ser vislumbrada pela União na regulação das diretrizes gerais, nacionais, em determinados setores, é delimitada pelo fato de a Constituição Federal estabelecer processos deliberativos próprios para sua determinação. Assim, em matéria de finanças públicas, por exemplo, somente por meio de lei complementar (art. 163) podem ser editadas diretrizes que se tornem obrigatórias aos Estados, Municípios e Distrito Federal; em matéria de transportes, ainda exemplificando, a lei ordinária pode estabelecer diretrizes de política nacional (art. 22, IX).

O que quero dizer é que a limitação do que seja ou não de interesse nacional e, portanto, do modo (abrangência, extensão) como devem essas matérias ser reguladas nacionalmente são inerentes ao processo constitucionalmente fixado (processo legislativo) para sua deliberação. Não se entenda que defendo, desse modo, um controle meramente formal sobre o conteúdo das diretrizes estabelecidas nacionalmente (em assuntos que obviamente lhe pertinem) pela União Federal. Entendo que o controle material do conteúdo das diretrizes estabelecidas nacionalmente pela União dá-se, *dentro de determinados limites*, pelo crivo eminentemente político, pelas instituições democráticas incumbidas pela Constituição de processar e deliberar sobre o assunto.

Combinado com esse limitador, encontra-se o princípio da autonomia dos entes da Federação. É que, ainda que deliberadas por meio dos processos constitucionalmente estabelecidos, as diretrizes nacionais não podem subtrair a autonomia federativa, sob pena de aviltamento desse princípio constitucional. A conservação da autonomia federativa, por sua vez, encontra-se na obediência aos seguintes ditames: *capacidade de auto-organização, de autolegislação, de autogoverno e de auto-administração* (arts. 18, 25 a 29)²⁶.

Não subtraído dos Estados, Municípios e Distrito Federal esse núcleo rígido de atribuições gerais, representativo da autonomia federativa, não haverá que se objetar a norma federal que fixe diretrizes nacionais em determinado setor.

Assim exposto meu entendimento sobre o tema em foco, posso tratar, mais diretamente, dos quesitos que lhe são pertinentes.

Pergunta-me o consulente qual o significado da expressão *diretrizes* para os fins do inciso XX do art. 21 da Constituição Federal e se as normas dos títulos I, II, IV e V do Anteprojeto inserem-se nesse conceito.

Como disse acima, *diretrizes*, no contexto do art. 21, XX, da Constituição Federal, *são normas jurídicas (princípios e regras) fixadas para aplicação em todo o território nacional, tendo em vista a sua pertinência ao interesse geral ou nacional ou à*

²⁶ Idem, ibidem.

predominância desse interesse em relação a elas, voltadas a organizar, planejar, criar procedimentos para a concretização ou para pré-ordenar o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

Nessa linha de raciocínio, não tenho dúvida em afirmar que as regras inseridas nos títulos indicados no segundo quesito da consulta serão constitucionais, se devidamente aprovadas pelo Congresso Nacional. Não vejo nas referidas regras qualquer violação à autonomia dos entes da Federação. Pergunta-me o consultante, ainda, se a União poderia instituir como diretriz para o saneamento básico a obrigação de que os serviços sejam sempre planejados, regulados e fiscalizados.

Ora, o *planejamento, a regulação e a fiscalização* dos serviços são necessidades intrínsecas ou uma diretriz inerente à prestação de qualquer serviço público. A explicitação, por meio de lei federal, dessa obrigação nada tem de inconstitucional, não subtraindo autonomia dos entes federados e, ao contrário, reforçando a obrigação já fixada constitucionalmente de economicidade (art. 70) legalidade e eficiência (art. 37) dos atos administrativos. O dever de planejamento, regulação e fiscalização decorre diretamente da noção de função pública e das competências atribuídas aos titulares dos serviços estatais pela própria Constituição Federal.

Neste ponto é importante tratar da previsão contida no Anteprojeto de que *Regulamento* editado pela União deverá ser observado pelos Estados, Distrito Federal e Municípios *que não exerçam suas competências regulatórias próprias*.

