

Série Universalizar

Pareceres - Volume 2

Pedido de Admissão como Amicus Curiae na ADPF nº 1.055/DF, protocolada no STF

Abril/2023

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Número único: 0073043-75.2023.1.00.0000
ADPF nº 1.055/DF

A **AESBE – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS ESTADUAIS DE SANEAMENTO**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/ME sob o nº 26.990.358/0001-00, qualificada nos documentos e procuração em anexo, por meio de seu advogado regulamente constituído, vem a estes autos de **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**, margeada sob nº 1.055/DF, promovida pelo **PARTIDO NOVO**, à presença de V.Exa., requerer, nos termos do art. 138 do Código de Processo Civil, a sua admissão como **AMICUS CURIAE** e, em vista da urgência, ao mesmo tempo se **manifestar sobre o pedido de medida liminar**, da forma seguinte:

I. DO PEDIDO DE ADMISSÃO COMO AMICUS CURIAE

A legislação prevê que poderá ser admitida intervenção como *amicus curiae* em razão da **relevância da matéria** debatida nos autos e da **representatividade** daquele que postula tal posição processual.

In casu, o cumprimento de tais requisitos é incontestado.

De um lado, a autora já demonstrou em sua exordial a relevância da matéria e a repercussão social da controvérsia, e, doutro, cumpre lembrar que o presente feito está sob apreciação de V.Exa. porque distribuído em razão de conexão com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.882-DF, cujo autora é a entidade que ora requer o seu ingresso como *amicus curiae*.

Por estas razões, requer que seja deferido o ingresso da petionária nos autos.

II. DA AUSÊNCIA DE PREVENÇÃO E DA NECESSIDADE DE REGULAR DISTRIBUIÇÃO POR SORTEIO

Na ADI 6.882-DF, única que aguarda julgamento definitivo -- já se certificou o trânsito em julgado nas com ela reunidas --, pende apenas recurso de Embargos de Declaração. Ou seja: o mérito foi julgado pelo i. Tribunal Pleno.

De outro lado, a inicial defende que haveria prevenção, em razão de conexão, pelo que o julgamento da presente ADPF deveria se realizar a partir da Relatoria do douto Ministro Luiz Fux.

Porém, **uma vez que houve o julgamento de mérito na ADI 6.882-DF, inviável a conexão**. Todos os membros deste Sodalício já possuem a orientação do julgamento plenário para se pautarem, o que afasta a possibilidade de julgamentos destoantes, que é a razão que permite o excepcional instituto da prevenção.

Ao revés, parece que o autor incorreu em erro semelhante ao de passado recente, no qual, pelo simples fato de feito criminal mencionar a Petrobrás, se entendia competente e prevento determinada Vara Criminal, sediada em Curitiba – o que deu azo a uma das mais lamentáveis páginas da história judicial brasileira.

Para evitar nulidades processuais, e em respeito ao *due process of law*, requer que o presente feito receba distribuição por meio de sorteio.

III. DA MANIFESTAÇÃO SOBRE O PEDIDO LIMINAR

Apesar de a presente petição ser apenas um requerimento de admissão nos autos, a ser apreciado, em razão da urgência se adianta parte do conteúdo de eventual futura manifestação.

IV. DA AUSÊNCIA DE URGÊNCIA E DOS EQUÍVOCOS DO AUTOR

A Lei nº 9.882, de 1999, que disciplina a presente ação, prevê que “o Supremo Tribunal Federal, **por decisão da maioria absoluta de seus membros**, poderá deferir pedido de medida liminar” e que “Em caso de **extrema urgência ou perigo de lesão grave**, (...) poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno” (art. 5º, 1º).

Para demonstrar a **extrema urgência**, e viabilizar que a liminar seja apreciada de plano pelo Relator, o autor alega que tal medida seria necessária em razão de dois fatos, relativos a pretensas licitações que estariam iminentes em (i) Salvador, BA, e (ii) João Pessoa, PB.

Tais licitações não existem.

De um lado, a prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em João Pessoa **já está sob análise do STF**, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.335-PB, cujo relator é o Ministro André Mendonça. Naqueles autos, **a liminar não foi deferida**. Pelo que, data maxima venia, evidente a ausência, quanto a isso, do requisito da extrema urgência ou de perigo de lesão grave, a autorizar decisão monocrática.

Já a prestação dos serviços em Salvador, BA, está disciplinada por **convênio de cooperação entre entes federados**, instrumento atualmente disciplinado pelo artigo 241 da Constituição Federal. E isso ocorre desde 1925, há noventa e oito anos, pelo que, evidentemente, não há que se falar em extrema urgência, até porque o decreto de 2023 em nada alterou mencionada situação¹.

De outro lado, a excepcional medida liminar, caso deferida de inopino, produziria efeitos imediatos, sem que o tribunal, em sua colegialidade, tenha oportunidade de compreender de forma suficiente as questões envolvidas, inclusive porque tal decisão ex abrupto seria adotada sem que se conceda à sociedade e aos interessados oportunidade de se manifestar de forma adequada.

¹ Em razão de economia processual, para melhor compreensão desse tema, remetemos V.Exa. ao parecer da lavra do Dr. Wladimir Antonio Ribeiro, o mais respeitado jurista brasileiro da área do saneamento básico - disponível em: https://drive.google.com/file/d/1tzBWY-xaoU9X516Ofu50rNdgfUq-0LeD/view?usp=share_link.

V. DOS DECRETOS E DA QUEBRA DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ

Importante registrar que a ora peticionária nunca foi contra o ingresso de capitais privados no setor de saneamento. Porém, de outro lado, defende que experiências bem-sucedidas de prestadores públicos – caso assim desejem os titulares dos serviços – possam ser mantidas.

Tenha-se como exemplo o Estado do Ceará. Lá, 920 mil pessoas são atendidas pelo Sisar – Sistema Integrado de Saneamento Rural, que é uma das melhores experiências de saneamento rural do mundo.

Porém, ao mesmo tempo, no Ceará foi licitada e contratada uma parceria público-privada para o fornecimento de água dessalinizada, bem como, em razão dos decretos aqui questionados, haverá dois contratos de parceria público-privada com investimentos de 5,6 bilhões de reais em esgotamento sanitário o primeiro dos contratos já celebrado². No Estado, outras parcerias público-privadas estão em estudo.

Graças aos Decretos aqui questionados, o Estado do Paraná publicou, no último dia 13 de abril, Edital de parceria público-privada em esgotamento sanitário, com investimentos previstos de 1,2 bilhões³ – sendo que há, em fase final de modelagem, outras duas PPPs de porte semelhante (uma por Microrregião de Água e Esgoto - MRAE)⁴.

A mesma situação se repete no Estado da Bahia (PPP de Esgotamento Sanitário de Feira de Santana), e no Espírito Santo (que anunciou modelagens de PPPs com investimentos estimados em 5 bilhões de reais)⁵.

