

PARECER JURÍDICO  
DALMO DE ABREU DALLARI

SUMÁRIO

A CONSULTA .....	97
O PARECER .....	99
A RESPOSTA À CONSULTA .....	105
A CONSULTA SUPLEMENTAR .....	109
O PARECER DA CONSULTA SUPLEMENTAR .....	111
A RESPOSTA AO QUESITO SUPLEMENTAR .....	113



## A CONSULTA

O Grupo de Trabalho Interministerial de Saneamento Ambiental, criado por Decreto do Presidente da República datado de 22 de setembro de 2004, aprovou em dezembro do mesmo ano texto de Anteprojeto de Lei voltado à finalidade de instituir “as diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e a Política Nacional de Saneamento Básico – PNS”.

O Governo Federal – por intermédio da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades, no âmbito do Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS) – formula consulta sobre a conformidade jurídica desse Anteprojeto de Lei, consubstanciada nas seguintes questões:

- (a) 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 respostas às perguntas anteriores?
- (b) É possível ao Município delegar ou transferir a Estado-membro ou à União poderes de planejamento, regulação ou fiscalização? Caso se considere possível a delegação ou a transferência, quais seus limites e sob quais formas pode ser formalizada? Qual o significado da expressão “transferência total ou parcial de serviços” para os fins do art. 241 da Constituição Federal (redação da EC nº 19/1998)?
- (c) Qual é o significado de diretrizes para os fins do inc. XX do art. 21 da Constituição Federal? As normas dos títulos I, II e V do Anteprojeto de Lei podem ser consideradas como diretrizes? Uma vez considerado como diretriz para os fins do inc. XX do art. 21 da CF, o conceito de serviços públicos de interesse local (art. 2º, IX) poderá lei estadual ou municipal adotar conceito diferente?
- (d) 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 o dispositivo do Anteprojeto que prevê o modelo instituído por regulamento como norma de regulação dos serviços, no caso de o titular dos serviços se omitir na regulação ou possuir regulação insuficiente?

- (e) Qual o significado da expressão “normas para a cooperação” do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal? As normas da Política Nacional de Saneamento Básico (PNS), por também estipularem normas para que a União coopere nesta matéria com os entes federados, podem ser instituídas por meio de lei ordinária?
- (f) É constitucional que conselhos, nos quais cidadãos e usuários de serviços públicos tenham assento, participem do planejamento, da regulação e da fiscalização dos serviços? O planejamento e a regulação elaborados com a participação de tais conselhos oferecem menor segurança jurídica ao concessionário de serviço público do que o planejamento e a regulação exercidos exclusivamente por agência reguladora?

## O PARECER

1. Nas concepções mais modernas, o *saneamento básico* está inserido na idéia de *saúde*, fazendo parte do conjunto de meios e cuidados indispensáveis para a proteção e a promoção da saúde. Em grande parte, isso também pode ser dito em relação ao *meio ambiente*, que é o espaço da vida e da convivência dos seres humanos e que deve ser considerado sob várias perspectivas, sendo uma das mais relevantes aquela que o relaciona com a saúde, com as condições de saúde necessárias para que o ser humano viva, sobreviva e desenvolva suas aptidões. Essas três noções, que são fundamentais para o direito contemporâneo, estão indissolivelmente interligadas e são interdependentes e, a par disso, em consequência das características básicas das populações no mundo contemporâneo, as três estão ligadas ao conceito de *cidade*. O fenômeno da urbanização da vida social, que já ocorreu em épocas anteriores e teve grande reflexo na história da humanidade, voltou a ocorrer, com muito maior intensidade, na segunda metade do século vinte, colocando sob nova perspectiva os objetivos, as necessidades e possibilidades, os problemas e soluções relacionados com a convivência humana.