Em primeiro lugar, é importante destacar que o regulamento *não é imposto* pela União aos demais entes da Federação, porque estes continuam com *liberdade* no exercício de suas respectivas competências sobre a matéria. As normas editadas por ente da Federação, no exercício de suas competências próprias, podem inclusive *contrariar* os modelos editados por meio de regulamento da União, desde que, é claro, sejam respeitadas as diretrizes nacionais. O fato de que os modelos sejam meramente exemplificativos, podendo ser ou não adotados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, torna evidente o caráter de orientação que possuem e a sua plena conformidade aos limites do poder regulamentar.

A previsão contida no Anteprojeto de que os modelos devam ser obrigatoriamente respeitados pelos entes da Federação que não exercerem suas respectivas competências regulatórias sobre a matéria, da mesma forma, não representa invasão, pela União, do campo de competência dos demais entes federados. Seu alcance é muito diferente: o Anteprojeto disciplina a solução a ser adotada diante de *lacuna legal* sobre a matéria.

A questão que se apresenta é a seguinte: na hipótese de os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios não exercerem suas respectivas competências regulatórias, qual a solução a ser adotada?

É certo que o exercício de competência sobre a matéria de um ente da Federação não é indiferente aos demais. Na política nacional de saneamento, é fundamental que cada ente efetivamente exerça sua competência própria, para que sejam alcançados os fins de interesse público. Daí a importância da definição do regime a ser observado em caso de lacuna legal, na hipótese de falta de regulação da matéria por ente competente.

O papel de definir o caminho a seguir diante desse quadro é das normas gerais, de competência da União.

Daí porque é legítima, perfeitamente afinada com a Constituição Federal, a norma que disciplina lacuna legal, determinando a aplicação de regulamento editado pela União *até que os demais entes da Federação exerçam livremente suas respectivas competências*.

A solução atribuída para a ausência de normas estaduais, distritais e municipais sobre o tema tem o objetivo de garantir a eficácia das diretrizes definidas pela União.

Não vejo na hipótese qualquer inconstitucionalidade porque, *sem normas específicas*, é fundamental adotar-se solução que viabilize as atividades de saneamento, tendo em vista a irretorquível necessidade de regulação jurídica. No caso, a lei consagra solução adequada: a adoção de regulamento da União. Não se trata, pois, de a União regulamentar matéria no campo de competência dos demais entes da Federação, mas de oferecer solução jurídica para *a falta de regulação da matéria*.

Por seu turno, a defesa dos direitos do usuário do serviço e as regras que possibilitam essa defesa são claramente normas de competência federal, senão por ser evidente diretriz (nos termos acima tratados), por ser norma geral de defesa do consumidor (art. 24, V). Assim a norma do inciso IV, do *caput* do art. 21* do Anteprojeto, que assegura ao usuário o direito de receber relatório individualizado com informações acerca da qualidade da água a ele fornecida, não padece de qualquer vício de constitucionalidade.

Por conferir concretude a direitos já reconhecidos pela legislação de proteção do consumidor, das concessões, dos recursos hídricos e da saúde, correto que esta mesma diretriz seja implementada inclusive por regulamento aprovado por Decreto, como recentemente se adotou²⁷.

Dentro da mesma linha de argumentação que defendo, também não há como se duvidar *a priori* da constitucionalidade do art. 20** do Anteprojeto, porque fixar a exigência de contrato para a delegação de serviços públicos insere-se no conceito de diretriz que, repita-se,

²⁷ V. Decreto nº 5.440, de 4 de maio de 2005.

* N. do E.: O art. 21 do APL corresponde ao art. 22 do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 20 do APL corresponde ao art. 23 do PL 5296/2005.

não é circunscrito ao campo dos meros princípios, abrangendo também regras, de maior densidade normativa.

Acrescente-se que se trata de diretriz que visa a assegurar *a estabilidade e a continuidade de serviços essenciais*, evitando arranjos precários de prestação. Além disso, os veículos tradicionais de delegação da gestão de serviços públicos são realmente os contratos de concessão e de permissão de serviços públicos (art. 175), portanto essa diretriz já se encontra incorporada ao Texto Constitucional Federal e não há problemas em sua ratificação ou explicitação pelo texto do Anteprojeto ora analisado.