No Estado da Paraíba, com o apoio do BNDES, há a modelagem de três PPPs de grande porte⁶, cujos alguns de seus aspectos - aliás, os mesmos aspectos trazidos pela inicial da presente ADPF -, como mencionado acima, está sob análise do STF na ADI 7.335-PB, com a Relatoria do Ministro André Mendonça.

A estimativa é de cerca de 36 bilhões de reais de investimentos adicionais aos atualmente já previstos, até o final de 2024. E de que, até 2033, tal valor alcance 120 bilhões de reais de investimentos adicionais, o que mostra o acerto de se preservar a diversidade de modelos de prestação de serviços⁷. Nem sempre a concessão ou privatização é viável, especialmente nos Estados que convivem com escassez hídrica - pelo que as formas comunitárias de prestação de serviços, especialmente nas áreas rurais, e as parcerias público-privadas também precisam ser prestigiadas.

Importante registrar, também, que a peticionária sempre participou dos processos de negociação, quando franqueada a oportunidade, tanto para a elaboração da Lei nº 14.026/2020, como para a elaboração dos decretos que a regulamentam.

2 <http://licitacoes.sanepar.com.br/SLI2A200.aspx?wcodigo=10023>.

3 <http://licitacoes.sanepar.com.br/SLI2A200.aspx?wcodigo=10023>.

4 V. em <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2023/abril/novos-decretos-de-saneamento-viabilizam-primeira-ppp-do-setor>.

5 v. <https://www.folhavoria.com.br/economia/mundo-business/2023/04/07>.

6 <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/bndes-fara-estudos-para-ampliar-%20saneamento-na-paraiba>.

7 <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2023/04/01/mudancas-vo-viabilizar-investimentos-de-r-120-bilhoes-em-saneamento-diz-ministro.ghtml>.

No caso da Lei nº 14.026/2020, foi fruto dessa negociação, que envolveu diversos atores, o acordo que possibilitou a aprovação da proposta na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Porém, por meio de vetos, o então Presidente da República **quebrou o acordo**, fato notório, como ilustra o Diário do Senado Federal, que publicou a íntegra da sessão plena realizada no dia da promulgação daquela lei⁸.

Relembramos, aqui, a fala, naquela sessão, do sempre ponderado Senador Tasso Jereissati: *“Acho que é um tiro no pé que o Governo está dando, porque um projeto que estava sendo aplaudido, até com aplausos entusiasmados de boa parte da sociedade brasileira, vai virar uma polêmica inteiramente sem sentido”*⁹.

E o “sem sentido” é inviabilizar que os prestadores públicos, estaduais ou municipais, com recursos fiscais ou tarifários, inclusive mediante parcerias público-privadas, possam realizar investimentos que venham a se somar aos das concessões e privatizações.

O fato é que o acordo foi quebrado, e a peticionária, que dele participou de boa-fé, viu os interesses legítimos que representa **ignorados** – com enormes prejuízos ao setor de saneamento básico, porque, apesar da elevação dos investimentos privados, o total de investimentos, obviamente, diminuiu e não alcançou patamares que poderiam ter sido atingidos – e não só por conta da crise econômica, mas, também, pelos entraves desnecessários, parte deles removidos pelos aqui questionados decretos.

Tais aqui sindicados atos presidenciais se originaram de processo de negociação, iniciado em novembro de 2022. Dele participaram os principais atores do saneamento, e, desse processo, construíram-se consensos, tendo remanescido alguns pontos, que o Governo Federal arbitrou.

Aspecto preliminar, e que orientou as negociações, é a diretriz de que se deveria evitar alterar o texto da Lei nº 14.026/2020, sob o argumento de que o processo legislativo, instaurando a partir de Medida Provisória, poderia levar à instabilidade jurídica, prejudicando alguns dos investimentos em curso.

A peticionária não descarta o caminho da Medida Provisória, porque permite soluções mais duradouras – e o incômodo da instabilidade inicial pode ser compensado com a segurança para os investimentos que as correções produziram.

Porém, de boa-fé, concordou que o essencial e imediato do tema poderia ser encaminhado mediante a via regulamentar, o que a obrigou a postergar boa parte de suas reivindicações, e que são de enorme interesse para o saneamento básico – inclusive as reivindicações referentes ao saneamento rural, que é o mais prejudicado na conformação jurídico-institucional atual do saneamento básico brasileiro¹⁰.

Por isso, parece fundamental que os decretos sejam mantidos – sejam em sua versão atual, seja na versão que vierem a adotar após as negociações com o Parlamento.

Do contrário, apenas restará claro que aqueles que participam, de boa-fé, de negociações serão sempre os prejudicados, uma vez que os acordos produzidos ou não são respeitados, ou não conseguem produzir efeitos.

8 v. <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/104306>.

9 Id., ib. - p. 22.

10 Dos 35 milhões de pessoas sem acesso a uma fonte segura de água, 22,5 milhões estão em áreas rurais (como compreende o IBGE, uma vez que o rural no saneamento possui conceito mais alargado), e, dos 12,5 milhões restantes, 70% vivem em cidades de até 50 mil habitantes nas Regiões Norte e Nordeste. Ou seja, os questionados decretos visam permitir que sejam atendidos exatamente onde se concentra o déficit.

VI. OS DECRETOS NÃO PREJUDICAM INVESTIMENTOS PRIVADOS E PERMITEM INVESTIMENTOS ADICIONAIS

A suposta invalidade dos atos regulamentares é suscitada com base na argumentação de que os Decretos nº 11.466 e 11.467/2023 subverteriam a racionalidade adotada pela Lei nº 14.026/2020, responsável por alterar o Marco Nacional do Saneamento Básico.

Nos termos da inicial, as alterações promovidas pela Lei nº 14.026/2020 teriam por objetivo “*constituir sólidas parcerias com a iniciativa privada, com a participação imprescindível dos Estados e dos Municípios*”, tendo “*a precípua finalidade de desestatizar o setor*”.

Tal raciocínio é fundado em duas distorções importantes da finalidade e do alcance dos decretos editados.

De um lado, não procede que a regulamentação recentemente promovida por meio dos Decretos nº 11.466 e 11.467/2023 afete investimentos privados. Não há qualquer empecilho à celebração de contratos de concessão ou outras avenças com parceiros privados, com vistas ao desenvolvimento de projetos de saneamento básico, se assim desejar o ente federado titular dos referidos serviços.

De outro, tampouco procede a afirmação de que a Lei nº 14.026/2020 visaria a promover a desestatização do setor de saneamento – como se a União pudesse tomar tal decisão no lugar dos Municípios e do Distrito Federal, que são os titulares dos serviços, nos termos do artigo 30, V, da Constituição Federal, e da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Sob o ponto, importante citar trecho do conhecido voto do Ministro Eros Grau, proferido no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.077-BA: “*O serviço público de fornecimento de água e coleta e destinação final de esgotos --- saneamento básico: [abastecimento de água e coleta de esgotos] --- mercê da predominância do interesse local que o afeta, está em regra atribuído, na federação brasileira, à competência municipal¹. Isso é claro, bem claro*” (fls. 24 do mencionado Acórdão).