Das três primeiras noções acima referidas, a mais abrangente de todas é a de *saúde*, que por esse motivo, como também porque, sob muitos aspectos, condiciona o tratamento jurídico das demais, deve ser considerada inicialmente, para que fique clara sua nova dimensão e para que se perceba em que sentido ela envolve as demais e que consequências jurídicas isso acarreta. Desde logo é importante ressaltar que a partir do século vinte ocorreu uma extraordinária valorização da saúde pública. Na realidade, são muito antigos os registros de preocupações e de ações governamentais visando eliminar um fator grave de deterioração do estado de saúde das populações, mas isso ocorria de forma episódica, em decorrência de uma situação de excepcional gravidade, de um surto epidêmico, que acarretasse a morte rápida de milhares de pessoas ou reduzisse substancialmente sua capacidade física. Foi assim, por exemplo, que em diferentes épocas e lugares os governos tomaram medidas excepcionais visando enfrentar uma epidemia de peste ou forçando o confinamento dos leprosos.

Mas a falta de conhecimentos científicos, aliada à deficiência de meios, a credices e a outros fatores, sempre fez com que se procurassem soluções imediatas para problemas localizados, não se registrando ações preventivas ou cuidados permanentes com a saúde de uma população. A saúde era concebida como problema individual de cada um e isso foi ainda mais acentuado com o estabelecimento do novo tipo de sociedade resultante da ascensão política da burguesia, que começa a ser definido no final do século dezanove.

Num substancioso estudo sobre a matéria, recuperando dados históricos e ressaltando aspectos que revelam novas concepções, Sueli Gandolfi Dallari, Professora de Direito

Sanitário na Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, mostra a caminhada gradativa para as noções atuais. Depois de observar que a noção contemporânea de saúde pública ganha maior nitidez de contorno no Estado liberal-burguês do final do século dezoito, acentua um momento importante dessa evolução, lembrando que na França, logo após o encerramento do período napoleônico, “apareceram as primeiras leis que tratavam organicamente da higiene urbana, da noção de estabelecimento insalubre e do controle sanitário de fronteiras”. Ressalva, entretanto, que “é apenas a partir da primeira metade do século dezenove que a higiene se torna um saber social, que envolve toda a sociedade e faz da saúde pública uma prioridade política” (cf. Direito Sanitário, *Curso de Especialização a Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p. 49-50).

A concepção individualista da pessoa humana e da sociedade, restringindo a participação do Estado na vida social à mera proteção formal dos direitos individuais, ligou a própria saúde pública à noção de direito individual, não se cuidando da saúde coletiva. Mas no decorrer do século vinte aquela percepção da importância da saúde pública, manifestada no início do século anterior, será plenamente desenvolvida e acabará tendo enorme influência nas atividades sociais, inclusive na política e na economia, passando a ser, efetivamente, uma das prioridades no estabelecimento das políticas de governo.

**2.** O marco fundamental do reconhecimento da saúde pública como valor e necessidade básica de um povo foi a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), cuja constituição foi adotada pela Conferência Internacional de Saúde, realizada em Nova York, em julho de 1946, tendo entrado em vigor em 7 de abril de 1948. A OMS é uma organização internacional especializada, ligada à Organização das Nações Unidas (ONU), tendo por objetivo “levar todos os povos ao nível de saúde mais elevado possível”, sendo importante assinalar que ela fixou um novo conceito de saúde, com enorme influência prática. Segundo a OMS, “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de qualquer afecção”. O aparecimento desse organismo, com essas novas concepções, foi o primeiro passo para que, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos incluísse a saúde entre os direitos fundamentais de todos os seres humanos e para que, em 1966, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelecesse, como obrigação ética e jurídica dos Estados, o dever de desenvolver atividades, até o máximo de suas possibilidades, para assegurar a todos o padrão mais elevado de saúde física e mental.

Ressaltando essa nova postura, observam Moreau e Truchet: “Enquanto a concepção tradicional via na saúde um atributo, uma qualidade da pessoa, um bem individual a preservar por uma regulamentação de polícia apropriada ou a reconstituir se seu proprietário tivesse deixado arruinar-se, a concepção contemporânea de saúde – Saúde Pública – vê aí uma riqueza coletiva indispensável ao poder da Nação”. E concluem, enfaticamente: “Daí decorrem novas obrigações para os poderes públicos, mas também um título novo para intervir, regulamentar, para permitir, para proibir e controlar” (MOREAU, Jacques e TRUCHET, Didier, *Droit de la Santé Publique*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1995, p. 13).