IV – Contrato de fornecimento de serviços públicos de saneamento básico

Nada há na Constituição Federal que obrigue União, Estados, Municípios e Distrito Federal a atuarem isoladamente no cumprimento de suas obrigações relativas aos serviços públicos de saneamento. Ao contrário, em recente parecer sobre o Projeto de Lei sobre Consórcios Públicos, tive a oportunidade de destacar que o modelo federativo, com a feição que lhe confere o texto constitucional, não elimina a natureza una do Estado brasileiro, e todos os entes que o compõem devem, em conjunto e em colaboração mútua, perseguir e implementar seus objetivos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos (art. 3º, CF).

A cooperação entre as entidades federais é diretriz expressa do Texto Constitucional, conforme se verifica pela regra inserta no art. 241: “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

A regulação conjunta dos serviços é, no meu modo de ver, perfeitamente ajustada às diretivas constitucionais, desde que estabelecida voluntariamente ou, em situações excepcionais, por instrumentos compulsórios previstos pela Constituição Federal, especialmente quando se referem a regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

No campo da cooperação voluntária, ou como complemento às formas compulsórias de coordenação federativa, o Anteprojeto prevê alguns instrumentos de delegação, transferência ou prestação conjunta dos serviços públicos de saneamento básico.

O art. 2º, XV*, do Anteprojeto estabelece a possibilidade de que o titular do serviço público preste-o *direta ou indiretamente*, em consonância, é bom que se adiante, com o previsto no art. 175, da Constituição Federal.

O art. 16, § 3º*, ao estabelecer as diretrizes para a regulação e a fiscalização do serviço, faculta ao titular do serviço a *transferência do exercício* das funções de fiscalização a outra entidade pública, por meio de convênio, bem como a contratação de apoio técnico para a regulação (também por meio de convênio com outra entidade pública, não necessariamente a mesma que realizará a fiscalização).

O art. 17** estabelece que os entes da Federação regularão em conjunto os serviços públicos de saneamento básico integrados.

O art. 22*** indica revestir-se de forma contratual os instrumentos de delegação da prestação de serviços públicos de saneamento básico.

A *transferência do exercício* das funções de fiscalização a outra entidade pública, também por meio de convênio, decorre da eventual incapacidade da Administração local de realizar adequadamente a fiscalização da prestação do serviço. Entendo, contudo, que tal transferência está limitada às *atividades materiais* de fiscalização, mantendo o titular do serviço, sempre, a competência decisória sobre o tema. É que a competência de fiscalização é indelegável, dever que a Constituição Federal impõe aos entes federados, que dele não podem escapar por meio de sua simples delegação a outro ente.

Nos termos do Anteprojeto, a delegação da prestação dos serviços assume as formas jurídicas genéricas de concessão (lembre-se que falo do gênero concessão, dentre os quais, em nosso ordenamento, encontram-se as espécies: concessão comum, concessão administrativa e concessão patrocinada²⁸). A prestação conjunta ou a gestão associada dos serviços é viabilizada, nos termos do Anteprojeto, por contrato de programa²⁹. E, enfim, a transferência de *atividades materiais* de fiscalização, bem como os acordos para apoio técnico, por meio de convênio. Todos esses acordos têm natureza contratual.

Imerso nesse contexto, cuja maior preocupação a ser ressaltada é a de que as interações entre diferentes entes federativos se dê firme (sem possibilidade de retratação dos compromissos assumidos) e harmonicamente (como retrato da vontade de cada ente federativo e não por imposição de uns aos outros), o Anteprojeto tem a intenção de criar o chamado *contrato de fornecimento de serviços públicos (CFSP)* que, nos termos dos arts. 10 e 11****, tem como finalidade estabelecer as “relações de complementaridade entre serviços públicos de saneamento básico locais e serviços públicos de saneamento básico integrados”.

²⁸ A partir da edição da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu as parcerias público-privadas.

²⁹ Espécie de contrato disciplinada pelo art. 13 da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 (“Lei de Consórcios Públicos”).

* N. do E.: O art. 16, § 3º do APL corresponde ao art. 17, § 4º do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 17 do APL corresponde ao art. 18 do PL 5296/2005.