Esses mesmos entes, portanto, detêm a competência para decidir pela delegação de tais serviços públicos ou pela sua prestação direta, sendo incabível que a desestatização dos serviços seja realizada por imposição legal, sob pena de clara usurpação de competência constitucional. Aliás, relembramos, sob este ponto, também famosa expressão da jurisprudência europeia: o que as normas nacionais não podem levar à privatização forçada dos serviços urbanos locais¹¹.

Sendo assim, a afirmação alarmista de que os decretos promoveriam um apagão dos investimentos em saneamento básico só pode ser tomada com ceticismo.

Em realidade, o objetivo de referidas normas, cuja adoção foi há meses adiantada e precedida de intenso debate com o setor público e privado, foi regulamentar aspectos da LNSB, grande parte já disciplinada anteriormente pela via regulamentar, como feito pelo doravante revogado Decreto nº 10.710/2021, sem que houvesse sido suscitada indignação.

¹¹ V., por todos, o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-480/06. Comissão das Comunidades Europeias vs. República Federal da Alemanha. Julgado em 9/06/2009.

A importância da previsão de tal regramento, portanto, pelo contrário, visa a evitar a interrupção de relevantes investimentos no setor de saneamento, impedindo o grave prejuízo decorrente da paralisação de financiamentos e transferências de recursos da União, responsáveis por parcela significativa dos investimentos destinados à promoção e ao desenvolvimento do saneamento básico.

Desse modo, a argumentação de que os referidos decretos significariam um “retrocesso”, por travar os investimentos de que o saneamento básico brasileiro tanto necessita para cumprir as metas da Lei nº 11.445/2007, mostra-se falaciosa.

Com efeito, não há qualquer espécie de vedação de investimentos privados pelos Decretos nº 11.466 e 11.467/2023, os quais continuam plenamente possíveis e realizáveis, desde que o ente federativo titular da competência de saneamento básico - isto é, os Municípios ou, em caso de prestação regionalizada, as entidades interfederativas integradas por estes - opte pela delegação dos serviços a entidades do setor privado.

Diga-se, en passant, que inconstitucional seria a União fixar diretrizes para o saneamento básico que obrigasse à privatização dos serviços de que não é titular, levando à uma privatização forçada, para relembrar a expressão da jurisprudência europeia sobre o mesmo tema.

De outro lado, a opção pelas concessões ou privatizações, repise-se, *sempre* esteve à disposição, mesmo anteriormente à edição dos atos regulamentares em comento, afinal, jamais poderiam atos do executivo federal usurpar competência constitucionalmente prevista de prestação dos referidos serviços - o que inclui, por natural, a decisão acerca de sua delegação.

Pelo contrário, consoante detalhado no tópico VIII, os decretos facilitaram a execução de investimentos privados, consoante dispõe o artigo 5º, § 4º, do Decreto nº 11.467/2023, que fixou que o limite às subdelegações não é extensível às parcerias público-privadas. Ou seja: a base legal para a entrada de investimentos privados no setor de saneamento resta **umentada** com a edição dos decretos.

Em síntese, a alegação de que os atos regulamentares travariam investimentos no setor não possui qualquer fundamento. Ao contrário, estão preservados os investimentos privados já previstos, bem como as modelagens de concessões e privatizações em curso ou que vierem a se decidir, agora acompanhadas de parcerias público-privadas e de investimentos públicos, especialmente nas áreas mais pobres do país.

Tanto é assim que suspender os decretos seria suspender tais investimentos, desperdiçando recursos públicos e obras em andamento ou em licitação.

VII. DO DECRETO 11.466/2023

a. Da principal controvérsia quanto ao Decreto 11.466

Os questionamentos quanto ao Decreto nº 11.466, de 5 de abril de 2023, em geral, se fundamentam em equívocos. Tanto assim, que basta se confrontar o texto do decreto, o texto legal regulamentado e a realidade sobre a qual atuará, que, facilmente, se constata a inexistência de aspecto no qual dito regulamento se distanciou da lei ou dos valores constitucionais.

Iniciemos com o texto legal:

Art. 10-B. Os **contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações**, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão **condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada**, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei.

Parágrafo único. **A metodologia** para comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada **será regulamentada por decreto do Poder Executivo** no prazo de 90 (noventa) dias.

.....
Art. 11-B.

§ 1º Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o caput deste artigo terão **até 31 de março de 2022** para viabilizar essa inclusão.

O procedimento previsto era simples.

No caso de uma companhia estadual de saneamento, haveria esta que negociar com os Municípios com que possui contrato, inclusive para celebrar termos aditivos para inserir as metas de universalização, caso os contratos que detenha já não as tenham previsto, ou as tenham previsto de forma incompatível com a nova orientação.

Uma vez consolidado quais obrigações de investimento tenha assumido, tendo em vista as metas e compromissos antes existentes, somadas as que tenha assumido com os aditivos, teria que, **após**, se submeter a procedimento de avaliação da capacidade econômico-financeira, cuja metodologia seria fixada por decreto presidencial.

Observe-se que não há como se realizar a avaliação da capacidade econômico-financeira **antes** dos termos aditivos, sem se saber quais obrigações devem ser cumpridas. Inclusive porque poderá haver municípios que **não concordem** em subscrever o termo aditivo – o que, de fato, aconteceu. Relembramos que os serviços de saneamento básico são de titularidade municipal.

De se reconhecer que a lei, nesse caso, foi precisa: os contratos e termos aditivos, na letra da norma, estavam **condicionados** à mencionada comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador.

Como curial, **condição** é o que subordina o efeito do negócio jurídico a evento **futuro** e incerto, como prevê o Código Civil e a cultura jurídica dos países influenciados pelo Direito Romano. Logo, **primeiro** há o negócio jurídico e, **depois**, o cumprimento (ou não) da condição, seja ela suspensiva, seja resolutiva.

Como evidente, porque é da sua letra, a lei afirma que os termos aditivos celebrados até o dia 31 de março de 2022, termos aditivos para a previsão das metas de universalização, estão sujeitos à **condição** de que a companhia estadual venha a comprovar a sua capacidade econômico-financeira em cumprir com tais metas.

Contudo, o revogado Decreto nº 10.710, de 31 de março de 2023, que objetivava regulamentar o previsto no art. 10-B da Lei nº 14.026/2020, incorreu em evidente equívoco (e inconstitucionalidade), porque confundiu **condição** (que é algo que ocorre depois do negócio jurídico) com **requisito** (que deve ser preenchido antes da celebração do negócio jurídico).