3. Pela amplitude e diversidade das situações individuais e sociais interessando à saúde, *vem ocorrendo, desde então, o envolvimento concomitante de vários setores da organização dos Estados, para o cumprimento da obrigação de proteger e promover a saúde de todos, exercendo vigilância e controle, promovendo serviços ou propiciando os meios necessários para que todos tenham garantido o direito à saúde*. Abordando esses aspectos, observam Moreau e Truchet que “as questões sanitárias interessam tanto às organizações internacionais quanto à administração pública e às instituições regulamentadoras nacionais”, verificando-se que um grande número de órgãos administrativos colabora nessa tarefa, seja porque integra suas competências gerais, seja por constituir sua missão específica (ob. cit., p. 17).

Tornando ainda mais precisa essa ponderação e tendo em conta o que geralmente ocorre em grande número de Estados, inclusive na França, observa o Senador Claude Huriet que, antes de tudo, a legislação sanitária é fonte de imposições, que atingem pessoas, instituições e coletividades. Além disso, prossegue ele, “vivemos hoje numa sociedade complexa e múltiplos atores são chamados a intervir em matéria sanitária. Assim, no plano administrativo, os Ministérios da Saúde, da Agricultura, da Economia e Finanças, da Indústria e do Meio Ambiente, por exemplo, são competentes, a um título ou a outro, para tratar de questões em que está em jogo a segurança sanitária” (*Les Rapports du Sénat*, nº 196, 1996/1997. Paris: Senado da República, p. 11 e 13). Essa é a realidade dos Estados, em praticamente todo o mundo, seja qual for o sistema político, havendo variações em função da organização específica de cada um, verificando-se, entretanto, que sempre existem vários ou muitos órgãos públicos competentes para questões ligadas ao direito à saúde, em suas múltiplas facetas, e à segurança sanitária. Por isso é sempre necessário buscar a coerência e a integração das diferentes ações, para que os esforços e meios despendidos produzam o melhor resultado em termos de acesso ao direito à saúde e de segurança sanitária.

4. *A concepção ampla de saúde, abrangendo o saneamento básico e com sérias implicações no tratamento das questões ambientais e na própria concepção de cidade, teve grande influência na elaboração da Constituição brasileira de 1988*, o que se verifica pelo grande número de dispositivos tratando desses temas, freqüentemente interligados, bem como pela atribuição de responsabilidade concomitante a diferentes entidades da organização política e a órgãos incumbidos da normatização, do planejamento e da execução de serviços nessas áreas.

Uma das mais importantes inovações introduzidas no sistema jurídico-constitucional brasileiro foi a atribuição de competências comuns. A Constituição de 1934, influenciada pela concepção de federalismo cooperativo recentemente formulada nos Estados Unidos, já continha algumas regras nessa direção, mas por se tratar de uma inovação, ainda mal definida, assim como por alterar a forma de relacionamento da União com os Estados, que se instalara no Brasil em 1891, não se avançou muito em tal sentido, o que, afinal, se fez em 1988.

Mantendo o “tripé federativo”, segundo a expressão de Miguel Reale, ou seja, União, Estados e Municípios como entes políticos, dotados de competências próprias estabelecidas na

Constituição, o constituinte fez uma enumeração de competências que são, ao mesmo tempo, desses três entes ou esferas de poder. Assim, como está expresso no artigo 23, são de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras atribuições elencadas no mesmo artigo: II. cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; VI. proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; IX. promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de *saneamento básico*.

Mais adiante, tratando especificamente da saúde e dos direitos e obrigações a ela inerentes, diz o artigo 196, de enorme abrangência: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Logo depois, pelo artigo 198 ficou estabelecido que as ações e os serviços públicos de saúde “constituem um sistema único”, que deverá ser organizado, entre outras diretrizes, observando os critérios da descentralização, da prioridade para ações preventivas e da participação da comunidade. O sistema único abrange, portanto, as ações e os serviços federais, estaduais e municipais, reafirmando-se aí as competências comuns. Em seguida, no artigo 200, vem uma enumeração de atribuições que faz a interligação de áreas e objetivos há pouco referida, dispondo-se que compete ao sistema único, entre outras atribuições: IV. participar da formulação da política e da execução das ações de *saneamento básico*; VIII. colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

5. A interligação das atividades, com ênfase para a saúde, segundo a ampla definição da OMS, e tudo o que pode afetá-la, fica muito evidente pelas disposições constitucionais referidas, como também fica muito clara a atribuição de competências comuns a todos os entes federativos. No caso da relação saúde/saneamento básico isso ainda é reforçado pela Lei Orgânica da Saúde, Lei Federal nº 8080, de 19 de setembro de 1990, que no seu artigo 3º estabelece que são fatores determinantes e condicionantes da saúde “a alimentação, a moradia, o *saneamento básico*, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e os bens e serviços essenciais”. Apesar disso, é conveniente acrescentar algumas considerações a respeito das competências, tendo em conta, sobretudo, a competência normativa da União e as competências municipais. Este último ponto tem sido, às vezes, mal compreendido e mal conduzido, em decorrência de vícios de ordem prática.

Na realidade, apesar da afirmação constitucional da autonomia dos Municípios desde a Constituição de 1891, por muito tempo depois disso a fragilidade econômico-financeira de grande parte das municipalidades, aliada ao despreparo de governantes municipais, levou a uma atitude de submissão e à verdadeira renúncia à autonomia, *contrariando as disposições constitucionais*. Com efeito, muitos Municípios ficaram totalmente dependentes, sobretudo dos respectivos governos estaduais, para o recebimento de apoio financeiro e mesmo de serviços, diretamente, como ainda ocorre, por exemplo, em muitos lugares quanto ao saneamento básico. Por debilidade financeira e incapacidade técnica, ou simplesmente por dependência política, quando não por conveniência econômica de grupos poderosos, muitos Municípios celebraram acordos com os Estados, ou para que estes financiassem os serviços ou para que os assumissem diretamente, gerando, em muitos, a errônea convicção de que o



Município não tem competência para prestar tais serviços ou mesmo para fixar normas sobre sua organização, execução e fiscalização.

Quando, tratando da saúde e seus correlatos, a Constituição fala em sistema único e dá as mesmas atribuições a todos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não deixa margem a que se estabeleça uma relação de subordinação ou dependência. O que se faz indispensável é a leitura sistemática da Constituição, para que o exame de algum dispositivo isolado não leve a equívocos, devendo-se, também, conjugar de modo coerente os dispositivos que tratam de competências gerais e específicas, o que tem grande importância para os temas aqui analisados. Segundo o artigo 197 da Constituição, são de relevância pública as ações e os serviços de saúde, *cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle*. Note-se que a expressão “Poder Público” abrange, de modo igual, todos os poderes competentes para ações e serviços de saúde. Esse dispositivo deve ser lido em conjugação com o disposto no artigo 21 da Constituição, que trata, numa longa enumeração, de competências exclusivas da União, entre as quais se inclui, pelo inciso XX, “*instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos*”.

A esse respeito, vem a propósito reproduzir aqui as observações feitas por Cláudia Aguiar de Siqueira, Consultora do Instituto Brasileiro de Administração Municipal, ao analisar as competências municipais em matéria de saúde, de acordo com os dispositivos da Constituição de 1988. Como antecedente teórico, seu trabalho recupera os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, para quem o poder de polícia sanitária já se destacava no rol das atribuições municipais, concretizando-se na adoção de normas e medidas específicas, requeridas por situações de perigo presente ou futuro, que lesem ou ameacem lesar a saúde e a segurança dos indivíduos e da comunidade (cf. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990). Considerando a questão à luz da Constituição de 1988, diz a consultora que, especialmente pelos termos do artigo 23, inciso II (acima referido), não há dúvida quanto à imposição constitucional, a todas as unidades federativas, de participar ativamente na promoção da saúde. E acrescenta: “Dentro desse panorama, a descentralização – com ênfase na municipalização – desponta como um dos princípios basilares que orientam a construção do Sistema Único de Saúde, assumindo o Município, na nova ordem, a posição de titular de função própria” (O Município e a Saúde, *Revista de Direito Sanitário*, vol. 4, nº 1, março de 2003, p. 41-49).

6. Em complemento a tudo quanto foi dito, é ainda conveniente ressaltar alguns pontos importantes, a começar pelas questões da competência legislativa do Município em matéria de saúde e da influência que pode ter, relativamente às competências municipais, a ação conjunta, nessa área, com outras esferas de Poder. Quanto à competência do Município sobre essa matéria, o que já foi examinado elimina qualquer dúvida, sendo certo que o Município tem maior responsabilidade pelas ações e serviços que se desenvolvem no seu território, para os seus habitantes, com imediata repercussão local. Aplica-se aqui o disposto no artigo 30 da Constituição, segundo o qual compete ao Município: “I – legislar sobre assuntos de interesse local”. É evidente que todas as situações e todos os eventos que se registrem em seu território e afetem as condições de vida de sua população são assuntos de interesse local e, assim, sobre

eles o Município tem competência legislativa. É situação típica de aplicação do poder legislativo municipal, podendo ser cogitada a hipótese de competência legislativa concorrente, pois embora não referida no artigo 24 da Constituição, que estabelece normas sobre legislação concorrente, enquadra-se nessa hipótese pela disposição expressa e clara do artigo 30, que, enumerando as competências municipais, dispõe expressamente, no inciso II, que compete aos Municípios: “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”. Assim sendo, mesmo admitindo a possibilidade de normas gerais federais sobre assuntos de interesse local, o que é contestado por alguns doutrinadores, tem aplicação, no caso, o disposto no § 1º do mesmo artigo 24, segundo o qual “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.

Outro ponto que deve ser ressaltado é a possibilidade ou obrigação de desempenho conjunto de um encargo constitucionalmente estabelecido ou a transferência da execução para outro ente federativo, ou ainda para uma entidade privada. Quando se trata de matéria de competência comum, a responsabilidade pela execução é concomitante e intransferível. É possível, e com frequência é conveniente ou mesmo necessário, estabelecer acordos para a integração das atividades, podendo implicar a cessão temporária de bens e até de servidores, mas cada um continua inteiramente responsável pelas ações e pelos serviços no seu âmbito. É isso que está previsto no artigo 197 da Constituição, quando se diz que as ações e os serviços de saúde pública são de relevância pública, mas sua execução pode ser feita diretamente ou por meio de terceiros. Na hipótese de se tratar de uma tarefa que, por disposição constitucional, é de competência exclusiva de um ente federativo, é possível a celebração de acordo para que outro execute a tarefa ou parte dela, mas a responsabilidade continuará sendo permanente e exclusiva daquele a quem a Constituição atribuiu o encargo. Aplica-se a essa hipótese o artigo 241 da Constituição, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional 19. O que se inovou com essa Emenda foi a previsão do uso do consórcio público ou do convênio de cooperação entre os entes federados, formas peculiares para o desempenho de atribuições, que não afetam a distribuição constitucional das competências e as responsabilidades daí derivadas.

São ainda oportunas, para finalizar, algumas considerações sobre a integração de Municípios em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. Diz a Constituição, no artigo 25, § 3º, que os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir entidades como essas, pelo agrupamento de Municípios limítrofes, “para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”. Os Estados, nesse caso, colaboram com sua experiência e seu aparato técnico para a melhor ordenação da execução das tarefas, mas cada Município continua integralmente autônomo e plenamente responsável pelos encargos de sua competência. Não se altera, de forma alguma e em qualquer medida, o “tripé federativo”.

## A RESPOSTA À CONSULTA

Com base em tudo quanto foi exposto e tendo em conta o conjunto das disposições constitucionais e legais vigentes, passa-se a dar resposta às questões da Consulta:

- (a) 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 respostas às perguntas anteriores?

*A competência para prover os serviços públicos de saneamento básico é prioritariamente do Município, enquanto serviço de interesse local, mas também é da competência da União e dos Estados, que são obrigados a colaborar para a execução de tais serviços. Pelo artigo 30 da Constituição, em seu inciso I, a competência é municipal, mas, por força do inciso VII desse mesmo artigo, o Município deve prestar os serviços “com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado”, uma vez que se trata de serviços vinculados ao atendimento à saúde da população. Naquilo que for além do interesse estritamente local pode-se invocar a competência do Estado para a prestação dos serviços. O fato de o Município integrar região metropolitana, aglomeração urbana, microrregião ou região integrada em nada altera as respostas às questões anteriores.*

- (b) É possível ao Município delegar ou transferir a Estado-membro ou à União poderes de planejamento, regulação ou fiscalização? Caso se considere possível a delegação ou a transferência, quais seus limites e sob quais formas pode ser formalizada? Qual o significado da expressão “transferência total ou parcial de serviços” para os fins do art. 241 da Constituição Federal (redação da EC nº 19/1998)?

*A transferência ou delegação total ou parcial dos poderes de planejamento, regulação ou fiscalização é possível, quando não se tratar de serviços de competência comum, pois se forem serviços de competência comum poderá ocorrer a execução conjunta sem que se configure transferência ou delegação. Quanto a tarefas de competência exclusiva de um ente federado, é possível a transferência ou delegação da execução, mas a competência e a responsabilidade são intransferíveis, continuando a ser daquele que recebeu da Constituição a competência. São esses o sentido e o alcance do artigo 241 da Constituição, com a redação dada pela Emenda 19: pode-se transferir o encargo da execução, mas continuando inalteradas as competências constitucionais e as responsabilidades.*

- (c) Qual é o significado de diretrizes para os fins do inc. XX do art. 21 da Constituição Federal? As normas dos títulos I, II e V do Anteprojeto de Lei podem ser consideradas como diretrizes? Uma vez considerado como diretriz para os fins do inc. XX do art. 21 da CF, o conceito de serviços públicos de interesse local (art. 2º, IX) poderá lei estadual ou municipal adotar conceito diferente?

*A expressão “instituir diretrizes”, constante do artigo 21, inciso XX, da Constituição, significa apontar os grandes caminhos, dar uma orientação, fixar normas gerais, sem descer a pormenores de organização ou de execução. É o mesmo sentido da palavra “diretrizes” na expressão “diretrizes e bases da educação nacional”. De modo geral, as normas de caráter geral, inclusive definições, constantes do Anteprojeto podem ser consideradas diretrizes. Poderá ocorrer, entretanto, algum questionamento durante a discussão do projeto, se alguém considerar que determinada diretriz vai além da fixação de norma geral e desce a pormenores de ordem prática, não fundamentais para a fixação de objetivos. Nesse caso, será conveniente a discussão, mas uma vez fixadas em lei as diretrizes, elas se tornam normas obrigatórias para todos.*

- (d) 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 o dispositivo do Anteprojeto que prevê o modelo instituído por regulamento como norma de regulação dos serviços, no caso de o titular dos serviços se omitir na regulação ou possuir regulação insuficiente?

*Não se pode perder de vista que os serviços de saneamento básico são serviços públicos, podendo variar a forma de execução sem que se altere essa natureza. Por esse motivo, os princípios que regem a Administração Pública, fixados no artigo 37 da Constituição, serão sempre aplicáveis aos serviços de saneamento básico, seja quem for o executor. Assim, seria redundante exigir o que já está expresso ou implícito nos preceitos constitucionais. As hipóteses de omissão na regulação ou de regulação insuficiente pelo titular do serviço faz supor que se esteja denominando titular, no caso, o responsável pela execução dos serviços, que será outro que não o titular originário, aquele que tem a competência constitucional. Nesse caso, o que pode ou não ser exigido, se o modelo instituído por regulamento poderá ou não suprir a omissão ou a insuficiência de regulação, vai depender dos termos em que tiver sido feita a transferência do encargo de execução dos serviços.*

- (e) Qual o significado da expressão “normas para a cooperação” do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal? As normas da Política Nacional de Saneamento Básico (PNS), por também estipularem normas para que a União coopere nessa matéria com os entes federados, podem ser instituídas por meio de lei ordinária?

*A expressão “normas para a cooperação”, que figura no parágrafo único do artigo 23 da Constituição, tem o sentido de diretrizes ou normas gerais, não estando vinculada à enumeração das atribuições de competência comum. Porque o tema geral do artigo era a ação conjunta da União, dos Estados e dos Municípios, o constituinte entendeu que aquele era o momento para acentuar a necessidade e a conveniência de cooperação, no espírito do federalismo cooperativo. Mas a intenção de manter viva a lembrança da necessidade de uma lei dessa espécie, não vinculada às atribuições referidas naquele artigo, fica evidente pela simples leitura do mencionado parágrafo único, no qual está expresso que serão fixadas normas para a cooperação, “tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Esses objetivos são muito mais amplos do que o conjunto de atribuições expresso no artigo 23.*

- (f) É constitucional que conselhos, nos quais cidadãos e usuários de serviços públicos tenham assento, participem do planejamento, da regulação e da fiscalização dos serviços? O planejamento e a regulação elaborados com a participação de tais conselhos oferecem menor segurança jurídica ao concessionário de serviço público do que o planejamento e a regulação exercidos exclusivamente por agência reguladora?

*A participação de cidadãos e usuários nos conselhos, mais do que serem constitucionais, no sentido de serem compatíveis com os artigos da Constituição, são exigências constitucionais. Já no artigo 1º, ao indicar os fundamentos da República, a Constituição menciona, expressamente, a cidadania. Além disso, o parágrafo único do artigo 1º estabelece que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. No § 3º do artigo 37 ficou estabelecido que “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”. Em vários outros pontos a Constituição põe a exigência de participação direta e efetiva da cidadania, bastando lembrar, tendo em conta a matéria da presente Consulta, o artigo 198, segundo o qual as ações e os serviços públicos de saúde constituem um sistema único, que será organizado de acordo com as seguintes diretrizes: “III. Participação da comunidade”. Reforçando a legitimidade das decisões e sua adequação maior às necessidades e aspirações dos usuários, a participação de representantes dos usuários nos conselhos dará maior segurança jurídica a todas as partes envolvidas na prestação e na utilização dos serviços públicos.*

Esse é o meu parecer.

Paris, 2 de fevereiro de 2005.

*Prof. Dr. Dalmo de Abreu Dallari*  
*Professor Titular da Faculdade de Direito*  
*da Universidade de São Paulo*



## A CONSULTA SUPLEMENTAR

Em aditamento à consulta que ensejou a elaboração de parecer jurídico que concluí em 02 de fevereiro do corrente ano de 2005, relacionado ao *Anteprojeto de Lei da Política Nacional de Saneamento Ambiental*, o Governo Federal – por intermédio da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades, no âmbito do Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS) – formula nova consulta sobre a conformidade jurídica desse Anteprojeto de Lei, originário do Grupo de Trabalho Interministerial de Saneamento Ambiental, criado por Decreto do Presidente da República datado de 22 de setembro de 2004.

Consubstancia-se essa consulta suplementar no seguinte quesito:

**A Política Nacional de Saneamento Básico (PNS), e suas respectivas normas, pode ser instituída por lei ordinária ou, especialmente em face do disposto no parágrafo único do artigo 23 da Constituição, a forma de lei complementar seria obrigatória?**





## O PARECER DA CONSULTA SUPLEMENTAR

Para dar resposta a essa indagação, é importante, antes de tudo, tecer algumas considerações sobre a lei complementar no sistema legislativo brasileiro, estabelecido na Constituição. A primeira observação é que a lei complementar constitui um gênero especial de lei, que, segundo a precisa observação de Miguel Reale, é “um *tertium genus* de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a revogação (perda de vigência) por força de qualquer lei ordinária superveniente” (cf. *Parlamentarismo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 110). A aprovação de um projeto de lei complementar exige quórum mais elevado do que aquele requerido para as leis ordinárias, o que dá mais estabilidade às leis complementares, porque torna mais difícil sua modificação. A intenção do constituinte foi, precisamente, garantir maior estabilidade à legislação que fixa normas de maior abrangência, à legislação que, como observa José Afonso da Silva, pode-se denominar *principiológica* (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.434).

Coerentemente com os objetivos que levaram à criação desse terceiro gênero, o constituinte fixou expressamente na Constituição as hipóteses em que é obrigatória a legislação complementar, deixando claro que ela só tem cabimento nas hipóteses expressamente enumeradas e para os objetivos de ordem geral ou principiológicos, implícitos ou expressos na exigência desse gênero de lei. Essa restrição ao uso das leis complementares, bem como a restrição à sua exigência, têm sido reiteradamente afirmadas na jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal: “Enumeração exaustiva das hipóteses constitucionais de regramento mediante lei complementar (...) Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita” (STF – Pleno – ADIn nº 789/DF – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, Secção I, 19 de dezembro de 1994, p. 35180).

No mesmo sentido decidiu em outra oportunidade a colenda Suprema Corte, ressaltando tratar-se de jurisprudência pacífica: “De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria...” (STF – Pleno – ADIn nº 2028-5/DF – Rel. Min. Moreira Alves – *Diário da Justiça*, Secção I, 16 de junho de 2000, p. 30).

Quanto à exigência de lei complementar, constante do parágrafo único do artigo 23 da Constituição, a primeira observação a fazer é que, por princípio de hermenêutica há muito consagrado, bem como pela mais elementar e óbvia coerência lógica, os parágrafos adicionados a um artigo de lei devem ser entendidos como complementos do *caput* do artigo a que foram atrelados. Lendo-se o referido artigo 23, verifica-se que depois de uma longa enumeração de matérias de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o

constituinte acrescentou a esse artigo o seguinte parágrafo: “Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

Como é evidente, tendo em conta a conveniência do exercício concomitante, coerente e integrado daquelas competências comuns, para proporcionar desenvolvimento e bem-estar em âmbito nacional, sem o risco de favorecimento ou marginalização de alguma parte da Federação, comprometendo o equilíbrio federativo, o constituinte quis que o exercício de todas aquelas competências obedecesse a normas uniformes. Assim, portanto, a exigência de lei complementar é para uma lei que Machado Horta, com muita propriedade, denomina “lei quadro”, uma lei que abranja o relacionamento entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios no exercício de todas aquelas competências enumeradas no artigo 23.

Obviamente, uma lei que fixa diretrizes para uma política nacional de saneamento básico é muito mais restrita quanto à abrangência e quanto aos efeitos sobre o desenvolvimento e o bem-estar de todo o conjunto federativo do que seria uma lei aplicável ao exercício de todas as competências comuns enumeradas no artigo 23. Uma lei com esse objetivo específico e limitado não se enquadra, com toda a evidência, na hipótese do parágrafo único do artigo 23, podendo-se concluir que não se aplica a essa lei com objetivos específicos, limitados a uma área da Administração Pública, a exigência de lei complementar. É oportuno lembrar que a lei fixando diretrizes para a Política Nacional de Saneamento Básico (PNS) tem exatamente a mesma expressão jurídica da Lei Orgânica da Saúde, que, na realidade, abrange duas leis, a Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990, e a Lei nº 8142, de 28 de dezembro de 1990, *ambas leis ordinárias*, fixando diretrizes para a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS).

## A RESPOSTA AO QUESITO SUPLEMENTAR

Com base em todos esses elementos e em todas essas considerações, pode-se responder com absoluta segurança ao quesito formulado, como se passa a fazer.

A Política Nacional de Saneamento Básico (PNS), e suas respectivas normas, pode ser instituída por lei ordinária ou, especialmente em face do disposto no parágrafo único do artigo 23 da Constituição, a forma de lei complementar seria obrigatória?

*A Política Nacional de Saneamento Básico (PNS), e suas respectivas normas, pode ser instituída por lei ordinária, não tendo aplicação a esse caso a exigência de lei complementar constante do parágrafo único do artigo 23 da Constituição.*

Esse é o meu parecer.

São Paulo, 15 de abril de 2005.

*Prof. Dr. Dalmo de Abreu Dallari*  
*Professor Titular da Faculdade de Direito*  
*da Universidade de São Paulo*