*** N. do E.: O art. 22 do APL corresponde ao art. 23 do PL 5296/2005.

**** N. do E.: Os arts. 10 e 11 do APL correspondem aos arts. 11 e 12 do PL 5296/2005.

Emerge, então, o *CFSP* como uma alternativa aos consórcios públicos, que possuem, em termos gerais, as mesmas finalidades, porém sem a necessidade de criação de uma nova pessoa jurídica.

O art. 11* do Anteprojeto estabelece as cláusulas necessárias, enumerando: 1. as que delimitem os serviços integrados, objeto de fornecimento; 2. as condições e garantias recíprocas de fornecimento e acesso aos serviços; 3. o prazo de vigência (compatível com investimentos a serem amortizados); 4. procedimentos de gestão operacional dos serviços; 5. regras de reajuste e revisão da remuneração do prestador de serviços; 6. condições e garantias de pagamento do fornecedor; 7. direitos e deveres sub-rogados; 8. hipóteses de extinção (não admitida a rescisão unilateral) e 9. as penalidades por inadimplemento.

De fato, ao estabelecer “diretrizes de complementaridade dos serviços”, o que pretende o Anteprojeto é criar um novo tipo de contrato administrativo, a ser firmado entre diferentes entes da Federação. Sendo assim, não há dúvida, por qualquer prisma que se olhe para as normas em questão, sobre sua constitucionalidade do ponto de vista do arranjo federativo: elas não afrontam nenhum traço da autonomia dos entes federativos, porque estes somente celebrarão os referidos contratos se assim quiserem, além do que a competência constitucional para a criação de contrato administrativo e fixação de seu regramento geral é da União (art. 22, XXVII).

Não havendo qualquer impropriedade de matiz constitucional em relação aos arts. 10 e 11** do Anteprojeto, só posso confirmar a natureza jurídica contratual do instrumento em referência, à qual o Anteprojeto faz direta referência ao chamar o instituto que envida criar de “contrato de fornecimento de serviços públicos”, contrato este que, caso o Anteprojeto seja aprovado pelo Congresso Nacional, seguirá o regime especial por ele instituído, as normas gerais da Lei nº 8.666/93 e, ainda, supletivamente, as disposições do Código Civil Brasileiro.

As cláusulas indicadas no art. 11* (acima sumariadas) são justamente as que diferenciam o contrato em questão dos contratos de prestação de serviço em geral (regulados pela Lei nº. 8.666/93), assim sendo, não há que se falar em insuficiência das cláusulas listadas no art. 11* do Anteprojeto, mesmo porque, como dito, tratando-se de contrato administrativo, os regramentos gerais da Lei nº 8.666/93 serão aplicados supletivamente à nova espécie de contrato.

O art. 12*** do Anteprojeto, por fim, estabelece que regulamento “disporá sobre modelos de contratos de fornecimento de serviços públicos, cujas cláusulas disciplinarão as relações

* N. do E.: O art. 11 do APL corresponde ao art. 12 do PL 5296/2005.

** N. do E.: Os arts. 10 e 11 do APL correspondem aos arts. 11 e 12 do PL 5296/2005.

*** N. do E.: O art. 12 do APL corresponde ao art. 13 do PL 5296/2005.

de complementaridade no que não dispuser em contrário o contrato de fornecimento de serviço público celebrado pelos interessados”.

Ora, é óbvio que não há mal algum, como já afirmado aqui, em fixar-se, por meio regulamentar, modelos de contratos que somente visam a orientar, em âmbito nacional, boas práticas de contratação. Além disso, segundo a norma em questão, esses modelos não vincularão os entes da Federação, pois estes poderão dispor em contrário nos *CFSP* que celebrarem. Nesse caso a norma preserva a autonomia (no sentido de auto-administração) dos entes da Federação, porém cuida da segurança jurídica desses ajustes e, indiretamente, preserva os interesses dos usuários dos serviços públicos, geralmente os grandes prejudicados dessa espécie de conflito.

Não há, aqui, mais uma vez, qualquer inconstitucionalidade que possa macular as normas em comento.