O equívoco é tão manifesto, que está no próprio texto do mencionado Decreto nº 10.710/2021:

Art. 19. A comprovação de capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto é requisito indispensável para a celebração de termos aditivos para a incorporação das metas de universalização aos respectivos contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário previstos no § 1º e no inciso III do § 2º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007.

Tal inconsistência do revogado Decreto nº 10.710/2021 é amplamente conhecida pelos técnicos do setor. Sirva como exemplo o que afirma o *Manual da Comprovação da Capacidade Econômico-financeira*, editado pela Fundace/USP:

CONFORME o artigo 19 do Decreto, a comprovação da capacidade econômico-financeira autoriza o prestador a celebrar termos aditivos para a incorporação das metas de universalização nos seus respectivos contratos de delegação dos serviços de saneamento. Na linguagem do Decreto, a comprovação é “requisito indispensável” para a celebração de tais termos aditivos. **Há dois problemas com essa redação.**

O primeiro é que ela altera o disposto no art. 10-B da LNSB, **incidindo em vício de legalidade**. O dispositivo legal determina que os contratos em vigor estão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira. Juridicamente, condição é cláusula negocial que subordina os efeitos de um ato jurídico a um evento futuro e incerto, conforme o art. 121 do Código Civil. A previsão da cláusula é contemporânea à realização do negócio jurídico, e a configuração do seu suporte fático ocorrerá **no futuro**. Um requisito, por outro lado, deve ser atendido previamente à celebração do negócio jurídico: sem ele, não haverá acordo juridicamente válido¹².

Esse equívoco do Decreto nº 10.710/2021 levou à curiosa situação de se instaurar procedimentos de avaliação da capacidade econômico-financeira do prestador **antes** de se saber a dimensão econômica das obrigações cuja capacidade se estava avaliando!

¹² Disponível em: <https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2021/10/Manual-Decreto-10710-Comprova%C3%A7%C3%A3o-de-capacidade-econ%C3%B4mico-financeira.pdf>, pág. 33. Grifamos.

se deve cumprir e, portanto, a capacidade de o prestador em lhe dar cumprimento.

Como, além disso, o Decreto nº 10.710, de 31 de maio de 2021 foi editado **com mais de seis meses de atraso** – o parágrafo único do art. 10-B previa a sua edição até o dia 15 de outubro de 2020 -, o resultado foi catastrófico, porque impediu, materialmente, os municípios e as companhias estaduais de exercerem o seu direito de aditarem contratos e, ainda, realizarem procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira dele derivado.

Para se ilustrar: a Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar, considerada a melhor empresa de saneamento do país, com ações negociadas em Bolsa de Valores, pelas razões acima, não teve reconhecida sua capacidade econômico-financeira em 21 (vinte e um) municípios, apesar de os contratos entre a empresa e os municípios continuarem vigentes – uma vez que são atos jurídicos perfeitos¹³. No caso do Paraná, o resultado dos equívocos do revogado Decreto nº 10.710/2021 foi a injusta penalização desses 21 municípios.

Porém, incrivelmente, a exordial afirma que, como transcorreu o dia 31 de março de 2022, o Presidente da República não teria mais competência regulamentar, ou, ainda, que ela teria sido exercida contra o *texto legal*, ao invés de lhe dar fiel execução.

Mas, como evidente, tal compreensão é equivocada, e o autor foi levado ao equívoco pelo Decreto revogado que, como se demonstrou, confundiu *condição* (cujo cumprimento se verifica **após** o negócio jurídico) com *requisito* (que deve ser preenchido **antes** da celebração do negócio jurídico).

Ao revés, o Decreto nº 11.466, de 2023, como se conclui, nesse ponto em realidade **corrige** equívoco do Decreto nº 10.710, de 2021, por ele revogado.

b. Do questionamento quanto a considerar o efeito econômico-financeiro das operações irregulares nas avaliações econômico-financeiras dos prestadores

A exordial afirma que, por o Decreto nº 11.466/2023 considerar as chamadas “operações irregulares”, na avaliação da capacidade econômico-financeira do prestador, estaria realizando uma espécie de “anistia” ou “reconhecimento” que, no seu peculiar entender, seria ofensivo à Constituição.

Para fins de compreensão, o que se questiona, e que será analisado em duas partes, é o previsto nos §§ 1º e 2º do art. 1º do Decreto nº 11.466, de 2023. A parcela em negrito será analisada aqui, e a parte remanescente, no próximo tópico desta petição.

Art. 1º

§ 2º O prestador poderá incluir no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira eventuais situações de prestação dos serviços, por meio de contratos provisórios não formalizados, ou de contratos, instrumentos ou relações irregulares ou de natureza precária, hipóteses em que a prestação deverá ser regularizada junto ao titular ou à estrutura de prestação regionalizada, até 31 de dezembro de 2025, e a regularização estará condicionada à efetiva comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador.

13 V. <https://www.rad.cvm.gov.br/ENET/frmExibirArquivoIPEExterno.aspx?NumeroProtocoloEntrega=962286>.

§ 3º Na hipótese do disposto no § 2º, a vigência do instrumento a ser celebrado para regularização da prestação do serviço não poderá ultrapassar o prazo máximo previsto para atingimento das metas de universalização a serem inseridas no referido instrumento, **observado o prazo limite estabelecido no art. 11-B da Lei 11.445, de 2007.**

.....

Neste primeiro aspecto, o equívoco da exordial é bem evidente.

A avaliação econômico-financeira deve avaliar os fatos econômicos existentes, não sindicando a legalidade de atos de gestão ou de contratos. **A regra é: se há impacto econômico ou financeiro, deve ser considerado.** Escolher, a partir de nem sempre claros critérios de legalidade, o que deve constar ou não da avaliação seria frustrar os seus objetivos.

Dito de forma mais técnica: as avaliações econômico-financeiras devem ser orientadas pelo *princípio da primazia da essência sobre a forma*. Com isso se quer dizer que a avaliação econômico-financeira deve considerar a vida econômica **efetiva** da entidade avaliada, mesmo que contrariando orientações jurídico-formalísticas que desconsiderem essa efetiva realidade. Observe-se como este princípio contábil e de auditoria é descrito por Rodrigo Chaves Alves da Silva:

O princípio da essência sobre a forma regula como entender substancialmente um acontecimento, no seu funcionamento real, de existência, de interpretação, sobre a sua forma de expressão.

A forma é uma materialização da essência, ou uma manifestação demonstrativa dela; se o fato acontece, há uma essência, e o registro é uma forma de torná-lo inteligível, então, o primeiro passo para se ver a forma é que a essência exista como fenômeno¹⁴.

Na análise econômico-financeira o que deve prevalecer é o real. E se uma relação impacta efetivamente a atividade empresarial, por gerar direitos e obrigações efetivos e relevantes, ela deve ser considerada, por real e concreta, o que não pode corresponder a uma leitura meramente jurídico-formal da mesma relação.

Os técnicos da contabilidade e economia, por meio do dito princípio, muitas vezes se afastam dos conceitos jurídicos, mas sem com isso se dizer que estão contrariando a legislação. O dever da contabilidade e da ciência econômica é mostrar “uma fotografia” do que efetivamente ocorre do ponto de vista econômico e patrimonial, anotando aspectos jurídicos e até suas controvérsias, mas não se pautando apenas por esses critérios para desconsiderar algo que é real e concreto, em termos econômico-financeiros.

Publicação recente do Instituto Serzedelo Correa, vinculado ao Tribunal de Contas da União, dedicada ao tema do princípio da primazia da essência sobre a forma na contabilidade do setor público, evidencia que este princípio, essencial das avaliações econômico-financeira, como sói acontecer, deve ser estritamente observado no campo das avaliações econômico-financeira e contábeis que tenham por objeto a ação das entidades que integram a Administração Pública. Desse estudo merece aqui destaque:

¹⁴ O princípio da essência sobre a forma e o leasing. In: Revista Mineira de Contabilidade, Conselho Regional de Contabilidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, Ano 12, nº 41, p. 34-41, jan./fev./mar. 2011, p. 36.

MARION e PROCÓPIO (1998) destacam o grande relacionamento entre a contabilidade e os aspectos jurídicos que cercam o patrimônio, e que, no entanto, não é raro a forma jurídica deixar de retratar a essência econômica. Em tais casos, os autores concluem que “deve a contabilidade guiar-se pelos seus objetivos de bem informar, seguindo se necessário, a essência ao invés da forma”¹⁵.

Portanto, considerar em uma avaliação econômico-financeira fatos que, efetivamente, possuem impacto na entidade avaliada é o **correto do ponto de vista técnico** e, bom lembrar, o parágrafo único do art. 10-B, da nova redação da Lei nº 11.445/2007, prevê regulamento que institua *metodologia* para avaliação econômico-financeira com caráter técnico.

Contudo, como os estudos econômicos que orientam a comprovação possui uma segunda etapa, com projeções, a questão é: *até que ponto do futuro tais situações devem ser consideradas?*

Não as considerar, como se viu, **seria falsear o resultado da avaliação**, mas, em se tratando de algo considerado “irregular”, parece razoável um limite temporal para tais impactos econômicos.

Voltemos ao trecho aqui analisado do decreto – que é a parte em negrito, porque a outra, como se disse, será analisada no próximo tópico desta peça:

Art. 1º

§ 2º O prestador poderá incluir no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira eventuais situações de prestação dos serviços, por meio de contratos provisórios não formalizados, ou de contratos, instrumentos ou relações irregulares ou de natureza precária, hipóteses em que a prestação deverá ser regularizada junto ao titular ou à estrutura de prestação regionalizada, até 31 de dezembro de 2025, e a regularização estará condicionada à efetiva comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador.

§ 3º Na hipótese do disposto no § 2º, a vigência do instrumento a ser celebrado para regularização da prestação do serviço não poderá ultrapassar o prazo máximo previsto para atingimento das metas de universalização a serem inseridas no referido instrumento, **observado o prazo limite estabelecido no art. 11-B da Lei 11.445, de 2007.**

.....

Como se vê, o Decreto nº 11.466/2023, apesar de não fechar os olhos para a realidade econômica dessas prestações consideradas “irregulares”, doutro lado entende que elas devem ter um limite, mesmo para fins de avaliação da capacidade econômico-financeira, e o limite é, justamente, o prazo previsto para a universalização.

Como o grande princípio hermenêutico da Lei nº 11.445/2007 é o da universalização, adotou-se como limite parâmetro consentâneo com esse princípio.

¹⁵ KOCHI, Patrícia Yuri. A primazia da essência sobre a forma na contabilidade do setor público: um estudo de caso no programa minha casa minha vida. In Coletânea de Pós-Graduação, Tribunal de Contas da União / Instituto Serzedelo Correa, v.1, n.11, 2019 - Auditoria Financeira, p. 19.

Logo, nesse ponto, a orientação metodológica econômico-financeira é impecável, do ponto de vista técnico.

Conclui-se, portanto, que nada de ilegal há em considerar esses impactos econômico-financeiros, favoráveis ou desfavoráveis, na avaliação da capacidade econômico-financeira do prestador – porque o importante é que tal avaliação retrate, com a maior fidelidade possível, a efetiva capacidade econômico-financeira.

c. Da previsão de regularizar os contratos temporários previstos no § 8º do art. 11-B da nova redação da Lei 11.445/2007

Já a segunda parte dos §§ 2º e 3º do artigo 1º do Decreto nº 11.466/2003 cuida da possibilidade de os contratos temporários, previstos no § 8º do art. 11-B da Lei nº 11.445/2007, poderem ser regularizados. Tais dispositivos preveem que tal regularização deve ocorrer até **31 de dezembro de 2025**, e, ainda, que termo extintivo de tais contratos é o dia **31 de dezembro de 2033**. Fixou, portanto, prazo máximo de dez anos.

A prestação dos serviços nessas situações, prevista no § 8º do art. 11-B da nova redação da LNSB, é algo inclusive que foi reconhecido pelo Decreto nº 10.588, de 2020, ora revogado – e sem que tenha causado qualquer crítica ou comoção: “A irregularidade do contrato não implica a interrupção automática do serviço, podendo o titular do serviço público de saneamento básico manter a prestação por meio do atual prestador pelo período necessário para o efetivo encerramento do contrato e para a transferência do serviço para novo prestador” (art. 4º-A, § 7º).

Como se vê a razão principal para que a prestação dos serviços não seja interrompida nessas hipóteses é o *princípio da continuidade do serviço público*, que possui especial importância para os serviços públicos de saneamento básico, como, aliás, reconheceu a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em Acórdão proferido no Recurso Especial nº 572.988, no qual funcionou como o Relator o Ministro Luiz Fux, quando então compunha aquele Tribunal.

Aliás, a jurisprudência constitucional reconhece que, em face de tais situações, as normas transitórias são indispensáveis, sob pena de um texto legal *materialmente* constitucional ter *aplicação* inconstitucional¹⁶.

A doutrina também conhece as mesmas situações, as classificando como prorrogações extraordinárias¹⁷. No campo do direito comparado, este tema nos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário também não surpreende – sendo que, no caso espanhol, sobre ele recentemente foi publicado um profundo estudo monográfico¹⁸.

A questão é simples. Com o advento da lei nova, o que ocorre com essas situações, que a lei reconhece como *contrato provisório*?

As obras em execução devem ser paralisadas, com o prejuízo dos recursos já despendidos? E os projetos já licenciados, que obtiveram, após longo e penoso trâmite, a contratação de financiamento, inclusive com entidades internacionais, não devem ser executados?

No caso de um Município, por exemplo, em que um conjunto-bomba se avaria, deve ficar a população sem abastecimento de água, ou o prestador na situação de *contrato provisório* pode intervir, realizando os investimentos para a substituição do equipamento?

16 Como ensina GOMES CANOTILHO: “No plano do direito constitucional, o princípio da proteção da confiança justificará que o Tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não necessária e indispensável uma disciplina transitória” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2002, p. 263). Sobre o mesmo tema, v. Webinar promovido aos 14 de abril de 2023, pelo Curso de MBA em Saneamento Ambiental da Escola de Sociologia e Política de S. Paulo, cujo tema foram os Decretos 11.466/2023 e 11.467/2023, especialmente sua parte inicial, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=KqIzKEn-84>.

17 Por todos, v. o profundo e, ao mesmo tempo, sintético estudo de FELIPE GUIMARÃES e de ODOÑO SANGUINÉ, “Dos pressupostos de validade das prorrogações por interesse público das concessões de serviço público”, in *Direito & Desenvolvimento*, vol. 10, n. 2., jul./dez. 2019, pp. 202-221.

18 Felipe José BAUZÁ MARTORELL, *Naturaleza jurídica de la concesión de hecho consentida por la Administración - el suministro de agua potable al margen de una concesión formal*, Granada: Editorial Comares, 2014.

Como na situação anterior o caráter emergencial é evidente, talvez não capte inteiramente a situação. E se a troca do equipamento fosse realizada de forma programada, justamente para evitar a interrupção dos serviços? Poderia ser feita? Ou os gestores da empresa estadual, algumas delas com ações em Bolsa de Valores, poderiam ser responsabilizados porque tais investimentos não terão o seu valor recuperado seja nas tarifas, seja por indenização?

A questão da indenização, acima ventilada, não é ociosa. A Agência Nacional de Águas - ANA colocou recentemente em consulta pública *minuta de norma de referência*, cujo artigo 20, caput, afirma que tais investimentos **não serão** objeto de indenização - recaindo, portanto, a responsabilidade para a pessoa física do gestor¹⁹. E, tem-se, assim, mais uma versão do famoso “apagão das canetas”.

Afora isso, para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços, pode ser necessário se reunir um bloco de Municípios - porque a contratação isolada torna os serviços inviáveis, especialmente sob o ponto de vista de possuírem tarifas compatíveis com a capacidade de pagamento dos usuários. Por isso, será necessário se estender a prestação em alguns Municípios, e se abreviar a de outros, para se produzir esse resultado. E, também por isso, haverá a situação de prestação mediante *contratos provisórios*.

Todos esses aspectos foram minuciosamente apurados nas negociações entre as entidades do saneamento básico, o qual deu origem aos Decretos nº 11.466/2023 e 11.467/2023.

E, então, ficou evidente que mais de 29,8 milhões de pessoas seriam prejudicadas se não se viabilizasse o reconhecimento dessas prestações mediante *contratos provisórios*, com a continuidade dos investimentos vinculados, especialmente os referentes à manutenção das operações²⁰.

Aliás, bom que se diga, o atendimento a essas populações, de forma imediata, e a continuidade dos investimentos em curso ou programados, nunca foram polêmicos nas negociações, sendo que o debate se restringia à forma como esse desiderato poderia ser alcançado.

A ora petionária contratou estudos técnicos para compreender como a indefinição jurídica nesses Municípios prejudicou o atendimento da população e, ainda, qual o volume de investimentos que não se concretizou pela mesma razão. O estudo ainda está em andamento, e quando da manifestação a ser apresentada no prazo para tanto reservado aos *amici curiae*, pretende trazê-lo a estes autos.

Como se vê, em face das circunstâncias seria ofensivo ao interesse público, e à dignidade da pessoa humana, simplesmente se ignorar essas situações, de natureza transitória ou temporária. A partir disso, cabe indagar qual o prazo máximo razoável para essa transição.

O Decreto nº 11.466/2023 fixou como limite para esse prazo o dia 31 de dezembro de 2033. Tal prazo é razoável. É necessário se concluir investimentos em curso, e se tomar todas as medidas que possam assegurar que haja as ações necessárias para a universalização, mesmo no final de tais contratos provisórios.

De outro lado, dada a própria complexidade do setor, providenciar prestador substituto demanda tempo. Para se ter parâmetros, a modelagem das concessões que substituíram a Cedae, em boa parte de sua área de prestação, consumiram quase quatro anos; mesmo tempo consumido para se modelar as concessões de Alagoas e as demais que tiveram apoio do BNDES, e que possuem dimensões regionalizadas.

Não é, portanto, prazo excessivo - e evita o constrangimento de sempre se ter que agir às pressas, de improviso, sem planejamento.

¹⁹ A minuta da referida norma de referência está disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Minuta_de_NR_Indenizacao_de_Ativos-1668018757811.pdf.

²⁰ <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2023/04/novas-regras-do-saneamento-vaio-beneficiar-29-8-milhoes-de-habitantes>.

Afora a questão do prazo, necessário se retornar à própria possibilidade dessas regularizações, uma vez que elas são objeto de parecer do Professor Eros Grau, acostado a essa peça (doc. 2). Por síntese, transcrevemos aqui apenas os fundamentos principais e a conclusão do parecer:

39.

Para tanto, entendo ser plenamente viável, do ponto de vista constitucional e legal, a edição de decreto para que se concretize essa regularização.

(...)

Logo, a edição de um novo decreto que ratifique essa possibilidade terá o condão de estabilizar essa situação. De outra banda ainda, como exposto na consulta, a situação aqui retratada tem se verificado no mundo dos fatos. Existem milhares de contratos administrativos, por assim dizer, em uma situação de absoluta indefinição, embora, como também destaca a consulente, os serviços de saneamento básico continuem a ser prestados à população, haja vista que não podem, em absoluto, sofrer solução de continuidade.

O prejuízo me parece evidente e não pode persistir, sob pena de impedir, por exemplo, novos e necessários investimentos, de modo a assegurar a adequada prestação de um serviço público, como também para manter, no caso específico do saneamento básico, de natureza absolutamente essencial, a modicidade das tarifas. (...)

Considero fundamental, neste ponto, a situação sui generis de não ter sido prevista uma regra de transição, de todo essencial na espécie. (...)

43. A edição do decreto de que ora trato apenas reconhecerá uma situação preexistente, que não poderia ter sido, como o foi, ignorada pelo novo diploma legal, em especial na ausência da regra de transição a que fiz referência. (grifamos)

E finalmente, em resposta a quesito:

1. sim; é possível a edição de novo decreto, que permita a regularização dos contratos administrativos atualmente em vigor e também autorize a celebração de instrumentos contratuais para formalizar situações de fato verificadas, mesmo após a edição da lei 14.026, de 2020, haja vista tratar-se de serviços públicos de saneamento básico, de caráter essencial; a promulgação desse decreto supra a ausência de uma regra de transição para aquelas situações tidas como provisórias, pela própria lei, de modo que não haja prejuízo para quaisquer das partes envolvidas; (grifamos)

VIII. DO DECRETO 11.467/2023

Conforme já oportunamente elucidado, os decretos regulamentares nº 11.466 e 11.467/2023 não retardam ou inviabilizam, como alegado na inicial, o atendimento universal dos serviços de saneamento básico no país. Pelo contrário. Em verdade, conferem segurança jurídica às operações dos prestadores públicos e privados, o que possibilita o destravamento dos investimentos.

O Decreto nº 11.467/2023, especificamente, estimula as parcerias público-privadas (“PPPs”) uma vez que deixa claro que o limite de 25% do valor original dos contratos, aplicável às subdelegações, não são extensíveis às parcerias público-privadas.

No entanto, isso não significa dizer que o decreto extrapola os dispositivos legais, notadamente o art. 11-A da Lei nº 11.445/2007.

Vejam os.

O caput do art. 11-A da Lei nº 11.445/2007 estabelece que, na hipótese de prestação delegada, o prestador poderá subdelegar o objeto do contrato, de forma que, para a referida subdelegação, fica imposta a limitação de 25% do valor do contrato. Evidente, assim, que a limitação é imposta apenas às subdelegações, como se vê:

Art. 11-A. Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, **além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada**, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, **subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato.**

(grifamos)

No entanto, o Decreto nº 10.710/2021, ao confundir subdelegação com PPP, causou insegurança, uma vez que levou a uma interpretação equivocada do art. 11-A da Lei nº 11.445/2007, no sentido de que a subdelegação e a PPP eram figuras equiparadas, e que, portanto, o limite de 25% era aplicável às PPPs.

A confusão causada pelo Decreto nº 10.710/2021, revogado pelo Decreto nº 11.466/2023, além de extremamente prejudicial aos investimentos, era absolutamente incompatível com a própria redação do caput do art. 11-A que, ao tratar da possibilidade de subdelegação das delegatárias, **distingue** os institutos da subdelegação e da parceria público-privada, no seguinte trecho: *“o prestador de serviços poderá, **além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada, (...), subdelegar o objeto contratado (...)**”*.

Esse tema, de enorme relevância, levou a estruturadores de projetos, como o BNDES e a Caixa Econômica Federal, os prestadores estaduais e governadores, bem como as empresas privadas de saneamento básico, a um impasse, e muitas negociações de projetos e as próprias modelagens de PPPs atrasaram e ficaram prejudicadas, pois atreladas a uma incerteza.

Assim, o Decreto nº 11.467/2023, dentro de sua competência regulamentar, sanou questão já reconhecida por diversos juristas²¹: de que a limitação de 25% do valor do contrato não é aplicável às PPPs, até porque os contratos de parceria público-privada não contêm em todos os casos a delegação da prestação do serviço para configurar subdelegação, não podendo ser equiparada a esse instituto por equivocado dispositivo regulamentar.

Em outras palavras: o Decreto nº 11.467/2023 estimulou a abertura do setor à iniciativa privada, de modo que os investimentos privados possam contribuir, sem travas, para a universalização dos serviços, por meio de PPPs.

É importante ressaltar que a universalização é a diretriz maior da legislação vigente e os Decretos nº 11.466 e 11.467/2023 foram editados exatamente para instrumentalizar esse propósito.

Entre os dispositivos que estão associados a este desiderato, bem como em respeito à autonomia federativa e à competência dos titulares dos serviços do exercício da opção do modelo mais apropriado de prestação, merecem destaque os §§ 16 e 17 do art. 6º do Decreto nº 11.467/2023, que tratam sobre a prestação direta regionalizada.

Importante ressaltar que este modelo de prestação já está sob análise desta Corte, através da ADI nº 7.335/PB, cuja inicial foi ajuizada muito antes da edição dos Decretos nº 11.466 e 11.467/2023.

Isso significa dizer que este modelo já está sendo aplicado, como é o caso da Paraíba – em que a decisão do colegiado microrregional ampara a modelagem de três PPPs em desenvolvimento pelo BNDES -, e que, portanto, o Decreto nº 11.467/2023 apenas fornece segurança jurídica a um modelo alicerçado em dispositivos constitucionais, legais e jurisprudenciais.

Aproximemo-nos mais da questão.

A Constituição Federal estabelece, tanto no art. 30, V, como no art. 175, que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, na forma direta ou sob o regime de concessão ou permissão. Isso significa que toda forma de prestação que não se dê sob o regime de *concessão* ou *permissão* deve ser entendida como prestação direta dos serviços.

Como se vê, a prestação direta é aquela em que o titular presta os serviços por meios próprios, sejam (i) os de sua estrutura administrativa; (ii) os que lhe tenham sido facultados por outras esferas governamentais, em regime de cooperação - este último aspecto é fundamental, porque o art. 23, caput, inciso IX, prevê que o saneamento básico, sem prejuízo de sua titularidade municipal, é **competência comum**, de onde se deriva o dever de a União e o Estado-membro cooperarem com o Município; e (iii) com recursos de sua sociedade (prestação pública não estatal), geralmente em regime de autogestão, e que são a principal marca do saneamento rural.

²¹ É o caso do jurista Fernando Vernalha Guimarães, que atua na área de Infraestrutura. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-16/fernando-vernalha-insubmissao-parcerias-publico-privadas>.

Infelizmente, a doutrina administrativista brasileira não é tão profunda sobre o tema da prestação direta, tendo dirigido maiores esforços à compreensão das formas de prestação indireta, como as concessões e seus vários formatos. Essa insuficiência gerou, dentre outros malefícios, uma confusão entre o conceito de prestação direta (gênero) e o serviço público prestado pela *Administração Pública Direta* (espécie), como se sinônimos fossem.

Em outras palavras: o simples fato de existirem duas pessoas jurídicas distintas, por um lado, o titular, e de outro, o prestador efetivo, não se caracteriza a prestação indireta. Na verdade, em muitas situações, trata-se da diferença entre a prestação direta centralizada e a prestação direta descentralizada.

Isso significa que, enquanto na prestação direta centralizada o órgão que presta o serviço público se encontra dentro da estrutura administrativa do ente da Federação titular dos serviços ou de entidade interfederativa a que se atribuiu a gestão dessa titularidade²², a prestação direta descentralizada se caracteriza quando o titular do serviço – seja um ente federativo ou uma entidade federativa que exerça a titularidade –, presta os serviços mediante pessoa jurídica (i) ou por ele criada ou adquirida; (ii) ou integrante da estrutura administrativa de outro ente da Federação, com quem se estabeleceu regime de cooperação (regime jurídico análogo ao do titular); (iii) ou da sociedade civil; (iv) ou dos próprios usuários (autogestão).

Nesse sentido, o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que *“há prestação descentralizada quando o serviço ou o exercício dele se transfere para outra pessoa jurídica; portanto, para entidade distinta do Estado, um alter em relação a ele”*²³.

Ademais, como da clássica doutrina de ZANOBINI, a prestação direta também se diferencia da prestação indireta quanto aos interesses visados pelo prestador do serviço. De um lado, o prestador que atua no exclusivo interesse público, e de outro, os que agem com duplo interesse – no interesse público, pelo fato de a atividade ser de interesse geral, e no interesse particular (e legítimo), de lucro²⁴.

Em outras palavras: a prestação direta identifica-se com o objetivo da boa prestação dos *serviços*, em qualquer uma de suas modalidades, enquanto a prestação indireta deve balancear isso com o objetivo de visar o lucro – tratando-se de um contrato administrativo com a iniciativa privada ou com entidades públicas que atuam como particulares.

Dessa forma, a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em *“determinado Município da estrutura de prestação regionalizada por entidade que integra a administração do respectivo Estado (...)”*²⁵ configura prestação direta em regime de cooperação intergovernamental.

22 Espécie da prestação direta centralizada é a que se dá por meio do processo de desconcentração, em que a Administração Direta continua como titular e prestadora, mas através de um órgão interno especializado e destacado para a função.

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de serviços públicos e administração indireta. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 3.

24 L' esercizio privato delle pubbliche funzione e l' organizzazione degli enti pubblici, in Scritti varii di diritto pubblico, Milão: Giuffrè, 1955, pp. 30 e ss. 25 Decreto nº 11.467/2023, art. 6º, §16: “Na hipótese do inciso I do caput, a prestação dos serviços em determinado Município da estrutura de prestação regionalizada por entidade que integre a administração do respectivo Estado, nos termos do inciso II do art. 8º da Lei nº 11.445, de 2007, dependerá da autorização da entidade de governança interfederativa e será equiparada à prestação direta”.

Este tema, repetimos, se encontra em apreciação neste Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.335, cujo Relator é o Ministro André Mendonça. E, naqueles autos, a Advocacia Geral da União já se pronunciou, adotando orientação no mesmo sentido da aqui apresentada.

De qualquer forma, retomando-se o tema, trata-se de competência atribuída, por colegiado interfederativo (i.e.,

metropolitano, microrregional ou de aglomeração urbana), à entidade que integra a administração do Estado, que participa do colegiado.

Observe-se que *não se trata de delegação*, pois não se está diante da transferência da execução do serviço para um terceiro, mas de atribuição de tarefas para um dos integrantes do próprio colegiado que adotou essa deliberação. É, portanto, ato interna corporis.

Importante ressaltar, ainda, que a legitimidade da deliberação do colegiado interfederativo é confirmada pela jurisprudência desta Excelsa Corte, especificamente no julgamento da ADI nº 1.842/RJ, em que estabelecido o entendimento de que a titularidade sobre os serviços públicos de saneamento básico é sempre do Município, podendo ser exercida de forma isolada ou colegiada, neste último caso especialmente quando integrado em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião.

Ou seja, se a lei complementar estadual prevista no § 3º do artigo 25 da Constituição Federal²⁶ dispor, a competência para a prestação, planejamento, regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico deve ser exercida de forma colegiada, pelos entes federados integrados à região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião. Eis, para este passo, o essencial da ementa do Acórdão proferido na ADI 1.842-RJ, *leading case* da matéria:

“Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado”.

Por isso, a decisão do colegiado que atribua a um órgão ou entidade de ente da Federação que o integra – por exemplo, para companhia estadual de saneamento –, a prestação dos serviços públicos de saneamento básico se ajusta ao que prevê a primeira parte do caput do artigo 10 da nova redação da Lei Nacional de Saneamento Básico, que reconhece como prestação direta, e que não depende de contrato, a que se efetivar mediante entidade que integra a administração do titular.

A integração, in casu, efetiva-se por decisão do próprio colegiado. Caso a decisão previsse que a prestação de serviços fosse realizada por órgão ou entidade externa, sem vínculo com um dos entes da Federação dele componentes, haveria delegação, o que exigiria contrato ou instrumento equivalente, porque necessário conciliar duas vontades que se diferenciam.

Porém, na decisão do colegiado que atribui a um dos seus componentes o exercício de competência, no caso, a prestação de serviços cujo titular é o próprio colegiado, não há duas vontades que se diferenciam, mas diversas vontades que se indiferenciam em uma única decisão. E pluribus unum.

²⁶ “Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum” (art. 25, § 3º, CF).

Registra-se, por fim, que não se está afirmando que o Estado é o titular dos serviços públicos. Acompanhando o que já decidiu o STF, afirma-se aqui que o titular é o próprio colegiado, do qual faz parte o Estado e, pelo mero fato de dele fazer parte, deve o Estado observar e guardar as suas decisões – como curial do *princípio da colegialidade*.

Por fim, cabe ressaltar, ainda, a falácia do argumento de que tal modelo de prestação se cumpre apenas para “socorrer” as companhias estaduais de saneamento que não se sustentam economicamente. Isso porque o modelo de prestação por ente da Federação que integra o colegiado interfederativo, conforme o § 17 do art. 6º do Decreto nº 11.467/2023²⁷, **está condicionado à comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador** com vistas ao cumprimento das metas de universalização.

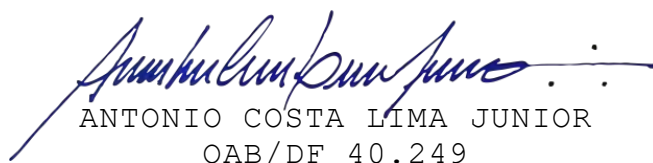
Esse é mais um dos motivos que provam que os decretos em pauta nesta ADPF estão em consonância com a Constituição Federal e com a Lei nº 11.445/2007, que possui como diretriz maior a universalização dos serviços.

Dessa forma, percebe-se que o Decreto nº 11.467/2023 em nada ultrapassa seus objetivos regulamentares, ou viola preceitos fundamentais, devendo ser plenamente reconhecida a sua constitucionalidade.

IX. DOS PEDIDOS

Considerando tudo o quanto exposto, a **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS ESTADUAIS DE SANEAMENTO BÁSICO – AESBE** requer o deferimento de seu ingresso como *amicus curiae* nesta ADPF 1.055/DF, bem como o acolhimento, para fins decisórios quanto a pedido de medida liminar, dos argumentos nesta oportunidade apresentados, todos pela constitucionalidade dos Decretos nº 11.466 e 11.467/2023 - apesar que, registre-se em disclaimer, a Associação que ora comparece como amicus curiae não concorda integralmente com o mérito de ditos decretos, porém, como frutos de um acordo, entende que devem ser preservados e, em continuidade às negociações, devem ser aperfeiçoados pelas vias naturais do debate democrático, de alçada dos Poderes Executivo e Legislativo.

Brasília/DF, 16 de abril de 2023.



ANTONIO COSTA LIMA JUNIOR
OAB/DF 40.249



Associação Brasileira das Empresas
Estaduais de Saneamento

Universalizar é Nossa Missão.