V – Repasse de recursos federais e adesão à Política Nacional de Saneamento Básico (PNS)

O último quesito remete-me a refletir sobre a constitucionalidade da norma – art. 39*, § 2º, I, do Anteprojeto – que condiciona o acesso a recursos federais relacionados a “transferências voluntárias da União destinadas a ações de saneamento básico” à adesão à Política Nacional de Saneamento Básico (PNS) (art. 39)* e conseqüente integração ao Sistema Nacional de Saneamento (Sisnasa), que, por sua vez, exige de seus integrantes o cumprimento de certas exigências, tais como: assegurar a adequada regulação, planejamento e fiscalização dos serviços; criar ou assegurar a existência dos órgãos colegiados; fornecer dados e informações para o Sisnasa; e instituir fundo especial de universalização dos serviços (art. 43**).

De início, já adianto que a norma cuida apenas de disciplinar *competência discricionária da própria União*, regra para disciplinar sua decisão de transferir *voluntariamente* recursos para os demais entes da Federação.

Ora, como vimos acima, dentre as competências reservadas à União, no caso dos serviços de saneamento, encontra-se a de planejar nacionalmente o desenvolvimento desse serviço, competência esta que se vincula à de programar a aplicação dos recursos federais destinados a esse setor. *Planejamento envolve necessariamente decisão sobre prioridades e definição de critérios para a aplicação de recursos.*

* N. do E.: O art. 39 do APL corresponde ao art. 38 do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 43 do APL corresponde ao art. 40 do PL 5296/2005.

A Política Nacional de Saneamento Básico (PNS) expressa as finalidades mais gerais às quais deve visar o Sisnasa. O art. 38* do Anteprojeto as explicita como: contribuir para o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades regionais, a geração de emprego e de renda e a inclusão social (inciso I); assegurar que a aplicação dos recursos financeiros administrados pelo Poder Público se dê segundo critérios de promoção da salubridade ambiental, de maximização da relação benefício-custo, de maior retorno social; incentivar a adoção de mecanismos de planejamento, regulação e fiscalização da prestação dos serviços. Todos esses objetivos são apenas reflexos ou reiterações de normas enumeradas pela própria Constituição Federal. O planejamento é apenas um dos mecanismos para alcançá-los.

Certamente uma das formas vislumbradas pelo Anteprojeto para atingir esses objetivos em todo o território nacional foi subordinar o repasse de recursos federais à adesão ao Sisnasa. Ao fazê-lo, a União Federal atua no uso de suas *competências* relacionadas, reitere-se, com o planejamento, em nível nacional, dos serviços de saneamento.

Há que se dizer, ainda, que o Anteprojeto não vincula o repasse de receitas já destinadas, pela Constituição, compulsoriamente aos entes da Federação, nem seria possível cogitar essa medida. Não poderia a União, com efeito, condicionar o repasse de recursos, por exemplo, dos fundos de participação tributária dos Estados e Municípios. O que intenta o Anteprojeto é dar racional e planejada destinação aos recursos de *livre* distribuição (*exercício de competência discricionária*), sobre os quais inexiste exigência constitucional prévia sobre sua destinação. São recursos, destaque-se, próprios da União e de fundos por ela administrados, que ela pode decidir aplicar em Estados, Municípios ou no Distrito Federal de acordo com o seu orçamento e planejamento próprios.

A União, portanto, é livre, nesse caso, para fixar as condições e metas para seus investimentos. Se ela o faz por meio de lei que define *critérios uniformes, previamente planejados e que asseguram equânime acesso dos interessados a esses recursos*, como deseja se fazer pelo Anteprojeto em causa, a União não só tenta cumprir os postulados de economicidade e eficiência, como também obedece ao princípio da transparência na gestão pública, tornando claro o que, outrora, poderia ser obscuro; e objetivo o que, antes, poderia ser casuístico. Aliás, é a União que, em realidade, se limita, diminuindo o círculo de liberdade que poderia possuir no manejo desses recursos, não havendo como se falar em interferência em recursos ou direitos de outros entes da Federação. Na verdade, o Anteprojeto apenas estabelece restrições à própria União para exercício de competência discricionária. Sem a regra, *ela seguiria desfrutando de margem de liberdade para destinação de recursos aos demais entes da Federação*.

Não vejo, assim, mais uma vez, senão a constitucionalidade das normas em comento.

Questiona-me, por derradeiro, o consulente se a fixação dos aspectos técnicos do cumprimento dessas exigências legais por regulamento seria constitucional.

Ora, tratar-se-á de regulamento de normas legais voltadas à disciplina da *atuação da própria União* (a destinação de recursos para os demais entes da Federação).

A edição de regulamentos que supram ou complementem a legislação é função específica do Executivo, no contexto da tripartição constitucional de poderes (art. 84, IV, da Constituição Federal). É, inclusive, até dever do Poder Executivo fornecer as informações, procedimentos e critérios para a fiel execução das leis, completando-as em seu sentido, evitando dúvidas e imperfeições. O que não pode, pura e simplesmente é, ao editar regulamento, contrariar o disposto em lei ou acrescentar à lei obrigações totalmente novas, que em nada decorram ou se vinculem às prescrições do ato legal regulamentado. Daí que, mais uma vez, o uso de regulamento é perfeitamente constitucional, desde que concretamente não ultrapasse seus limites. Como já adiantei acima, o dispositivo do Anteprojeto disciplina os critérios da União para destinar recursos públicos, pelo que o regulamento terá o papel de restringir sua própria margem de liberdade, em nada avançando no campo de competência dos entes da Federação.

VI – Conclusões e respostas objetivas aos quesitos

Depois das análises feitas acima, posso responder objetivamente aos quesitos apresentados.

Quesito 1. A competência para prover os serviços públicos de saneamento básico é sempre municipal? É constitucionalmente possível que alguns dos serviços possam ser considerados como de competência estadual? O fato de o Município integrar região metropolitana, aglomeração urbana, microrregião ou região integrada de desenvolvimento (Ride) altera alguma das conclusões das questões anteriores?

A competência para prover serviços de saneamento é sempre municipal (art. 30, V, da CF). Não há possibilidade, nos termos da Constituição Federal, de se remeter essa competência aos Estados, salvo em regime de cooperação (art. 23, X, da CF), que possuem, nessa matéria, somente competências de regulação (art. 24, V, VI, e § 2º e art. 25, § 3º, da CF), em caráter suplementar às competências regulatórias federais.

O fato de o Município integrar região metropolitana, aglomeração urbana, microrregião ou região integrada de desenvolvimento não altera sua competência em relação à execução dos serviços de saneamento, que, apesar disso, passa a se subordinar à regulação e ao planejamento regional (suplementares ao realizado nacionalmente pela União) e às normas de organização compartilhada do serviço, nos termos em que forem definidas pela respectiva lei complementar instituidora da entidade regional.

Quesito 2. Qual é o significado de diretrizes para os fins do inciso XX do art. 21 da Constituição Federal? As normas dos títulos I, II, IV e V do Anteprojeto de Lei cujo texto segue anexo podem ser consideradas como diretrizes?

As diretrizes que a União deve editar por força do artigo 21, XX, da CF são normas jurídicas (princípios e regras) fixadas para aplicação em todo o território nacional, tendo em vista a sua pertinência ao interesse geral ou nacional ou à predominância em relação a elas do interesse nacional, voltadas a organizar, planejar, criar procedimentos para a concretização ou para pré-ordenar o desenvolvimento urbano, notadamente nas áreas da habitação, do saneamento básico e dos transportes urbanos.

As normas inseridas nos títulos I, II, IV e V do Anteprojeto, neste sentido, são inequivocamente diretrizes e, portanto, constitucionais.

Quesito 3. Pode a União instituir como diretriz para o saneamento básico a obrigação de que os serviços sejam sempre planejados, regulados e fiscalizados? É constitucional a União sugerir modelos de regulação dos serviços por meio de regulamento? É constitucional a norma que prevê o regulamento como norma de regulação dos serviços nos caso de o titular dos serviços se omitir na regulação ou possuir regulação insuficiente?

Sim, a exigência de que os serviços públicos sejam planejados, regulados e fiscalizados nada mais é do que a explicitação de elementos essenciais de seu regime jurídico-constitucional e, a rigor, sequer se trata de inovação.

No direito constitucional brasileiro, os regulamentos se destinam, em primeiro lugar, à fiel execução das leis, e a instituição de modelos, de caráter não-obrigatório, serve de orientação para aplicação dos dispositivos da lei, colaborando com a sua execução sem que se criem ônus ou restrições à esfera de direitos daqueles que estão sujeitos às prescrições da lei a que vier o Anteprojeto se converter.

No caso de omissão ou insuficiência da norma local, o uso das normas do modelo para a disciplina das relações jurídicas se dá por norma geral que disciplina lacuna legal.

Quesito 4. É constitucional e pode ser considerado como diretriz para os fins do inciso XX do art. 21 da CF a previsão do inciso IV do *caput* do art. 21* do Anteprojeto de Lei, que assegura ao usuário o direito de receber relatório individualizado com informações acerca da qualidade da água a ele fornecida?

Sim. A norma em questão apenas reverbera dispositivos constitucionais, especialmente o do inciso VI do art. 200, que prescreve a fiscalização das águas para consumo humano. De outro lado, a espécie de informação que se exige seja divulgada ao usuário insere-se nas obrigações que todo fornecedor possui para com os consumidores, nos termos da legislação já em vigor.

Quesito 5. É constitucional o disposto no art. 20* do Anteprojeto de Lei, que prevê como diretriz a obrigatoriedade de a delegação de serviços públicos de saneamento básico se efetivar por meio de contrato?

Sim. A exigência de que os serviços, quando delegados, sejam disciplinados por contrato se insere na tradição jurídica brasileira e é medida importante para garantir a continuidade de sua prestação, pois se evitam arranjos precários ou provisórios, incompatíveis com serviços de natureza evidentemente essencial. Identifica-se, assim, a exigência de contratualização com o conceito de diretrizes para o saneamento básico.

Quesito 6. Quais são a natureza e o regime jurídico do contrato de fornecimento de serviços públicos previsto nos arts. 10 a 12** do Anteprojeto de Lei? As cláusulas necessárias previstas para esse contrato, no art. 11*** do Anteprojeto de Lei, são suficientes e atendem à boa técnica jurídica? É constitucional a previsão do art. 13 de que as cláusulas do modelo de contrato de fornecimento de serviços públicos disciplinarão as relações de complementariedade no que não dispuser em contrário contrato de fornecimento de serviços públicos celebrado pelos interessados?

O contrato de fornecimento de serviços públicos, por envolver dois entes políticos, possui natureza contratual pública, porém não confere a nenhuma das partes poderes unilaterais, já que ambas possuem sob a sua guarda a defesa de interesses públicos, não cabendo afirmar que uma tenha supremacia sobre a outra para impor sua vontade.

*As cláusulas previstas no art. 11*** são suficientes e adequadas para garantir ao contrato de fornecimento de serviços públicos a disciplina adequada, até porque serão complementadas pelas normas do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos ou pelas normas sobre contratos do Código Civil Brasileiro.*

O uso do modelo como norma de integração, no caso de omissão ou de deficiência da norma local, como dito em resposta ao quesito anterior, é perfeitamente constitucional.

* N. do E.: O art. 20 do APL corresponde ao art. 23 do PL 5296/2005.

** N. do E.: Os arts. 10 a 12 do APL correspondem aos arts. 11 a 13 do PL 5296/2005.

*** N. do E.: O art. 11 do APL corresponde ao art. 12 do PL 5296/2005.

Quesito 7. É constitucional que a União condicione que o acesso a recursos federais dependa da adesão ao Sisnasa e ao cumprimento de algumas exigências? É constitucional que os aspectos técnicos do cumprimento de tais exigências sejam disciplinados por regulamento ou instrução?

Sim. A União é livre para fixar as condições e metas para seus investimentos, ainda que esses investimentos revistam-se da forma de transferências voluntárias para os demais entes da Federação. As disposições do Anteprojeto que cuidam dessa matéria são constitucionais e obedecem aos princípios da economicidade, eficiência e transparência na gestão pública.

A edição de regulamentos que supram ou complementem a legislação é função específica do Executivo (art. 84, IV da CF). Esses regulamentos serão perfeitamente constitucionais caso não ultrapassem ou se desviem dos limites fixados pela lei.

É o meu parecer.

São Paulo, 18 de maio de 2005.

Benedicto Porto Neto
Professor da Faculdade de Direito
da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo