

NOTA TÉCNICA Nº 3/2023/COCOL/SSB
Documento nº 02500.007618/2023-90
Processo nº 02501.002432/2022

Brasília, 17 de fevereiro de 2023.

À Sra. Superintendente de Regulação dos Serviços de Saneamento Básico,

Assunto: Pressupostos constitucionais, legais e institucionais para edição de normas de referência para regulação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário previstos no Eixo 9 (Saneamento) da Agenda Regulatória 2022-2024

Objeto: Condições institucionais e jurídicas para exercício da competência da ANA de editar normas de referência ante os efeitos dos aspectos examinados nas seções integrantes desta Nota Técnica: (1ª Seção) Limitações jurídico-regulatórias à prestação direta de serviços públicos de saneamento básico nas hipóteses legais de prestação regionalizada dos serviços públicos de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgotos, com exame da legislação estadual em face da Constituição Federal de 1988; (2ª Seção) Limitações às hipóteses (inclusive anômalas) de subdelegação, por via contratual ou societária, da prestação de serviços públicos de saneamento básico, em atenção à vedação legal de sobreposição de custos administrativos; (3ª Seção) Fatos Novos que reforçam a necessidade de conhecimento e deliberação da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Águas acerca das manifestações da setorial técnica. Conclusões e Encaminhamentos.

I. Contextualização e Enquadramento das Questões Examinadas

1. A presente nota técnica reitera, atualiza e aprofunda o quanto já tematizado em duas manifestações técnicas progressas desta área técnica no ano de 2022¹ e, à luz de fatos novos, reforça as conclusões acerca da relevância dos aspectos institucionais, técnicos e econômicos atrelados ao cumprimento da legislação federal de saneamento básico, especialmente no que toca às estratégias de Estados e Municípios para disciplinar as **formas do exercício da titularidade dos serviços públicos de saneamento** e, em particular, **na prestação direta de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, no âmbito das formas de prestação regionalizada contemplados pela Lei nº 14.026/2020.**

2. Na 1ª Seção desta Nota Técnica, considerando os efeitos que tais arranjos legais e proposições legislativas disciplinadores da prestação regionalizada terão na prestação, na contratação e na regulação dos serviços públicos e, por conseguinte, no exercício das funções normativas legalmente atribuídas a esta Agência Reguladora, apontam-se premissas técnico-jurídicas acerca do exercício da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico, à luz da legislação federal vigente, e as possíveis limitações jurídico-regulatórias à prestação direta de serviços públicos de saneamento básico, com exame da legislação já positivada pelos Estados da Federação e, ainda, de algumas proposições legislativas com igual objeto, todas face da Constituição Federal de 1988 e da legislação federal em matéria de saneamento básico.

3. **Tem-se em perspectiva que o tema apresentado impacta, de forma direta, o cumprimento da Agenda Regulatória 2022-2024 desta Agência, na qual constam, no eixo temático “Saneamento” (Eixo 9), o tema “Padronização de instrumentos negociais” e, respectivamente, as metas “Estabelecer norma de referência sobre matriz de riscos de contratos para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário” (meta 9.12) e “Estabelecer norma de referência para a padronização dos contratos de concessão para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.” (meta 9.13).**

4. O exame das formas legítimas de prestação direta de serviços públicos é condição para que sejam determinados, em Norma de Referência, a natureza, a função, o alcance e a forma dos **instrumentos negociais**, bem como para que sejam estabelecidos a natureza, o alcance e as variáveis que constarão da **matriz de riscos**, bem como a **alocação** desses últimos, entre contratantes e contratados.

5. É dizer: **contratação direta ou contratação licitada são modos específicos de prestação das utilidades materiais fruíveis pelos usuários que pressupõem e dão ensejo a diferentes naturezas de obrigações assumidas e de riscos alocados, com inegáveis reflexos**

¹ NOTA TÉCNICA Nº 12/2022/COCOL/SEC (Documento no 02500.034170/2022-04), DE 24 DE JUNHO DE 2022. NOTA TÉCNICA Nº 1/2022/COCOL/SSB (Documento no 02500.051011/2022-66), DE 26 DE SETEMBRO DE 2022.



sobre a financiabilidade dos serviços e sobre os instrumentos tarifários requeridos por cada qual.

6. Por conseguinte, **vislumbra-se que a regulação tarifária a ser adotada também depende do paradigma de contratação da prestação do serviço** (contratação direta enquanto mecanismo de cooperação interfederativa de natureza consorcial, com regulação sobremaneira discricionária vis-à-vis contratação por licitação com regulação predominantemente contratual).

7. Portanto, o exame da legislação e das proposições legislativas em curso nos Estados tem como escopo a definição precisa do **problema regulatório** e das **eventuais estratégias adequadas** a endereçar tal problema por ocasião da elaboração das normas de referência pertinentes. **Não se cuida de tarefa diletante, tampouco exame abstrato, mas cautela metodológica necessária ao exame da possibilidade jurídica, da natureza, do alcance, dos objetivos e da consequente escolha dos instrumentos adequados à atuação normativa da Agência Nacional de Águas.**

8. **Na 2ª Seção desta Nota Técnica**, uma vez apresentadas as questões relevantes acerca da constitucionalidade e legalidade das formas de prestação direta capazes de impactar a **definição do problema regulatório** e as **alternativas regulatórias** dos temas e metas relativos aos instrumentos negociais (metas 9.12 e 9.13), infere-se a possibilidade de impactos desse cenário na regulação tarifária, o qual é reforçado por outro fenômeno autônomo, mas relativamente atrelado àquele examinado na 1ª Seção: **as estratégias contratuais e societárias de subdelegação da prestação de serviços públicos de água e esgoto que importem sobreposição de custos administrativos aos usuários dos serviços públicos, em detrimento da modicidade tarifária e da vedação legal específica a tal fenômeno (art. 11-A, § 3º, Lei nº 11.445/2007) .**

9. **Posto isso, a legislação estadual sobre contratação de serviços de saneamento e as estratégias de subdelegação guardam estrita pertinência tanto com as normas de referência relativas a contratos administrativos, quanto aquelas normas de referência concernentes à regulação tarifária.**

10. Há, dessa forma, possíveis reflexos na elaboração e/ou no cumprimento das Normas de Referência previstas no Eixo Temático 9 (Saneamento) da Agenda Regulatória 2022-2024, a saber: **“Estabelecer norma de referência com diretrizes para definição dos modelos de regulação para serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário” (meta 9.9), “Estabelecer norma de referência com a estrutura tarifária para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário” (meta 9.10) e “Estabelecer norma de referência sobre reajuste tarifário para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário” (meta 9.11) .**

11. Por sua vez, as formas distintas de contratação da prestação dos serviços projetam nos instrumentos negociais (tidos por possíveis e preferíveis) distinta alocação de riscos. Ademais, cada um dos paradigmas negociais vislumbrados (de contratação direta ou de

contratação licitada), por sua vez, projeta e molda as possíveis relações de delegação da função de regulação.

12. A própria amplitude normativa e fiscalizatória a ser levada a efeito pelas entidades reguladoras infranacionais será impactada pelo grau maior ou menor da regionalização da prestação, do planejamento e da regulação, além de interferir, de forma direta, na natureza e na forma da regulação a ser desempenhada (ou mais próxima de um modelo de regulação contratual, ou mais próxima de um modelo de regulação discricionária). Ou seja, a discussão apresentada projeta efeitos sobre o papel das entidades reguladoras infranacionais (ERIs) nos diferentes contextos normativos e institucionais que derivam da adoção de uma ou outra forma de contratação (direta ou licitada) à questão ora apresentada.

13. ***Em razão disso, percebe-se possibilidade de o plexo legislativo estadual examinado e de as estratégias de subdelegação examinadas projetarem efeitos sobre as condições de aplicabilidade das normas de referência atinentes ao tema “Governança Regulatória” e, particularmente, à meta 9.2 da Agenda Regulatória ANA 2022-2024: “Estabelecer norma de referência sobre governança regulatória das entidades reguladoras infranacionais”.***

14. Forte nessas premissas, **na 3ª Seção desta Nota Técnica**, são examinados fatos novos, de mais alta relevância jurídica, política e institucional, que reforçam a premente necessidade de que a Diretoria Colegiada da ANA conheça e delibere acerca das conclusões e encaminhamentos da setorial técnica propostos e ora reforçados.

15. Postas essas premissas, vislumbra-se que o objeto e a metodologia do exame proposto da presente Nota Técnica circunscrevem-se, por completo, às atribuições legais e regimentais da Agência Nacional de Águas.

I.i) Competências legais da Agência Nacional de Águas e regimentais da Coordenação de Legislação da Superintendência de Regulação dos Serviços de Saneamento Básico

16. A Agência Nacional de Águas², nos termos do art. 4-A da Lei nº 9.984/2000 e do art. 25-A da Lei nº 11.445/2007³, tem a competência e, portanto, o dever legal indeclinável de

² Em respeito à superveniência da Medida Provisória nº 1.154, de 1º de janeiro de 2023, empregou-se a grafia “Agência Nacional de Águas” como designação substitutiva àquela prevista na redação da Lei nº 11.445/2007 e da Lei nº 9.984/2000, ambas designando a autarquia como “Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico” por força da Lei nº 14.026/2020.

³ Lei nº 9.984/2000. Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a



editar normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, a ser exercida por seus titulares e, fundamentalmente, por suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para tanto estabelecidas na legislação de regência, em especial a Lei 11.445/2007, modificada pela Lei nº 14.026/2020.

17. O exame ora proposto - quanto aos limites jurídico-institucionais à titularidade, em especial quanto à prerrogativa de prestação direta dos serviços públicos de saneamento básico e à sua subdelegação - é condição "*sine qua non*" para o exercício das competências normativas da Agência Nacional de Águas, já em razão do dever geral a que todas as agências federais submetem-se, de ter de proceder à análise de impacto regulatório, mediante procedimento prévio de definição de problema regulatório e de avaliação sobre efeitos e razoabilidade de impactos de atos normativos (art. 6º, Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 c.c art. 2º, I e arts. 5º e 6º, Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020)⁴.

18. Os limites e as possibilidades de contratação direta são questões *prejudiciais* (isto é, lógica e juridicamente antecedentes) à decisão sobre editar-se ou não uma Norma de Referência em matéria de contratos administrativos de serviços públicos de saneamento básico, além de projetarem efeitos sobre a matriz de risco a ser adotada e sobre o regramento tarifário aplicável a cada arranjo, bem como às funções a ser desempenhadas pelas entidades infranacionais de regulação.

19. A delimitação do âmbito legal e constitucionalmente admitido para a prestação direta de serviços públicos é essencial para que se possa estabilizar, por contraste, o âmbito próprio à prestação indireta por delegação, de modo que tais aspectos estão umbilicalmente atrelados à *definição do problema regulatório* e, por conseguinte, à *análise de impacto regulatório* de todas as potenciais normas de referência que a ANA vier a versar sobre contratos administrativos, regulação tarifária e governança regulatória no setor de saneamento básico.

função de regulação estabelecidas na [Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. \(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#); Lei 11.445/2007. Art. 25-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observada a legislação federal pertinente. [\(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

⁴ Lei nº 13.848, de junho de 2019. Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. [\(Regulamento\)](#) ;

Decreto nº 10.411, de junho de 2020. Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: I - análise de impacto regulatório - AIR - procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterà informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão; Art. 5º A AIR será iniciada após a avaliação pelo órgão ou pela entidade competente quanto à obrigatoriedade ou à conveniência e à oportunidade para a resolução do problema regulatório identificado.



20. Em particular, há que se ressaltar que, entre as matérias a serem objeto de norma de referência da ANA encontra-se, nos termos do art. 4º-A, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.984/2000⁵, a *“padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, os quais contemplarão metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, bem como especificação da matriz de riscos e dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades”*.

21. Incumbe, igualmente, à ANA estatuir normas de referência acerca *“metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico para concessões que considerem, entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos”* (art. 4º-A, § 1º, IV)⁶.

22. Ademais, é também competência da ANA editar normas de referência sobre *“conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico”* (art. 4º-A, § 1º, XIII, Lei nº 9.984/2000)⁷, quer para hipóteses de prestação direta, quer para aquelas de prestação indireta.

23. Portanto, do ponto de vista lógico e jurídico, o exame das questões legais e institucionais que disciplinam a existência, a formação, a estrutura e o conteúdo de instrumentos negociais para prestação de serviços públicos de saneamento básico é pressuposto para o exercício das competências propriamente normativas da agência federal na matéria atinente a instrumentos negociais.

24. Esse cuidado metodológico é requerido, inclusive, porque, no exercício das competências atribuídas à ANA, por ocasião da Lei nº 14.026/2020, encontram-se os deveres específicos de *avaliar o impacto regulatório das normas de referência* (art. 4º-A, § 6º, Lei nº

⁵ Lei nº 9.984/2000. Art. 4º-A, § 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre: [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) III - padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, os quais contemplarão metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, bem como especificação da matriz de riscos e dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

⁶ Lei nº 9.984/2000. Art. 4º-A, § 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre: [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) IV - metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico para concessões que considerem, entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

⁷ Lei nº 9.984/2000. Art. 4º-A, § 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre: [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) XIII - conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)



9.984/2000)⁸ e o de *zelar pela uniformidade regulatória do setor de saneamento básico e pela segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços* (art. 4º-A, § 7º, Lei nº 9.984/2000)⁹.

25. A possibilidade e o alcance do exercício das competências normativas da ANA são questões que pressupõem a definição dos modos de prestação dos serviços, das espécies de negócios jurídicos de delegação admitidos e recomendados e, ainda, do alcance da regulação dos serviços públicos, segundo os fundamentos legais vigentes.

26. Trata-se de questões de profunda relevância institucional, especialmente porque, a despeito de a regulação efetiva ser decorrência da titularidade - e, nessa medida, falta às normas de referência a auto aplicabilidade, eis que requerem a efetiva adoção por titulares e/ou seus reguladores -, a observância das normas de referência editadas pela ANA pode ensejar não apenas restrições no *plano da eficácia* de negócios jurídicos, no que toca à alocação de recursos públicos federais (art. 50, III, Lei nº 11.445/2007)¹⁰, mas também se pode cogitar de efeitos no *plano da validade* de atos e contratos celebrados com base em regulação desconforme às normas de referência da ANA, se assim os órgãos de controle responsáveis entenderem e aplicarem as normas de referência que possam servir de critério peremptório à conformidade jurídico-regulatória.

27. Cuida-se, portanto, de preocupação nada trivial que decorre de possível aplicação dos arts. 22, I e 23, “caput”, da Lei nº 11.445/2007, dispositivos que estabelecem, se não um caráter cogente à observância das normas de referência editadas pela ANA enquanto critério para a verificação do cumprimento dos objetivos da regulação, certamente um relevante ônus argumentativo para o caso de as NRs não serem observadas de modo estrito. Nessa medida, eventual desconformidade técnica ou teleológica entre a regulação local e a normatização de referência poderá, eventualmente, ser considerada *desvirtuação “per se” da finalidade do ato que divirja da normatização referencial*).

28. Confira-se a legislação, que dá ênfase à observância às normas de referência da ANA como aspecto, se não indeclinável, necessário a ser contemplado no processo normativo:

⁸ Lei nº 9.984/2000. Art. 4º-A. § 6º A ANA avaliará o impacto regulatório e o cumprimento das normas de referência de que trata o § 1º deste artigo pelos órgãos e pelas entidades responsáveis pela regulação e pela fiscalização dos serviços. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

⁹ Lei nº 9.984/2000. Art. 4º-A. § 7º No exercício das competências a que se refere este artigo, a ANA zelará pela uniformidade regulatória do setor de saneamento básico e pela segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços, observado o disposto no inciso IV do § 3º deste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

¹⁰ Lei 11.445/2007. Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados: [...] III - à observância das normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA; [\(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#).



“Art. 22. São objetivos da regulação:

I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários, **com observação das normas de referência editadas pela ANA;**

Art. 23. A entidade reguladora, **observadas as diretrizes determinadas pela ANA,** editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:

29. Posto isso, não há dúvidas de que o tema apresentado ostenta relevância e imprescindibilidade para o exercício das competências normativas da ANA.

30. Do ponto de vista teleológico, relativo aos deveres e aos objetivos a serem observados na edição de normas de referência pela Agência Nacional de Águas, destacam-se, em especial: **(i) a promoção da prestação adequada dos serviços públicos, com atendimento pleno aos usuários, calcado no princípio da universalização** (art. 4º-A, § 3º, I, , Lei nº 9.984/2000); **(ii) o estímulo à livre concorrência, à competitividade, à eficiência e a sustentabilidade econômica na prestação dos serviços** (art. 4º-A, § 3º, II, Lei nº 9.984/2000); **(iii) o estímulo à cooperação interfederativa com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, com vistas à universalização e à modicidade tarifária** (art. 4º-A, § 3º, III, Lei nº 9.984/2000) e, ainda, **(iv) o incentivo à regionalização da prestação dos serviços, de modo a contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e a universalização dos serviços** (art. 4º-A, § 3º, IV, Lei nº 9.984/2000).¹¹

31. Esse objetivo específico, de incentivo à regionalização da prestação dos serviços, presente na lei que atribui competência à ANA, é também determinado em dispositivo de igual redação e superior hierarquia axiológica no sistema legal: a Lei nº 11.445/2007 erige à condição de *princípio fundamental da prestação dos serviços públicos de saneamento básico* a prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da

¹¹ Lei nº 9.984/2000. Art. 4º-A. § 3º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico deverão: [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) I - promover a prestação adequada dos serviços, com atendimento pleno aos usuários, observados os princípios da regularidade, da continuidade, da eficiência, da segurança, da atualidade, da generalidade, da cortesia, da modicidade tarifária, da utilização racional dos recursos hídricos e da universalização dos serviços; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) II - estimular a livre concorrência, a competitividade, a eficiência e a sustentabilidade econômica na prestação dos serviços; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) III - estimular a cooperação entre os entes federativos com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, a fim de buscar a universalização dos serviços e a modicidade tarifária; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) IV - possibilitar a adoção de métodos, técnicas e processos adequados às peculiaridades locais e regionais; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)



universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços (art. 2º, XVI da Lei nº 11.445/2007)¹².

32. O cotejo entre o princípio fundamental da prestação regionalizada - guindado a tal patamar por decisão ineludível do legislador federal – e o objetivo a ser perseguido pela ANA, no exercício de sua função nomogenética, *faz do incentivo à regionalização da prestação de serviços públicos de saneamento básico não apenas uma opção facultativa no leque de alternativas regulatórias a serem adotadas e propostas, mas sim critério inafastável dos modelos contratuais e negociais da prestação de serviço, além de vetor de articulação institucional entre autoridades e, nessa medida, instrumento de gestão pública, cujos escopos fundamentais estão umbilicalmente atrelados ao mecanismo jurídico econômico articulado à sua consecução: a criação de ganhos de escala que confirmam viabilidade econômico-financeira e, com isso, permitam a sustentabilidade da prestação universalizada dos serviços públicos.*

33. Nesse contexto, as condições para o exercício da prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico é tarefa central da ANA, na medida em que, como visto, o escopo de sua atividade normativa tem por guia, objetivo e resultado almejado a prestação regionalizada, o que demanda da agência federal o exercício de suas competências visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração (art. 1º, “caput”, Lei nº 9.784/1999)¹³ mediante posições decisórias e normativas que promovam a concordância prática entre os reguladores e os titulares, formuladores de políticas públicas que são.

34. E tal promoção de concordância há que se dar em todos os níveis federativos: desde o município, titular e planejador dos serviços públicos (art. 30, V e art. 174, CF/88)¹⁴, passando pelos Estados, atores institucionais fundamentais na estruturação orgânico-funcional das estruturas de administração e governança das formas legais de prestação regionalizada (art. 25, §3º, CF/88)¹⁵ e desaguando na União, responsável pela política federal de saneamento básico, contendo diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento básico (art. 23, .

¹²Lei 11.445/2007. Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: [...] XIV - prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

¹³Lei nº 9.784/1999. Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

¹⁴CF/1988. Art. 30. Compete aos Municípios: [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. [\(Vide Lei nº 13.874, de 2019\)](#)

¹⁵CF/1988. Art. 25, § 3º 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.



35. Em par com a observância dos preceitos e objetivos da legislação em vigor e, ainda, com aqueles adotados na política pública federal, o processo de elaboração das normas de referência, a ser desempenhado pela ANA, há de adotar expedientes de interlocução institucional com Estados e com os citados órgãos da União, além de outras autoridades públicas dotadas de competências diretas ou correlatas, a fim de fomentar a efetiva prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico.

36. É fundamental à segurança jurídica e à isonomia da implementação da política regulatória, sem distinções entre regiões ou pessoas, que haja a articulação entre a ANA e, sobretudo, os demais órgãos federais com competência legal em matéria de saneamento básico.

37. No plano federal, sobreleva-se, nesse contexto, o papel central conferido ao Ministério do Desenvolvimento Regional (art. 52, I, “a”, “b” c.c art. 52, § 3º, da Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020) e ao Comitê Interministerial de Saneamento Básico (art. 53-A e seguintes, da Lei nº 11.445/2007) na formulação, implementação e avaliação da política federal de saneamento básico. **Tais dispositivos normativos permanecem vigentes, eis que não foram revogados pela Medida Provisória nº 1.154, de 2023.**

38. Postas essas premissas, a relevância do presente exame, acerca da adequação das estratégias de prestação regionalizada que têm sido articuladas nos diferentes Estados da federação, advém não apenas da exortação legal à universalização dos serviços públicos, mas exsurge de circunstâncias de índole fática e jurídica que, no exercício das prerrogativas regimentais desta área técnica¹⁶, demandaram a atuação desta Coordenação de Legislação da Superintendência de Regulação dos Serviços de Saneamento Básico da ANA.

39. **O exame técnico proposto debruça-se sobre circunstâncias dotadas de potencial ou aptidão para malferir as escolhas fundamentais da Constituição Federal e da legislação federal em vigor e, nessa medida, capazes de frustrar o atingimento dos princípios fundamentais da política federal de saneamento básico e, sobretudo, do bem-estar social e dos direitos fundamentais que, por seu intermédio, são alvitrados, com impacto direto e imediato na função normativa a ser desempenhada pela ANA.**

40. Além das informações que chegaram ao conhecimento desta unidade técnica a partir de consulta a periódicos e fontes jornalísticas especializadas em matéria de infraestrutura¹⁷, a pesquisa adicional, fulcrada no princípio do impulso oficial da Administração

¹⁶ Nos termos do Regimento Interno da ANA, compete à Superintendência de Regulação de Saneamento Básico (SSB) - Art. 115, XIV - acompanhar e avaliar, no que compete às suas atribuições, as ações e atividades voltadas ao cumprimento da legislação federal para a regulação da prestação de serviços de saneamento básico; No mesmo sentido, é atribuição da Coordenação de Legislação (COCOL) realizar tal mister, nos termos do art. 121, I - acompanhar e avaliar, no que compete às suas atribuições, as ações e atividades voltadas ao cumprimento da legislação federal, para a regulação da prestação de serviços de saneamento básico; do citado Regimento Interno.

¹⁷ Por exemplo, as matérias jornalísticas reproduzidas no próprio sítio eletrônico da Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento, acessíveis nos links seguintes e juntadas, em anexo, à presente manifestação. Confira-se:



Pública e nos deveres inerentes aos Especialistas em Regulação (Lei nº 9.784/99 c.c art. 2º, incisos I a VI da Lei nº 10.871/2004, analogicamente aplicado), revelou evidências relevantes de que arranjos adotados ou propostos em atos e proposições legislativos dos Estados e, ainda, em atos regulamentares do Poder Executivo, no âmbito estadual, têm condão de negar vigência a outro *princípio fundamental* à prestação de serviços públicos de saneamento básico: a seleção competitiva do prestador de serviços (art. 2º, XV, Lei nº 11.445/2007¹⁸).

41. Isto posto, o tema requer da Diretoria Colegiada da ANA a adoção de posicionamento institucional quer em sua atividade técnica de normatização, quer em sua agenda de governança regulatória, para o estrito cumprimento do princípio da legalidade (art. 37, “caput”, CF/88¹⁹), que, sendo basilar ao funcionamento da Administração Pública, há de ser respeitado, e com a máxima eficácia.

42. Em síntese, em pesquisa realizada por esta Coordenação de Legislação, nas proposições legislativas e leis complementares editadas pelos Estados com vistas a instituir mecanismos de prestação região metropolitana, aglomeração urbana e microrregiões, bem como unidades regionais de saneamento básico, verificou-se a existência de possíveis situações aptas a violar a legislação federal que estabelece diretrizes para os serviços de saneamento básico, além de riscos de ofensa direta à Constituição Federal.

43. Em apertada síntese, os potenciais vícios de legalidade e constitucionalidade encontrados dizem respeito às seguintes hipóteses:

- (i) leis ou proposições legislativas que permitem a prorrogação de prazo de contratos contratados sem licitação (contratos de programa e convênios, além de instrumentos congêneres que, mesmo que sob outra designação nominal, não sejam precedidos de licitação);
- (ii) leis ou proposições legislativas estaduais que exorbitem do objeto admitido pela Lei Federal para essas espécies normativas, que devem se restringir a estruturar as regiões, sem prever ou adentrar em temas de competência decisória dos próprios colegiados interfederativos, especialmente quanto ao modo de prestação dos serviços;
- (iii) leis complementares (e proposições legislativas) que admitam a prestação direta pelos Estados (ou, mais propriamente, pelas empresas estatais estaduais), em nome da estrutura regionalizada e

<https://aesbe.org.br/novo/companhias-publicas-estudam-brechas-na-lei-do-saneamento/>

<https://aesbe.org.br/novo/estados-driblam-marco-de-saneamento-para-manter-estatais-sem-licitacao-2/>

¹⁸ Lei 11.445/2007. Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: [...] XV - seleção competitiva do prestador dos serviços;

¹⁹ CF/88. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)



- (iv) leis complementares (e proposições legislativas) que, com vistas a materializar a prestação direta pelos Estados ou, ainda, por suas empresas estatais, autorizem a constituição de empresas subsidiárias das atuais empresas estaduais para, desse modo, realizar a prestação sem licitação.

44. Portanto, **na Primeira Seção desta Nota Técnica**, a fim de bem compreender e enquadrar a conformação legal e constitucional da prestação regionalizada e os limites e possibilidades jurídico-regulatórias de seu exercício, esta Nota Técnica apresenta os subsídios analíticos e sugestões à Superintendência de Regulação dos Serviços de Saneamento Básico e à Diretoria-Colegiada da ANA, órgão que haverá de examinar a relevância das questões ora apontadas e as providências adequadas, quer no âmbito específico de suas competências, quer perante os demais órgãos públicos que devam aplicar a legislação federal saneamento, além, é claro, daqueles responsáveis por seu adequado “enforcement”.

45. De plano, quanto ao tópico, repisam-se, em essência, as premissas - e reforçam-se as conclusões - apresentadas na NOTA TÉCNICA Nº 12/2022/COCOL/SEC (Documento no 02500.034170/2022-04), DE 24 DE JUNHO DE 2022, assim sumarizadas:

(i) a Política Federal de Saneamento tem por objetivo, entre outros, promover a concorrência na prestação dos serviços (art. 49, XV, Lei nº 11.445/2007, com a redação da Lei nº 14.026/2020). A seu turno, o art. 9º, I da Lei nº 11.445/2007 estipula dever aos titulares dos serviços públicos de promover o planejamento a fim de ou prestar os serviços públicos de forma direta ou por concessão;

(ii) A prestação direta legalmente admitida há de ser exercida por administração direta ou indireta municipal ou, excepcionalmente, em caso de consórcios intermunicipais, por autarquia intermunicipal, devotada tão somente a financiar iniciativas de implantação dos serviços, sempre vedada a contratação direta por contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária (art. 8º, §1º, II e art. 10, Lei nº 11.445/2007);

(iii) Desse modo, por expressa restrição legal especial, que só admite o exercício por gestão associada por autarquia intermunicipal, resta vedada a aplicabilidade genérica do instituto do consórcio público da Lei nº 11.107/2005: entende-se vedado o emprego do consórcio de direito privado “tout court” e do instituto do consórcio público de direito público que seja distinto da hipótese de autarquia intermunicipal, única espécie expressamente ressalvada pela Lei 11.445/2007, com a redação emprestada pela Lei nº 14.026/2020;

(iv) Igualmente, veda-se tanto a contratação, pelo município ou pelo consórcio intermunicipal, de sociedade de economia mista ou empresa pública ou a subdelegação do serviço prestado pela

autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório, **do que decorre a incompatibilidade com a legislação federal de saneamento das proposições legislativas e leis estaduais que autorizam a contratação direta das empresas estatais estaduais ou de suas subsidiárias diretamente pelos municípios ou pelas entidades de prestação regionalizada.**

46. Com base nas conclusões sedimentadas na NOTA TÉCNICA Nº 12/2022/COCOL/SEC (Documento no 02500.034170/2022-04), DE 24 DE JUNHO DE 2022, com ênfase no exame da prestação regionalizada e da seleção competitiva do prestador de serviços enquanto princípios fundamentais e mecanismos para implementação da universalização da prestação efetiva dos serviços públicos, não se olvidou que são também objetivos das normas de referência da ANA promover a sustentabilidade econômico-financeira e a modicidade tarifária, especialmente no que toca à estruturação de projetos de concessões, privatizações e parcerias público-privadas, conforme fundamentado na NOTA TÉCNICA Nº 1/2022/COCOL/SSB (Documento no 02500.051011/2022-66), DE 26 DE SETEMBRO DE 2022.

47. **NO PLANO NORMATIVO, a correlação entre os temas abordadas nas citadas notas técnicas é consecutiva e indissociável, eis que, no exercício da competência normativa da ANA para promover a sustentabilidade econômico-financeira e a modicidade tarifária, a Agência Federal deverá observar conteúdos já definidos de forma vinculada pela legislação quanto aos modos de prestar diretamente e delegar os serviços públicos (objeto da NT 12/2022/COCOL/SEC), bem como, e especialmente, quanto aos limites formais e materiais à subdelegação dos serviços públicos (objeto da NT 1/2022/COCOL/SSB), em observância ao art. 11-A da Lei nº 11.445/2007.**

48. **NO PLANO CONCRETO, a correlação entre os temas é necessária:**

(i) sem o devido escrutínio constitucional, legal e regulatório - isto é, caso se tome por legítima a prestação direta de serviços públicos por contratação sem licitação de empresas estatais ou de suas subsidiárias pelas entidades de prestação regionalizada e

(ii) caso se admita o uso de estratégias de arranjos societários ou de parcerias público-privadas, especialmente na modalidade “concessão administrativa” como mecanismos de subdelegação ampla - com manutenção da empresa estatal ou da subsidiária contratada diretamente como monopolista da prestação, porque detentora do contrato principal do qual a PPP, derivarão, como consequências:

(iii) além da frustração à seleção competitiva do prestador, **ter-se-á, *mormente se ausentes mecanismos contratuais e regulatórios que estabeleçam o compartilhamento de eficiências com a sociedade*, risco relevante de esses arranjos darem ensejo à sobreposição de custos administrativos aos usuários**

dos serviços públicos pagantes das tarifas, o que é expressamente vedado pelo art. 11-A, § 3º da Lei nº 11.445/2007.

49. Posto isso, **na Segunda Seção desta Nota Técnica**, repisam-se e reforçam-se as conclusões e os encaminhamentos assinalados na NOTA TÉCNICA Nº 1/2022/COCOL/SSB (Documento no 02500.051011/2022-66), DE 26 DE SETEMBRO DE 2022, **uma vez mais encarecendo-se a relevância e a urgência do exame e da deliberação acerca dos temas**, mormente ante a possibilidade de que avenças contratuais e arranjos societários sejam constituídos em descompasso com a legislação federal de saneamento, com relevantes custos sociais e regulatórios, além dos recursos públicos consumidos pelos órgãos de controle nas análises e eventuais deliberações por desconstituição de vínculos contratuais, arranjos societários, repetições de indébito, atribuições de responsabilidade, sem contar o eventual emprego potencialmente indevido de recursos públicos em situações que venham a ser consideradas como custos irrecuperáveis ou, ainda que recuperáveis, no todo ou em parte, o sejam de forma tardia e/ou com baixa intercambiabilidade.

50. **Justifica-se a edição da presente Nota Técnica não apenas o propósito de compilar e reiterar as manifestações técnicas progressas já citadas, mas apontar que os entendimentos nelas consignados tornaram-se ainda mais prementes pela Diretoria Colegiada da ANA em razão da superveniência de fatos novos, coligidos e examinados na Terceira Seção desta Nota Técnica:**

1º Fato Novo) a edição do Ofício nº 129/2022/VR/ANA, de 27/10/2022, (Documento no 02500.056672/2022-88) da Diretora-Presidente da ANA, dirigido à Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade do Ministério da Economia - SEPEC, corroborando às inteiras as Notas Técnicas acima citadas;

2º Fato Novo) a edição do DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00445/2022/GAB/PF/PFEANA/PGF/AGU - NUP: 00765.000461/2022-54, acolhendo em parte e rechaçando fundamentos do PARECER n. 00204/2022/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU, acolhido pelo DESPACHO n. 00123/2022/COARF/PFEANA/PGF/AGU, indicando, em suma, a relevância propriamente jurídica e o dever de exame individualizado das legislações estaduais em face da Constituição Federal;

3º Fato Novo) a edição do PARECER SEI Nº 16469/2022/ME, de 16/12/2022, da Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria de Contratos e Disciplina, via Coordenação-Geral de Licitações e Atos Normativos em Contratação Pública, com *“Conclusão pela incompatibilidade das normas estaduais com a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, com as alterações promovidas pela Lei nº 14.026, de 2020, no tocante à prestação direta dos serviços públicos de saneamento básico por empresas estatais estaduais”*.

Importante observar que a Nota SEI nº 5/2023/CGLA/PGAD/PGFN-ME, de 17 de janeiro de 2023, reiterou o entendimento anterior ²⁰ ;

4º Fato Novo) a edição do OFÍCIO SEI Nº 420/2022/ME, em que Sua Excelência o Senhor Ministro de Estado da Economia, substituto, solicita à Advocacia-Geral da União que ingresse com ação destinada à suspensão dos potenciais efeitos de leis estaduais em face de possíveis inconstitucionalidades formais e materiais que permitiriam a prestação direta do serviço público de saneamento básico por empresas estatais estaduais, bem como a prorrogação de contratos de programa, em potencial conflito com a Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020, que instituiu o Novo Marco Legal do Saneamento Básico - NMLSB;

5º Fato Novo) edição do DESPACHO DE SUA EXCELÊNCIA O SENHOR MINISTRO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL DANIEL DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, DE 19/12/2022, NO PROCESSO 59000.017449/2022-73: “Trata-se de questionamento da Secretaria Nacional de Saneamento (SNS) a respeito da Lei Complementar n. 168, de 22 de junho de 2021, do Estado da Paraíba, assim como de seus regulamentos infralegais posteriores, no que concerne à delegação, sem prévio procedimento licitatório, da prestação de serviços de saneamento básico a empresa pública estadual - Companhia de Água e Esgotos da Paraíba (CAGEPA), no âmbito das microrregiões instituídas para presteção regionalizada. Nessa linha, considerando a manifestação dessa Consultoria Jurídica por meio do PARECER n. 00620/2022/CONJUR-MDR/CGU/AGU (4066024), AUTORIZO o envio do processo à Secretaria-Geral de Contencioso da AGU, para exame da viabilidade jurídica da impugnação das normas estaduais perante o Supremo Tribunal Federal, seja pela via do controle concentrado, conforme previsto no art. 3º, inciso V, da Portaria AGU n. 346, de 2020”

6º Fato Novo) Nota Técnica Conjunta nº 3/2022/DRP/DFIN/SNS-MDR, de 15/12/2022 (ASSUNTO: Subsídios técnicos à União para questionamento acerca da legalidade da Lei Complementar nº 168, de 22 de junho de 2021, do Estado da Paraíba.

7º Fato Novo) a edição do PARECER n. 00620/2022/CONJUR-MDR/CGU/AGU NUP: 59000.017449/2022-73, de 16 de dezembro de 2022, que pontua a incompatibilidade da legislação do Estado da Paraíba em face da Constituição Federal e examina as possibilidades de que haja impugnação judicial pela Advocacia-Geral da União.

8º Fato Novo) Aviamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7335 pela ABCON SINDCON – Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto, em face dos “art. 7º, VIII e XI, da Lei Complementar (LCE) 168/2021 do Estado da Paraíba”.

²⁰Fonte: https://sei.mma.gov.br/sei/documento_consulta_externa.php?id_acesso_externo=19588&id_documento=1331214&infra_hash=678b8d1ce46855c66deef40231973722



9º Fato Novo) A Diretoria Colegiada da ANA, em sua 904ª Reunião Administrativa Ordinária, realizada em 24 de janeiro 2023, aprovou, por unanimidade, nos termos da manifestação da Procuradoria Federal, a participação da ANA na Ação, na qualidade de “amicus curiae”, conforme Cota nº 00016/2023/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU (Documento nº 02500.002284/2023-68).

10º Fato Novo) Em razão da mudança de comando nas pastas ministeriais e da alteração da própria pasta ministerial à qual a ANA está vinculada, nova consulta acerca da necessidade de impugnação da matéria encontra-se em exame na Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente

(https://sei.mma.gov.br/sei/documento_consulta_externa.php?id_acesso_externo=19588&id_documento=1332778&infra_hash=bee95ef5deba08596d2fe1675596e2b5)

51. Fixadas essas premissas, que denotam a **competência** legal da ANA e o legítimo exercício do dever legal e regimental desta setorial técnica, bem como a **finalidade**, os **motivos** (de fato e de direito) e os **objetos** da análise proposta, passa-se à apresentação mais detida das razões, sob a **forma** de Nota Técnica.
52. É a síntese do necessário à contextualização. Passa-se à análise.

II. 1ª SEÇÃO) Prestação Regionalizada: limites e possibilidades da prestação direta de serviços públicos de saneamento básico

II.1) Disciplina legal da prestação regionalizada e fundamentos jurisprudenciais relevantes

53. A prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico tem por propósito fundamental gerar ganhos de escala que, devidamente aproveitados, deem ensejo à universalização da prestação desses serviços²¹, eis que, conforme lição doutrinária, segundo LOUREIRO, FERREIRA e COELHO²²:

²¹ Essa premissa e os fundamentos jurídicos que a amparam foram objeto de análise em artigo acadêmico lavrado por este Coordenador de Contratos e Legislação, produzido em conjunto com o Prof. Dr. Luiz Gustavo Kaercher Loureiro e com Eden José Ferreira em publicação do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas. A íntegra do artigo está disponível no seguinte link:

<https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2022-06/prestacao-regionalizada-e-prestacao-regionalizada-v.2.pdf>

²² Op. cit.



“[N]em toda a iniciativa tomada a título de ‘prestação regionalizada’ pode ser assim considerada, à luz do [Novo Marco do Saneamento Básico. Apenas devem ser admitidas as que organizarem e disciplinarem - para implementação imediata ou diferida - uma prestação integrada dos serviços públicos de água e esgoto em território supramunicipal, na forma de uma (única) concessão regional viável economicamente (ou de uma única prestação direta). Iniciativas que levem apenas à integração de funções instrumentais e/ou acessórias à prestação unificada e supraterritorial – como planejamento ou regulação, atividades para as quais sequer faz sentido postular “viabilidade econômico-financeira” - não podem ser consideradas prestação regionalizada, para os fins do NMSB e devem ser tomadas como meros impulsos de regionalização ou cooperação federativa. Da mesma forma devem ser tidas iniciativas que não prevejam, de modo suficientemente robusto, o procedimento de instauração da concessão regional ou que sequer tenham sido precedidas de estudos de viabilidade econômico-financeira dessa prestação integrada. Em síntese, não há que se confundir entre (i.) prestação regionalizada no sentido do NMSB; (ii.) meras iniciativas de regionalização; (iii.) prestação regionalizada em sentido meramente econômico-empresarial.”

“[D]iferentemente da versão original da Lei nº 11.445/20075, que admitia como prestação regionalizada a existência de uma pluralidade de diferentes contratos de concessão nas mãos de um único prestador, desde que restassem asseguradas uniformidade regulatória e “compatibilidade de planejamento”, a prestação regionalizada do NMSB envolve (i.) a criação de uma figura jurídico institucional de agregação territorial (região metropolitana, microrregião, unidade regional, bloco de referência ou gestão associada); (ii.) o estabelecimento, nessa agregação territorial, de regulação uniforme, a cargo [preferencialmente] de um único ente regulador; (iii.) a instituição, também nessa agregação, de planejamento uniforme, manifestado no plano regional de saneamento; (iv.) finalmente, e como ponto de chegada, a instituição (ou previsão crível de instituição) de uma concessão (ou prestação direta) regional (única), que tenha como objeto a prestação do serviço de saneamento no território supramunicipal. Para tanto, a criação de regiões metropolitanas, microrregiões, unidades regionais de saneamento etc. deve ter sido fundada em sólidos estudos de viabilidade econômico-financeira que garantam, para a região supramunicipal criada, ganhos de escala e o atendimento de Municípios menos favorecidos. Em síntese, a prestação regionalizada deve, necessariamente, desembocar na “prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município.”

54. Como visto, os modos de estruturação da prestação regionalizada pressupõem a efetiva prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região supramunicipal que confira existência fático-econômica de ganhos de escalas justificadores desse amálgama prestacional, conforme art. 3º, VI, “a”, “b” e “c”, da Lei nº 11.445/2007²³.

²³ Lei 11.445/2007. Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:[...] VI - prestação regionalizada: modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, podendo ser estruturada em: [Redação pela Lei nº 14.026, de](#)



55. Nos casos de **região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião**, instituídas por lei complementar dos Estados, a legislação estadual instituidora, precedida de estudos, é o ato que reconhece a existência da escala necessária à prestação viável com modicidade tarifária na região constituída por municípios limítrofes e pelos Estados.

56. No caso da **unidade regional de saneamento básico**, instituída pelos Estados, do mesmo modo, pressupõe-se a existência de estudos que justifiquem, na presença de eficiências econômicas do arranjo, a prestação de serviço a ser praticado em dimensão territorial que abranja mais de um município.

57. Identicamente, a instituição de **bloco de referência** por agrupamento de municípios, por ato da União e com gestão associada voluntária dos titulares, visa conferir ganhos de escala que demandem a prestação de serviços mediante vínculo que exorbite o território de mais de uma municipalidade.

58. **Há aplicação sistemática do Estatuto da MetrÓpole (Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015) à instituição dessas modalidades de prestação e à estruturação da governança das unidades regionais de saneamento, conforme expressa remissão do art. 3º, VI, “a” e do art. 8º, § 3º da Lei nº 11.445/2007, com a redação conferida pela Lei nº 14.026/2020.**

59. **O Estatuto da MetrÓpole estabelece a necessidade de que a instância executiva das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas seja composta pelos representantes do Poder Executivo de todos os entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas (Art. 8º, I, Lei nº 13.089/2015²⁴), de modo que não há transferência ou abstenção das atribuições de titularidade entre um ente federativo em relação a outro.**

60. Importante consignar que a adoção desses arranjos que viabilizam a prestação regionalizada de serviços não retira os atributos fundamentais da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico, conferida, como regra, aos municípios, conforme se colhe amplamente do microsistema legal reitor dos serviços públicos de saneamento (vide, nesse sentido: art. 8º, I; art. 8º-A; art. 8º-B, art. 11-B, §6º, art. 31, III, todos da Lei nº 11.445/2007²⁵).

[2020](#)) a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o [§ 3º do art. 25 da Constituição Federal](#), composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da [Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015](#) (Estatuto da MetrÓpole); [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

²⁴ Lei nº 13.089/2015. Art. 8º A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas compreenderá em sua estrutura básica: I – instância executiva composta pelos representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas;

²⁵ Lei 11.445/2007. Art. 8º A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas compreenderá em sua estrutura básica: I – instância executiva composta pelos representantes do Poder Executivo



61. Os municípios preservam a titularidade tanto em hipóteses de prestação isolada, quanto em hipóteses de prestação integrada (bloco de referência e unidade regional de saneamento).

62. Preserva-se a titularidade municipal também nos casos de adoção de região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, §3º da Carta da República, reforçado no art. 8º, II, Lei nº 11.445/2007), hipótese em que ocorre o compartilhamento de seu exercício com os Estados.

63. É dizer: mesmo nessas últimas hipóteses constitucionalmente previstas, a compulsoriedade da associação interfederativa não terá condão de esboroar a autonomia municipal, dado que o reconhecimento de interesse comum, institucionalizado em lei complementar estadual, não equivale à transferência da titularidade dos serviços aos Estados, nos termos do quanto já cristalizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

64. É essa a interpretação constitucionalmente adequada da legislação federal vigente, à luz do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842/RJ, oportunidade em que o Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade de legislação fluminense que transferia ao Estado do Rio de Janeiro, entre outras, as seguintes prerrogativas:

(i) o poder de elaborar o planejamento da região metropolitana, submetendo-o à aprovação da Assembleia Legislativa do Estado (art. 5º, I, LC Estadual 87/1997);

(ii) o poder de condicionar a execução das decisões do Conselho Deliberativo à ratificação pelo Governador (art. 4º, § 2º e art. 11, § 2º, ambos da LC Estadual 87/1997);

(iii) o poder de unificar a execução dos serviços comuns para serem dados em concessão ou permissão pelo Estado (art. 5º, parágrafo único, LC Estadual 87/1997);

(iv) os poderes de realizar o planejamento integrado, o estabelecimento de normas para seu cumprimento e controle, além da unificação da execução dos serviços comuns e o estabelecimento de normas gerais sobre

dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas; Art. 8º-A. É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada. ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

Art. 8º-B. No caso de prestação regionalizada dos serviços de saneamento, as responsabilidades administrativa, civil e penal são exclusivamente aplicadas aos titulares dos serviços públicos de saneamento, nos termos do art. 8º desta Lei. ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

Art. 11-B, § 6º As metas previstas neste artigo deverão ser observadas no âmbito municipal, quando exercida a titularidade de maneira independente, ou no âmbito da prestação regionalizada, quando aplicável. ([Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

Art. 31. Os subsídios destinados ao atendimento de usuários determinados de baixa renda serão, dependendo da origem dos recursos: [...] III - internos a cada titular ou entre titulares, nas hipóteses de prestação regionalizada.



a execução e, ainda, as funções relativas à elaboração e supervisão da execução dos planos, programas e projetos relacionados às funções públicas e serviços de interesse comum (incisos I, II, IV e V do art. 6º da LC Estadual 87/1997);

(v) o poder de organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse metropolitano, bem como os serviços integrados entre si, além do poder de fixar as tarifas (art. 7º, caput, LC Estadual 87/1997);

(vi) o poder de transferir parcialmente, mediante convênio, os serviços estaduais aos municípios integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (art. 7º, § 1º, LC Estadual 87/1997);

(viii) o poder de o Poder Executivo estadual, na qualidade de órgão executivo da Região Metropolitana, exercer sua atividade através de sua Administração Direta e Indireta (art. 10, LC Estadual 87/1997).

65. O referido acórdão foi lavrado nos seguintes termos:

“3. Autonomia municipal e integração metropolitana

A Constituição Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988). A essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo. O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999). O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais.

4. Aglomerações urbanas e saneamento básico.

O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas,



aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal.

5. Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum.

O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembleia Legislativa” constante do art. 5º, I; e do § 2º do art. 4º; do parágrafo único do art. 5º; dos incisos I, II, IV e V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10; e do § 2º do art. 11 da Lei Complementar n. 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos arts. 11 a 21 da Lei n. 2.869/1997 do Estado do Rio de Janeiro.

66. Daí porque se adota por pressuposto analítico que a Lei nº 14.026/2020 foi ao exato encontro dessas premissas relativas ao exercício da titularidade estabilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive porque a legislação federal, segundo entendimento desta área técnica, corrobora tal premissa.

67. Confira-se, por exemplo, o quanto disposto no art. 8-A da Lei nº 11.445/2007²⁶, dispositivo que faz rezar que, *em caso de interesse local*, a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento básico às estruturas das formas de prestação regionalizada é considerada facultativa.

²⁶ Lei nº 11.445/2007. Art. 8º-A. É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada. ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))



68. Tal dispositivo legal, ao aludir aos titulares (e não meros exercentes da titularidade) reforça a premissa de que a técnica enunciada no art. 8º, I, da Lei, e reiterada em outros dispositivos (art. 8º-A; art. 8º-B, art. 11-B, §6º, art. 31, III, todos da Lei nº 11.445/2007²⁷) tem os entes federativos municipais (e, como visto, por equivalência constitucional, ao Distrito Federal) por destinatários desse atributo, prerrogativa e poder-dever.

69. A possibilidade que “titulares dos serviços de saneamento” integrem-se às unidades regionais de saneamento dotadas de sustentabilidade econômico-financeira e que contemplem, preferencialmente, pelo menos uma região metropolitana, tal qual enunciado no art. 8º, § 2º, corrobora que **o paradigma legal estatui o município como centro gravitacional da competência dos serviços públicos de saneamento básico.**

70. Cuida-se de diretiva de incentivo aos municípios, que os concita a integrarem-se às unidades regionais, que são, nos termos da legislação, criadas por lei ordinária estadual e contemplam municípios não necessariamente limítrofes que optem, facultativamente, pela integração à unidade regional. O incentivo, inclusive, pressupõe ato formal de adesão municipal, inclusive como condição à percepção de recursos federais (art. 50, VIII, Lei nº 11.445/2007²⁸).

71. **Conforme já sustentado alhures²⁹, a hipótese do art. 8º, II, da Lei nº 11.445/2007 não descaracteriza, mas sim confirma tal premissa, ao pontificar que o exercício da titularidade será compartilhado pelos detentores (municípios, fundamentalmente) com o Estado tão somente nas circunstâncias em que a existência de interesse comum for qualificada por**

²⁷ Lei 11.445/2007. Art. 8º A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas compreenderá em sua estrutura básica: I – instância executiva composta pelos representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas;

Art. 8º-A. É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada. ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

Art. 8º-B. No caso de prestação regionalizada dos serviços de saneamento, as responsabilidades administrativa, civil e penal são exclusivamente aplicadas aos titulares dos serviços públicos de saneamento, nos termos do art. 8º desta Lei. ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

Art. 11-B, § 6º As metas previstas neste artigo deverão ser observadas no âmbito municipal, quando exercida a titularidade de maneira independente, ou no âmbito da prestação regionalizada, quando aplicável. ([Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

Lei nº 11.445/2007. Art. 8º-A. É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada. ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

²⁸ Lei 11.445/2007. Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados: [...] III - à observância das normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA; ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

²⁹ Novamente, confira-se as assertivas com que este Coordenador de Contratos e Legislação sustentou o ponto em artigo acadêmico voltado ao tema (<https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2022-06/prestacao-regionalizada-e-prestacao-regionalizada-v.2.pdf>). Toda a construção aqui proposta, no que se refere à interpretação da legislação vigente vis-à-vis ao quanto decidido na ADI 1.842/RJ, corrobora o quanto lançado no citado artigo acadêmico que, nesse ponto, por ter sido elaborado e proposto por este autor, fica aqui devidamente citada, a fim de se evitar o excesso de citações à publicação apontada.



circunstâncias fáticas (...“compartilhamento efetivo de instalações operacionais”...) juridicamente reconhecidas em instrumento formal de hierarquia primária (...“integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual”...).

72. Por essa razão, conclui-se que o art. 8º, § 2º da Lei nº 11.445/2007³⁰, ao facultar aos titulares do saneamento básico a integração em unidades regionais, não se direciona aos Estados, que não são propriamente titulares, mas que tão somente exercem a titularidade, em condomínio com os municípios, na hipótese específica em que haja, de modo necessário - e, nessa medida, de modo distinto ao contexto das unidades regionais de saneamento básico - o requisito fático do compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura e o requisito jurídico da constituição por lei complementar estadual.

73. Corolário da atribuição de prerrogativas é a submissão a sujeições: no caso da prestação regionalizada, as responsabilidades administrativa, civil e penal são exclusivamente aplicadas aos titulares dos serviços públicos de saneamento, o que alcança, fundamentalmente, os municípios, conquanto não afaste o exame da responsabilidade dos gestores estaduais pelos atos que configurem exercício de prerrogativas inerentes à titularidade que, por ação ou omissão, tenham desempenhado quando da hipótese do art. 8º, II da Lei nº 11.445/2007³¹, retromencionada. Segundo o exame técnico, o citado dispositivo não veicula, propriamente, o critério legal de aferição da titularidade, eis que tão só estabelece aspecto adjetivo (atribuição de responsabilidade) a quem tenha exercido as prerrogativas inerentes à titularidade.

74. Do mesmo modo, a teor do o art. 8º, §1º, I, da Lei nº 11.445/2007³², há que se reconhecer que a admissão legal da possibilidade de gestão associada por intermédio de consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal³³, adstringe-se à formalização de consórcios intermunicipais **exclusivamente compostos por municípios.**

³⁰Lei nº 11.445/2007. Art. 8º, § 2º Para os fins desta Lei, as unidades regionais de saneamento básico devem apresentar sustentabilidade econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento. ([Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

³¹ Lei nº 11.445/2007. Art. 8º, II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.

³² Lei nº 11.445/2007. Art. 8º, § 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, observadas as seguintes disposições: ([Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

I - fica admitida a formalização de consórcios intermunicipais de saneamento básico, exclusivamente composto de Municípios, que poderão prestar o serviço aos seus consorciados diretamente, pela instituição de autarquia intermunicipal; ([Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

³³ CF/1988. Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))



75. Além dessa restrição subjetiva à participação em tais métodos de gestão associada, a legislação também circunscreve a atuação de tais arranjos, limitando-a à **prestação dos serviços aos seus consorciados, de forma direta.**

76. Não bastasse, a lei ainda restringe tais arranjos quanto ao agente prestador de serviços em seu âmbito: instituição de **autarquia intermunicipal.**

77. **A possibilidade de prestação direta por autarquia intermunicipal decorre da previsão legal expressa de que os consórcios públicos que assumam a forma de associação pública *constituem-se enquanto pessoas jurídicas de direito público interno integrantes da Administração Pública de todos os entes federativos consorciados*, nos termos do art. 1º, §1º e art. 4º, IV da Lei nº 11.107/2005³⁴, combinado com o art. 41, IV do Código Civil de 2002³⁵.**

78. **A legislação não cogita da possibilidade de prestação direta em que Estados tenham participação; tampouco existe previsão legal de “empresa intermunicipal” ou “empresa multifederativa”, quer para prestação exclusivamente composta por municípios, quer para prestação de serviços que envolva administração pública de municípios e Estados.**

79. **Não existe administração indireta empresarial entre Estados e municípios, razão pela qual não há possibilidade de prestação direta por entidade empresarial na hipótese do exercício condominial entre Estados e Municípios de que cuida o art. 8º, II da Lei nº 11.445/2007.**

80. Em reforço, o art. 8º, § 1º, II da Lei nº 11.445/2007³⁶ determina que o objetivo dos consórcios intermunicipais de saneamento básico é o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais necessárias à prestação dos componentes do saneamento básico.

81. E faz mais: **o dispositivo veda tanto a formalização de contrato de programa entre o consórcio com sociedade de economia mista ou empresa pública, quanto a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.**

³⁴ Lei nº 11.107/2005. Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:[...] IV – a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;

³⁵ Código Civil/2002. Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: [...] IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; [\(Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005\)](#)

³⁶ Lei nº 11.445/2007. Art. 8º, § 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, observadas as seguintes disposições: [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

II - os consórcios intermunicipais de saneamento básico terão como objetivo, exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.



82. **Onde há a mesma razão, há de haver o mesmo direito: se o consórcio intermunicipal não pode realizar contratação direta com sociedade de economia mista ou empresa pública (estadual ou federal, já que inexistente empresa estatal intermunicipal), com menos razão poder-se-ia cogitar de arremedo de prestação direta descentralizada por contratação direta com entidade empresarial que integra, tão somente, a estrutura da Administração Indireta de um dos condôminos (o Estado, no caso das empresas estatais estaduais).**

83. **Portanto, a previsão legal do art; 9º, incisos I e II, da Lei nº 11.445/2007³⁷ não admite hipóteses de prestação direta que não sejam (i) aquela exercida pelo município ou pelo Distrito Federal, nos casos de interesse local (art. 8º, I) e (ii) aquela exercida por consórcio público ou convênio de cooperação por via, exclusivamente, de autarquia intermunicipal.**

84. **Todas as demais formas de prestação, que promovam a translação do exercício da titularidade e, especificamente, da prestação dos serviços a terceiros (i.e.; pessoas de direito privado não estatais ou estatais de órbita federativa diversa da esfera municipal ou distrital), deverão ser precedidas de licitação, por força do dever insculpido no art. 175 da Constituição³⁸ Federal, na norma cogente já aludida do art. 8º, §1º, II da Lei nº 11.445/2007³⁹.**

85. **De modo indubitável, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico erige vedação expressa não apenas à celebração de contrato de programa, mas também de convênio para prestação de serviços, nos termos da parte final do art. 10 da Lei nº 11.445/2007⁴⁰.**

86. **E mais, fundamentalmente, a parte inicial do dispositivo estatui que “a prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a**

³⁷ Lei nº 11.445/2007. Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei, bem como estabelecer metas e indicadores de desempenho e mecanismos de aferição de resultados, a serem obrigatoriamente observados na execução dos serviços prestados de forma direta ou por concessão; ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

II - prestar diretamente os serviços, ou conceder a prestação deles, e definir, em ambos os casos, a entidade responsável pela regulação e fiscalização da prestação dos serviços públicos de saneamento básico; ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

³⁸ CF/1988. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

³⁹ Lei nº 11.445/2007. Art. 8º, § 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, observadas as seguintes disposições: ([Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020](#))

II - os consórcios intermunicipais de saneamento básico terão como objetivo, exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.

⁴⁰ Lei nº 11.445/2007. Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do [art. 175 da Constituição Federal](#), vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#))



administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal”.

87. **A especulação de que seria possível contratação na hipótese de os municípios integrantes de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião ostentarem participação societária equivalente ao poder de deliberação que cada qual detém nos colegiados interfederativos tampouco encontra guarida, tendo em vista que as empresas estaduais não integram a administração dos titulares que consubstanciam tais arranjos interfederativos, mas tão somente fazem parte de um deles.**

88. **Ou seja: considerando a inexistência legal ou constitucional de arranjo empresarial que integre a estrutura administrativa de entes federativos municipais, ou do ente estadual em conjunto com os entes municipais e, ainda, face à impossibilidade de integração analógica da figura da autarquia multifederativa para acomodar arranjos de natureza empresarial, não parece haver possibilidade de prestação de serviços públicos de saneamento por via direta mediante contrato ou arranjo societário que, de qualquer forma, vulnere o dever constitucional e legal de, nessas hipóteses, licitar.**

89. **Portanto, sob o prisma técnico, a legislação federal parece vedar aos Estados disporem sobre modos de prestação direta das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões constituídas nos termos do art. 8º, II, da Lei nº 11.445/2007.**

90. **Do mesmo modo, a legislação parece vedar aos colegiados das formas de prestação regionalizada preverem a delegação direta de serviços a empresas estatais estaduais ao argumento de que o Estado também é titular porque, como se viu, o exercício da titularidade de que cogita o art. 8º, II, da Lei nº 11.445/2007 é realizado pelos Estados em conjunto com os municípios, e tão somente se atendidos, concomitantemente, os requisitos fáticos e jurídicos caracterizadores do interesse comum, o qual, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 1.842/RJ), não se presta a transferir titularidade ao Estado, tampouco a sobrepor o interesse comum ao interesse local, à titularidade nem à autonomia municipal.**

91. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, produz eficácia vinculante contra todos. Ainda que não se esteja a propor transcendência aos motivos determinantes do acórdão da ADI nº 1.842/RJ, não se pode olvidar que houve declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que conferia a ente estadual (1.) o poder de organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse metropolitano, bem como os serviços integrados entre si, além do poder de fixar as tarifas (art. 7º, caput, LC Estadual 87/1997) e o (2.) o poder de o Executivo estadual, na qualidade de órgão executivo da Região Metropolitana, exercer sua atividade através de sua Administração Direta e Indireta (art. 10, LC Estadual 87/1997).**

92. **Como se viu, a matriz legal consignada no art. 10 da Lei nº 11.445/2007 estabelece, de forma assertiva, que a prestação dos serviços públicos de saneamento básico *por entidade que não integre a administração do titular* depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina**

mediante de contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

93. A manutenção dos contratos de programa regulares vigentes *até o advento do seu termo contratual* (art. 10, § 3º, Lei nº 11.445/2007) estabelece que, ocorrendo o advento do termo contratual, ou bem o titular dos serviços haverá de prestar o objeto de forma direta (por sua própria administração ou, no limite, via autarquia intermunicipal, quando firmado o consórcio intermunicipal), ou bem deverá selecionar o prestador de serviço mediante prévio procedimento licitatório.

94. **A observância rigorosa ao dever de licitar é tão central no Novo Marco Legal do Saneamento Básico que, mesmo as subdelegações do objeto contratado mediante licitação, é hipótese cercada de cautelas e limites formais, seja quanto ao alcance objetivo, seja quanto à vedação à sobreposição de custos administrativos; seja, inclusive, quanto ao método de eventual subdelegação, o qual também requer, do prestador de serviços, a realização de licitação para contratação de parceria público-privada. É o que se colhe do art. 11-A e seus parágrafos⁴¹.**

95. Do mesmo modo, o art. 11-B, § 2º, da Lei nº 11.445/2007⁴² confere aos titulares que não promoverem aditamento dos contratos licitados para inclusão das metas de

⁴¹ Lei 11.445/2007. 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. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 1º A subdelegação fica condicionada à comprovação técnica, por parte do prestador de serviços, do benefício em termos de eficiência e qualidade dos serviços públicos de saneamento básico. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 2º Os contratos de subdelegação disporão sobre os limites da sub-rogação de direitos e obrigações do prestador de serviços pelo subdelegatário e observarão, no que couber, o disposto no § 2º do art. 11 desta Lei, bem como serão precedidos de procedimento licitatório. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 3º Para a observância do princípio da modicidade tarifária aos usuários e aos consumidores, na forma da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ficam vedadas subconcessões ou subdelegações que impliquem sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 4º Os Municípios com estudos para concessões ou parcerias público-privadas em curso, pertencentes a uma região metropolitana, podem dar seguimento ao processo e efetivar a contratação respectiva, mesmo se ultrapassado o limite previsto no **caput** deste artigo, desde que tenham o contrato assinado em até 1 (um) ano. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 5º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 6º Para fins de aferição do limite previsto no **caput** deste artigo, o critério para definição do valor do contrato do subdelegatário deverá ser o mesmo utilizado para definição do valor do contrato do prestador do serviço. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 7º Caso o contrato do prestador do serviço não tenha valor de contrato, o faturamento anual projetado para o subdelegatário não poderá ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) do faturamento anual projetado para o prestador do serviço. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

⁴² Lei 11.445/2007. Art. 11-B. § 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no **caput** deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de



universalização de que cogita a cabeça do dispositivo ou bem a possibilidade de prestação direta da parcela remanescente para o atingimento das metas, ou bem a licitação complementar para a contratação voltada ao atingimento da totalidade das metas de universalização dos serviços públicos de água e esgotamento sanitário.

96. A seu turno, a hipótese legal do art. 14 da Lei nº 14.026/2020 cuida do dever de licitação como mecanismo à formação dos novos contratos de concessão nos casos de privatização das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos de saneamento básico.

97. Não bastassem as premissas legais e constitucionais apontarem para que os contratos administrativos do setor de saneamento que não adotarem as formas legítimas de prestação direta tenham de ser licitados, também as normas regulamentares decididamente o fazem.

98. Passa-se ao exame dos decretos regulamentares da Lei nº 11.445/2007.

II.2) Premissas regulamentares e política pública setorial: diretriz da União em prol do dever de licitar objeto de contratos irregulares e contratos regulares, quando de seu encerramento

99. No plano regulamentar, a política pública estabelece que, *fora as hipóteses legais de prestação direta*, os serviços públicos de saneamento básico haverão de ser delegados mediante prévia licitação.

100. Nos termos do Decreto nº 10.588/2020, o apoio técnico e financeiro da União para adaptação dos serviços públicos de saneamento básico às disposições da Lei nº 14.026/2020 volta-se a conferir exequibilidade à prestação regionalizada, inclusive quanto ao modo de exercício da titularidade em cada mecanismo dessa forma de prestação, de modo a se fixarem as responsabilidades de cada ente federativo e a melhor forma de gestão, por força do art. 3º e incisos do aludido diploma regulamentar⁴³.

esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no **caput** deste artigo, incluídas as seguintes: [\(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

I - prestação direta da parcela remanescente; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

II - licitação complementar para atingimento da totalidade da meta; e [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

III - aditamento de contratos já licitados, incluindo eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que em comum acordo com a contratada. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

⁴³ Decreto nº 10.588/2020. Art. 3º. § 13. O acesso de que trata o § 10 poderá ser estendido aos Estados, vedado aos prestadores com contratos irregulares. [\(Incluído pelo Decreto nº 11.030, de 2022\)](#)



101. Nos termos do art. 3º, inciso VIII do Decreto nº 10.588/2020, a efetiva adaptação ao novo modelo de prestação regionalizada pressupõe a celebração de novos contratos, mediante licitação.

102. A adaptação dos contratos regulares existentes é medida instrumental a essa celebração de novos contratos, e não uma forma alternativa, supostamente voltada a conferir sobrevida aos contratos existentes ou, ainda, a transigir com arranjos de contratação direta que inobservem o dever constitucional e legal de seleção competitiva dos prestadores de serviços.

103. Essa é a interpretação adequada e, do ponto de vista sistemático, a consentânea aos pressupostos legais vigentes.

104. Tão é assim que, ao versar sobre alteração dos contratos regulares existentes, (além da menção à possibilidade de que já se procedesse à preparação dos novos contratos) o decreto estabelece normas interpretativas, em seu art. 3º, §1º⁴⁴, as quais aludem aos mecanismos de equalização dos prazos contratuais, os quais são erigidos, indubitavelmente, para estabelecer uma data de convergência para o **término** desses vínculos.

105. Em especial, dentre as atividades que receberão apoio técnico e financeiro federal estão: *“a elaboração de edital, realização prévia de audiências e de consulta públicas, e realização de licitação para concessão dos serviços ou para alienação de controle acionário da empresa estatal prestadora dos serviços, aplicadas as metas definidas no plano regional de saneamento básico”*, conforme o art. 3º, IX do diploma regulamentar.

106. A seu turno, a apuração de valor de indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados que existirem é medida de definição precisa de haveres e deveres necessária à substituição dos contratos vigentes por contratos de concessão (art. 3º, X, Decreto nº 10.588/2020).

107. Do mesmo modo, e com mais razão, os contratos irregulares existentes também receberam tratamento com expressa indicação de seu desfazimento, nos termos do § 10 do art. 3º do diploma. Tal dispositivo autoriza o acesso, tão somente aos **titulares** (e, no limite, aos **Estados**, mas **jamais aos prestadores de serviço**, ex vi do art. 3º, § 13 do Decreto nº 10.588/2020⁴⁵), a recursos públicos federais ou financiamentos geridos com recursos da União

⁴⁴ Decreto nº 10.588/2020. Art. 3º. § 1º Caso a transição de que trata o inciso VIII do **caput** exija a equalização de prazos de contratos regulares para concessão conjunta, os prazos poderão ser reduzidos ou prorrogados, de maneira a convergir a data de término do contrato com o início do novo contrato de concessão, desde que: [\(Redação dada pelo Decreto nº 11.030, de 2022\)](#)

I - na hipótese de redução do prazo, o prestador seja indenizado na forma prevista no [art. 37 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#); [\(Redação dada pelo Decreto nº 11.030, de 2022\)](#)

II - na hipótese de prorrogação do prazo, seja realizada revisão extraordinária, na forma prevista no [inciso II do caput do art. 38 da Lei nº 11.445, de 2007](#); e [\(Redação dada pelo Decreto nº 11.030, de 2022\)](#)

III - a data de convergência do término dos contratos regulares não seja posterior a três anos da assinatura dos respectivos aditivos de redução ou prorrogação. [\(Incluído pelo Decreto nº 11.030, de 2022\)](#)

⁴⁵ Decreto nº 10.588/2020. Art. 3º. § 13. O acesso de que trata o § 10 poderá ser estendido aos Estados, vedado aos prestadores com contratos irregulares. [\(Incluído pelo Decreto nº 11.030, de 2022\)](#)



ou geridos e operados por órgãos ou entidades da União para investimentos de capital nos serviços com prazo e escopo expressamente delimitados.

108. Essa hipótese excepcional de recursos federais a titulares que detenham contratos irregulares dar-se-á de forma condicional e limitada no tempo, isto é, “durante o período de transição para prestação regular” e “desde que assumam o compromisso de”: (i) até 30 de novembro de 2022, aderirem a mecanismo de prestação regionalizada e, concomitantemente, comprovar a contratação de estudo de modelagem **para concessão regionalizada** (art. 3º, § 10, I, Decreto nº 10.588/2020); (ii) até 31 de março de 2024, **publicar o edital de licitação para concessão dos serviços**, a qual substituirá o contrato irregular (art. 3º, § 10, II, Decreto nº 10.588/2020) e, por fim, (iii) até 31 de março de 2025, **substituir os contratos de programa vigentes por contratos de concessão**.

109. Passados os prazos ou desatendidas as condicionantes, portanto, veda-se a possibilidade de percepção de recursos federais, eis que a regularidade da operação a ser financiada é condição para tal fomento público, nos termos do art. 4º, I, “b”, VI do Decreto nº 10.588/2020, combinado com o art. 4º-A, “caput”, que, de forma induvidosa, estatui que “ Art. 4º-A. A irregularidade do contrato implica a irregularidade da operação para fins do disposto no inciso VI do caput do art. 4º, vedada a alocação de recursos de que trata o [art. 50 da Lei nº 11.445, de 2007](#), para ações de saneamento em operações irregulares”.

110. O diploma regulamentar é peremptório em estabelecer que, dentre as medidas a serem imediatamente adotadas pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico, está a extinção antecipada dos contratos irregulares e a elaboração dos estudos e avaliações indispensáveis aos procedimentos licitatórios (art. 4º-A, § 4º, Decreto nº 10.588/2020).

111. Independentemente da (im)possibilidade de acesso a recursos federais em sentido amplo, os contratos irregulares, ainda que possam permanecer como instrumentos temporários de prestação dos serviços, em razão do princípio da continuidade dos serviços públicos, somente poderão permanecer eficazes “pelo período necessário para o efetivo encerramento do contrato e para transferência do serviço para o novo prestador” (art. 4º-A, § 7º, Decreto nº 10.588/2020), o que, se não forem adotadas as formas de prestação direta legalmente admitidas, há de se dar mediante licitação, corolário do objetivo da política pública federal de saneamento básico, de promover a concorrência na prestação dos serviços (art. 49, XV, Lei nº 11.445/2007, com a redação da Lei nº 14.026/2020).

112. Importante ressaltar que as premissas de política pública, isto é, a definição dos objetivos, diretrizes e metas para a Administração Federal firmadas nos decretos do Poder Executivo são de observância obrigatória pelas Agências Reguladoras Federais, conforme já assentado no Parecer AC-51/2006, o qual tem efeito vinculativo à Administração Pública Federal.

113. Nesse sentido, ainda que a Diretoria Colegiada da ANA entendesse de forma distinta (o que se admite por hipótese), parece que sequer poderia emanar juízo diverso, sob

pena de, o fazendo, tal decisão submeter-se a reforma, inclusive via recurso hierárquico impróprio, nos termos do Parecer AC-051/2006, que, nos termos do art. 40, parágrafo 1º da Lei Complementar nº 73/1993, foi exarado em caráter vinculante para fixar que *“Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, **ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta**”* (sem destaques no original).

114. Examinados os aspectos constitucionais, legais, regulamentares e jurisprudenciais acerca do tema, convém examinar que os fatos novos apontados corroboram os fundamentos apresentados pelas Notas Técnicas e reforçam a necessidade de que haja deliberação pelo órgão de cúpula desta Agência Reguladora Federal.

II. Possibilidade de Inconstitucionalidades Formais e Materiais de Leis Complementares e Decretos Estaduais

115. Após pesquisa realizada por esta Coordenação de Contratos e Legislação da Superintendência de Regulação Econômica - COCOL/SEC, verificou-se que algumas leis complementares estaduais e projetos de lei que não estão, salvo melhor juízo, em sintonia com os pressupostos do Novo Marco Legal do Saneamento Básico e da Constituição Federal.

116. **A possibilidade de a ANA examinar em que medida, sentido e intensidade a legislação estadual interfere no exercício das competências municipais decorre, de modo indiscutível, quer da teleologia legal ao mister de elaborar normas de referência, que devem incentivar a prestação regionalizada, quer da sistemática legal que atribui à ANA a competência para editar normas de referência para a regulação a ser exarada por seus titulares e, ainda, por suas entidades reguladoras e fiscalizadoras (art. 4º-A, Lei nº 9.984/2000 e art. 25-A, Lei nº 11.445/2007).**

117. **Nessa medida, independentemente de se considerar os Estados também titulares - ou, como sustentado, de se os considerar meros exercentes de faculdades próprias da titularidade, em consórcio com os municípios, nos casos específicos cogitados na Constituição Federal e na legislação - , é fundamental assentar que o exercício da atribuição legal aos Estados de instituir as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, microrregiões e unidades regionais, condiciona o âmbito material e as circunstâncias institucionais do exercício da titularidade pelos municípios integrantes desses agrupamentos.**

118. **Posto isso, há plena possibilidade de a competência para edição de Normas de Referência da ANA projetar efeitos à regulação legal e administrativa que, de forma direta ou indireta, seja editada por normas editadas pelos poderes Legislativo e Executivo dos Estados.**

119. Isto posto, passa-se ao exame das legislações já editadas e publicadas pelos entes estaduais, o que ora se passa a apresentar, com análise por região geográfica do país.

III.1) REGIÃO NORDESTE

III.1.1) Estado da Bahia

120. A Lei Complementar Estadual nº 48, de 10 de junho de 2019, regulamentada pelo Decreto nº 19.337, de 14 de novembro de 2019, com a inclusão do inciso VII ao art. 4º pela Lei Complementar nº 51 de 29 de março de 2022, passou a dispor que:

Art. 4º - Cada Microrregião de Saneamento Básico, observados os critérios para o exercício da governança interfederativa, tem por finalidade exercer as competências relativas à integração da organização, da gestão, do planejamento e da execução de funções públicas previstas no art. 3º desta Lei Complementar em relação aos municípios que as integram, dentre elas:

(...)

VIII - prestar diretamente os serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, podendo outorgá-los, em regime de descentralização, a entidade integrante de sua estrutura administrativa criada com tal finalidade, bem como a entidade da estrutura administrativa do Estado da Bahia, ou da estrutura administrativa de municípios que compõem a Microrregião ou com ela são conveniados.

VII - autorizar Município integrante da Microrregião a, isoladamente, promover licitação ou contratar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, ou atividades deles integrantes, por meio de concessão ou de contrato de programa;

X - se manifestar em nome dos titulares sobre as matérias regulatórias e contratuais, inclusive as previstas no Decreto Federal nº 10.710, de 31 de maio de 2021, bem como aditar contratos para preservar o ato jurídico perfeito mediante reequilíbrio econômico - financeiro, especialmente quando o reequilíbrio se realizar mediante dilação ou diminuição de prazo contratual;

XI - deliberar sobre a manutenção da prestação dos serviços de água e esgoto pela Empresa Baiana de Saneamento S.A. - EMBASA, na forma do § 2º do art. 10-A da Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007;

XII - autorizar a criação, sob a forma de empresa pública ou sociedade de economia mista, de pessoa jurídica interfederativa controlada pela Microrregião, destinada à prestação, no âmbito regional e em regime de descentralização administrativa, dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário;

XIII - autorizar a outorga, pela Microrregião, da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, em regime de descentralização, a entidade integrante de sua estrutura administrativa criada com tal finalidade, bem como da estrutura administrativa do Estado da Bahia ou da

estrutura administrativa de municípios que integram a Microrregião ou com ela são conveniados.

121. A lei baiana autoriza a contratação direta de ente que compõe sua estrutura administrativa, mas que, como visto na seção anterior, não compõe a estrutura administrativa dos municípios integrantes.

122. Nessa medida, a legislação estadual baiana parece exorbitar formalmente da margem conferida pela legislação federal para o conteúdo da lei complementar estadual, o qual há de se adstringir a estruturar as microrregiões de saneamento, sem interferir nem disciplinar acerca do modo de prestação dos serviços públicos, eis que tal conteúdo haverá de ser disciplinado pelos entes federativos integrantes do colegiado decisório no âmbito da região criada pela legislação estadual.

123. Não se pode olvidar que, como visto, o interesse comum não é incompatível com o interesse local e que, portanto, a prestação regionalizada não pode ter sua gestão ou prestação divorciada da titularidade municipal.

124. Entende-se que a legislação estadual baiana vulnera a competência da União para estabelecer, na via legislativa, diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento básico (art. 21, XX, CF/88).

125. Isso posto, a legislação estadual baiana parece violar, materialmente, o dever de licitar, ao estabelecer a possibilidade jurídica de “a entidade da estrutura administrativa do Estado da Bahia” exercer a prestação direta, o que, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, viola frontalmente o dever de licitar a prestação indireta de serviços públicos, insculpido no art. 175, CF/88.

III.1.2) Estado da Paraíba

126. A **Lei Complementar Estadual nº 168, de 22 de junho de 2021**, que institui as Microrregiões de Água e Esgoto do Alto Piranhas, do Espinharas, da Borborema e do Litoral e suas respectivas estruturas de governança autoriza o Colegiado Microrregional a manifestar-se em nome dos titulares sobre as matérias regulatórias e contratuais, inclusive as previstas no Decreto Federal nº 10.710, de 31 de maio de 2021, bem como aditar contratos para preservar o ato jurídico perfeito mediante reequilíbrio econômico-financeiro, especialmente quando o reequilíbrio se realizar mediante **dilatação** ou diminuição de prazo contratual, nos termos do art. 7º, VIII.

127. De plano, portanto, constata-se a usurpação da competência legislativa da União, que foi peremptória em negar a possibilidade de dilatação de prazo de contratos de programa, os quais só podem permanecer existentes, válidos e eficazes até o horizonte temporal previsto, nos termos da lei federal.

128. Ademais, o art. 7º, inciso XI autoriza a prestação direta dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário pela Companhia de Água e Esgotos da Paraíba -



CAGEPA, em razão desta integrar a administração indireta de um dos entes da entidade microrregional.

129. Confira-se a redação dos dispositivos apontados:

Art. 7º São atribuições do Colegiado Microrregional:

VIII - manifestar-se em nome dos titulares sobre as matérias regulatórias e contratuais, inclusive as previstas no Decreto Federal nº 10.710, de 31 de maio de 2021, bem como aditar contratos para preservar o ato jurídico perfeito mediante reequilíbrio econômico-financeiro, especialmente quando o reequilíbrio se realizar mediante dilação ou diminuição de prazo contratual;

XI - autorizar a prestação direta dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário pela Companhia de Água e Esgotos da Paraíba - CAGEPA, em razão desta integrar a administração indireta de um dos entes da entidade microrregional;

130. **Não bastasse, a lei complementar estadual vai além do objetivo legal de instituição do mecanismo de prestação regionalizada para dispor sobre arranjos empresariais voltados à prestação direta de serviços nas microrregiões, conforme o art. 14:**

Art. 14. Fica o Poder Executivo autorizado a:

I - criar subsidiárias da Cagepa - Companhia de Águas e Esgotos da Paraíba, Sociedades de Propósito Específico - SPE ou outras sociedades empresárias, com atuação em uma ou mais das microrregiões instituídas por esta Lei Complementar;

II - modificar a natureza das ações e de outras participações societárias que possua, diretamente ou por meio de entidades da Administração Indireta, na Cagepa - Companhia de Águas e Esgotos da Paraíba e nas subsidiárias mencionadas no inciso I deste artigo;

III - alienar, de forma gratuita ou onerosa, as ações e participações societárias mencionadas no inciso II deste artigo, inclusive o controle da Cagepa ou de qualquer das suas subsidiárias, exclusivamente para uma ou mais das microrregiões instituídas por esta Lei Complementar.

131. Os decretos estaduais, que estabeleceram o regimento interno provisório das microrregiões de água e esgoto, foram além da disciplina da governança institucional para, de modo intrusivo, dispor sobre a forma de prestação dos serviços públicos, especificamente autorizando a prestação direta, sem licitação:

DECRETO Nº 41.980, DE 01 DE DEZEMBRO DE 2021 REGIMENTO INTERNO PROVISÓRIO DA MICRORREGIÃO DE ÁGUA E ESGOTO DO LITORAL

Seção III

Das atribuições

Art. 19. São atribuições do Colegiado Microrregional:

XV - disciplinar a prestação direta dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário pela CAGEPA – Companhia de Saneamento da Paraíba, em razão desta integrar a administração indireta de um dos entes federados componentes da MRAE-IV;

DECRETO Nº 41.981 DE 01 DE DEZEMBRO DE 2021. REGIMENTO INTERNO PROVISÓRIO DA MICRORREGIÃO DE ÁGUA E ESGOTO DA BORBOREMA

Seção III

Das atribuições

Art. 19. São atribuições do Colegiado Microrregional:

XV - disciplinar a prestação direta dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário pela CAGEPA – Companhia de Saneamento da Paraíba, em razão desta integrar a administração indireta de um dos entes federados componentes da MRAE-III;

DECRETO Nº 41.982 DE 01 DE DEZEMBRO DE 2021. REGIMENTO INTERNO PROVISÓRIO DA MICRORREGIÃO DE ÁGUA E ESGOTO DO ALTO PIRANHAS

Seção III

Das atribuições

Art. 19. São atribuições do Colegiado Microrregional:

XV - disciplinar a prestação direta dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário pela CAGEPA – Companhia de Saneamento da Paraíba, em razão desta integrar a administração indireta de um dos entes federados componentes da MRAE-I;

132. A lei estadual paraibana e seus decretos regulamentadores não apenas autorizam a contratação direta de ente que compõe a estrutura administrativa do Estado à guisa de prestação direta, como vai além, para disciplinar a criação de subsidiárias à atual empresa estadual e conferir a essas pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico a prerrogativa de exercer a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, ao argumento de que a companhia estadual integra a administração indireta de um dos entes federados da microrregião.

133. Nessa medida, a legislação estadual paraibana parece exorbitar formalmente da margem conferida pela legislação federal para o conteúdo admitido pelo Novo Marco do Saneamento Básico para a lei complementar estadual, o qual há de se adstringir, como visto, tão somente a estruturar as microrregiões de saneamento, sem interferir nem disciplinar acerca do modo de prestação dos serviços públicos, eis que tal conteúdo haverá de ser disciplinado enquanto exercício da autonomia dos entes federativos integrantes do colegiado decisório no âmbito da região criada pela legislação estadual.



134. Entende-se que a legislação estadual paraibana e sua regulamentação vulneram a competência da União para estabelecer, na via legislativa, diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento básico (art. 21, XX, CF/88).

135. Ademais, a legislação estadual paraibana parece admitir, por princípio, como legal e constitucional a inobservância ao dever de licitar, quando estabelece a possibilidade de a CAGEPA, diretamente ou por subsidiárias, exercer a prestação direta, o que, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, viola frontalmente o quanto insculpido no art. 175, CF/88 e no art. 2º, XVI da Lei nº 11.445/2007.

136. **Importante consignar que houve informação da revogação do art. 7º, VIII e XI, da Lei Complementar Estadual (LCE) nº 168/2021.**

137. **Contudo, o art. 14, que permite a criação de subsidiárias com a destinação de prestação direta nas microrregiões permanece vigente. Desse modo, mesmo com a revogação do art. 7º, incisos VII e XI, permanece a possibilidade legal de que haja emprego de entidades administrativas não integrantes das estruturas de todos os titulares nas formas de prestação regionalizada de prestarem diretamente serviços públicos sem observância do dever de licitar.**

138. **Do mesmo modo, na ADI 7335, não houve pedido específico de declaração de inconstitucionalidade dos Decretos estaduais mencionados, os quais, se aplicados em conjunto com o remanescente art. 14 da Lei Complementar Estadual 168/2021 poderiam, ainda, possibilitar a prestação direta sem observância do dever de licitar, em desacordo com o que preceituado pela legislação federal e, ademais, pela Carta da República.**

139. **Dessarte, esta setorial técnica entende pela necessidade de exame, pelos órgãos políticos e jurídicos responsáveis, quanto à possibilidade de fiscalização da constitucionalidade da espécie normativa primária que não foi objeto de revogação e que não está arrolada na petição inicial da ADI 7335.**

III.1.3) Estado de Alagoas

140. A legislação estadual alagoana (**Lei nº 8.358, de 03 de dezembro de 2020**), estabelece que a prestação dos serviços públicos poderá ser organizada em blocos de Municípios, admitida a sua delegação por meio de 1 ou mais contratos de concessão (Art. 1º, § 4º). A legislação alagoana assevera que “Caberá ao Órgão Colegiado (...) I – aprovar a retomada dos serviços públicos de saneamento pelo respectivo titular, condicionando tal retirada ao prévio pagamento das indenizações devidas (...)” (art. 3º, § 3º, inc. I), o que não revela exorbitância formal ou material às premissas consignadas na legislação federal sobre a prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

III.1.4) Estado do Ceará

141. A legislação estadual cearense (**Lei Complementar n.º 247, de 18 de junho de 2021**) vai ao encontro da legislação federal, inclusive para possibilitar a cooperação interfederativa com microrregiões de Estados vizinhos (Art. 14. Fica o Estado do Ceará autorizado



a celebrar convênio de cooperação entre entes federados para que os Municípios cearenses possam se conveniar com microrregiões instituídas por Estados limítrofes.).

142. Ademais, a lei cearense não chega a estabelecer prestação direta em hipótese desconforme à legislação federal, conquanto discipline a possibilidade de prestação isolada por município que integre microrregião de saneamento básico, mas o faz respeitando concessão pré-existente.

143. É o que se colhe do art. 7º, §§ 4º e 5º, que prevê possibilidade de unificação do serviço mediante fusão ou consolidação de contratos, hipótese em que o município pode seguir na execução isolada do serviço somente enquanto estiver vigente o contrato de concessão pré-existente (art. 7º, §§ 4º e 5º). Confira-se:

Art. 7º. São atribuições do Colegiado Microrregional:

(...)

VII- autorizar Município a prestar isoladamente os serviços públicos de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário, ou atividades deles integrantes, inclusive mediante a criação de órgão ou entidade, contrato de concessão ou instrumento derivado da gestão associada de serviços públicos.

§ 4º A unificação dos serviços em Municípios que possuem entidade ou órgão prestador de serviços públicos de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário há, pelo menos, 10 (dez) anos dependerá da aquiescência expressa do Município, por meio de manifestação inequívoca de seu representante no Colegiado Microrregional.

§ 5º Caso o Município, atendendo as condições do § 4º deste artigo, decida manter-se na execução isolada do serviço público, somente poderá fazê-lo enquanto estiver vigente o contrato de concessão com o órgão ou a entidade que já vinha prestando o serviço, período após o qual deverá ser observada a regra prevista no inciso VII deste artigo.

144. Importante consignar que a prestação regionalizada dos serviços pressupõe a unificação contratual, razão pela qual devem ser examinadas com parcimônia e há de ser antecedida da devida justificativa técnico-econômica a autorização legal para prestação isolada, sob pena de a adoção dessa estratégia comprometer a viabilidade global dos arranjos regionalizados.

145. Não se observa, contudo, de plano, vulneração efetiva às premissas da legislação federal quanto à prestação regionalizada dos serviços públicos, nos termos da legislação estadual cearense.

III.1.5) Estado do Maranhão

146. A **Lei Complementar nº 239, de 30 de dezembro de 2021**, do Estado do Maranhão também avoca a si matérias que exorbitam da estruturação orgânica das microrregiões instituídas para já decidir, à revelia dos titulares que as integrarem, acerca do modo de delegação



e prestação dos serviços, inclusive para viabilizar contratação direta, sem prévia licitação. Confira-se:

“Art. 5º As Autarquias Microrregionais de Saneamento Básico têm por finalidade exercer as competências relativas à integração, gestão e execução das funções públicas de interesse comum dispostas no art. 4º, dentre elas:”

(...)

X - autorizar a alienação de participações societárias, ocasione ou não a mudança de controle, de empresas que integrem a Administração Indireta da Microrregião;

XI – autorizar a prestação direta dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário pela Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão – CAEMA, em razão desta integrar a administração indireta de um dos entes da entidade microrregional.

(...)

Art. 8º São atribuições do Colegiado Microrregional:

VII – autorizar município integrante da Microrregião a, isoladamente, licitar ou contratar prestação de serviços públicos de saneamento básico, ou atividades deles integrantes, mediante criação de órgão ou entidade ou celebração de contrato de concessão; (...)

§ único No caso do Colegiado Microrregional deliberar pela unificação na prestação de serviço público de SB, em dois ou mais Municípios que integram a Microrregião, ou de atividade dele integrante, por meio de entidade que integre a administração do titular ou por meio de contrato de concessão, precedido de licitação, o representante legal da Microrregião subscreverá o respectivo instrumento, representando os entes da Federação interessados.

(...)

Art. 16. Resolução do Colegiado Microrregional definirá a forma da gestão administrativa da Microrregião, podendo, por prazo certo, delegar o exercício de atribuições ou a execução de determinadas tarefas para órgãos ou entidades federais, bem para órgãos e entidades integrantes da estrutura administrativa do Estado do Maranhão ou de municípios que integram a Microrregião.

(...)

Art. 20 Fica o Poder Executivo autorizado a:

I - criar subsidiárias da Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão - CAEMA, Sociedades de Propósito Específico - SPE ou outras sociedades empresárias, com atuação em uma ou mais das microrregiões constituídas por esta Lei Complementar



II – modificar a natureza das ações e de outras participações societárias que possua, diretamente ou por meio de entidades da Administração Indireta, nas subsidiárias da CAEMA a que se refere o inciso I;

III - alienar, de forma gratuita ou onerosa, as ações e participações societárias mencionadas no inciso II deste artigo, inclusive o controle das subsidiárias da Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão - CAEMA, exclusivamente para uma ou mais das microrregiões instituídas por esta Lei Complementar.

Parágrafo único. Excluem-se das autorizações dos incisos I a III deste artigo a abertura de capital, que somente poderá ser autorizada mediante lei complementar

147. Do ponto de vista da constitucionalidade formal, entende-se que a legislação estadual maranhense vulnera a competência da União para estabelecer, na via legislativa, diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento básico (art. 21, XX, CF/88).

148. Do ponto de vista da constitucionalidade material e, ainda, da legalidade estrita, a legislação estadual maranhense parece admitir, por princípio, como legal e constitucional a inobservância ao dever de licitar, quando estabelece a possibilidade de a CAEMA, diretamente ou por subsidiárias, exercer a prestação direta, o que, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, viola frontalmente o quanto insculpido no art. 175, CF/88 e nos arts. 2º, XVI e 10 da Lei nº 11.445/2007.

III.1.6) Estado de Pernambuco

149. A **Lei Complementar nº 455, de 13 de julho de 2021**, do Estado de Pernambuco permite a ampliação do prazo dos contratos administrativos, inclusive aos contratos de programa, o que contraria a legislação federal, que vedou tal possibilidade. Confira-se a redação do diploma estadual:

Art. 7º São atribuições do Colegiado Microrregional

(...)

VIII – manifestar-se em nome dos titulares nas matérias regulatórias e contratuais, inclusive as prevista no Decreto federal n.º 10.710, de 31 de maio de 2021, bem como aditar contratos para preservar o ato jurídico perfeito mediante reequilíbrio econômico-financeiro, quando o reequilíbrio se realizar mediante dilação ou diminuição de prazo contratual;

150. Quanto aos arranjos contratuais em prestação regionalizada, merece exame o quanto disposto na legislação. Confira-se:

Art. 7º São atribuições do Colegiado Microrregional:

VII – autorizar Município a prestar isoladamente os serviços públicos de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário, ou atividades deles integrantes, inclusive mediante a criação de órgão ou entidade, contrato de concessão ou ajuste vinculado à gestão associada de serviços públicos;



Art. 7º São atribuições do Colegiado Microrregional:

§ 1º No caso de o Colegiado Microrregional deliberar pela unificação na prestação de serviço público, em dois ou mais Municípios que integram a Microrregião, ou de atividade nele integrante, o representante legal da Microrregião subscreverá o respectivo contrato.

§ 2º A Microrregião pode realizar a consolidação de instrumentos contratuais, especialmente os de adesão à prestação regionalizada.

§ 3º A unificação dos serviços em Municípios que possuem entidade ou órgão prestador de serviços públicos de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário há pelo menos dez anos dependerá de aquiescência expressa do Município, por meio de manifestação de seu representante no Colegiado Microrregional, nos termos de autorização legislativa específica.

151. **Quanto ao primeiro dispositivo legal examinado, o diploma pernambucano contraria frontalmente o quanto disposto no art. 10, § 3º, da Lei 11.445, de 5.1.2007, com a redação conferida pela Lei 14.026, de 15.7.2020, dado que tal diretriz nacional para os serviços públicos de saneamento é de que “os contratos de programa regulares e vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual”.**

152. **Ademais, o dispositivo da lei estadual examinada, ao inaugurar prazo adicional àquele originalmente previsto nos contratos de programa, culmina, na prática, por disciplinar essas novas obrigações de universalização, do art. 11-B da Lei 11.445/2007, mediante contrato de programa, providência que foi vedada, expressa e peremptoriamente, pelo art. 10, “caput”, da mesma Lei 11.445/2007.**

153. Para que se possa verificar essa dupla mácula, ao “caput” e ao § 3º do art. 10 da Lei 11.445/2007, examinem-se, em cotejo, a redação desses dispositivos vis-à-vis ao dispositivo questionado. Se não, vejamos:

Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do [art. 175 da Constituição Federal](#), vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. [\(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) (...)

§ 3º Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

154. **Não se trata de mero conflito de legalidade (entre a LC estadual e a lei federal): a lei complementar pernambucana, ao conferir tónus de legalidade à extensão de prazo para além do período originariamente previsto nos contratos de programa regulares vigentes, usurpou as competências legislativas da União para estabelecer diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento (art. 21, XX, CF/88), bem como exorbitou da competência suplementar dos Estados para legislar normas específicas sobre licitações e contratos (art. 22, XXVII, c/c 24, § 2º, CF/88).**

155. **Não bastasse, a LC estadual vulnerou a competência legislativa privativa da União para editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII, CF/88).**

156. Além disso, **ao assentir com a dilação de prazo contratual dos contratos de programa, a Lei Complementar estadual frustra a realização de novas licitações e, nessa medida, esboroa o princípio da competitividade plasmado não apenas na lei, mas também como princípio reitor da Ordem Econômica (art. 170, CF) e, em particular, como exigência cogente do art. 175 da Constituição Federal, segundo o qual a prestação indireta de serviços públicos, na forma da lei, há de ser sempre antecedida de licitação.**

157. Reforça o quadro de violações às competências legislativas da União acima apontadas a circunstância de que **a lei complementar pernambucana vulnera o art. 174, CF/88, ao descumprir o planejamento impositivo ao setor público,** plasmado no Decreto 10.710/2020, que, ao regulamentar o art. 10-B da Lei 11.445/2007, estabeleceu que os aditivos contratuais não poderiam cogitar de extensão do prazo originalmente previsto.

158. A argumentação de que os contratos administrativos seriam atos jurídicos perfeitos impassíveis de modificação por lei posterior não é sufragada, mas sim repelida pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que considera a disciplina sobre prazos e sua prorrogação cláusulas de caráter regulamentar, que não consubstanciam direitos subjetivos dos contratados e não podem ser, nessa medida, óbices materiais ao devido processo legislativo.

159. Como afirmado, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sequer existe direito subjetivo à prorrogação de prazo em concessões de serviço público, **ainda que tal possibilidade estivesse prevista no instrumento convocatório (edital) e no instrumento (contrato) solene celebrado após procedimento licitatório,** conforme se colhe do julgamento do RMS nº 34.203, de relatoria de Sua Excelência o Ministro Dias Toffoli:

“A prorrogação contratual é, por sua própria natureza, elemento do ajuste que se submete à **apreciação discricionária** da Administração Pública e assim é reconhecido nas normas atinentes aos contratos administrativos”(…) “Nesse passo, **nem mesmo eventual disposição contratual em sentido contrário** (o que não vislumbro ocorrer no caso dos autos), **poderia se sobrepor às previsões legislativas.**” (STF, RMS nº 34.203., Relator Ministro Dias Toffoli)

160. Com muito mais razão, **a fortiori,** não há que se cogitar de direito subjetivo a ampliação de prazo como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro de novas obrigações para contratos realizados mediante contratação direta, mormente porque a celebração do aditivo de inclusão de metas pressupõe o exame de viabilidade econômico-financeira da assunção dessas obrigações no prazo restante até o advento do termo.

161. Quanto ao segundo aspecto, relativo aos rearranjos contratuais, embora, aparentemente, não haja dispositivos específicos relativos à autorização para contratação direta entre municípios e as empresas estatais estaduais, há previsão de contratação isolada e unificação contratual, institutos esses que, em sua dinâmica de aplicação, terão de se harmonizar



ao dever de licitar, caso a implementação de tais mecanismos possa prejudicar, indevidamente, a seleção competitiva do prestador.

162. No mesmo sentido, a possibilidade de ajuste vinculado à gestão associada de serviços não poderá servir de subterfúgio para efetivar contratações diretas não admitidas pela legislação federal.

III.1.7) Rio Grande do Norte

163. A **Lei Complementar nº 682, de 15 de julho de 2021**, do Estado do Rio Grande do Norte, não estabelece autorização genérica nem disposição para rearranjo societário de empresa estatal estadual porventura voltadas a viabilizar contratação direta entre municípios integrantes da estrutura de regionalização da prestação e a empresa estatal estadual.

164. De todo modo, a disciplina quanto aos arranjos contratuais no âmbito da prestação regionalizada autoriza a prestação isolada (art. 9º, VII) e, ainda, a unificação de contratos, o que pode ensejar efeitos sobre o prazo do contrato resultante. Confirmam-se os dispositivos:

“Art. 9º São atribuições do Colegiado Microrregional:”

(...)

VII - autorizar previamente Município integrante da Microrregião a prestar isoladamente ou contratar a prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, ou atividades deles integrantes.”

“Art. 9º São atribuições do Colegiado Microrregional:”

(...)

III – especificar os serviços públicos de interesse comum, bem como, quando for o caso, as correspondentes etapas ou fases e seus respectivos responsáveis, inclusive quanto à unificação de sua prestação.

§ 1º No caso de o Colegiado Microrregional deliberar pela unificação na prestação de serviço público, em dois ou mais Municípios que integram, ou de atividade dele integrante, o representante legal da Microrregião subscreverá o respectivo contrato.

§ 2º A unificação mencionada no inciso III do caput deste artigo, ou qualquer ato decorrente das demais atribuições previstas no caput:

I – poderá se realizar mediante a consolidação dos instrumentos contratuais existentes;

II – não poderá prejudicar o ato jurídico perfeito, em especial os instrumentos contratuais existentes e seus eventuais aditamentos.



§ 3º Havendo serviços interdependentes, deverá ser celebrado o respectivo contrato entre os prestadores, na forma prevista no art. 12 da Lei Federal nº 11.445, de 2007.

§ 4º A unificação dos serviços em Municípios que possuem entidade ou órgão prestador de serviços públicos de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário há pelo menos 10 (dez)anos dependerá da aquiescência expressa do Município, por meio de manifestação inequívoca de seu representante no Colegiado Microrregional.

165. Essas previsões, de contratação isolada e de unificação contratual, em sua dinâmica de aplicação, terão de se harmonizar ao dever de licitar, caso a implementação de tais mecanismos possa prejudicar, indevidamente, a seleção competitiva do prestador.

III.1.8) Estado de Sergipe

166. A **Lei Complementar nº 176, de 18 de dezembro de 2009**, confere a possibilidade de a Companhia de Saneamento de Sergipe - DESO ser constituída como delegatária ou concessionária direta:

Art. 4º Nos termos da legislação em vigor, a Companhia de Saneamento de Sergipe – DESO, desde que os órgãos colegiados de cada Microrregião assim ratifiquem, deve ser constituída como delegatária ou concessionária dos serviços públicos de saneamento básico para as situações definidas no art. 2º desta Lei Complementar.

167. Do ponto de vista da constitucionalidade formal, entende-se que a legislação estadual sergipana vulnera a competência da União para estabelecer, na via legislativa, diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento básico (art. 21, XX, CF/88).

168. Do ponto de vista da constitucionalidade material e, ainda, da legalidade estrita, a legislação estadual sergipana parece admitir, por princípio, como legal e constitucional, a inobservância ao dever de licitar, quando estabelece a possibilidade de a DESO exercer a prestação direta, o que, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, viola frontalmente o quanto insculpido no art. 175, CF/88 e nos arts. 2º, XVI e 10 da Lei nº 11.445/2007.

III.1.9) Estado do Piauí

169. O Estado do Piauí editou a **Lei Complementar nº 246, de 30 de dezembro de 2019**, a fim de estabelecer a Política Estadual de Saneamento Básico, dispondo sobre normas a cooperação entre a entidade estadual e os municípios e, ainda, sobre a instituição de microrregiões de saneamento básico, entre outros aspectos.

170. Em seguida, sobreveio a Lei Complementar nº 257, de 16 de julho de 2021, que alterou a Lei Complementar nº 246, de 30 de dezembro de 2019, para promover a sua adequação ao novo marco legal dos serviços públicos de saneamento básico e instituir as microrregiões de saneamento básico que especifica.



171. Até então, a LC 246/2019 permitia a prestação regionalizada por via direta por intermédio de empresa estatal estadual, conforme se colhe da redação originária do art. 34, §§ 1º e 4º do citado diploma:

LC 246/2019:

Art. 34. O Estado do Piauí poderá estabelecer blocos para a prestação dos serviços de saneamento básico com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia de universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços.

§1º Nos blocos em que a prestação do saneamento básico seja objetivo de serviço público de interesse comum, a titularidade será exercida pela estrutura de governança interfederativa do agrupamento urbano correspondente.

(...)

§4º A prestação regionalizada dos serviços de saneamento poderá ser realizada por:

- a) órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista estadual ou municipal, na forma da lei;
- b) empresa a que se tenha concedido a prestação dos serviços”.

(...)

Art. 69 Compete ao Colegiado Microrregional:

VII - autorizar Município integrante da Microrregião a, isoladamente, promover licitação ou contratar a prestação de serviços públicos de SB, ou atividades deles integrantes, **por meio de concessão ou de contrato de programa;**

§ 1º No caso de o Colegiado Microrregional deliberar pela unificação na prestação de serviço público de SB, em dois ou mais Municípios que integram a Microrregião, ou de atividade dele integrante, o representante legal da Microrregião subscreverá o **respectivo contrato de concessão ou de programa representando os entes da Federação interessados.**

(...)

Art. 78. Permanecerão em vigor os convênios e contratos de programa existentes no início da vigência desta LC, preservando-se a continuidade dos serviços públicos de SB.

Parágrafo único. Os instrumentos jurídicos mencionados no caput deste artigo poderão ter a vigência prorrogada, nos termos da legislação federal.

172. Com a edição da **Lei Complementar nº 262, de 30 de março de 2022**, que institui a Microrregião de Água e Esgoto do Piauí - MRAE e sua respectiva estrutura de governança, além de alterar a Lei Complementar nº 246, de 30 de dezembro de 2019, **houve a revogação expressa do art. 34 da LC 246/2019, o que retirou a autorização legal para contratação direta da prestação regionalizada por empresa estatal estadual, o que importaria, se mantida, desconformidade à legislação federal e à Constituição.**



173. Foi mantida, na LC 246/2019, a possibilidade jurídica de o Estado, por intermédio do Instituto de Águas e Esgotos do Piauí, realizar parcerias com a entidade gestora para apoio técnico e de infraestrutura, nos termos do art. 40, I e IV, LC 246/2019, o que deve requerer cautela para que tal disposição não sirva de permissivo legal a prestações diretas, sem licitação. Confira-se:

Art. 40. A atuação do Estado do Piauí na Política Estadual para o Saneamento Rural consistirá nas seguintes atividades:

I – celebrar, através do Instituto de Águas e Esgotos do Piauí, com apoio operacional da Águas e Esgotos do Piauí S/A – AGESPISA, parcerias com a entidade gestora de serviços de saneamento básico para o apoio de infraestrutura, técnico, administrativo e financeiro, condicionado à disponibilidade de recursos, quando houver necessidade de aportes financeiros;

(...)

IV – oferecer apoio institucional e financeiro através da Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos – SEMAR, da Secretaria de Estado da Agricultura Familiar – SAF, do Instituto de Águas e Esgotos do Piauí – AGESPISA.

174. **A Lei Complementar nº 262, de 30 de março de 2022, do Piauí, em seu art. 7º, emprega fórmula genérica às atribuições relativas à celebração de contratos para prestação de serviços públicos (especialmente no inciso VII do art. 7º), a qual tanto permite a formação de ajuste vinculado à gestão associada de serviços públicos, quanto a contratação isolada por município integrante da estrutura interna a uma estrutura microrregional.**

Art. 7º São atribuições do Colegiado Microrregional:

(...)

VII - contratar a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário, ou autorizar Município a prestar isoladamente esses serviços públicos, ou atividade dele integrante, mediante a criação de órgão ou entidade ou a celebração de contrato de concessão ou de ajuste vinculado à gestão associada de serviços públicos;

Art. 7º São atribuições do Colegiado Microrregional:

175. **Como aqui se sustenta, eventuais ajustes vinculados à gestão associada não de se harmonizar às premissas da legislação federal:** o art. 8º, §1º, I, da Lei nº 11.445/2007, faculta a gestão associada por intermédio de consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, a qual se adstringe à formalização de consórcios intermunicipais **exclusivamente compostos por municípios.**

176. **Posto isso, e em atenção à revogação do art. 34 da LC 246/2019, não haverá amparo para o caso de a interpretação do dispositivo da lei complementar estadual ser empregado com vistas a permitir contratação direta de estatal estadual ou subsidiária dessa empresa estadual, sem o prévio intermédio de licitação.**

177. Quanto ao mais, a legislação piauiense cerca de cautelas a possibilidade de os municípios realizarem essa prestação isolada e disciplina a unificação contratual:

(...)

§ 2º Não se concederá a autorização prevista no inciso VII do caput no caso de projetos que:

I - prevejam ônus pela outorga da concessão ou outra forma de pagamento pelo direito de prestar os serviços públicos;

II - não prevejam pagamento prévio de indenização ao anterior prestador dos serviços e transferências ou pagamentos de forma a assegurar a manutenção do equilíbrio econômico- financeiro da prestação dos serviços públicos mediante subsídios cruzados; e

III - cujo modelo contratual seja considerado prejudicial à modicidade tarifária ou à universalização de acesso aos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

(...)

§ 4º A unificação dos serviços, em Municípios que possuem entidade ou órgão prestador de serviços públicos de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário há pelo menos dez anos dependerá da aquiescência expressa do Município, por meio de manifestação inequívoca de seu representante no Colegiado Microrregional, autorizada por lei municipal.

178. A exemplo do quanto já examinado em outras legislações, essas previsões, de contratação isolada e de unificação contratual, em sua dinâmica de aplicação, terão de se harmonizar ao dever de licitar, caso a implementação de tais mecanismos possa prejudicar, indevidamente, a seleção competitiva do prestador.

179. De todo modo, constata-se que os artigos 69, inciso VII do “caput” e § 1º, bem como o art. 78, parágrafo único, da **Lei Complementar nº 246, de 30 de dezembro de 2019, com a redação da Lei Complementar 257/2021, há autorização expressa à constituição de novos contratos de programa, além da prorrogação de contratos de programa existentes, em descompasso com as diretrizes federais legisladas e, nessa medida, usurpadas, em confronto com a competência da União para dispor a respeito.**

III.2) REGIÃO CENTRO-OESTE

III.2.1) Estado de Goiás

180. **O Projeto de Lei nº 6.306 de 2021, em trâmite no Poder Legislativo do Estado de Goiás, não parece contemplar previsão de que seja realizada contratação direta sem licitação, conquanto, a exemplo das legislações de outras entidades federativas, autorize a prestação isolada, de um lado e, de outro, admita gestão associada de serviços públicos, técnica essa que, como visto, não pode importar contratação direta, sem licitação.**



181. O que se verificou, nesse tema, foi tão somente a autorização precária de a empresa estadual manter-se na prestação até a seleção competitiva de novo prestador, em sintonia com o Decreto Federal nº 10.588/2020

“Art. 10. São atribuições do Colegiado Microrregional, entre outras estabelecidas pelo regimento interno:

(...) VI – autorizar o município a prestar isoladamente os serviços públicos de saneamento básico ou atividades deles integrantes, inclusive mediante contrato de concessão, ajuste vinculado à gestão associada de serviços públicos ou criação de autarquia;

(...)

Art. 18. Vencido o contrato de prestação de abastecimento de água e esgotamento sanitário sem a retomada do serviço pelo município, para exploração direta, a Saneamento de Goiás S/S - SANEAGO assegurará a continuidade do serviço adequado, conforme o §1º do art. 6º da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, até a nova contratação pelo titular, onde houver sido contratada e nos termos do negócio, resguardados a operação, o dever de manutenção do serviço e da universalização, bem como o direito de indenização pelo não amortizado e outro valores atualizados decorrentes da continuidade do serviço.

182. Conquanto não se vislumbre inconformidade formal ou material com a legislação da União e a Constituição Federal, as previsões de contratação isolada e de gestão associada de serviços, em sua dinâmica de aplicação, terão de se harmonizar ao dever de licitar, caso a implementação de tais mecanismos possa prejudicar, indevidamente, a seleção competitiva do prestador.

III.2.2) Estado de Mato Grosso

183. O **Projeto de Lei nº 614 de 2021**, em trâmite no âmbito do Poder Legislativo do Estado do Mato Grosso⁴⁶, não prevê quaisquer das hipóteses vislumbradas como passíveis de violar a legislação federal ou à Constituição Federal

III.2.3) Estado de Mato Grosso do Sul

184. Não foram encontradas leis ou proposições legislativas voltadas à implementação da prestação regionalizada no Estado do Mato Grosso do Sul.

III.2.4) Distrito Federal

185. Por já se cuidar de hipótese de prestação direta, sem possibilidade de a entidade federativa distrital segmentar-se em municípios, e sendo ela própria, para fins constitucionais, considerada detentora das prerrogativas de competência material e legislativa peculiares aos

⁴⁶ Conferir em: <https://www.al.mt.gov.br/storage/webdisco/cp/20210719114810221000.pdf>



municípios, não se cogita de prestação regionalizada no âmbito do Distrito Federal, razão pela qual não se aplica a discussão e a investigação objeto da presente análise técnica ao DF.

III.3. REGIÃO NORTE

III.3.1. Estado de Amazonas

186. A Lei Complementar nº 214, de 4 de agosto de 2021, do Estado do Amazonas vai de encontro à legislação federal, porquanto, a um só tempo, admite a celebração de novos contratos de programa

Art. 9º (...)

VII – autorizar Município integrante da Microrregião a, isoladamente, promover licitação ou contratar a prestação de serviços públicos de saneamento básico, ou atividades deles integrantes, por meio de concessão ou de contrato de programa.

Parágrafo único. No caso de o Colegiado Microrregional deliberar pela unificação na prestação de serviço público de saneamento básico, em dois ou mais Municípios que integram a Microrregião, ou de atividade dele integrante, o representante legal da Microrregião subscreverá o respectivo contrato de concessão ou de programa representando os entes da Federação interessados.

187. Não há, na LC amazonense nº214/2021, dispositivo que autorize a prestação direta pela empresa estatal do Estado ou, ainda, por companhias a si atreladas. Há, tão somente, a seguinte previsão, no art. 7º, § 3º. Caberá ao Órgão Colegiado(...) I – aprovar a retomada dos serviços públicos de saneamento pelo respectivo titular, condicionando tal retirada ao prévio pagamento das indenizações devidas (...).

188. **Há, portanto, evidência de que a legislação amazonense usurpou as competências legislativas da União para estabelecer diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento (art. 21, XX, CF/88), bem como exorbitou da competência suplementar dos Estados para legislar normas específicas sobre licitações e contratos (art. 22, XXVII, c/c 24, § 2º, CF/88), ao admitir a celebração de contrato de programa, providência que foi vedada, como visto, de forma peremptória, pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico.**

189. Além disso, ao assentir com a constituição de contratos de programa, a Lei Complementar frustra a realização de novas licitações e, nessa medida, **esboroa o princípio da competitividade plasmado não apenas na lei, mas também como princípio reitor da Ordem Econômica (art. 170, CF) e, em particular, como exigência cogente do art. 175 da Constituição Federal, segundo o qual a prestação indireta de serviços públicos, na forma da lei, há de ser sempre antecedida de licitação.**

III.3.2) Estado de Roraima

190. A **Lei Complementar nº 300, de 14 de julho de 2021**, do Estado de Roraima, não parece contemplar previsão de que seja realizada contratação direta sem licitação, conquanto, a exemplo das legislações de outras entidades federativas, autorize a prestação isolada, de um lado e, de outro, admita gestão associada de serviços públicos, técnica essa que, como visto, não pode importar contratação direta, sem licitação. Confira-se:

Art. 7º (...)

VII – autorizar Município a prestar isoladamente os serviços públicos de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário, ou atividades deles integrantes, seja mediante a criação de órgão ou entidade, seja com a celebração de contrato de concessão ou de ajuste vinculado à gestão associada de serviços públicos.

§ 1º Não se concederá a autorização prevista no inciso VII do caput no caso de projetos que:

I - prevejam ônus pela outorga da concessão ou outra forma de pagamento pelo direito de prestar os serviços públicos;

II - não prevejam prévia indenização ao anterior prestador dos serviços e as transferências de forma a assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços públicos mediante subsídios cruzados; e

III - cujo modelo contratual seja considerado prejudicial à modicidade tarifária ou à universalização de acesso aos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

191. Essas previsões, de contratação isolada e de gestão associada, em sua dinâmica de aplicação, terão de se harmonizar ao dever de licitar, caso a implementação de tais mecanismos possa prejudicar, indevidamente, a seleção competitiva do prestador.

III.3.3. Estado de Rondônia

192. A **Lei nº 4.955, de 19 de janeiro de 2021, do Estado de Rondônia**, conquanto não tenha, nominalmente, adotado a forma de lei complementar, no que concerne a seu objeto, não chega a prever hipóteses de contratação direta.

193. A legislação estadual inova ao permitir, no âmbito interno às unidades regionais, a prestação de serviços que atenda não a todos os seus membros, mas sim a subgrupos menores, conforme se colhe da previsão contida no art. 1º, § 2º, segundo a qual *“A prestação dos serviços públicos previstos no caput poderá ser organizada em blocos de municípios, admitida a sua delegação por meio de 1 (um) ou mais contratos de concessão.”*

194. Quanto ao mais, a legislação estadual de Rondônia reforça a premissa legal de incentivo dos titulares à adesão às prestações regionalizadas: *“Art. 2º Os titulares dos serviços terão a faculdade de integrar a Unidade em comento a qualquer tempo, formalizando a adesão*



por meio de instrumentos de gestão associada interfederativa, de acordo com o art. 241 da Constituição Federal.”

III.3.4. Estado do Amapá

195. Segundo informações do Observatório do Marco Legal do Saneamento, do Instituto de Água e Saneamento - IAS, o Estado do Amapá *“não adotou nenhum modelo de regionalização previsto no novo Marco Legal, mas fez a regionalização da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário por meio de uma concessão, que envolve as áreas urbanas de todos os municípios do estado. O leilão para a concessão dos serviços ocorreu em setembro de 2021 mas os estudos e modelagens do BNDES que formataram o processo se iniciaram anteriormente à aprovação da Lei 14.026/2020 e por isso o estado do Amapá, para fins de alocação de recursos da união, é considerado como regionalizado, com base no decreto nº 10.588/2020.”* (Vide: [Amapá - Observatório do Marco Legal do Saneamento \(aguaesaneamento.org.br\)](http://aguaesaneamento.org.br)).

III.3.5. Estados do Tocantins, Pará e Acre

196. Segundo informações do Observatório do Marco Legal do Saneamento, do Instituto de Água e Saneamento - IAS, os Estados do Tocantins, do Pará e do Acre não aprovaram legislações voltadas à regionalização.

III.4) REGIÃO SUDESTE

III.4.1) Estado do Espírito Santo

197. O Estado do Espírito Santo editou a **Lei Complementar nº 968 de 14 de julho de 2021**. Em seu art. 17, a legislação capixaba parece admitir a possibilidade de delegação direta da execução de competências prestacionais de forma direta a entidade administrativa estadual

Art. 2º Fica instituída a Microrregião de Águas e Esgoto, integrada pelo Estado do Espírito Santo e os 78 (setenta e oito) Municípios ora existentes.

Parágrafo único. A Microrregião de Águas e Esgoto possui natureza jurídica de autarquia intergovernamental de regime especial, com caráter deliberativo e normativo, e personalidade jurídica de Direito Público.

Art. 3º São funções públicas de interesse comum da Microrregião de Águas e Esgoto o planejamento, a regulação, a fiscalização e a prestação, direta ou contratada, dos serviços públicos de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e de manejo de águas pluviais urbanas.

Art. 17. Resolução do Colegiado Regional definirá a forma da gestão administrativa da Microrregião, podendo, por prazo certo, delegar o exercício de atribuições **ou a execução de determinadas tarefas para órgãos ou entidades federais ou que**



integram a estrutura administrativa do Estado do Espírito Santo ou de Municípios que a integram.

Parágrafo único. Até que seja editada a resolução prevista no caput deste artigo, as funções de secretaria e suporte administrativo da Microrregião serão desempenhadas pela Secretaria de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano do Estado do Espírito Santo - SEDURB.

198. Do ponto de vista da constitucionalidade formal, entende-se que a legislação estadual capixaba, ao admitir a possibilidade de entidade administrativa estadual executar serviços públicos como forma de prestação regionalizada, mediante contratação direta, tem o condão de vulnerar a competência da União para estabelecer, na via legislativa, diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento básico (art. 21, XX, CF/88).

199. Do ponto de vista da constitucionalidade material e, ainda, da legalidade estrita, a legislação estadual capixaba parece admitir, por princípio, como legal e constitucional, a inobservância ao dever de licitar, quando estabelece a possibilidade de haver a prestação direta por criatura administrativa estadual em lugar de todas as entidades federativas reunidas na unidade de prestação regionalizada, o que, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, viola frontalmente o quanto insculpido no art. 175, CF/88 e nos arts. 2º, XVI e 10 da Lei nº 11.445/2007.

III.4.2) Estado de Minas Gerais

200. Segundo pesquisa, no Poder Legislativo do Estado de Minas Gerais, tramita o **Projeto de Lei nº 2.884/2021**, proposição na qual se verifica o seguinte dispositivo: “Art. 21. A prestação dos serviços públicos de abastecimento de água, de coleta e de tratamento de esgotos e gestão de resíduos sólidos urbanos, exercida na URSB correspondente, poderá ser organizada em grupos de municípios, admitida sua delegação por um ou mais contratos de concessão, nos termos da legislação aplicável.”

201. Dessa maneira, em se mantendo a delegação via concessão, nos termos da legislação aplicável, a seleção competitiva do prestador estará assegurada.

III.4.3) Estado do Rio de Janeiro

202. Segundo pesquisa, a regionalização no Estado do Rio de Janeiro diz respeito a modelagem já aprovada em momento anterior ao Decreto nº 10.588/2020.

203. Corroborando a assertiva quanto previsto no Decreto nº 47.422/2020: *Art. 1º - Fica autorizada a abertura de procedimento licitatório sob a modalidade de concorrência internacional, a ser julgada pelo critério de maior oferta, com o fim de selecionar a proposta mais vantajosa para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário cujos titulares constituíram gestão associada com o Estado do Rio de Janeiro.*



204. Posto isso, não se vislumbra, à luz das informações reunidas na análise técnica, recomendações relativas aos incentivos à prestação regionalizada para a prestação dos serviços públicos na aludida unidade federativa.

III.4.4) Estado de São Paulo

205. O Estado de São Paulo editou a **Lei Estadual nº 17.383, de 05 de julho 2021**, com o fito de dispor sobre a criação das unidades regionais de saneamento básico (URAEs, num total de quatro: URAE 1 - Sudeste; URAE 2 - Centro; URAE 3 - Leste e URAE 4 - Norte).

206. Os aspectos relativos à organização e ao funcionamento das estruturas de governança interfederativa foram expressamente apontados como matérias a serem decididas no âmbito das URAES, conforme o parágrafo único do art. 5º do diploma bandeirante.

207. Do mesmo modo, a definição da entidade responsável pela regulação e fiscalização dos serviços ficou ao encargo dos titulares dos serviços, por meio de deliberação específica tomada no âmbito da estrutura de governança interfederativa de cada URAE, conforme o art. 8º do citado diploma.

208. Nessa medida, a legislação estadual respeita o limite objetivo do que cabe ao ente estadual na instituição da unidade regional, sem usurpar a definição de matérias que são próprias à definição da entidade de governança interfederativa.

209. Por intermédio do **Decreto nº 66.289, de 02 de dezembro de 2021**, houve um detalhamento mais detido da governança institucional para adesão à estrutura de prestação regionalizada e para exercício das atribuições inerentes à titularidade dos serviços. É o que se verifica no art. 1º, parágrafos 4º e 5º do decreto regulamentar:

Artigo 1º - Os Municípios mencionados no Anexo Único da Lei nº 17.383, de 5 de julho de 2021, poderão aderir às respectivas Unidades Regionais de Serviços de Abastecimento de Água Potável e Esgotamento Sanitário - URAE até 1º de janeiro de 2022.

(...)

§ 4º - A adesão à estrutura de prestação regionalizada implica o reconhecimento da necessidade de gestão associada para o exercício da titularidade e das funções relativas aos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, no âmbito da respectiva Unidade Regional de Serviços de Abastecimento de Água Potável e Esgotamento Sanitário - URAE, em consonância com o artigo 8º da Lei federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

§ 5º - O Estado integrará a Unidade Regional de Serviços de Abastecimento de Água Potável e Esgotamento Sanitário - URAE, independentemente de termo de adesão, sempre que exercer a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico.

210. Quanto às atividades executivas, o decreto regulamentar detalha a possibilidade de instituição de pessoa jurídica de direito público ou privado, nos termos do art. 5º:



Artigo 5º - Para o desenvolvimento das atribuições da instância executiva, os entes federados integrantes da Unidade Regional de Serviços de Abastecimento de Água Potável e Esgotamento Sanitário - URAE poderão instituir pessoa jurídica de direito público ou privado, observando-se o disposto na Lei federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005, e no artigo 241 da Constituição Federal.

211. Importante consignar que o Novo Marco Legal do Saneamento Básico veda a celebração de contratos de programa para prestação de serviços de saneamento, mas sem prejuízo do emprego desse instituto para gestão administrativa e planejamento de atividades.

212. Quanto às atividades executivas, o decreto regulamentar detalha a possibilidade de instituição de pessoa jurídica de direito público ou privado, o que não pode ensejar contratação direta, a não ser no caso da autarquia intermunicipal, razão pela qual se faz necessária interpretação conforme a legislação federal e à Constituição Federal.

III.5) REGIÃO SUL

III.5.1) Estado do Paraná

213. A **Lei Complementar Estadual nº 237, de 09 de julho de 2021**, do Paraná, admite a extensão de prazo aos contratos de programa, em descompasso com a legislação federal, ao argumento de promover eventual reequilíbrio econômico-financeiro, conforme se colhe do art. 9º, VIII. No mesmo sentido são os decretos regulamentares nºs 8.924, 8.925 e 8.926, todos de 1º.10.2021.

214. Não bastasse, o art. 9º, § 6º admite a prestação direta por entidade da estrutura administrativa estadual em nome da microrregião, sem licitação, o que vulnera as premissas da legislação federal e a Carta da República, conforme já apresentado.

215. Confira-se:

Art. 9º São atribuições do Colegiado Microrregional:

(...)

VIII - manifestar-se em nome dos titulares em matérias regulares e contratuais, inclusive previstas no Decreto Federal nº 10.710, de 31 de maio de 2021, bem como celebrar aditamentos contratuais para preservar o ato jurídico perfeito mediante reequilíbrio econômico-financeiro, quando o reequilíbrio se realizar mediante dilação ou diminuição de prazo contratual;

(...)

§ 6º A gestão administrativa da Microrregião será definida por Resolução do Colegiado Microrregional, a qual poderá, por prazo certo, delegar **o exercício de atribuições ou a execução de determinadas tarefas para órgãos ou entidades que integram a estrutura administrativa do Estado do Paraná ou de Municípios que integram a Microrregião ou com ela conveniados.**

(...)

Decretos Estaduais 8.924, 8.925 e 8.926, todos de 1.10.2021

Art. 19. São atribuições do Colegiado Microrregional:

(...)

XII – manifestar-se em nome dos titulares sobre matérias regulatórias ou contratuais, inclusive as previstas no Decreto federal nº 10.710, de 31 de maio de 2021, bem como homologar deliberações da entidade reguladora ou autorizar o aditamento de contratos para preservar o ato jurídico perfeito mediante reequilíbrio econômico-financeiro, especialmente quando o reequilíbrio se realizar mediante extensão ou diminuição de prazo

216. **O diploma legal paranaense e sua regulamentação contrariam frontalmente o quanto disposto no art. 10, § 3º, da Lei 11.445, de 5.1.2007, com a redação conferida pela Lei 14.026, de 15.7.2020**, dado que tal diretriz nacional para os serviços públicos de saneamento é de que “os contratos de programa regulares e vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual”.

217. Ademais, **o dispositivo da lei estadual examinada, ao inaugurar prazo adicional àquele originalmente previsto nos contratos de programa, culmina, na prática, por disciplinar essas novas obrigações de universalização, do art. 11-B da Lei 11.445/2007, mediante contrato de programa, providência que foi vedada, expressa e peremptoriamente, pelo art. 10, “caput”, da mesma Lei 11.445/2007.**

218. Mesmo que a nova conformação da Lei nº 11.445/2007 tenha preservado os contratos de programa vigentes e que estejam em linha com a política pública setorial (i.e., em regularidade), o diploma o fez com limite peremptório e claro: “*até o advento do seu termo contratual*” (art. 10, §3º, Lei nº 11.445/2007).

219. **Desse modo, a diretriz nacional de prestação dos serviços públicos de saneamento básico é de que está vedada “ex lege” a extensão de prazo de vigência dos contratos de programa que tenham por objeto a prestação desses serviços públicos.**

220. A única hipótese de extensão de prazo admitida para tais contratos é aquela que seja instrumental ao seu próprio encerramento, isto é, por ocasião da conversão em contratos de concessões na hipótese de privatização da empresa estatal prestadora dos serviços. Trata-se, pois, de exceção que confirma a regra de vedação à contratação direta ou à extensão de prazos em vínculos advindos de contratação direta.

221. A premissa adotada pela LC estadual e por seu decreto regulamentador é a de que a diretriz contida no art. 11-B da Lei 11.445/2007 consubstanciaria *fato do príncipe indireto* e que, nessa medida, a extensão de prazo seria impositiva para permitir a devida remuneração do capital investido para o atingimento das metas de universalização.

222. Nos termos dos dispositivos que se visa impugnar, a extensão de prazo seria mecanismo para preservar o equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos que seriam, em tese, atos jurídicos perfeitos.

223. Entretanto, os contratos administrativos de programa não são atos juridicamente perfeitos supostamente infensos à mutabilidade contratual, eis que podem sofrer alterações unilaterais por ato do Poder Público, que é dotado dessa prerrogativa especial, que exorbita ao direito privado (“ius variandi”). Tal aspecto é ainda mais verdadeiro quando a alteração decorre de lei em sentido formal, a exemplo do que faz a Lei 14.026/2020, ao alterar a Lei 11.445/2007.

224. A doutrina é tranquila quanto à possibilidade de a lei posterior alterar o regramento atinente aos prazos, seja para promover modificações no prazo dos contratos administrativos em curso, seja para alterar o regime de prorrogação ou ampliação de prazo, conforme o caso. Confira-se:

“Faz parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários. Em consequência, integram-no as disposições relativas a organização, ao funcionamento do serviço, **ao prazo da concessão** e às tarifas que serão cobradas; esta é a parte mutável na concessão por ato exclusivo do Estado”. (Celso Antônio Bandeira de Melo. Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21ª Edição, 2006, p.684.)

“Convém notar que **a cláusula que determina o prazo da concessão não é de natureza contratual, mas sim uma cláusula regulamentar, o que implica dizer que o prazo pode ser alterado unilateralmente pela Administração contratante, para mais ou para menos, sempre que assim o exigir o interesse público**” (ROLIM, Luiz A. A Administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo. Revista dos Tribunais. P.238)

“Ao contrário do que se poderia pensar, o prazo da concessão não é elemento contratual do ato. Compreende-se nas cláusulas regulamentares, pelo quê o concedente pode, em razão de conveniência ou oportunidade - portanto, mesmo sem qualquer falta do concessionário -, extinguir a concessão a qualquer momento, sem com isto praticar qualquer ilícito. Uma vez que o serviço é prestado descentralizadamente por mera conveniência estatal e tendo em vista que nunca deixa de ser próprio do Estado (em razão de sua natureza pública), esta em seu poder retomar-lhe o exercício. Concorre para esta inteligência a circunstância de que não há interesse jurídico do concessionário em manter o serviço em suas mãos. O que, de direito, aspira é o resguardo de sua pretensão econômica”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso A. Curso de Direito Administrativo. Malheiros, 32ª Ed. P. 751)

225. Como visto, a nova redação da Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020, busca promover a concorrência na prestação dos serviços (art. 49, XV, Lei nº 11.445/2007) e a de vedar a edição de novos contratos de programa (art. 8, II c/c art. 10, Lei nº 11.445/2007).

226. Em fiel execução à lei, o Decreto nº 10.710/2021 limita validamente aspectos que podem ser instrumentalmente empregados nos contratos administrativos, de modo a esclarecer que os aditivos contratuais não poderão exceder o prazo originalmente previsto, tampouco contemplar amortização de recursos ou de investimentos em período que exceder tal marco temporal inextensível. É o que se colhe do art. 7º, § 3º, incisos I a III do Decreto nº 10.710/2021:

Art. 7º Os estudos de viabilidade de que trata o art. 6º deverão:

(...)

§ 3º Os estudos de viabilidade não poderão prever:

I - no caso de contrato de programa, ampliação de seu prazo de vigência;

II - amortização de recursos de capital de terceiros ulterior ao prazo do contrato;

III - amortização de investimentos em bens reversíveis ulterior ao prazo do contrato;

227. Ao assim dispor, o Decreto 10.710/2021 apenas reforça a premissa legal e indica a diretriz reitoria da política pública, sem exorbitar do que a lei disciplina.

228. Aliás, a expressão “lei” referida no permissivo constitucional mencionado (art. 175, CF/88) adquire conotação mais abrangente (lei em sentido genérico, e não somente em sentido formal, submetido à reserva legal), de sorte que mesmo atos normativos infralegais são hábeis a estipular as condições de prorrogação dos contratos de concessão.

229. Nesse sentido, destacam-se mais uma vez as lições de José Jair Marques Júnior:

A primeira fonte de direito à prorrogação concessória é a lei, tomada aqui no seu sentido genérico, abrangendo a própria Constituição Federal, as espécies normativas do processo legislativo ordinário do Congresso Nacional (e, por simetria, das casas legislativas dos entes políticos estaduais, municipais e distrital), **como também os decretos regulamentares editados pelo Chefe do Poder Executivo com a finalidade da fiel execução das leis, como previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal** (também aludida a mesma regra de simetria aos demais Chefes de Poder Executivo de outros entes políticos).

Fonte: MARQUES JUNIOR, José Jair. Prorrogação de concessões de serviços públicos. Orientador: Floriano de Azevedo Marques Neto. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em “Direito do Estado” - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016 *op. cit.*, p. 100

230. Se os contratos de concessão podem sofrer essa modificação superveniente em seu regramento de prazos, com muito mais razão o poderão os contratos de programa, cuja celebração e cujas obrigações, entre prestador e titular, davam-se em situação não propriamente contratual sinalagmática, mas mediante pactuação interfederativa, sem estabelecimento de prazos peremptórios efetivos para advento do termo contratual, em atenção ao ânimo de continuidade que conformou tal paradigma de contratação direta.

231. A argumentação de que os contratos administrativos seriam atos jurídicos perfeitos impassíveis de modificação por lei posterior não é sufragada, mas sim repelida pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que considera a disciplina sobre prazos e sua prorrogação cláusulas de caráter regulamentar, que não consubstanciam direitos subjetivos dos contratados e não podem ser, nessa medida, óbices materiais ao devido processo legislativo.

232. Como afirmado, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sequer existe direito subjetivo à prorrogação de prazo em concessões de serviço público, **ainda que tal**



possibilidade estivesse prevista no instrumento convocatório (edital) e no instrumento (contrato) solene celebrado após procedimento licitatório, conforme se colhe do julgamento do RMS nº 34.203, de relatoria de Sua Excelência o Ministro Dias Toffoli:

“A prorrogação contratual é, por sua própria natureza, elemento do ajuste que se submete à **apreciação discricionária** da Administração Pública e assim é reconhecido nas normas atinentes aos contratos administrativos”(…) “Nesse passo, **nem mesmo eventual disposição contratual em sentido contrário** (o que não vislumbro ocorrer no caso dos autos), **poderia se sobrepor às previsões legislativas.**” (STF, RMS nº 34.203., Relator Ministro Dias Toffoli)

233. Com muito mais razão, ***a fortiori***, não há que se cogitar de direito subjetivo a ampliação de prazo como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro de novas obrigações para contratos realizados mediante contratação direta, mormente porque a celebração do aditivo de inclusão de metas pressupõe o exame de viabilidade econômico-financeira da assunção dessas obrigações no prazo restante até o advento do termo.

234. Portanto, a exemplo do caso pernambucano, **não se trata de mero conflito de legalidade (entre a LC estadual e a lei federal): a lei complementar paraense, ao conferir tónus de legalidade à extensão de prazo para além do período originariamente previsto nos contratos de programa regulares vigentes, usurpou as competências legislativas da União para estabelecer diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento (art. 21, XX, CF/88), bem como exorbitou da competência suplementar dos Estados para legislar normas específicas sobre licitações e contratos (art. 22, XXVII, c/c 24, § 2º, CF/88).**

235. Além disso, ao assentir com a dilação de prazo contratual dos contratos de programa, a Lei Complementar estadual frustra a realização de novas licitações e, nessa medida, **esboroa o princípio da competitividade plasmado não apenas na lei, mas também como princípio reitor da Ordem Econômica (art. 170, CF) e, em particular, como exigência cogente do art. 175 da Constituição Federal, segundo o qual a prestação indireta de serviços públicos, na forma da lei, há de ser sempre antecedida de licitação.**

236. Reforça o quadro de violações às competências legislativas da União acima apontadas a circunstância de que **a lei complementar paraense vulnera o art. 174, CF/88, ao descumprir o planejamento impositivo ao setor público**, plasmado no Decreto 10.710/2020, que, ao regulamentar o art. 10-B da Lei 11.445/2007, estabeleceu que os aditivos contratuais não poderiam cogitar de extensão do prazo originalmente previsto.

III.5.2) Estado do Rio Grande do Sul

237. O Estado do Rio Grande do Sul editou a **Lei Estadual nº 15.795/2022**, que cria duas unidades regionais de saneamento básico: uma (URSB 1), que reúne Municípios atendidos pela CORSAN - Companhia Riograndense de Saneamento e outra (URSB 2), que contempla o restante dos demais Municípios gaúchos.

238. Há em trâmite duas proposições legislativas que visam reorganizar a regionalização da prestação em 4 (quatro) regiões. Nessas proposições, faz-se a menção à

possibilidade de prestação direta dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário e, ainda, a reorganização dos prazos finais dos contratos de programa, em linha com as premissas legais e regulamentares expedidas pela União. Confira-se:

Projeto de Lei 210/2021:

Art. 3º Compete à Unidade Regional de Serviços de Saneamento Básico Central - URSB Central - de que trata esta Lei:

I - organizar, planejar, regular, fiscalizar e prestar, direta ou indiretamente, os serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário;

Art. 8º Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 14 da Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020.

§ 1º Em havendo a necessidade de prorrogação de contratos de programa com prazos distintos, esta dar-se-á de modo a assegurar convergência entre a data de seu encerramento com a do início do contrato de concessão definitivo.

§ 2º Na transição para o modelo de prestação regionalizada, poderá ser adotada como referência de prazo de término contratual, no âmbito da unidade regional, o contrato vigente com maior prazo remanescente, hipótese em que será impositiva a prorrogação dos demais ajustes que apresentem prazo inferior, sem prejuízo da observância do inciso II do §1º do art. 13 da Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020.

Projeto de Lei 234/2021:

Art. 3º Compete à Unidade Regional de Serviços de Saneamento Básico Central - URSB Central - de que trata esta Lei:

I - organizar, planejar, regular, fiscalizar e prestar, direta ou indiretamente, os serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário;

Art. 8º Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 14 da Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020.

§ 1º Em havendo a necessidade de prorrogação de contratos de programa com prazos distintos, esta dar-se-á de modo a assegurar convergência entre a data de seu encerramento com a do início do contrato de concessão definitivo.

§ 2º Na transição para o modelo de prestação regionalizada, poderá ser adotada como referência de prazo de término contratual, no âmbito da unidade regional, o contrato vigente com maior prazo remanescente, hipótese em que será impositiva a prorrogação dos demais ajustes que apresentem prazo inferior, sem prejuízo da observância do inciso II do §1º do art. 13 da Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020.

239. Posto isso, conquanto não se vislumbre, na redação da citada lei ou na redação proposta às proposições legislativas examinadas, situações passíveis de vulneração direta à legislação federal e à Constituição Federal, é conveniente que a eventual prestação direta



cogitada nas proposições legislativas, em curso no Poder Legislativo do ente estadual, não desbordem das premissas fixadas pela União.

III.5.3) Estado de Santa Catarina

240. A pesquisa técnica empreendida não identificou legislação catarinense voltada à implementação da prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico, mormente de água e esgoto. Verificou-se, nesse propósito, o **Decreto Estadual nº1.372/2021**, em que se fez constar o seguinte:

“Art. 2º A Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico Sustentável instaurará, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da publicação deste Decreto, o devido processo legislativo para a criação de entidades autárquicas intergovernamentais responsáveis pela organização, pelo planejamento e pela execução das funções públicas de interesse comum, incluídos os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, nas regiões metropolitanas que ainda não instituíram estruturas de governança interfederativa.”

241. Posto isso, a adoção da técnica autárquica interfederativa não tem condão de malferir os pressupostos legais e constitucionais para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, razão pela qual não se vislumbra a necessidade de emitir orientações relativamente à diretriz fixado no decreto acima, sem prejuízo de ulterior análise da proposição legislativa nele aludida.

III.5) SÍNTESE ANALÍTICA DO QUADRO DE LEIS E PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS DOS ESTADOS

242. O exame minucioso do quadro de leis e proposições legislativas que, mediante não triviais esforços de pesquisa, a equipe desta Coordenação de Contratos e Legislação obteve conferiu o seguinte resumo analítico de situações que demandam o exercício das competências legais da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico que possam concretizar os princípios fundamentais da prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico e da seleção competitiva do prestador de serviços.

III.5.1) Estados cuja legislação apresenta indícios de violação à legislação federal instituidora de diretrizes para os serviços de saneamento básico e à Constituição Federal

a) **Lei Complementar Estadual nº 48, de 10 de junho de 2019, do Estado da Bahia:** vulnera a competência da União para estabelecer, na via legislativa, diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento básico (art. 21, XX, CF/88) e, ainda, o dever de licitar a prestação indireta de serviços públicos, insculpido no art. 175, CF/88.



b) **Lei Complementar Estadual nº 168, de 22 de junho de 2021, do Estado da Paraíba, bem como os Decretos nº 41.980, 41.981, 41.982, todos de 01.12.2021:** vulneram a competência da União para estabelecer, na via legislativa, diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento básico (art. 21, XX, CF/88) e, ainda, violam frontalmente o quanto insculpido no art. 175, CF/88, reforçado no art. 2º, XVI da Lei nº 11.445/2007. Conquanto tenha havido informação de revogação de alguns dispositivos (art. 7º, incisos VIII e XI), **remanesce vigente o art. 14 e os decretos que estruturam a prestação direta sem licitação, por si suficientes para oportunizar arranjos de prestação direta em desacordo com as diretrizes federais consignadas na legislação federal. Nessa medida, entende-se que, mesmo com a revogação dos dispositivos impugnados na petição inicial da ADI 7335, remanescem vigente o art. 14 da LCE 168/2021, que, ao assentir com a prestação direta por entidade que não integra a estrutura administrativa dos titulares integrantes da microrregião, é ato normativo que culmina por usurpar competências legislativas da União para estabelecer diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento (art. 21, XX, CF/88), exorbitar a competência suplementar dos Estados para legislar normas específicas sobre licitações e contratos (art. 22, XXVII, c/c 24, § 2º, CF/88) e, nessa medida, vulnerar competência legislativa privativa da União para editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII, CF/88). Do ponto de vista da constitucionalidade material, a lei local examinada ainda persiste, em tese, em fulminar o dever constitucional de licitar a prestação indireta de serviços públicos, insculpido no art. 175, CF/88 e, ainda, o planejamento determinante para o setor público (art. 174, CF/88)**

c) **Lei Complementar nº 239, de 30 de dezembro de 2021, do Estado do Maranhão:** vulnera a competência da União para estabelecer, na via legislativa, diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento básico (art. 21, XX, CF/88), bem como o dever de licitar a prestação indireta de serviços públicos, insculpido no art. 175, CF/88.

d) **Lei Complementar nº 455, de 13 de julho de 2021, do Estado de Pernambuco:** do ponto de vista da constitucionalidade formal, a desconformidade da legislação pernambucana culmina por usurpar competências legislativas da União para estabelecer diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento (art. 21, XX, CF/88), exorbitar a competência suplementar dos Estados para legislar normas específicas sobre licitações e contratos (art. 22, XXVII, c/c 24, § 2º, CF/88) e, nessa medida, vulnerar competência legislativa privativa da União para editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII, CF/88). Do ponto de vista da constitucionalidade material, a lei local examinada viola o dever constitucional de licitar a prestação indireta de

serviços públicos, insculpido no art. 175, CF/88 e, ainda, o planejamento determinante para o setor público (art. 174, CF/88)

e) **Lei Complementar nº 176, de 18 de dezembro de 2009, do Estado do Sergipe:** vulnera a competência da União para estabelecer, na via legislativa, diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento básico (art. 21, XX, CF/88), bem como o dever de licitar a prestação indireta de serviços públicos, insculpido no art. 175, CF/88.

f) **Lei Complementar nº 214, de 4 de agosto de 2021, do Estado do Amazonas:** do ponto de vista da constitucionalidade formal, a desconformidade da legislação amazonense culmina por usurpar competências legislativas da União para estabelecer diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento (art. 21, XX, CF/88), exorbitar a competência suplementar dos Estados para legislar normas específicas sobre licitações e contratos (art. 22, XXVII, c/c 24, § 2º, CF/88) e, nessa medida, vulnerar competência legislativa privativa da União para editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII, CF/88). Do ponto de vista da constitucionalidade material, a lei local examinada viola o dever constitucional de licitar a prestação indireta de serviços públicos, insculpido no art. 175, CF/88 e, ainda, o planejamento determinante para o setor público (art. 174, CF/88);

g) **Lei Complementar nº 968 de 14 de julho de 2021, do Estado do Espírito Santo:** vulnera a competência da União para estabelecer, na via legislativa, diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento básico (art. 21, XX, CF/88), bem como o dever de licitar a prestação indireta de serviços públicos, insculpido no art. 175, CF/88.

h) **Lei Complementar nº 237, de 09 de julho de 2021, do Estado do Paraná:** do ponto de vista da constitucionalidade formal, a desconformidade da legislação paranaense culmina por usurpar competências legislativas da União para estabelecer diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento (art. 21, XX, CF/88), exorbitar a competência suplementar dos Estados para legislar normas específicas sobre licitações e contratos (art. 22, XXVII, c/c 24, § 2º, CF/88) e, nessa medida, vulnerar competência legislativa privativa da União para editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII, CF/88). Do ponto de vista da constitucionalidade material, a lei local examinada viola o dever constitucional de licitar a prestação indireta de serviços públicos, insculpido no art. 175, CF/88 e, ainda, o planejamento determinante para o setor público (art. 174, CF/88);

i) **Lei Complementar nº 246, de 30 de dezembro de 2019, do Estado do Piauí, com as alterações trazidas pela Lei Complementar 257/2021:** o ponto de vista da constitucionalidade formal, a desconformidade da legislação piauiense (art. 69, VII

e § 1º, bem como art. 78, parágrafo único) culmina por usurpar competências legislativas da União para estabelecer diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento (art. 21, XX, CF/88), exorbitar a competência suplementar dos Estados para legislar normas específicas sobre licitações e contratos (art. 22, XXVII, c/c 24, § 2º, CF/88) e, nessa medida, vulnerar competência legislativa privativa da União para editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII, CF/88). Do ponto de vista da constitucionalidade material, a lei local examinada viola o dever constitucional de licitar a prestação indireta de serviços públicos, insculpido no art. 175, CF/88 e, ainda, o planejamento determinante para o setor público (art. 174, CF/88).

III.5.2) Estados cuja legislação apresenta conformidade à legislação federal e à Constituição Federal

- a) **Lei nº 8.358, de 03 de dezembro de 2020, do Estado do Alagoas:** adoção do modelo de concessão para delegação da prestação indireta, do que decorre a conclusão de adequação às premissas legais federais e à Constituição da República;
- b) **Lei Complementar nº 247, de 18 de junho de 2021, do Estado do Ceará:** adequação à legislação federal e à CF/88. Entretanto, convém observar que prestação regionalizada dos serviços pressupõe a unificação contratual, razão pela qual devem ser examinadas com parcimônia e há de ser antecedida da devida justificativa técnico-econômica a autorização legal para prestação isolada, sob pena de a adoção dessa estratégia comprometer a viabilidade global dos arranjos regionalizados;
- c) **Lei Complementar nº 682, de 15 de julho de 2021, do Estado do Rio Grande do Norte:** adequação à legislação federal e à CF/88. Entretanto, convém observar que as previsões, de contratação isolada e de unificação contratual, em sua dinâmica de aplicação, terão de se harmonizar ao dever de licitar, caso a implementação de tais mecanismos possa prejudicar, indevidamente, a seleção competitiva do prestador.;
- d) **Lei Complementar nº 300, de 14 de julho de 2021, do Estado de Roraima:** adequação à legislação federal e à CF/88. Entretanto, convém observar que as previsões, de contratação isolada e de unificação contratual, em sua dinâmica de aplicação, terão de se harmonizar ao dever de licitar, caso a implementação de tais mecanismos possa prejudicar, indevidamente, a seleção competitiva do prestador;
- e) **Lei nº 4.955, de 19 de janeiro de 2021, do Estado de Rondônia,** adequação à legislação federal e à CF/88;
- f) **Lei Estadual nº 17.383, de 05 de julho 2021, de São Paulo:** adequação à legislação federal e à CF/88. Contudo, a redação adotada no



Decreto nº 66.289, de 02 de dezembro de 2021 requer a interpretação em linha com as premissas da legislação federal e com a Constituição, razão pela qual não se admitem novos contratos de programa para prestação de serviços, além do que as eventuais hipóteses de prestação direta devem se circunscrever à forma legalmente admitida (autarquia intermunicipal).

g) **Lei Estadual nº 15.795/2022, do Estado do Rio Grande do Sul:** adequação à legislação federal e à CF/88.

III.5.3) Estados que não editaram a legislação voltada a efetivar as condições institucionais para a prestação regionalizada ou cuja disciplina legal, nos termos da legislação e da regulamentação federal, já configura a satisfação ao critério de prestação regionalizada:

a) **Estado de Goiás: Projeto de Lei nº 6.306 de 2021:** Conquanto não se vislumbre inconformidade formal ou material com a legislação da União e a Constituição Federal, as previsões de contratação isolada e de gestão associada de serviços, em sua dinâmica de aplicação, terão de se harmonizar ao dever de licitar, caso a implementação de tais mecanismos possa prejudicar, indevidamente, a seleção competitiva do prestador.

b) **Estado do Mato Grosso: Projeto de Lei nº 614 de 2021,**

c) **Estado do Mato Grosso do Sul:**

d) **Distrito Federal: não se aplica**

e) **Estado do Amapá**

f) **Estado do Tocantins**

g) **Estado do Pará**

h) **Estado do Acre**

i) **Estado de Minas Gerais - Projeto de Lei nº 2884/2021;**

j) **Estado do Rio de Janeiro**

k) **Estado de Santa Catarina - Decreto Estadual nº 1.372/2021**

243. Feito esse exame legal e processual legislativo, passa-se ao exame da relevância da tutela das condições de concorrência para o processo regulatório e, em particular, para o exercício da competência da Agência Nacional de Águas na edição de normas de Referência.

IV. Defesa da Concorrência como garantia institucional da prestação e da regulação adequada dos serviços públicos

244. **A Política Federal de Saneamento tem por objetivo, entre outros, promover a concorrência na prestação dos serviços (art. 49, XV, Lei nº 11.445/2007, com a redação da Lei nº 14.026/2020).**

245. A produção de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento deverá estimular a livre concorrência, a competitividade, a eficiência e a sustentabilidade econômico-financeira **na prestação dos serviços** (art. 4º-A, §3º, II, Lei nº 9.984/2000). É princípio fundamental dos serviços públicos de saneamento básico a seleção competitiva do prestador de serviços públicos (art. 2º, XV, Lei nº 11.445/2007).

246. Ou seja, deve-se buscar a maior concorrência efetiva possível nos mercados ou, nos segmentos cuja exploração constituir monopólio natural, o comportamento econômico do agente responsável pela prestação do serviço haverá de ser, mediante regulação adequada, o mais próximo do que seria em um contexto de competição efetiva e, quiçá, de concorrência perfeita.

247. O estímulo à cooperação entre os entes federativos com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, a fim de buscar a universalização dos serviços e à modicidade tarifária (art. 4º-A, §3º, III, Lei nº 9.984/2000) deve ser orientada por tal primazia legal conferida à competitividade para acesso aos mercados e, no quanto possível, à adoção de comportamentos pró competitivos, sejam eles obtidos por efetiva concorrência, sejam eles estimulados pela regulação incidente sobre atores econômicos que, mesmo atuando em segmentos monopolizados ou oligopolizados, possam adotar performances que produzam eficiências típicas das atividades em regime de competição⁴⁷.

248. O próprio exercício da função de regulação, a ser desempenhada pelas entidades de natureza autárquica dotadas de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira (art. 21, “caput”, Lei nº 11.445/2007) tem por objetivo prevenir e

⁴⁷ “A policy and research trend is to assess whether it is advisable to introduce (more) incentives in sheltered or public sectors. These sectors are for (often) good reasons sheltered from direct competition. That does not imply that there are no possibilities to enhance the incentives of agents to operate in an efficient way. Yardstick competition (henceforth: YC) is a regulatory instrument that can be used if direct competition between agents does not exist or does not lead to desirable outcomes. The regulator rewards the agents on the basis of their relative performance and therefore generates incentives for promoting efficiency. Agents are forced to compete with a 'shadow-firm' whose performance is determined by average or best practices in the industry. An important reason to use YC is the existence of market power due to regional monopolies. Examples are network industries and statutory monopolies such as hospitals”. Fonte: Yardstick competition Theory, design, and practice. Working Paper nº 133 - CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, The Hague, December 2000. Disponível em: <<https://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/yardstick-competition-theory-design-and-practice.pdf>> Acesso em 15.05.2022



reprimir o abuso de poder econômico, sem prejuízo das competências específicas dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (art. 22, III, Lei nº 11.445/2007 c/c art. 27, III, Decreto nº 7.217/2010).

249. A Constituição Federal assevera que “a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, §4º, CF/88).

250. O abuso de poder econômico pode decorrer não apenas de condutas uniformes ou concertadas entre agentes econômicos que atuem em determinado mercado relevante de bens ou serviços. Condutas unilaterais de agentes econômicos dotados da possibilidade de exercício abusivo de posição dominante são circunstâncias deletérias repugnadas pela Constituição Federal e pela legislação, como também o são as práticas facilitadoras perpetradas por agentes não apenas privados, mas também agentes públicos que, dotados da possibilidade de influir nas condições competitivas do mercado (barreiras à entrada, preços, quantidades, canais de distribuição etc.), possam, por ação ou omissão, dificultar ou eliminar, de forma injustificada, no todo ou em parte, a concorrência.

251. A Lei nº 12.529/2011, que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estabelece, como infrações administrativas à Ordem Econômica, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir o efeito de “limitar, falsear ou de qualquer modo prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” (art. 36, I), bem como o de “limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado” (art. 36, III), “regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar”(…)”a prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição” (art. 36, VIII).

252. Ademais, a Lei nº 12.529/2011, em seu art.9º, inciso VIII, confere ao Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica a prerrogativa “requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei”.

253. Com base nesse fundamento, o Tribunal do CADE bem poderia requisitar da ANA medidas necessárias ao cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência e, ainda, requerer às autoridades estaduais, municipais e distritais a adoção de providências para que a legislação desses entes federativos harmonizem-se aos preceitos legais que estimulam a concorrência pelos (e/ou) nos mercados.

254. A Lei Federal das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019) institucionaliza a relação entre as agências reguladoras federais e os órgãos do SBDC. Além da previsão obrigatória, no plano de gestão anual de cada agência, de ações relacionadas à promoção da cooperação com os órgãos de defesa da concorrência (art. 19, p.º, III), contempla o dever de que as entidades reguladoras, no exercício de suas atribuições, ao tomarem conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis (art. 27, Lei nº 13.848/2019).



255. A Lei de Licitações (Lei nº 14.333/2021) modificou o Código Penal Brasileiro para tipificar como crime “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”, cominando pena de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, nos termos do art. 337-E, CPB.

256. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), assevera que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa que importe *“frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva”* (art. 10, VIII).

257. Dessa maneira, considerando que a legislação federal determina a seleção competitiva do prestador, a regulação quer quando exercida por lei, quer quando realizada na via administrativa deve, o mais possível, promover a concorrência pelos e nos mercados.

258. É dizer: não se cuida de um paradigma legal e regulatório em que a titularidade e a competência legislativa possam adotar, facultativamente, políticas públicas ou mesmo leis que afastem a concorrência; muito ao revés, todas as instâncias devem promovê-la onde técnica e economicamente possível, a fim de aumentar os benefícios líquidos à sociedade, de modo a incrementar eficiência produtiva, alocativa e distributiva na prestação dos serviços.

259. Considerando que o Supremo Tribunal Federal, nos recentes julgados das ações diretas de inconstitucionalidade que impugnaram as inovações trazidas pela Lei nº14.026/2020 (ADIS nº 6.492, 6.536, 6.583 e 6.882), considerou constitucional a vedação à celebração de novos contratos de programa para prestação de serviços, tendo por legítima a restrição à autoadministração dos municípios, não raramente desdotados de escala mínima viável para prestar diretamente ou conceder isoladamente seus serviços, com muito mais razão o Pretório Excelso haverá de considerar constitucionais as restrições à contratação direta que a legislação prescreve aos arranjos supramunicipais.

260. De outro modo: serão inconstitucionais e ilegítimas as estratégias de prestação direta que, diante de conformação regionalizada, que conte com a presença de Estado e municípios - hipótese capaz de conferir escala mínima à viabilidade técnica e econômico-financeira - , busquem, de qualquer modo, afastar o princípio da seleção competitiva do prestador para, num silogismo falso com a hipótese legal de prestação direta por município isoladamente considerado, eximir-se da competição e aperfeiçoar contratos diretos com empresas subsidiárias da atual prestadora estatal estadual - ou com ela própria.

261. Em suma, constituiria negativa de vigência à legislação federal citada e vulneração direta à Constituição Federal frustrar a competição em situações e contextos em que, criada ou robustecida a escala técnica e econômica, via estruturação de regional de forma de prestação, viesse-se a optar por contrato direto. Nessa hipótese, além de uma zombaria em desfavor dos municípios, ora impedidos de realizar novos contratos de programa em seus nomes, ter-se-iam verdadeiros contratos de programa regionais, de segunda ordem, subótimos em relação à escala e ao mecanismo de subsídio cruzado que tinham quando da conformação originária da empresa

estatal, e, de quebra, ainda mais custosos, em razão dos custos de transação e desmobilização que a reconformação operacional, administrativa e comercial imporia.

262. **Se, dos parâmetros constitucionais da seleção competitiva do prestador (art. 175, CF/88) e dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que a existência de serviços de saneamento básico adequados decorre, hauriu-se razão para limitar a autonomia de gestão contratual dos municípios individualmente considerados, com muito mais razão há de se considerar inconstitucionais estratégias de delegação negocial direta, ou outorga sem licitação, a terceiro, i.e., ente empresarial não integrante da estrutura de todos os titulares dos serviços públicos a serem geridos e prestados regionalizadamente.**

263. Ademais, caso se admita a prestação direta por empresa estatal estadual ou por empresa subsidiária integrante do mesmo grupo econômico, ainda que com participação minoritária em cada estrutura interfederativa, os problemas de participação societária cruzada e de exercício de influência relevante e poder de controle, do ponto de vista societário e antitruste, seriam não triviais. Em tal contexto, os problemas de participação cruzada ("interlocking directorates"), impediriam a regulação por comparação (em preço, técnica e qualidade), propiciariam subsídios cruzados ocultos intrafirma (eis que, ao fim e ao cabo, seriam um mesmo grupo econômico), o que aumentaria o custo regulatório, sem aumentar as eficiências produtivas compartilhadas com a sociedade.

264. Por isso, entende-se fundamental o concurso ativo dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a fim de que as competências de advocacia da concorrência sejam empregadas, sem prejuízo do exame de eventuais condutas ou estruturas empresariais que, porventura, na construção ou implementação dessas legislações estaduais, justifiquem a intervenção da autoridade antitruste.

265. Do mesmo modo, em cumprimento à competência do art. 13, X, da Lei nº 9.984/2000, entende-se fundamental que a ANA remeta ao Ministério do Desenvolvimento Regional e, nesse particular, ao Comitê Interministerial de Saneamento Básico, as análises ora empreendidas a fim de que esses órgãos, com base em suas competências legais, avaliem a conveniência e a oportunidade, ou, até mesmo o dever legal vinculante de condicionar ou até mesmo de vedar o repasse de recursos federais de que cogita o art. 50 da Lei nº 11.445/2007 a empreendimentos, sujeitos e titulares cujos vínculos violem o princípio fundamental da prestação dos serviços de saneamento básico, qual seja o da seleção competitiva do prestador de serviços.

266. Por fim, considerando que a legalidade e a legitimidade de arranjos de prestação que não realizem o princípio fundamental da seleção competitiva do prestador podem ensejar óbices a que a ANA, na construção ou avaliação de atendimento a alguma Norma de Referência, julgue adequado o repasse de recursos federais, entende-se muito relevante o exame das premissas, fundamentos e conclusões técnicas aqui sugeridas por aquela Corte de Contas.

267. **Convém ressaltar, inclusive, que a Diretoria Colegiada pode sugerir à pasta ministerial a que está ora vinculada (Ministério do Meio Ambiente e Mudanças Climáticas), ao**

Ministério do Desenvolvimento Regional, por força da atribuição específica de competências feita pela Lei nº 11.445/2007 e à própria Advocacia-Geral da União que promovam consulta em tese ao Tribunal de Contas da União sobre a possibilidade de transferência de recursos federais para os arranjos de prestação regionalizada que porventura vulnerem a legislação federal de saneamento, em atenção à prerrogativa daquela Corte de Contas, insculpida no art. 264 do Regimento Interno do TCU, inclusive considerando a possibilidade de já se obter prejulgamento quanto à tese e, nessa medida, conferir maior segurança jurídica à elaboração das Normas de Referência previstas no tema 9 da Agenda Regulatória 2022-2024. Confira-se a previsão do instrumento da consulta em tese no Regimento Interno do TCU:

“Art. 264. O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

I – presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal;

II – Procurador-Geral da República;

III – Advogado-Geral da União;

IV – presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas;

V – presidentes de tribunais superiores;

VI – ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente;

VII – comandantes das Forças Armadas.

§ 1º As consultas devem conter a indicação precisa do seu objeto, ser formuladas articuladamente e instruídas, sempre que possível, com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente.

§ 2º Cumulativamente com os requisitos do parágrafo anterior, as autoridades referidas nos incisos IV, V, VI e VII deverão demonstrar a pertinência temática da consulta às respectivas áreas de atribuição das instituições que representam.

§ 3º A resposta à consulta a que se refere este artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

§ 4º A decisão sobre processo de consulta somente será tomada se presentes na sessão pelo menos sete ministros, incluindo ministros-substitutos convocados, além do Presidente.

268. Essencial consignar que, para além da função de segurança jurídica quanto à tese abstrata, é dever das autoridades públicas informar situações potencialmente irregulares ou ilegais ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária, conforme os termos do art. 74 da Carta da República, dispositivo que, inclusive, legitima a remessa de tais informações a todo cidadão. Confira-se:

“Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União

269. Postas essas premissas, passa-se ao exame da segunda questão, que mantém estrita correlação com os apontamentos examinados nesta primeira etapa analítica.

V. 2ª SEÇÃO) Prestação Regionalizada e Limitação à Subdelegações que importem sobreposição de custos administrativos:

V.1) Efeitos das estratégias de subdelegação contratual sobre a sustentabilidade econômico-financeira, a modicidade e a eficiência tarifárias enquanto matéria e atributo das normas de referência da ANA sobre instrumentos negociais, matriz de risco e regulação tarifária

270. Conforme apontado, cabe à ANA expedir normas de referência para **padronização dos instrumentos negociais** de prestação de serviços públicos de saneamento básico (art. 4º-A, § 1º, III, da Lei nº 9.984/2000), bem como estatuir normas de referência acerca “**metas de universalização** dos serviços públicos de saneamento básico para **concessões** que considerem, entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, **a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos** (art. 4º-A, § 1º, IV, da Lei nº 9.984/2000). Ademais, é também competência da ANA editar normas de referência sobre “**conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico**” (art. 4º-A, § 1º, XIII, Lei nº 9.984/2000).

271. Quanto aos deveres e objetivos a serem observados na edição de normas de referência pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, destacam-se, em especial: (i) a promoção da prestação adequada dos serviços públicos, com **atendimento pleno aos usuários**, calcado no princípio da **universalização** (art. 4º-A, § 3º, I, Lei nº 9.984/2000); (ii) o **estímulo à livre concorrência, à competitividade, à eficiência e a sustentabilidade econômica na prestação dos serviços** (art. 4º-A, § 3º, II, Lei nº 9.984/2000); (iii) o estímulo à **cooperação interfederativa**



com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, com vistas à universalização e à modicidade tarifária (art. 4º-A, § 3º, III, Lei nº 9.984/2000) e, ainda, (iv) o incentivo à regionalização da prestação dos serviços, de modo a contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e a universalização dos serviços (art. 4º-A, § 3º, IV, Lei nº 9.984/2000).

272. Posta a premissa de que a prestação regionalizada e a seleção competitiva do prestador de serviços são mecanismos para implementação da universalização da prestação efetiva dos serviços públicos, não se pode olvidar que são também objetivos das normas de referência da ANA promover a sustentabilidade econômico-financeira e a modicidade tarifária, aspecto esse que há de ser devidamente examinado no contexto de estruturação de projetos de concessões, privatizações e parcerias público-privadas.

273. Confira-se, nesse sentido, o quanto determinado pelo art. 11-A da Lei 11.445/2007, que, formalmente, limita o objeto possível para subdelegação, bem como veda a adoção de estratégias de subdelegação que deem ensejo à sobreposição de custos administrativos que onerem os usuários dos serviços públicos:

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. [\(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

§ 1º A subdelegação fica condicionada à comprovação técnica, por parte do prestador de serviços, do benefício em termos de eficiência e qualidade dos serviços públicos de saneamento básico. [\(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

§ 2º Os contratos de subdelegação disporão sobre os limites da sub-rogação de direitos e obrigações do prestador de serviços pelo subdelegatário e observarão, no que couber, o disposto no § 2º do art. 11 desta Lei, bem como serão precedidos de procedimento licitatório.

§ 3º Para a observância do princípio da modicidade tarifária aos usuários e aos consumidores, na forma da [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), ficam vedadas subconcessões ou subdelegações que impliquem sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final.

§ 4º Os Municípios com estudos para concessões ou parcerias público-privadas em curso, pertencentes a uma região metropolitana, podem dar seguimento ao processo e efetivar a contratação respectiva, mesmo se ultrapassado o limite previsto no caput deste artigo, desde que tenham o contrato assinado em até 1 (um) ano. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

§ 5º (VETADO). [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)



§ 6º Para fins de aferição do limite previsto no caput deste artigo, o critério para definição do valor do contrato do subdelegatário deverá ser o mesmo utilizado para definição do valor do contrato do prestador do serviço. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

§ 7º Caso o contrato do prestador do serviço não tenha valor de contrato, o faturamento anual projetado para o subdelegatário não poderá ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) do faturamento anual projetado para o prestador do serviço. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

274. Tão é assim que, quando da avaliação de capacidade econômico-financeira para assunção das obrigações de investimento do art. 11-B da Lei nº 11.445/2007, nos termos do art. 7º, § 4º do Decreto nº 10.710/2020, vedou-se a comprovação da capacidade por meio do incremento das metas de contratos de subdelegação, quando tais vínculos pudessem exceder o limite de vinte e cinco por cento definido pelo [art. 11-A da Lei nº 11.445, de 2007](#). Por subdelegação considerou-se qualquer instrumento negocial que subrogasse o dever prestacional de obrigações contratadas com o titular dos serviços, independentemente do “nomen iuris” dado ao vínculo (subconcessão, parceria público-privada ou outra modalidade legalmente admitida).

275. A interpretação do alcance do art. 11-A tem sido objeto de refregas judiciais e estratégias empresariais quanto à recomodação dos instrumentos negociais praticados no setor de saneamento básico.

276. No plano judicial, suscitou-se perante o Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 38.226/DF, suposta exorbitação do citado art. 7º, § 4º do Decreto nº 10.710/2020, ao argumento de que o ato regulamentar limitaria o alcance das parcerias público-privadas, por se entender o que o legislador só teria limitado a 25% o emprego de subconcessão, mas não das parcerias público-privadas.

277. Conquanto tal processo tenha sido extinto antes da análise de mérito quanto à (im)procedência da tese pelo STF, entende-se que a tentativa de clivagem entre subconcessão e parceria público-privada é mero conflito aparente de normas dado que tão somente a concessão patrocinada pode servir de estratégia de efetiva subdelegação de prestação de serviços públicos, o que não pode ser feito por intermédio das concessões administrativas, que são contratos de prestação de serviço à Administração Pública contratante, em atenção à distinção legal clara e inconfundível que decorre da própria Lei nº 11.079/2004:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º **Concessão patrocinada** é a **concessão de serviços públicos** ou de obras públicas de que trata a [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos **usuários** contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º **Concessão administrativa** é o **contrato de prestação de serviços** de que a **Administração Pública seja a usuária direta ou indireta**, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

278. Desse modo, se houver transferência direta do risco, dos encargos e da remuneração do serviço público próprias do parceiro público ao parceiro privado, ou bem estar-se-á diante de uma subdelegação decorrente de concessão patrocinada, devidamente antecedida de licitação, ou, então, de um uso indevido e exorbitante da concessão administrativa, desnaturada de sua natureza de contrato de prestação de serviço instrumental e endógeno ao Poder Público para, ao invés disso, constituir estratégia ilegal de delegação de serviço público.

279. Relevante distinguir entre a parceria público-privada administrativa e uma parceria público-privada patrocinada:

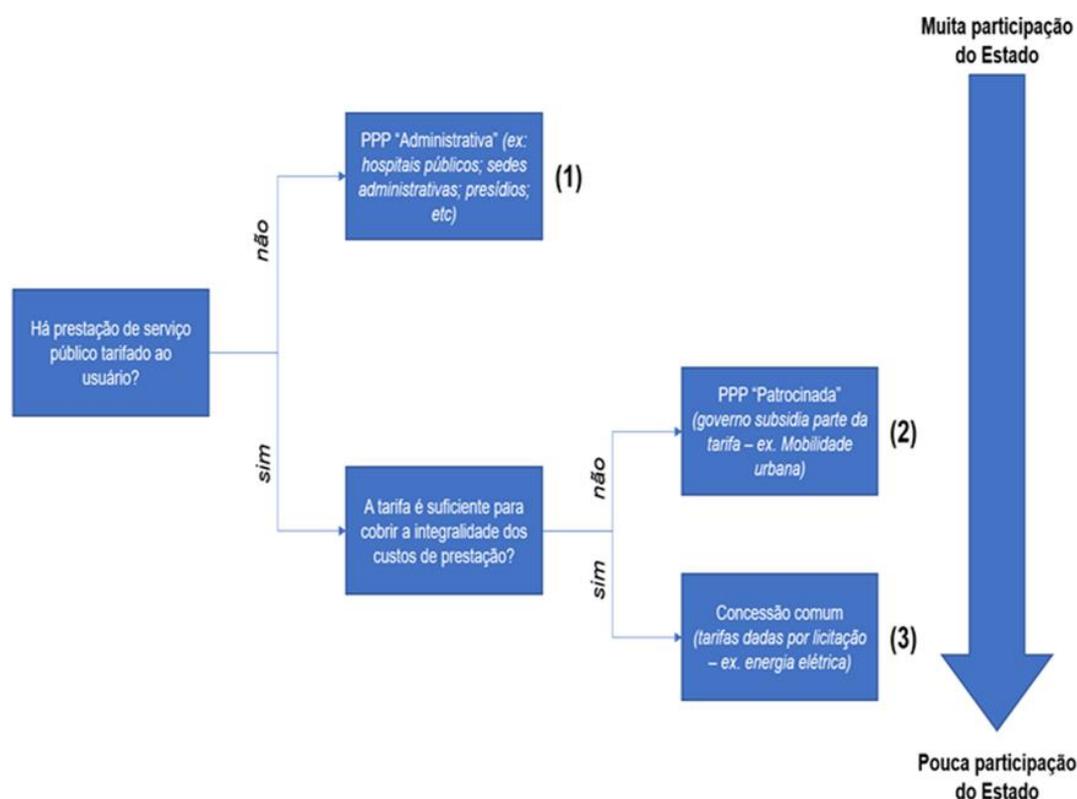


Figura 1: Diferença entre concessão comum (Lei 8.987/1995) e concessões via parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004)

280. **A discussão acerca dos limites e possibilidades formais e materiais do emprego das estratégias de parcerias público-privadas afigura-se relevante à atuação da ANA, eis que tanto o entendimento dos órgãos de controle judicial e administrativo quanto as definições de política pública sobre o alcance dos instrumentos negociais determinarão a dimensão objetiva e subjetiva da atividade normativa da ANA em matéria de contratos administrativos e política tarifária, razão pela qual não é questão nem externa nem indiferente à atividade da agência federal adotar meios para cumprir seu papel de conferir segurança jurídica à aplicação dos institutos da legislação (art. 4º-A, § 7º, Lei nº 9.984/2000) e, em especial, estabelecer critérios limitadores da sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo**

usuário final, independentemente da configuração de subcontratações ou de subdelegações (art. 4º-A, § 3º, inciso VII, Lei nº 9.984/2000).

281. Cabe também destacar que, conforme Art. 10 da Lei nº 11.445/2007, a prestação do serviço por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação. Entende-se por *cessionário*, de forma ampla, aquele que recebeu a delegação do titular para explorar o serviço: seja por contrato licitado, seja por contrato de programa (muitas vezes sob a forma de concessão imprópria, nos vínculos constituídos antes da Lei nº 11.107/2005), **de modo que, para fins do cumprimento do arts. 10 e 11-A do Novo Marco do Saneamento, qualquer forma de redirecionar a prestação para um terceiro ator caracterizar-se-á como uma subdelegação do serviço, que, nos termos da lei, haverá de respeitar o limite máximo de 25%.**

282. O Novo Marco do Saneamento Básico conferiu, como regra, a licitação para concessão comum dos serviços públicos de saneamento básico e, de forma excepcional, importante instrumento negocial à prestação regionalizada, que visou fomentar a constituição de parcerias público-privadas com caráter de delegação: as concessões patrocinadas, conforme se colhe da nova redação do § 1º do art. 50 da Lei nº 11.445/2007. Confira-se:

§ 1º Na aplicação de recursos não onerosos da União, serão priorizados os investimentos de capital que viabilizem a prestação de serviços regionalizada, por meio de blocos regionais, quando a sua sustentabilidade econômico-financeira não for possível apenas com recursos oriundos de tarifas ou taxas, mesmo após agrupamento com outros Municípios do Estado, e os investimentos que visem ao atendimento dos Municípios com maiores déficits de saneamento cuja população não tenha capacidade de pagamento compatível com a viabilidade econômico-financeira dos serviços

283. **Nesses contextos, em que já se tenham empreendidos esforços de regionalização da prestação com mecanismos de subsídio cruzado, a nova redação do dispositivo confere a possibilidade de a União não mais repassar recursos a fundo perdido, mas sim aportar a diferença de recursos necessários à implementação da prestação regionalizada dos serviços, de forma complementar ao investimento privado decorrente de licitação para a escolha do prestador, que já fará investimentos nos patamares de eficiência da proposta vencedora do certame.**

284. É importante ressaltar a importância do processo licitatório para a prestação de um serviço a ser prestado em atividade que, do ponto de vista econômico, ostente caráter de monopólio: em tais situações, apenas se faz viável a competição pelo serviço (“ex ante”). Tal competição garantirá que a eficiência seja alcançada desde o início da relação contratual pactuada e, ainda, que haja repasse ao consumidor final das eficiências captadas na competição, especialmente sob a forma de menores tarifas. A tabela abaixo apresenta um comparativo em que essa diferença pode ser observada na prática, do que se consta o benefício líquido social decorrente do incremento de eficiência (diferença entre custos médios vis-à-vis às tarifas praticadas):

Tabela 1 - Tarifa Média, Custo Médio e a Diferença entre a Tarifa Média e o Custo Médio em R\$ (Referência 2020).

| Prestadores | Tarifa Média | Custo Médio | Delta |
|--|--------------|-------------|--------------|
| Empresa Privada licitada | 4,18 | 2,64 | 1,54 |
| Cias Estaduais de Saneamento Básico - CESBs | 4,88 | 5,26 | -0,38 |

Fonte: Elaboração própria com dados do SNIS.

285. Assim, é possível observar na tabela 1, que a tarifa relativa das empresas privadas que se tornaram prestadoras através de contratos licitados é menor do que aquela praticada pelas CESBs, tendo ainda o operador privado tem conseguido imprimir uma maior eficiência na prestação do serviço, representada por um menor custo para mesmos parâmetros de tarifação média. Essa diferença entre tarifa e custo de prestação é a evidência econômica da sustentabilidade econômico-financeira da prestação do serviço mediante cobrança de valor módico que, a um só tempo, permita o retorno sobre investimentos, a capacidade de pagamento dos custos operacionais e, ainda, a realização de investimentos para universalização dos serviços.

286. Ou seja, na edição de normas de referência, deve-se buscar a maior concorrência efetiva possível nos mercados ou, nos segmentos cuja exploração constituir monopólio natural, o comportamento econômico do agente responsável pela prestação do serviço haverá de ser, mediante regulação adequada, o mais próximo do que seria em um contexto de competição efetiva e, quiçá, de concorrência perfeita.

287. O estímulo à cooperação entre os entes federativos com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, a fim de buscar a universalização dos serviços e à modicidade tarifária (art. 4º-A, §3º, III, Lei nº 9.984/2000) deve ser orientada por tal primazia legal conferida à competitividade para acesso aos mercados e, no quanto possível, à adoção de comportamentos pró competitivos, sejam eles obtidos por efetiva concorrência, sejam eles estimulados pela regulação incidente sobre atores econômicos que, mesmo atuando em segmentos monopolizados ou oligopolizados, possam adotar performances que produzam eficiências típicas das atividades em regime de competição⁴⁸.

⁴⁸ "A policy and research trend is to assess whether it is advisable to introduce (more) incentives in sheltered or public sectors. These sectors are for (often) good reasons sheltered from direct competition. That does not imply that there are no possibilities to enhance the incentives of agents to operate in an efficient way. Yardstick competition (henceforth: YC) is a regulatory instrument that can be used if direct competition between agents does not exist or does not lead to desirable outcomes. The regulator rewards the agents on the basis of their relative



288. **Contudo, estratégias de regionalização que não promovam o efetivo mecanismo de sustentabilidade - tal como muitas daquelas descritas na 1ª Seção desta Nota Técnica -, têm seu potencial deletério agravado quando são associadas a uso inadequado de estratégias empresariais de PPP por concessão administrativa como instrumento não de prestação de utilidade à Administração Pública, mas de terceirização da prestação do serviço público para áreas mais rentáveis - sem que os excedentes econômicos sejam empregados para a universalização da prestação ou para modicidade tarifária -, práticas essas que podem comprometer a eficiência, a modicidade tarifária e a sustentabilidade econômico-financeira.**

289. Nessas situações, empresas estatais, valendo-se da condição de integrantes da Administração Pública, mas exercendo atividade que visa ou gera lucro, cobram pela prestação de um serviço, subcontratam uma empresa privada para realizar esse mesmo serviço em seu nome e oneram o usuário final com um “spread” pelo seu “direito de monopólio” de prestação do serviço, sem que haja contrapartidas de ganhos ao usuário pela sobreposição de funções.

290. **Além das informações jornalísticas sobre estratégias de prestação direta como “brechas na lei” à não-realização de licitações pelo objeto integral da exploração do serviço, a afirmação feita por associação representativa de empresas estaduais estatais⁴⁹ de que seria favorável, sim, às licitações, desde que essas licitações fossem circunscritas a subdelegar, subconceder ou de qualquer modo – especialmente por via de PPP – confiar a terceiro etapa integrante do serviço por si detido reforça, a toda evidência, as preocupações apresentadas nesta Nota Técnica.**

291. **Tal mecanismo, de aparente “cherry-picking”, e aparentemente vedado pela lei, especialmente nos casos de subdelegação, requer verificação atenta dos responsáveis pela estruturação dos projetos, pelos entes reguladores e controladores no âmbito local e, ainda, pelas autoridades de política pública e controle federais, na medida em que, uma vez implementados, podem exigir aportes públicos federais artificialmente mais altos do que seria necessário em um contexto de prestação regionalizada calcada em definição técnico-econômica adequada e com subdelegação limitada ao máximo legal.**

292. **A sustentabilidade econômica dos arranjos de prestação regionalizada está umbilicalmente atrelada aos tipos de contratos que serão praticados em seu âmbito, razão pela**

performance and therefore generates incentives for promoting efficiency. Agents are forced to compete with a 'shadow-firm' whose performance is determined by average or best practices in the industry. An important reason to use YC is the existence of market power due to regional monopolies. Examples are network industries and statutory monopolies such as hospitals”. Fonte: Yardstick competition Theory, design, and practice. Working Paper nº 133 - CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, The Hague, December 2000. Disponível em: <<https://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/yardstick-competition-theory-design-and-practice.pdf>> Acesso em 15.05.2022

⁴⁹ Confira-se: [Aesbe no Instagram: “Precisamos falar sobre as inverdades propagadas sobre o novo marco legal do saneamento! O fato é que a Lei 14.026/2020 ainda não...”](#). Caso o vídeo em questão ou o perfil não fique mais disponível, segue outra fonte de acesso: https://drive.google.com/file/d/1t5Li_S301mBK-Fjxp4QAV5uANifkZjCF/view?usp=share_link



qual a preferência legal pela concessão via licitação e, ainda, a aplicação excepcional e fundamentada da concessão patrocinada como estratégia de delegação ou subdelegação - e, por conseguinte, a inaplicabilidade da concessão administrativa como meio de verdadeira terceirização ou subdelegação ampla - guardam estrita correlação com a atividade normativa da ANA, seja para definição do que normatizar ou não, seja para determinação dos critérios de observância ao quanto normatizado, que é condição ao acesso a recursos federais.

293. Ainda no plano de estratégia empresarial, tem havido um amplo processo competitivo de licitações para constituição de parcerias público-privadas como possível estratégia de delegação e de subdelegação de serviços públicos e, ainda, de prestação de serviços à Administração Pública⁵⁰.

294. Paralelamente, vislumbra-se a adoção de estratégias societárias para viabilizar que empresas estatais estaduais e empresas municipais criadas com o fim de viabilizar a prestação direta por aquelas. Há diversas estratégias que podem levar a efeito tais estratégias, por exemplo:

(i) podem-se criar empresas estatais municipais, abrir-se seu capital à participação da empresa estatal estadual (ou de suas subsidiárias), ainda que essa empresa estatal (ou subsidiária sua) venha a participar como acionista minoritária, de modo a que todas passem a integrar um mesmo grupo econômico como meio de realizar a transferência de execução de contrato administrativo como se se cuidasse de decisão intrafirma, mas que, na prática, é a translação da prestação direta do município a ente integrante da estrutura administrativa de outro ente federativo;

(ii) podem-se criar empresas estatais municipais para realizar contratos de prestação de serviço, *joint ventures* operacionais ou contratos de transferência de tecnologia ou outro componente que, subrepticiamente, translacionem a execução material dos serviços públicos;

(iii) podem-se criar empresas estatais municipais que dispensem licitação para contratar com empresas estatais estaduais do ramo de atividade na via direta, ao argumento de que se cuida de parceria estratégica, hipótese que, em tese, teria guarida na legislação própria às empresas estatais.

295. Trata-se de hipóteses especuladas a partir das evidências colhidas e exame abstrato da legislação. A avaliação criteriosa e individualizada de eventuais arranjos dessa natureza permitirá que se evidencie, com maior rigor a clareza, a adequação ou inadequação regulatória, legal e constitucional de arranjos desse jaez ou semelhante propósito.

296. Em suma, ainda que outras hipóteses venham a ser observadas, tais possíveis arranjos culminam por esboroar a prestação direta admissível legalmente (por autarquia e, nesse caso, por entidade empresarial municipal) convertendo-a entidade municipal em mera

⁵⁰ E.g.: <https://www.cagece.com.br/ppp-esgoto/> e <https://site.sanepar.com.br/fornecedores/consulta-publica>



carapaça para um arranjo societário ou contratual, expresso ou tácito, que transfira a prestação e/ou gestão empresarial da prestação do serviço a empresa estatal não integrante da estrutura administrativa municipal, em violação à legislação específica (em particular, ao art. 10 da Lei nº 11.445/2007).

297. Além das hipóteses de uso exorbitante das concessões administrativas, convoladas em verdadeiras espécies de terceirização do objeto contratual, as estratégias comerciais e societárias aludidas podem buscar escoramento, entre outros fundamentos, no art. 28, § 3º, II, e §4º da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Empresas Estatais), ao argumento de que, para a empresa estatal municipal recém-criada seria estratégico entabular contratação ou vínculo societário com a empresa estatal estadual mais experiente:

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30. [\(Vide Lei nº 14.002, de 2020\)](#)

§ 1º Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos [arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006](#).

§ 2º O convênio ou contrato de patrocínio celebrado com pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 3º do art. 27 observará, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

298. Entende-se que a lei geral sobre a disciplina orgânica das empresas estatais não têm condão de afastar a normatização específica reitoria da atividade, isto é, dos serviços públicos de saneamento básico, edificados, como se viu, no princípio fundamental da seleção competitiva do prestador, o qual é, também pela lei específica, cercado e reforçado por vedações peremptórias tal como a proibição de celebração de novos contratos de programa; de proibição de contratação sem licitação de entidade distinta da estrutura administrativa do



titular; de vedação à contratação direta de estatal por autarquia/consórcio intermunicipal ou, ainda nesse caso, de subdelegação direta pela autarquia municipal a empresa estatal.

299. Mesmo que o princípio da especialidade já possa conduzir a essa conclusão, a remissão expressa § 4º do art. 28 da Lei das Estatais (“respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente”) não deixa dúvidas que a constituição de empresa estatal municipal, quando feita para negar vigência ao princípio fundamental da seleção competitiva do prestador, vulnera não apenas a regulação do órgão competente para tal prerrogativa, mas a própria legislação setorial.

300. Nesse passo, apresentam-se algumas situações que podem evidenciar a adoção quer de estratégias contratuais, quer de estratégias societárias que tenham por objeto ou possam produzir a violação aos princípios fundamentais da seleção competitiva do prestador, da prestação regionalizada e da modicidade tarifária.

V.2) Evidências de violação aos princípios fundamentais da prestação regionalizada e da seleção competitiva do prestador de serviços públicos, com risco iminente à sustentabilidade econômico-financeira, à modicidade e à eficiência tarifária

301. Conforme antevisto na NT 1 COCOL/2022, engenhosos mecanismos capazes de consubstanciar “by-pass” ao dever de licitar tem sido levadas a efeito quer por manejo conceitual errôneo de hipóteses supostamente legítimas de prestação direta pelas legislações estaduais de estruturação da prestação regionalizada, quer por tentativas de aplicação da legislação empresarial e societária com o fito de evitar a concorrência, a teor do quanto apresentado por fontes jornalísticas de caráter público, não contraditadas pelas empresas estatais mencionadas e até mesmo divulgadas pelas próprias associações que congregam tais empresas:

“Companhias públicas estudam brechas na lei do saneamento

Valor Econômico 03/08/2021 Por Taís Hirata

Arranjos em estudo pelas estatais vão desde a operação direta de blocos regionais até fatias minoritárias em empresas municipais

As companhias públicas de saneamento estudam algumas “brechas” para seguir prestando serviços nos municípios sem passar por licitação. Há alguns arranjos jurídicos diferentes em avaliação, mas a expectativa inicial é que haverá questionamentos judiciais em todos os casos.

Antes da nova lei do saneamento, as companhias estaduais podiam firmar contratos de prestação de serviços diretamente com as prefeituras, sem qualquer concorrência. O novo marco legal proibiu esse modelo, mas ainda permite que o próprio titular do serviço – ou seja, as cidades ou blocos de municípios – continue responsável pela operação, por meio de uma empresa ou autarquia municipal ou intermunicipal. É aí que alguns encontraram brechas.

Alguns arranjos podem ser legítimos, mas há temor de ‘maquiagem’ para driblar licitação, avaliam analistas

Um arranjo em estudo por diversos Estados é que a empresa estadual possa assumir diretamente a operação dos blocos intermunicipais, sem licitação. O argumento é que a microrregião é de titularidade compartilhada, tanto pelas cidades quanto pelo Estado. Portanto, a empresa estadual, enquanto um dos titulares, passaria a ter direito de prestar o serviço sem concorrência.

O modelo é visto como o mais problemático e passível de judicialização. Mas há também outros arranjos mais complexos em estudo. Por exemplo, uma possibilidade é transformar a companhia estadual em intermunicipal, com a venda de cotas aos municípios, eventualmente até com perda do controle. Dessa forma, poderia-se assumir o serviço.

Há também o caminho inverso: as estatais podem se tornar sócias minoritárias das empresas municipais ou intermunicipais. Assim, a prestação de serviço fica nas mãos do titular (as cidades) e não há exigência de licitação.

O arranjo não é cogitado apenas pelos Estados. A Sanasa, companhia municipal de Campinas (SP), já está em conversa com outras quatro prefeituras do entorno para firmar parcerias nesse molde, segundo o presidente, Manuelito Magalhães Júnior. “A ideia é criar ‘mini Sanasas’. Ou seja, entramos com uma fatia minoritária, mas, por meio do acordo de acionistas, podemos garantir o controle da gestão. Por exemplo, indicando o diretor de operação e o financeiro”, explica.

No caso dos Estados, os diversos modelos ainda estão sob análise e poucos cravaram uma posição. Mas, em geral, quase todos deixam as alternativas na mesa.

A Companhia Pernambucana de Saneamento (Compesa), por exemplo, ainda estuda a opção de assumir a operação de blocos regionais, sob o argumento da titularidade compartilhada, afirma Flávio Coutinho, diretor de Negócios e Eficiência da empresa. “É uma tese jurídica que muitos defendem, a maioria dos Estados está seguindo caminhos semelhantes. Mas ainda estamos avaliando, há outros caminhos”, diz.

Questionada sobre a possibilidade de se tornar sócia minoritária de empresas municipais, a Sabesp afirma que “não há vedação para quaisquer arranjos que preconizem a prestação direta dos serviços pelos titulares, a exemplo da constituição de empresas públicas ou sociedades de economia mista”. A Copasa (Companhia de Saneamento de Minas Gerais) diz que avalia todos os arranjos que contribuam com a ampliação dos serviços. O mesmo discurso é adotado pela Companhia de Saneamento de Goiás (Saneago), que diz que “todas as modelagens estão sendo avaliadas”.

Algumas das estatais já deixaram clara a intenção de buscar saídas nessa linha, como as do Amazonas e de Roraima. Mesmo nesses casos, o arranjo exato ainda não foi totalmente cravado.

Para Fernando Vernalha, sócio do Vernalha Pereira Advogados, que tem assessorado estatais, os arranjos jurídicos são possíveis e legítimos. Porém, são formatos complexos, o que dificulta a implementação no curto prazo. Ele destaca que é preciso estruturar uma governança que garanta a participação efetiva dos municípios, e impedir que se trate apenas de uma transferência do serviço ao Estado. “Há uma série de complexidades, então podem ser ações para um médio prazo”, diz.

Na avaliação do advogado Gustavo Magalhães, sócio do Fialho Salles, a tese de que companhias estaduais poderiam assumir blocos regionais porque a titularidade é compartilhada é completamente falha e certamente será judicializada. Mesmo no caso de outros arranjos, como o da participação minoritária, ele destaca que é importante garantir que não se trata apenas de uma “maquiagem”. “Se ficar caracterizado que, na prática, é um contrato de prestação, se configura fraude no dever de licitação”, afirma.

A percepção de que os arranjos de fatia minoritária podem ser “fachadas” para driblar a lei também é compartilhada pelo professor do Insper e especialista em regulação Paulo Furquim. “Mas é preciso apurar de que modo está sendo implementado. Há a possibilidade de ser uma relação legítima, caso o município queira efetivamente prestar o serviço e faz uma parceria com outra companhia apenas para suprir sua falta de expertise”, diz ele.

Para o pesquisador sênior do FGV/Ceri (Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura) Edson Gonçalves, independentemente das brechas jurídicas, que eventualmente podem até se sustentar, do ponto de vista econômico, trata-se de um movimento preocupante. “O problema é não haver concorrência. Isso vai contra o que se desejou com a nova lei do saneamento”, afirma.

*Fonte: <https://aesbe.org.br/novo/companhias-publicas-estudam-brechas-na-lei-do-saneamento/>
<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/08/03/companhias-publicas-estudam-brechas-na-lei-do-saneamento.ghtml>*

“Estados driblam marco de saneamento para manter estatais sem licitação

Estadão 20/07/2021 - Por Amanda Pupo, O Estado de S.Paulo.

*Interpretação da nova lei por parte de governadores abre brecha para que estatais mantenham serviços sem necessidade de concorrência; governo federal vê risco para ‘o estímulo à concorrência’, enquanto setor privado ameaça ir à Justiça
BRASÍLIA – Pilar do marco legal do saneamento, a exigência de licitação para estatais fecharem novos contratos está sendo driblada por uma guerra de interpretações da nova lei. Pelo menos nove Estados – Amazonas, Ceará, Espírito Santo, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Roraima – aprovaram os processos de regionalização dos serviços de água e esgoto numa modalidade que abre brecha à possibilidade de atuação das empresas estaduais públicas sem processo licitatório.*

Em vigor há um ano, o novo marco foi pensado para estimular a participação das empresas privadas no setor. A regionalização dos serviços é uma das primeiras etapas para viabilizar esse processo.

A questão está longe de estar pacificada e opõe os agentes do segmento. A lei proibiu estatais do setor de fechar novos contratos sem licitação com os municípios. No entanto, o risco de o veto cair veio quando governos locais passaram a dividir os Estados em blocos de municípios por uma modalidade chamada microrregião, em que deve prevalecer o “interesse comum”.

A justificativa é que, nesse formato, a lei federal menciona que a titularidade dos serviços é também dos Estados. Com isso, o argumento é de que, sendo a estatal uma empresa do governo estadual, a prestação direta, sem concorrência, seria

possível. O setor privado, no entanto, afirma que a interpretação está errada e já cogita acionar a Justiça caso as gestões estaduais avancem com a ideia.

Ao enviar para a Assembleia Legislativa do Amazonas o projeto que cria a microrregião no Estado, o governo Wilson Lima (PSC) afirmou que o texto era necessário para dar maior segurança à prestação de serviços, considerando a existência de “titularidade interfederativa” na microrregião, “o que autoriza a prestação direta dos serviços públicos de saneamento básico pela Companhia de Saneamento do Amazonas (Cosama)”.

A possibilidade também é analisada em Roraima. Para isso, o Estado avalia fazer a transferência acionária da estatal, a Companhia de Água e Esgotos de Roraima (Caer), para a microrregião. À reportagem, o governo local afirmou que a decisão, seja pela privatização ou pela criação de uma empresa do bloco (via transferência da Caer), será do colegiado da microrregião.

A regionalização por meio de microrregiões nos outros Estados não significa que todos entendam, por consequência, que a prestação direta pela estatal, sem concorrência, é uma possibilidade. Por outro lado, a entidade que representa as estatais de saneamento confirmou que essa interpretação da lei é avaliada pela associação.

Manobra

Especialistas afirmam que a estratégia é uma manobra para Estados manterem as estatais com o monopólio dos serviços, mesmo debaixo de dúvida de que elas possam dar conta das metas de universalização do saneamento, prevista para 2033. Hoje, 16,3% da população não tem fornecimento de água potável e mais da metade não é atendida com tratamento de esgoto.”

Fonte: <https://aesbe.org.br/novo/estados-driblam-marco-de-saneamento-para-manter-estatais-sem-licitacao-2/>

<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,estados-driblam-marco-de-saneamento-para-manter-estatais-sem-licitacao,70003783505#:~:text=Pelo%20menos%20nove%20Estados%20%E2%80%93%20Amazonas,estaduais%20p%C3%ABlicas%20sem%20processo%20licitat%C3%B3rio.>

Sabesp vê brecha na lei para operar contratos de saneamento sem leilão

NICOLA PAMPLONA 7 de maio de 2022

Apontada inicialmente como uma das empresas brasileiras interessadas pela abertura do setor de saneamento, a Sabesp decidiu focar sua estratégia de crescimento em São Paulo, aproveitando-se de uma brecha na lei que permite a assinatura de contratos sem leilões. A empresa negocia com prefeituras paulistas a formação de sociedades de propósito específico controladas pelos municípios para assumir as concessões do abastecimento de água e tratamento de esgoto.

A estratégia se baseia no artigo 10 do novo marco do saneamento, que dá aos municípios a prerrogativa de operar os serviços com entidades criadas para esse fim. Em geral, os estados têm preferido reunir grupos de municípios para realizar licitações para a concessão do serviço.

Com essa brecha, a direção da Sabesp vem propondo a criação de empresas, tendo as prefeituras como controladoras e ficando com participação minoritária, para participar dos contratos de concessão sem precisar disputar licitações.

"Nós entramos com a tecnologia, com o conhecimento, com melhora de eficiência", diz o presidente da Sabesp, Benedito Braga. Ele não quis antecipar o andamento das negociações, mas a Folha apurou que já há conversas avançadas em quatro municípios. Sancionado pelo presidente Jair Bolsonaro em julho de 2021, o novo marco do saneamento estabelece prazo até 2033 para a universalização dos serviços de água e esgoto. Determina ainda uma série de regras para que estados e municípios estabeleçam contratos com prestadores de serviços.

A nova lei já acelerou as concessões de serviços pelo país. O maior leilão desse período foi formado por três concessões para cidades do Rio de Janeiro, com investimentos contratados de cerca de R\$ 30 bilhões.

Controlada pelo governo de São Paulo, mas com ações negociadas em bolsa, a Sabesp participou de apenas um leilão após a aprovação das novas regras, para a cidade de Orlandia (SP), mas perdeu a disputa.

A empresa renovou contratos sob as regras do novo marco com 367 municípios de sua área de atuação, o equivalente a 99,7% da receita. Segundo Braga, o foco principal neste momento é avançar na universalização desta área, que tem 76% de cobertura de esgoto. "O plano é arrumar a casa primeiro. Depois vamos disputar fora do estado", afirma. A busca por parcerias com municípios próximos é uma alternativa mais rápida e barata do que a disputa nos leilões bilionários do setor.

O novo marco deu musculatura a empresas que já tinham participação no setor, como a Agea e a BRK Saneamento, vencedoras de algumas das licitações já realizadas por governos estaduais. E atraiu novos fundos de investimento para fortalecer o capital das empresas.

No radar dos programas de privatização de candidatos ao governo paulista, a Sabesp celebrou na última segunda-feira (9) 20 anos de negociação na Bolsa de Valores de Nova York, participando da cerimônia de encerramento do pregão.

O evento foi usado como palanque pelo ex-governador de São Paulo e pré-candidato à presidência pelo PSDB, João Dória, que discursou durante almoço com investidores no restaurante Fasano da cidade americana.

Em discurso após o almoço, Dória disse que o projeto de despoluição do rio Pinheiros, um dos principais investimentos da Sabesp, é uma conquista não só para São Paulo, mas para o Brasil.

"Mostra que é possível fazer. E se é possível fazer no Pinheiros, é possível também em outros lugares do país", afirmou. "Temos transformado o impossível em possível", completou, lançando um mote de campanha.

Com o projeto, a Sabesp adicionou mais cerca de 550 mil domicílios à sua base de clientes, localizados em comunidades que ainda não eram atendidas pela companhia. Braga diz que, além do ganho social, o investimento tem taxa de retorno positiva para a companhia. A despoluição do Pinheiros é parte de um projeto maior, de despoluição do rio Tietê, que a empresa já toca em parceria com municípios da região metropolitana de São Paulo e, segundo Dória, pode ser concluído entre 2026 e 2027.

Fonte: <https://br.financas.yahoo.com/noticias/sabesp-v%C3%AA-brecha-na-lei-131700985.html>

Sanasa Planeja Debêntures e expansão

Empresa municipal de Campinas se prepara para fazer emissão de R\$ 500 milhões neste ano Por Taís Hirata — De São Paulo 12/09/2022 05h02

A Sanasa, empresa de saneamento básico do município de Campinas (SP), planeja fazer uma emissão de debêntures de R\$ 500 milhões neste ano, segundo o presidente, Manuelito Magalhães Jr. O grupo prevê lançar a oferta entre outubro e novembro, para que os recursos possam entrar em janeiro. A capitalização tem como objetivo financiar

obras para reduzir as perdas de água e ampliar o tratamento de esgoto na cidade, afirma o executivo.

“A proposta é acelerar os investimentos e antecipar o cumprimento das metas do novo marco legal”, diz ele. Hoje, a cidade está próxima da universalização. A distribuição de água já atinge 99,81% da população urbana e o sistema de coleta de esgoto, 95%, com 89,94% de tratamento. A empresa já fez operações no mercado de capitais no passado. Em 2015, lançou um Fundo de Investimentos em Direitos Creditórios (Fidc), para captar R\$ 170 milhões - que deverão ser quitados em janeiro, segundo o executivo. A companhia também chegou a emitir debêntures em 1997.

Para além da conclusão da universalização em Campinas, a Sanasa tem o plano de expandir suas operações, diz Magalhães.

Um dos projetos é atender outros municípios, em um modelo controverso: a Sanasa entraria como minoritária em uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), na qual a empresa municipal da cidade atendida seria a controladora. Trata-se de uma forma de “driblar” a restrição imposta pela nova lei do saneamento, que proíbe a prestação de serviços sem licitação. O modelo tem sido criticado pelo setor privado e por parte dos advogados.

Na última semana, a Sanasa fechou um memorando de entendimentos com a cidade de Rio Claro (SP) para estudar parceria nesse molde. Trata-se, porém, de algo preliminar, explica o presidente.

Vamos iniciar os estudos de viabilidade para verificar qual é o investimento necessário, qual seria a tarifa resultante, como seria feita a regulação. É um processo que deverá levar de seis a oito meses. Depois, [se houver viabilidade,] ainda há o processo de criação da empresa municipal, que pode levar até um ano”, diz ele.

Segundo Magalhães, há conversas com outras seis cidades para acordos nesse modelo. Ele reconhece o risco de questionamentos ao formato, porém, acredita que “não haverá resistência”.

Questionado, o Ministério do Desenvolvimento Regional diz que não há fundamento na nova lei para “estratégias que busquem enquadrar arranjos empresariais interfederativos como prestação direta” e que o marco tem como “um dos princípios fundamentais a seleção competitiva do prestador do serviço”.

Fonte: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2022/09/12/sanasa-planeja-debentures-e-expansao.ghtml>

302. Em suma, constata-se a existência (i) de estratégias contratuais de subdelegação ampla via parcerias público-privadas que, conquanto mantidas sob o “nomen juris” de concessões administrativas, assemelham-se às concessões patrocinadas ou à própria terceirização do objeto do vínculo contratual originário, bem como de (ii) estratégias societárias voltadas a criar estruturas empresariais de entes federativos distintos que estabeleçam entre si avenças diretas, ao argumento de se cuidar de negociação privada com parceiro estratégico, mas que, como visto, redundam em materializar contratação direta com ente não integrante da estrutura administrativa do titular e, não raro, subdelegação ampla, com manutenção da empresa estatal como detentora do direito privativo da exploração, capturando eficiências não compartilhadas com os usuários pagantes das tarifas, a malferir, de forma concomitante, o art. 10 e o art. 11-A da Lei nº 11.445/2007, com evidente impacto na eficácia das normas de referência da ANA em matéria de contratos e regulação tarifária.

303. **Entende-se recomendável a oitiva das entidades reguladoras responsáveis pelos citados prestadores (SABESP e SANASA) com vistas ao exame adequado da existência de tais estratégias e avaliação de sua conformidade ou inconformidade regulatória.**

304. **Caso prosperem estratégias como as apresentadas nas notícias jornalísticas acima coligidas, há possibilidade de se aperfeiçoar um contexto mais gravoso que aquele que justificou a edição da Lei 14.026/2020, na medida em que, em vez de contratos de programa sujeitos a prazo, ter-se-iam arranjos societários considerados arranjos de prestação direta em caráter eterno.**

305. **O entendimento técnico alinha-se no sentido de que haverá de ser consideradas ilegítimas as estratégias de prestação direta que, diante de conformação regionalizada, que conte com a presença de Estado e municípios - hipótese capaz de conferir escala mínima à viabilidade técnica e econômico-financeira - , busque, de qualquer modo, afastar o princípio da seleção competitiva do prestador para, num silogismo falso com a hipótese legal de prestação direta por município isoladamente considerado, eximir-se da competição e aperfeiçoar contratos ou arranjos societários diretos com empresas subsidiárias da atual prestadora estatal estadual - ou com ela própria.**

306. **Sob o prisma técnico, postula-se que tais conformações consubstanciam negativa de vigência à legislação federal citada e vulneração direta à Constituição Federal, por usurpar a competência legislativa da União para disciplinar diretrizes (inconstitucionalidade formal) e por frustrar a competição em situações e contextos em que, criada ou robustecida a escala técnica e econômica, via estruturação de regional de forma de prestação, viesse-se a optar por contrato direto (inconstitucionalidade material). Nessa hipótese, além de uma zombaria em desfavor dos municípios, ora impedidos de realizar novos contratos de programa em seus nomes, ter-se-iam verdadeiros contratos de programa regionais, de segunda ordem, subótimos em relação à escala e ao mecanismo de subsídio cruzado que tinham quando da conformação originária da empresa estatal, e, de quebra, ainda mais custosos, em razão dos custos de transação e desmobilização que a reconformação operacional, administrativa e comercial imporia.**

307. **A Diretoria Colegiada da ANA deve tomar conhecimento, portanto, não apenas das estratégias legislativas e regulatórias possivelmente capazes de frustrar o caráter competitivo da escolha do prestador de serviços, conforme na 1ª Seção desta Nota Técnica, mas também examiná-las em conjunto com o exame de evidências colhidas em pesquisa por esta setorial técnica sobre a adoção de estratégias tanto contratuais (inclusive via PPPs administrativas), quanto societárias capazes de reforçar os efeitos deletérios da desnaturação do princípio da seleção competitiva do prestador de serviços, na medida em que tais estratégias podem se valer da prestação direta para impor outro efeito repugnado pelo Novo Marco do Saneamento Básico: a sobreposição de custos administrativos injustificados em estratégias de subdelegação, capazes de ferir de morte a modicidade tarifária.**

308. **Tais arranjos contratuais de subdelegação ampla e os possíveis arranjos societários podem ter impacto direto na elaboração, interpretação e aplicação não apenas das normas de**

referência relativas à padronização dos instrumentos negociais e à alocação de matriz de riscos aos contratos administrativos, mas também aos normativos que versem sobre regulação tarifária, previstos na Agenda Regulatória 2022-2024.

309. **Considerando os riscos de inconformidade legal e constitucional desses arranjos de contratação direta e de subdelegação da prestação com sobreposição de custos administrativos, bem como seus efeitos sobre a edição e a posterior verificação de cumprimento das normas de referência, entende-se que devem ser examinadas de forma mais detida as hipóteses tidas por legítimas e ilegítimas quanto ao repasse de recursos federais (juízo que há de presidir a atuação da ANA, quer para examinar o âmbito possível de matérias a ser tratadas como NR, quer para examinar o alcance das restrições por inobservância das NRs), entende-se muito relevante o exame das premissas, fundamentos e conclusões técnicas aqui sugeridas seja levado a efeito pelo Tribunal de Contas da União, que, ademais, poderá adotar medidas para que todos os órgãos e entidades federais, bem como para que todos aqueles que percebam recursos federais, possam observar, de forma cogente e uniforme, a legislação federal sobre saneamento básico e os princípios jurídico-constitucionais incidentes.**

310. **Nesse sentido, em linha com a sugestão formulada na 1ª Seção, entende-se que pode ser oportuna a formulação de consulta em tese ao Tribunal de Contas da União, a rigor do disposto no art. 264 do RITCU a fim de que se afirmem as hipóteses legítimas de transferência de recursos federais em hipóteses de subdelegação contratual ou societária do objeto contratual que verse sobre a prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, o que conferirá maior segurança jurídica à ANA quanto aos arranjos que podem ser pressupostos ou admitidos em sua atividade normativa, especialmente no trato dos temas arrolados na citada Agenda Regulatória 2022-2024.**

II.3) Fatos Novos que reforçam a necessidade de exame e deliberação pela Diretoria da ANA acerca dos impactos da legislação estadual quanto aos modos de prestação dos serviços públicos sobre a competência para edição de Normas de Referência

311. Postas essas premissas legais e regulamentares consignadas na normatização federal, que apontam verdadeiro dever de ação e, quiçá, impossibilidade de conduta diversa pela ANA, relevante consignar que os fatos novos apontados tão somente reforçam as conclusões técnicas e encaminhamentos.

312. **Quanto ao primeiro fato novo**, o OFÍCIO Nº 129/ 2022/ VR/ ANA, de 27 de outubro de 2022, assevera que as Notas Técnicas consubstanciam “*avaliação técnica*” que “*teve por objeto, em suma, dimensionar a incidência formal e material das Normas de Referência a serem editadas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico quanto à concretização dos princípios fundamentais da seleção competitiva dos prestadores de serviços e da prestação regionalizada dos serviços públicos, necessárias à universalização não apenas técnica e física das*

infraestruturas de prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, mas também, e sobretudo, essenciais à universalização de acesso econômico e social a essas utilidades essenciais à vida humana digna (i.e.: modicidade tarifária).

313. **Quanto ao segundo fato novo**, a Procuradoria Federal Junto à Agência de Águas e Saneamento Básico sufragou a relevância jurídica das questões apresentadas pela área técnica (DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00445/2022/GAB/PF/PFEANA/PGF/AGU - NUP: 00765.000461/2022-54), assinalando a competência da ANA para deliberar sobre a matéria, caso seja esse o entendimento do órgão diretivo, que é quem, em suma, examina e delibera acerca da própria competência, com presunção de legalidade em tal exercício decisório (princípio da *Kompetenz-Kompetenz*):

*“Por essa razão, torna-se, com a devida vênia, **insubsistente** a seguinte conclusão do Parecer objeto deste expediente [PARECER n. 00204/2022/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU, acolhido pelo DESPACHO n. 00123/2022/COARF/PFEANA/PGF/AGU]: "Concluo pela falta de competência constitucional e legal da Superintendência de Regulação de Saneamento Básico - SSB ou da extinta da Superintendência de Regulação Econômica - SEC da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico para analisarem a constitucionalidade de leis, normativos e proposições legislativas em matéria de saneamento básico, especialmente para propor à Diretoria Colegiada desta Agência a representação, direta e sem a prévia oitiva da Advocacia-Geral da União, de medidas perante órgãos estranhos ao Poder Executivo Federal".*

4. Quanto à questão da execução direta dos serviços públicos de saneamento básico pelo titular, conforme corretamente concluído pelo ilustre parecerista, a Lei permite essa possibilidade e exige que a eventual "execução indireta" seja precedida pela celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação (Lei 11.445/2007, art. 10). Todavia, o compartilhamento estadual e municipal não é tão claro assim, como vislumbrado no Parecer, com a devida vênia. À luz da mencionada Lei federal 11.445/2007, e do quanto decidido pelo STF na ADI 1.842, a participação do Estado (aqui entendido não como o Poder Público nem como a Administração Pública, mas como a pessoa jurídica de direito público com autonomia constitucional componente da federação e constituído de Municípios), requer uma série de condições com vistas a não enfraquecer o titular principal dos serviços públicos de saneamento básico (o Município) e a robustecer a concorrência privada, mediante processos licitatórios, tendo como finalidade precípua a universalização dos serviços públicos de saneamento básico.

5. Daí que a conclusão (*Pelas razões apresentadas, peço vênia para divergir da área técnica e concluo pela constitucionalidade e legalidade da execução direta de serviços de saneamento básico por titular compartilhado estadual, em aglomerações de Municípios limítrofes, no caso de instituição de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal, desde que a execução direta, conjunta e compartilhada seja regulamentada em instrumento negocial próprio, não precário, (convênio de cooperação – art. 241 da Constituição Federal e arts. 3º, inciso XIV e 8º, inciso II e § 4º, da Lei nº 11.445, de 2007, atualizada pela Lei nº 14.026, de 2020), com a anuência do respectivo Conselho Deliberativo interfederativo e sob a égide de uma regulação técnica, eficiente e independente*) pela constitucionalidade e legalidade da execução direta merece uma interpretação cautelosa, visto que se deve analisar

"legislação por legislação" e verificar se cada uma das "legislações subnacionais" está em milimétrica harmonia com a legislação federal. Como membros da AGU e defensores dos interesses e direitos legais da Administração Pública federal, todas as vezes que houver dúvidas sobre eventuais antinomias entre as "legislações subnacionais (municipal e estadual)" e a "legislação federal", temos de prestigiar a interpretação e aplicação da legislação federal sobre a "subnacional". Essa é, inclusive, a razão pela qual o próprio STF autoriza o AGU a não defender as leis estaduais ou municipais, nos processos concentrados de constitucionalidade, se houver alegação de que essa legislação subnacional agrida a legislação federal.

6. Cuide-se que justamente por faltar a esta Agência competência para infirmar as legislações estaduais e municipais e carecer de estrutura e de pessoal suficiente para tal fim, é que foram firmados acordos de cooperação com o Conselho Nacional de Justiça, com o Conselho Nacional do Ministério Público e com os Tribunais de Contas estaduais, via Instituto Rui Barbosa, de sorte que essas instituições (Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas) auxiliem na vigilância da legalidade, da eficiência e da economicidade do marco legal do saneamento básico. Com efeito, esta Agência cria normas de referência para o saneamento básico e tem como missão, dentre outras, tornar realidade os preceitos inscritos no art. 4º-A da Lei 9.984/2000. Nessa perspectiva, para concretizar as promessas normativas do marco legal do saneamento básico, esta Agência não pode fugir às suas responsabilidades e atribuições, e deve lançar mão de todos os expedientes possíveis para alcançar esse desiderato, respeitando, sempre os princípios constitucionais da Administração Pública, mormente o da legalidade e o da eficiência.”⁵¹

⁵¹ É de relevo consignar que o PARECER n. 00204/2022/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU (NUP 00765.000461/2022-54), desacolhido em sua essência e em seus encaminhamentos pelo DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00445/2022/GAB/PF/PFEANA/PGF/AGU, asseverou, em suma, que a prestação direta seria admitida porque os Estados seriam titulares e, em linhas gerais, ventilou que as Notas Técnicas submetidas ao escrutínio da Procuradoria Federal junto à ANA teriam usurpado competências da Advocacia Geral da União, que, além disso, destoavam do alegado ânimo cooperativo que, historicamente, conferiria a tônica da atividade regulatória da Agência em matéria de recursos hídricos e, ainda, que as alegações de inconformidade e providências sugeridas em relação a essas inconformidades deveriam ser antecedidas de audiências e consultas públicas (como se propostas de atos normativos fossem - e não eram, tampouco são). Apesar do desacolhimento dessas alegações, por força do qual delas não decorre qualquer efeito, o senso institucional de respeito e autonomia técnica que a legislação confere à função dos Especialistas em Regulação exige que se esclareça que as manifestações exaradas pela setorial técnica tiveram por objeto informar a Diretoria Colegiada da ANA acerca do ambiente legal e institucional no qual as normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico incidirão, com vistas a zelar pela segurança jurídica **na prestação e na regulação** dos serviços e, ainda, pela uniformidade regulatória (art. 4º-A, §7º, Lei nº 9.984/2000), a fim de realizar os objetivos conferidos pelo legislador a essas espécies normativas (art. 4º-A, §3º, Lei nº 9.984/2000). O zelo com a segurança jurídica **na prestação** dos serviços de saneamento básico centra-se no respeito ao conceito legal de operação regular, qual seja aquela que observa integralmente as disposições **constitucionais, legais e contratuais** relativas ao exercício da titularidade e à contratação, prestação e regulação dos serviços (art. 3º, XIII, Lei nº 11.445/2007). A regularidade da operação é requisito para a alocação de recursos públicos federais (art. 50, VI, Lei nº 11.445/2007). Postas essas premissas legais, o objeto das Notas Técnicas nº 12/2022/COCOL/SEC (Documento nº 02500.034170/2022-04) e nº 1/2022/COCOL/SSB (Documento nº 02500.051011/2022-66) encontra amparo legal e, também, no Regimento Interno da ANA vigente à época da edição das aludidas manifestações (Art. 114, IX e art. 116, III - “supervisionar, controlar e avaliar, no que compete às suas atribuições, as ações e atividades voltadas ao cumprimento da legislação federal, para a regulação da prestação de serviços de saneamento básico, em âmbito federal” - Resolução ANA nº 104, de 8 de outubro de 2021 - Documento



314. Conforme apontado no citado Despacho, a questão de fundo acerca das hipóteses legítimas de prestação direta dos serviços públicos de saneamento básico e, em especial, ao papel dos Estados, nos termos do art. 8º, “caput”, II, da Lei nº 11.445/2007 - *(i) se titulares, (ii) se co-titulares, (iii) se exercentes de titularidade, mas sem ostentar todas as prerrogativas ínsitas à titularidade; (iv) se exercentes de alguma prerrogativa de titularidade quando não há efetivo compartilhamento de instalações operacionais* - é tema que, após a vigência do Novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020), ainda não foi objeto de regulamentação específica pelo Poder Executivo, razão pela qual as indagações e os riscos apontados pela setorial técnica ostentam, “prima facie” relevância e requerem, efetivamente, formulação de consensos quer no plano da política pública, quer no plano da uniformização regulatória.

315. Em linha com as premissas de cautela e exame concreto assinaladas aludido Despacho da PFEANA, as Notas Técnicas demonstram zelo em sugerir a comunicação da controvérsia ao Ministério do Desenvolvimento Regional a fim de que aquela pasta ministerial examine, além da possibilidade de impugnação judicial das legislações estaduais por intermédio da Advocacia-Geral da União e a adoção de providências típicas de seu papel de formulador e implementar da política pública setorial, a conveniência de proceder à elaboração de Exposição de Motivos à Presidência da República com vistas ao aperfeiçoamento, sobretudo, do art. 38 do

nº 02500.047028/2021-38). As aludidas Notas Técnicas são atos administrativos de caráter enunciativo que, conquanto não ostentem caráter constitutivo quanto às premissas ou conclusões veiculadas, ofertam subsídios técnicos à formação do juízo da Diretoria Colegiada quanto à sua atividade normativa em matéria de saneamento básico e, ainda, fornecem subsídios tidos por relevantes, do ponto de vista técnico, econômico e institucional, à relação da ANA com instituições de governo e de Estado dotadas de competências no âmbito do planejamento, da regulação e da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. **Nessa medida, a avaliação à qual as Notas Técnicas convidam não se resume nem se exaure sob a ótica constitucional e legal estrita, mas, sobretudo, fulcra-se nas consequências técnicas, econômicas e de governança regulatória que eventual aperfeiçoamento de vínculos contratuais e societários vislumbrados - e porventura declarados inconformes à legislação federal e à Constituição Federal por quem de direito - poderia fazer incidir sobre a regularidade dos empreendimentos, bem como sobre a atuação dos gestores e, ainda, no sobre os usuários dos serviços públicos de saneamento básico. Dessume-se daí postura zelosa da área técnica, atenta, inclusive, ao risco não trivial de consolidação de situações de custosa restauração à situação anterior (“status quo ante”) e à repetição de recursos federais transferidos para arranjos considerados, *ex post*, ilegítimos. É dizer: as alegações de que circunstâncias legais e institucionais examinadas poderiam malferir princípios e regras jurídicas (meramente apontados, nessa medida, “in statu assertionis”) não foram propostas para serem adotadas em caráter constitutivo ou condenatório, tampouco propriamente declaratório, porquanto, em suma, tão somente apontaram à Diretoria Colegiada da ANA circunstâncias que, segundo o entendimento técnico, carecem ou bem de *enforcement* legal (se e somente se os órgãos legalmente competentes vierem a corroborar, autonomamente, os juízos hipotéticos de inconformidade legal apontados como possíveis nas manifestação técnicas), ou bem demandam consenso decisório quanto à política regulatória a ser implementada. É dizer, apenas quando consensuado previamente pela Diretoria que há indícios de matéria a ser objeto de *enforcement* é que haveria emissão desse juízo superior pela remessa às autoridades entendidas por competentes; a seu turno, apenas quando compreendido pela Diretoria que há questão a ser debatida e, eventualmente, normatizada pela ANA é que poderiam ter lugar audiências ou consultas públicas. Em ambos os casos, por lógica, só se poderiam adotar quaisquer desses posicionamentos (ou até ambos) após a apreciação superior dos fundamentos da área técnica, que foi o escopo de ambas as Notas Técnicas.**

Decreto nº 7.217/2010⁵² aos preceitos e à sistemática de exercício da titularidade plasmada na legislação superveniente, mais precisamente no art. 8º da Lei nº 11.445/2007⁵³, em atenção à dúvida relevante de que, nas hipóteses de prestação regionalizada, por não existir, no plano legal ou regulamentar, órgão ou entidade que integre, a um só tempo, a administração de municípios e do Estado, a aplicação dessa regra regulamentar anterior à novel legislação poderia negar vigência ao citado art. 8º, § 1º, I e II, bem como ao art. 10, todos da Lei 11.445/2007.

⁵² Art. 38. O titular poderá prestar os serviços de saneamento básico:

I - diretamente, por meio de órgão de sua administração direta ou por autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista que integre a sua administração indireta, facultado que contrate terceiros, no regime da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, para determinadas atividades;

II - de forma contratada:

a) indiretamente, mediante concessão ou permissão, sempre precedida de licitação na modalidade concorrência pública, no regime da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; ou

b) no âmbito de gestão associada de serviços públicos, mediante contrato de programa autorizado por contrato de consórcio público ou por convênio de cooperação entre entes federados, no regime da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005; ou” (...)

⁵³ Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: [\(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

§ 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, observadas as seguintes disposições: [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

I - fica admitida a formalização de consórcios intermunicipais de saneamento básico, exclusivamente composto de Municípios, que poderão prestar o serviço aos seus consorciados diretamente, pela instituição de autarquia intermunicipal; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

II - os consórcios intermunicipais de saneamento básico terão como objetivo, exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

§ 2º Para os fins desta Lei, as unidades regionais de saneamento básico devem apresentar sustentabilidade econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

§ 3º A estrutura de governança para as unidades regionais de saneamento básico seguirá o disposto na [Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 \(Estatuto da Metrópole\)](#). [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

§ 4º Os Chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão formalizar a gestão associada para o exercício de funções relativas aos serviços públicos de saneamento básico, ficando dispensada, em caso de convênio de cooperação, a necessidade de autorização legal. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

§ 5º O titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços, independentemente da modalidade de sua prestação. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)



316. Em primeiro lugar, o art. 8º, § 1º, inciso I da Lei nº 11.445/2007 circunscreveu o exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico por gestão associada a hipóteses peremptoriamente demarcadas, em princípio não abarcadas pelo diploma regulamentador da versão original da Lei nº 11.445/2007.

317. **Reitere-se: a novel legislação foi peremptória em admitir como hipóteses de gestão associada tão somente (i) a formalização voluntária de consórcios intermunicipais de saneamento básico a ser exclusivamente composta de Municípios, os quais poderão prestar o serviço aos seus consorciados diretamente, unicamente pela instituição de autarquia intermunicipal e, ainda, assentou (ii) que os consórcios intermunicipais de saneamento básico terão como objetivo, exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, e, igualmente, vedada a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.**

318. **Trata-se de norma especial em relação à legislação geral de consórcios públicos e à legislação metropolitana: o legislador, na disciplina do regime jurídico dos serviços de saneamento básico, especificou, de modo limitativo, as hipóteses possíveis de emprego de instrumentos de cooperação interfederativa.**

319. **Mais claramente: a Lei 11.445/2007, ao circunscrever as hipóteses de contratação direta acima demarcadas (autarquia municipal e intermunicipal e empresa estatal municipal), houve por bem fixar regime específico em relação à Lei 11.107/2005 (Lei dos Consórcios) e à Lei 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole), aquilatando e compatibilizando, sem negar vigência, ao conteúdo essencial dos arts. 241 e 175 da Carta da República quanto ao regime prestacional, mediante postura decisiva de circunscrever quais espécies de cooperação interfederativa na gestão associada de serviços públicos são admissíveis e, por conseguinte, quais restam, ex lege, proibidas em matéria de serviços públicos de saneamento básico de abastecimento de água e esgotamento sanitário.**

320. **Portanto, do conceito de serviços públicos de saneamento básico de interesse comum (art. 3º, inciso XX da Lei 11.445/2007) não decorre o regime jurídico quanto ao modo de prestação, o qual é definido em dispositivos próprios (arts. 8º e 10), à luz dos quais é que haverá de ser colhidas as hipóteses contratuais admissíveis e viabilizadoras da execução e da operação de forma conjunta e integrada pelo Estado e pelos Municípios. A interpretação isolada do art. 3º, XX do diploma poderia fazer conceber o permissivo para contratação direta, não fosse a circunstância de que a lei, não podendo ser interpretadas às tiras, estabelece regime próprio ao exercício da titularidade, com dispositivos específicos sobre os modos admitidos e repugnados de prestação direta e indireta.**

321. Em segundo lugar, as Notas Técnicas apontaram também o potencial risco de malferimento do art. 10, “caput”, da Lei nº 11.445/2007, cujo conteúdo por si próprio parece reforçar a alegação quanto à possível revogação tácita de preceitos do Decreto nº 7.217/2010 (a

reclamar, por imperativo de segurança jurídica, a revogação expressa, que justifica e torna imperativa a oitiva do MDR), a saber: “Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do [art. 175 da Constituição Federal](#), vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária”.

322. ***Dada impossibilidade legal de adoção de convênio para prestação de serviços de saneamento (art. 10 c.c. art. 8º, § 1º) , extensível a outros instrumentos de natureza precária (art. 10, “caput”) e, ainda, em razão da ausência de entidade empresarial que integre, a um só tempo, a estrutura administrativa dos entes municipais e Estadual que estejam integrados, em gestão associada compulsória (regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum), as conclusões técnicas apontaram a potencial revogação tácita, por aparente e relevante incompatibilidade de dispositivos do Decreto nº 7.217/2010 (norma anterior e inferior) frente à Lei nº 11.445/2007, com a redação conferida pela Lei nº 14.026/2020 (norma posterior e superior).***

323. Sob tal perspectiva, a preocupação carreada pelas Notas Técnicas, de que o exercício de titularidade entre municípios e Estado no âmbito das formas legais de prestação regionalizada não poderia se dar diretamente por intermédio de entidade administrativa integrante da estrutura administrativa apenas do Estado, apresenta robustez e relevância, a ser assim aquilatada pela Diretoria Colegiada e pelas autoridades públicas que esta entender de Direito.

324. **Mais claramente: quando o Novo Marco Legal do Saneamento vedou a prestação de serviços por entidade que não integre a administração do titular e, concomitantemente, vedou também a formalização de convênio para prestação dos serviços públicos de saneamento básico, tornando assaz razoável concluir pela impossibilidade da aplicação do art. 38, II, “b” do Decreto nº 7.217/2010, o qual parece ostentar incompatibilidade com o ordenamento jurídico vigente não apenas pela proibição legal peremptória do contrato de programa (que a redação do diploma regulamentar ainda segue admitindo), mas também porque, como visto, o mesmo art. 10 da Lei nº 11.445/2007 vedou convênio de cooperação que tenha por objeto a prestação de serviços e estabeleceu a concessão mediante licitação como forma de delegação.**

325. Posto isso, ainda que já desacolhidas, convém reforçar que as premissas do PARECER n. 00204/2022/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU, especialmente em seus itens “e” e “f”, parágrafos 50 a 59, caminharam por interpretar o art. 175 da Constituição Federal - o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos - de forma aparentemente dissonante do que dispôs, como se viu, a própria lei.

326. Não bastasse, o citado PARECER n. 00204/2022/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU interpreta o art. 175 da Constituição com base em dispositivo infraconstitucional, haurindo do Decreto 7.217/2010 - tismado, como visto, de relevante suspeita de incompatibilidade com a

legislação superveniente - a interpretação do exercício da titularidade dos serviços públicos cogitados pelo art. 175 da Carta da República: ao entabular tal raciocínio, que interpreta o art. 175 CF com base no Decreto 7.217/2010, parece ter subvertido a lógica basilar do ordenamento jurídico, fundado na superioridade formal da Constituição em relação às leis e, por sua vez, a preferência dessas em relação aos atos infralegais.

327. Do mesmo modo, os arts. 41 a 43 do Decreto nº 7.217/2010, empregados no PARECER n. 00204/2022/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU como pedra de toque, revelam a importância da questão ventilada pelas Notas Técnicas da setorial regulatória, quanto à necessidade de haver comunicação ao MDR para que avalie a necessidade de adotar medidas para atualização do Decreto 7.217/2010 à legislação que lhe sobreveio.

328. A uma, porque o art. 41 do regulamento, em seu “caput”, assevera que a contratação da prestação regionalizada há de se dar mediante contratos compatíveis e, nessa medida, o cerne da discussão apresentada nas Notas Técnicas reside, justamente, em definir quais espécies de vínculos contratuais são legítimas em tal contexto, à luz da novel legislação.

329. A duas, porque as hipóteses de consórcios públicos representativas de todos os titulares contratantes até permitem a participação do ente da Federação cujo órgão ou entidade venha a atuar como prestador dos serviços, desde que mediante contrato (vide o parágrafo único do art. 41).

“Art. 41. A contratação de prestação regionalizada de serviços de saneamento básico dar-se-á nos termos de contratos compatíveis, ou por meio de consórcio público que represente todos os titulares contratantes.

Parágrafo único. Deverão integrar o consórcio público mencionado no caput todos os entes da Federação que participem da gestão associada, podendo, ainda, integrá-lo o ente da Federação cujo órgão ou entidade vier, por contrato, a atuar como prestador dos serviços.

330. Nesse sentido, é de se constatar que as hipóteses apresentadas nas Notas Técnicas reforçam as ponderações quanto à possível incompatibilidade de dispositivos do Decreto nº 7.217/2010 com o Novo Marco Legal do Saneamento Básico: a **superveniência do quanto disposto nos citados arts. 8º, § 1º, I e II c.c. art. 10 da Lei nº 11.445/2007, além das demais inovações operadas no citado diploma legal, informam a necessidade de que, para além da discussão propriamente jurídica da revogação tácita ou da manutenção de vigência dos dispositivos do Decreto 7.217/2010, defina-se e harmonize-se o sentido técnico e institucional que tais dispositivos, anteriores ao Novo Marco Legal do Saneamento Básico, deverão ostentar - em sendo o caso de serem mantidos-, sobretudo com vistas à sua (eventual) harmonização com novos princípios fundamentais da prestação dos serviços de saneamento (tais como a seleção competitiva do prestador e da prestação regionalizada dos serviços, instrumentos da universalização que se alvitra) e, também, com as novas regras jurídicas quanto à prestação dos serviços e, fundamentalmente, quanto às (im)possibilidades jurídicas de celebração negocial.**

331. A preocupação carregada pela área técnica da Agência, a toda evidência, perpassa todo esse intrincado debate jurídico da questão da titularidade e dos modos legais e constitucionais de seu exercício, mas nele não se exaure, eis que tal aspecto é apresentado como *questão prejudicial à definição do problema regulatório*, etapa essencial e inafastável da realização da Análise de Impacto Regulatório (AIR) atividade normativa da ANA, nos termos da Lei nº 13.848/2019 e de sua regulamentação.

332. **Mais precisamente: o exame do âmbito de aplicação do princípio fundamental da seleção competitiva do prestador, vis-à-vis à sua compatibilização com - instrumento que é do - princípio fundamental da universalização e, ainda, à realização do também princípio fundamental da prestação regionalizada são juízos que requerem, para sua concordância prática e máxima efetividade, consensos de política pública e de política regulatória para que a ANA adote, de forma institucional e fundamentada, paradigmas e premissas-guia da elaboração de normas de referência relativas à definição das matrizes de riscos dos contratos, à conformação dos próprios instrumentos negociais a serem firmados e, ainda, à definição mesma dos conteúdos mínimos para a prestação universalizada dos serviços, todos esses conteúdos (Art. 4º-A, § 1º, III e XIII, Lei nº 9.984/2000).**

333. Os apontamentos de potenciais incompatibilidades de legislações e proposições legislativas adotadas pelos entes estaduais e as diretrizes federais para os serviços de saneamento guardam par com a competência conferida pela Lei nº 14.026/2020 aos Estados, que é tão somente a de instituir, mediante lei complementar, região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, nos termos do § 3º do art. 25 da Constituição Federal, **sempre respeitando as diretrizes do Estatuto da Metrópole, especialmente suas regras de governança interfederativa e, em particular a autonomia dos entes da Federação (art. 6º, III, da Lei nº 13.089/2015), além das diretrizes específicas de “implantação de processo permanente e compartilhado de planejamento e de tomada de decisão quanto ao desenvolvimento urbano e às políticas setoriais afetas às funções públicas de interesse comum” e “estabelecimento de meios compartilhados de organização administrativa das funções públicas de interesse comum” (art. 7º, I e II, da Lei nº 13.089/2015).**

334. Nessa medida, depreende-se das Notas Técnicas examinadas a preocupação quanto a evidências colhidas nas leis estaduais em que os Poderes Legislativos estaduais, a partir de proposição dos Poderes Executivos respectivos, antes da constituição do órgão deliberativo da região metropolitana, microrregião ou aglomeração urbana, **em aparente descumprimento ao regramento legal da governança interfederativa do Estatuto da Metrópole, já estabelece o órgão responsável pela prestação dos serviços como sendo aquele da estrutura administrativa dos Estados, subtraindo dos municípios integrantes de cada unidade de prestação regionalizada sua autonomia, i.e., a possibilidade de deliberar sobre a matéria. Ao assim procederem, os Estados culminam por gerar, de plano, “a imposição da vontade estadual para que os Municípios afetados contratassem a empresa estatal ou companhia de saneamento estadual”, situação que, nos próprios termos do PARECER n. 00204/2022/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU (vide parágrafo 35), fizeram com que o Supremo**

Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade da legislação fluminense na ADI nº 1.842/RJ.

335. À luz desses fenômenos de aparente exorbitação da competência estadual em detrimento da autonomia municipal, as Notas Técnicas da ANA, ora reiteradas, examinaram e aplicaram os fundamentos do acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.842/RJ, transcrevendo, em sua fundamentação, as razões de decidir que foram adotadas pelo Relator para o Acórdão, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, razões essas que corporificam o entendimento prevalecente naquela assentada do Plenário da Suprema Corte, em especial:

“5. Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum. O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto”

336. É de relevo acentuar que fundamentos internos ao voto de Ministros que contribuíram para a formação do julgado da ADI 1482 - no mencionado PARECER n. 00204/2022/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU, a parcela de voto de Sua Excelência o Min. Nelson Jobim, no que afirma, COM BASE NA LEI DA ÉPOCA, que as companhias estaduais poderiam, ser determinadas como prestadores de serviços públicos por deliberação colegiada -, por não ter sido adotada como razão de decidir no dispositivo do acórdão paradigma, conquanto relevante para a compreensão diacrônica da formação da jurisprudência, não integra o dispositivo, nem se presta a legitimar “per se”, atemporalmente e contra lei posterior tal mecanismo prestacional, inclusive em apreço à própria jurisprudência do STF, que não adota a transcendência dos motivos determinantes (e menos ainda fundamentos ventilados “in obiter dictum”), conforme: STF. Plenário. Rcl 8168/SC, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 19/11/2015 (Info 808).

337. A novel e prevalecente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, QUE EXAMINOU A LEGISLAÇÃO ORA VIGENTE, assim endereça a questão (vide o Voto do Relator Ministro Luiz Fux, pp. 29 e seguintes):

O primeiro objetivo setorial da Lei 14.026/2020 é incrementar a eficiência na prestação dos serviços, diante de novo regime de contratação pública. Portanto, quanto à forma de execução dos serviços de saneamento básico, a norma impugnada externou a vontade

política inequívoca pelo modelo de concessão. Seja conforme a justificativa dos Ministros de Estado da Economia e do Desenvolvimento Regional, que instruiu o texto da MP 868/2018 (peça juntada aos autos pela d. Consultoria-Geral da União); seja conforme os documentos produzidos pelo Relator do Projeto de Lei no Senado Federal (documento público), extrai-se a pretensão de fomentar a concorrência para os mercados.

Reitero: concorrência para os mercados, uma vez que a concorrência nos mercados – correspondente ao senso comum de “livre concorrência” – é indesejável para o setor de monopólio natural. Nesse particular, o processo de licitação corresponde ao momento em que o Poder Público interessado pode analisar as variáveis tecnológicas, a evolução dos fatores de produção e a relação de custo-benefício de cada player que se habilita.

338. **Ainda quanto à especial tutela da concorrência, e para afastamento definitivo das suspiciências ventiladas no desacolhido PARECER n. 00204/2022/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU, a apresentação de fundamentos legais relativos à especial tutela da concorrência no ordenamento jurídico, ventilada ao longo das Notas Técnicas, não culminou por indigitar qualquer circunstância concreta como sendo conduta ilícita, tampouco concluiu pela existência de autoria ou materialidade de quaisquer infrações administrativas, cíveis ou criminais de qualquer agente público ou privado.**

339. Em verdade, as Notas Técnicas resguardaram-se, singelamente, a ventilar a possibilidade de eventual violação caso a presunção de legitimidade de atos administrativos, dotada de presunção relativa (juris tantum) pudesse ser afastada se e quando verificada e comprovada “in concreto” potenciais violações apontadas, por zelo e por função regimental, como abstratamente possíveis de serem materializadas em desfavor da vigência do Novo Marco Legal do Saneamento Básico, com efeitos deletérios sobre a competência da ANA para editar normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento por seus titulares e entidades reguladoras e fiscalizadoras.

340. A manifestação definitiva da PFEANA, corporificada no DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00445/2022/GAB/PF/PFEANA/PGF/AGU - NUP: 00765.000461/2022-54, encontra reforço nas manifestações jurídicas da Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento Regional e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, uníssonas quanto às premissas e conclusões das Notas Técnicas da ANA.

341. **No mesmo sentido estão a Procuradoria da Fazenda Nacional, a Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento Regional, bem como os Ministros de Estado da Economia e do Desenvolvimento Regional, quando do exame da controvérsia, conforme se colhe dos fatos novos subsequentemente apresentados.**

342. **Quanto ao 3º Fato Novo**, houve a edição do PARECER SEI Nº 16469/2022/ME, de 16/12/2022, da Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria de Contratos e Disciplina, via Coordenação-Geral de Licitações e Atos Normativos em Contratação Pública, com a “*Conclusão pela incompatibilidade das normas estaduais com a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, com as alterações promovidas pela Lei nº 14.026, de 2020, no tocante à prestação direta dos serviços públicos de saneamento básico por empresas estatais estaduais*”.



343. **Quanto ao 4º Fato Novo**, houve a edição do OFÍCIO SEI Nº 420/2022/ME, em que Sua Excelência o Senhor Ministro de Estado da Economia, substituto, solicita à Advocacia-Geral da União que ingressasse *“com ação destinada à suspensão dos potenciais efeitos de leis estaduais em face de possíveis inconstitucionalidades formais e materiais que permitiriam a prestação direta do serviço público de saneamento básico por empresas estatais estaduais, bem como a prorrogação de contratos de programa, em potencial conflito com a Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020, que instituiu o Novo Marco Legal do Saneamento Básico - NMLSB”*.

344. **Assaz relevante consignar que o Ofício do então Ministro da Economia Substituto aponta, de forma ampla, para a impugnação de todas as leis estaduais que pudessem ensejar inconstitucionalidades formais ou materiais, sem restringir-se ao “leading case” do Estado da Paraíba.**

345. **Quanto 5º Fato Novo**, sobreveio edição do DESPACHO DE SUA EXCELÊNCIA O SENHOR MINISTRO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL DANIEL DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, DE 19/12/2022, NO PROCESSO 59000.017449/2022-73, nos seguintes termos:

“Trata-se de questionamento da Secretaria Nacional de Saneamento (SNS) a respeito da Lei Complementar n. 168, de 22 de junho de 2021, do Estado da Paraíba, assim como de seus regulamentos infralegais posteriores, no que concerne à delegação, sem prévio procedimento licitatório, da prestação de serviços de saneamento básico a empresa pública estadual - Companhia de Água e Esgotos da Paraíba (CAGEPA), no âmbito das microrregiões instituídas para presetação regionalizada. Nessa linha, considerando a manifestação dessa Consultoria Jurídica por meio do PARECER n. 00620/2022/CONJUR-MDR/CGU/AGU (4066024), AUTORIZO o envio do processo à Secretaria-Geral de Contencioso da AGU, para exame da viabilidade jurídica da impugnação das normas estaduais perante o Supremo Tribunal Federal, seja pela via do controle concentrado, conforme previsto no art. 3º, inciso V, da Portaria AGU n. 346, de 2020

346. **Quanto ao 6º Fato Novo**, houve a edição da Nota Técnica Conjunta nº 3/2022/DRP/DFIN/SNS-MDR, de 15/12/2022, da lavra do Departamento de Financiamento de Projetos e do Departamento de Repasses a Projetos, ambos da Secretaria Nacional de Saneamento (ASSUNTO: *Subsídios técnicos à União para questionamento acerca da legalidade da Lei Complementar nº 168, de 22 de junho de 2021, do Estado da Paraíba*). As conclusões do documento técnico, acolhido pelo Secretário Nacional de Saneamento, dão conta de que, além da violação à legislação federal examinada no Estado da Paraíba, há outras violações em outras unidades da federação, em plena consonância ao que a área técnica da ANA tem sustentado. Confira-se, em particular:

“4.8. Resta evidente a tentativa por parte do Governo do Estado da Paraíba de burlar o princípio fundamental da disputa concorrencial insttuído pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico, ao prever na LC 168/2021 a possibilidade de o Colegiado Microrregional delegar os serviços à CAGEPA, sem o devido procedimento licitatório, sob o argumento de a Companhia fazer parte da administração indireta de um dos integrantes

da gestão regionalizada, previsão essa reproduzida no Decreto nº 41.980/2021, e finalmente efetivada pela Resolução nº 001/2022, que autoriza efetivamente a prestação dos serviços pela CAGEPA na Microrregião

4.9 Destaca-se que outros estados da federação já editaram leis complementares com teor semelhante à do estado da Paraíba, que instituem as microrregiões e autorizam a delegação dos serviços a entidade vinculada à um dos participantes deste arranjo, sem o devido processo licitatório preconizado pela lei, demonstrando uma clara tendência por parte dos estados de tentar contornar a regulamentação federal do setor do saneamento, especialmente com o objetivo da manutenção da prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário pelas companhias estaduais, sem o devido procedimento licitatório.

347. **Quanto ao 7º Fato Novo**, houve a edição do PARECER n. 00620/2022/CONJUR-MDR/CGU/AGU NUP: 59000.017449/2022-73, de 16 de dezembro de 2022, que pontua a incompatibilidade da legislação do Estado da Paraíba em face da Constituição Federal e examina a possibilidade de que haja impugnação por três vias: (i) ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”, CF) ou, eventualmente, (ii) reclamação constitucional (art. 102, alínea “I”, CF) e, ainda, (iii) ação cível originária (art. 102, I, “f”, CF) para exame da viabilidade jurídica da impugnação das normas estaduais perante o Supremo Tribunal Federal, propostas essas que se sugere sejam enviadas ao escrutínio da Secretaria-Geral do Contencioso da AGU (SGCT) para exame, nos termos da Portaria AGU nº 346/2020, da impugnação adequada, seja pela via do controle concentrado, seja por outros instrumentos processuais disponíveis.

348. **Quanto ao 8º Fato Novo**, houve o aviamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.335, em face do art. 7º, incisos VIII e XI da LCE 168/2021, do Estado da Paraíba, para os quais se solicitou a declaração de inconstitucionalidade, com a mesma consequência, por arrastamento, aos Decretos 41.980/2021, 41.981/202, 41.982/2021 e 41.983/2021.

349. **Quanto ao 9º Fato Novo**, tomou-se conhecimento do DESPACHO Nº 45/2023/SGE (Documento nº 02500.003386/2023-09), de 25 de janeiro de 2023, pelo qual a Secretaria-Geral da ANA informa “que a Diretoria Colegiada da ANA, em sua 904ª Reunião Administrativa Ordinária, realizada em 24 de janeiro 2023, aprovou, por unanimidade, nos termos da manifestação da Procuradoria Federal, a participação da ANA na Ação, na qualidade de “amicus curiae”, conforme Cota nº 00016/2023/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU (Documento nº 02500.002284/2023-68)”.

350. O oitavo e o nono fatos novos revelam, desde logo, a unanimidade da sensibilidade técnico-jurídica e regulatório-econômica da Diretoria Colegiada ao tema subjacente à discussão das questões ora apresentadas e, nessa medida, reforça a relevância e a fundamentalidade do exame minucioso ora proposto, o qual demonstra a transcendência normativa e federativa da questão debatida, que exorbita ao Estado da Paraíba, e reforça a premente necessidade de impugnação da constitucionalidade das legislações estaduais que possivelmente violam formal e materialmente a Carta da República (ou, quando menos, reclama o aviamento de outros instrumentos de fiscalização judicial da constitucionalidade e da legalidade estrita desses atos estaduais e dos atos e contratos sobre eles edificados).

351. Entende-se, respeitosamente, que a assunção do relevante papel de amigo da Corte (“amicus curiae”), a ser peticionada oportunamente, conquanto louvável enquanto demonstração da percepção e do engajamento da Diretoria Colegiada quanto à máxima eficácia e conformidade funcional dos preceitos do Novo Marco Legal do Saneamento Básico à Constituição Federal, não é providência suficiente ao endereçamento das questões ora apresentadas por razões de índole processual e material:

(i) a uma, porque, ainda que se considere remota a possibilidade de não acolhimento do pleito da ANA, o ingresso na condição de “amicus curiae” não é direito subjetivo de quem pleiteia, de modo que a decisão que negue a participação como amicus curiae sequer admite reforma por recurso, isto é, é decisão irrecurável, conforme iterativa jurisprudência do STF;

(ii) a duas, porque há possibilidade de a Ação Direta de Inconstitucionalidade avariada por legitimado não-universal (associação, “in casu”) não vir a ser conhecida, caso não sejam demonstrados os pressupostos para processamento regular da fiscalização abstrata da constitucionalidade ali impugnada (inclusive, nesse particular, é importante indicar que Sua Excelência o Ministro Relator André Mendonça vislumbrou, de plano, defeito processual já na representação da proponente - vide e-doc. 9, com despacho deferindo 10 dias de prazo para juntada dos documentos constitutivos e do instrumento de procuração com poderes específicos para impugnação da norma a ser questionada) e determinou prazo para corrigenda da falha, o que, uma vez não sendo realizado, importa o não-conhecimento da ação). Relevante consignar que eventual correção da falha em questão não importa, necessariamente, que haverá conhecimento da ação direta, na medida em que haverão de ser cumpridos os demais requisitos qualificativos de entidades que buscam o acesso ao controle abstrato de normas, a saber: 1) a delimitação subjetiva da associação, que há de representar categoria delimitada ou delimitável de pessoas físicas ou jurídicas, sendo vedada a heterogeneidade da composição (ADI nº 4.230/RJ-AgR); 2) o caráter nacional, configurado pela comprovação da presença de associados em ao menos nove Estados da Federação (ADI nº 108/DF-QO, Ministro Celso de Mello, DJ de 5/6/92); 3) a vinculação temática entre os objetivos institucionais da postulante e a norma objeto de sindicância e 4) suficiência da representatividade da proponente, eis que entidade que represente mera fração ou parcela da categoria funcional ou econômica afetada pela norma não ostenta legitimidade para a propositura de ação direta, por ausência de pertinência temática (ADI 1.114/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 30.9.1994). Importante ter em conta que o Supremo Tribunal Federal examina de modo criterioso tais aspectos, que não são exigidos quanto a ação direta é proposta por legitimados universais, a exemplo da Advocacia Geral da União ou da Procuradoria Geral da República. Confira-se, nesse sentido, a jurisprudência: “Não cabe, desse modo, ao Supremo

Tribunal Federal, substituindo-se ao autor, suprir qualquer omissão que se verifique na petição inicial. Isso porque a natureza do processo de ação direta de inconstitucionalidade, que se revela instrumento de grave repercussão na ordem jurídica interna, impõe maior rigidez no controle dos seus pressupostos formais (RTJ 135/19, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RTJ 135/905, Rel. Min. CELSO DE MELLO);

(iiii) a três, não se vislumbra, no pedido específico, a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos Decretos do Estado da Paraíba, tão somente citados no corpo da petição inicial da ação direta. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece o dever de motivação adequada e suficiente do pedido, a contemplar todos os dispositivos normativos que se pretende impugnar. Por isso, impugnação genérica, sem indicação de fatos ou fundamentos jurídicos devidamente especificados, viola as regras processuais de definição precisa do pedido, nos termos da jurisprudência do STF (ADI nº 1775, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ 18.5.2001). Desse modo, não parece estratégia plenamente segura a de participar tão somente na condição de “amicus curiae”, dado que os aspectos processuais examinados de forma perfunctória, com base no conhecimento da jurisprudência da Suprema Corte, apontam possível não-conhecimento da ação, que poderia fazer soçobrar a participação efetiva da Agência no encaminhamento da matéria;

(iv) a quatro, em consulta ao sítio eletrônico do STF, houve informação de que teria havido, em 28/01/2023, alteração da redação do art. 8º e revogação dos incisos VIII e XI do art. 7º, ambos da LCE 168/2021 (confira-se a peça eletrônica nº 21 - Informação 6270/2023, protocolizada pela Procuradoria-Geral do Estado da Paraíba), contra o que a proponente da ADI manifestou-se (peça eletrônica nº 24 - Manifestação 7331/2023), arguindo a inocorrência da perda de objeto da ação, por alegação de fraude processual, com pedido de manutenção da ação ou sua conversão em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Como se vê, o risco de perda de objeto e extinção da ação -e, por conseguinte, da atuação da ANA como “amicus curiae” é bastante relevante, o que só reforça a insuficiência da providência para o encaminhamento da questão examinada.

(v) a cinco, existem em vigor, além da legislação paraibana - que, como visto, mais seguramente deveria ser impugnada por legitimado universal para o controle de constitucionalidade - uma série de outras leis estaduais que apresentam semelhantes e até mais relevantes indícios de incompatibilidade com a Constituição Federal.



352. De todo modo, é relevante examinar que, caso tenham sido celebrados contratos ou avenças diretas com base na legislação estadual paraibana objurgada na ADI 7335, não se entende possível que se possa objetar a suposta perfectibilidade de tais atos, face à inconstitucionalidade da lei em que se escorou a formação do compromisso e sua concomitante incompatibilidade com a legislação federal, que vigorava ao tempo da eventual assinatura e segue em vigor, ressoando a ilegalidade de tais avenças.

353. Mais claramente: não se pode alegar a revogação da lei pelo Estado como fundamento para proteger supostos atos jurídicos perfeitos cujo plano da validade era e permanece questionável frente à Constituição e à legislação federal. A revogação, nessa medida, se empregada como escudo ao exame do STF ou das autoridades que poderiam realizar outras sortes de controle administrativo ou jurisdicional, consubstanciaria tentativa de tirar proveito da própria conduta ilícita, providência que o Direito não alberga.

354. Cabe aos órgãos jurídicos verificar a ocorrência ou não de perda de objeto da mencionada ADI e à persistência ou não de interesse processual próprio na citada ação para exercício das prerrogativas de “amicus curiae”. Conquanto não seja objeto da ADI 7335, aponta-se que remanesce em vigor, não tendo sido alvo de revogação, o art. 14 da Lei Complementar Estadual 168/2021, do Estado da Paraíba, o qual permite a contratação direta de prestação de serviços de saneamento básico de abastecimento de água e esgotamento sanitário em via diversa daquela legislada pela União, formal e materialmente.

355. **De todo modo, ainda que ocorra a extinção da ação por perda de objeto e o exame da inconstitucionalidade ou ilegalidade dos eventuais contratos firmados seja examinado nas vias ordinárias, as demais legislações estaduais apontadas e que padecem de vícios semelhantes deverão de ser levadas à fiscalização abstrata da constitucionalidade, o que permitirá o exame aprofundado das questões ora apresentadas.**

356. **Quanto ao 10º fato novo**, considerando que a matéria encontra-se sob o exame da Consultoria Jurídica do MMA⁵⁴, pasta ministerial à qual a ANA ora está vinculada, é de relevo que haja manifestação fundamentada da Diretoria Colegiada da ANA acerca da relevância do tema sobre sua atuação, com vistas a que a supervisão ministerial possa dar-se de modo adequado, tempestivo e harmonioso.

357. Postos esses fundamentos e fatos novos, todos a apontar pela necessidade, conveniência, oportunidade e urgência da adoção de posicionamento abrangente e uniforme pela Diretoria Colegiada da ANA, reforça-se o exame pregresso acerca das evidências de violação à Constituição Federal, que, caso não declaradas, produzirão efeitos sobre a existência, o alcance e os efeitos das Normas de Referência da ANA, mormente no que toca aos instrumentos negociais, à matriz de riscos e à regulação tarifária, todos constantes da Agenda Regulatória 2022-2024.

54 Vide Processo SEI nº 02500.056672/2022-88
https://sei.mma.gov.br/sei/processo_acesso_externo_consulta.php?id_acesso_externo=19588&infra_hash=4822a2c4ae918112036db08836b2a05f



VI. Conclusões e Encaminhamentos

358. Reiteram-se os fundamentos da Nota Técnica nº 12/2022/COCOL/SEC, com as atualizações examinadas nesta Nota Técnica, notadamente quanto às legislações dos Estados da Bahia, do Maranhão e do Piauí, em razão de diligências complementares que permitiram vislumbrar outras hipóteses de usurpação possível da competência federal para editar diretrizes para o saneamento básico, em exorbitância da competência suplementar dos Estados para legislar sobre contratos administrativos e em aparente prejuízo do dever de licitação insculpido no art. 175 da Carta da República.

359. Reiteram-se os fundamentos da Nota Técnica 1/2022/COCOL/SSB, inclusive com vistas a atender ao art. 74 da Constituição Federal, todos reforçados pelo exame dos fatos novos apresentados, que tão somente corroboram as conclusões já apresentadas pela setorial técnica da SSB.

360. As questões examinadas, atinentes à definição precisa das formas legítimas de prestação direta e indireta de serviços públicos e dos limites de subdelegação admitidos (e nos vínculos contratuais em que tais estratégias são legalmente possíveis, independentemente da nomenclatura designativa - PPP ou não) guardam estrita pertinência com a definição do problema regulatório e com a realização da análise de impacto regulatório das normas previstas na Agenda Regulatória ANA 2022-2024, razão pela qual foram coligidas todas as informações levantadas e examinadas pela área técnica da ANA, nos limites de suas atribuições legais e regimentais apresentadas de forma minuciosa na inauguração desta manifestação técnica.

361. Posto isso, e considerando que já houve manifestação da Procuradoria Federal junto à ANA, **recomenda-se o imediato encaminhamento do presente processo à Secretaria-geral (SGE) para designação de relatoria.**

362. Sem prejuízo do envio imediato dos autos ao gabinete do(a) Diretor(a) sorteado(a) para relatoria, recomenda-se, de forma concomitante e paralela a essa providência, a remessa de uma via da presente Nota Técnica à PFE/ANA, a título de informação e subsídio técnico à elaboração de manifestação de ingresso como “amicus curiae” nos autos da ADI 7.335, em apreço à mencionada decisão unânime da Diretoria Colegiada da ANA.

363. Recebido o processo no gabinete do(a) Diretor(a) Relator(a), sugere-se que, em atenção à existência de outras hipóteses de legislação estadual, arroladas na 1ª Seção desta Nota Técnica, que merecem idêntica avaliação quanto ao cabimento da impugnação judicial para exame de sua conformidade constitucional e em vista de seus efeitos sobre as competências normativas da ANA, seja a presente Nota Técnica encaminhada aos órgãos responsáveis pelo exame técnico e eventual adoção legal de providências processuais tendentes à impugnação das demais espécies normativas estaduais apontadas na presente NT, em especial:



(i) à Secretaria Nacional de Saneamento do Ministério do Desenvolvimento Regional - SNS/MDR⁵⁵;

(ii) à Procuradoria-Federal da Fazenda (PGFN), que exerce a consultoria jurídica do Ministério da Fazenda;

(iii) à Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento Regional;

(iv) à Secretaria-Geral do Contencioso da AGU (SGCT/AGU) e

(v) à Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente e Mudanças Climáticas (CONJUR/MMA)

364. Por oportuno, uma vez conhecidos os termos e fundamentos desta Nota Técnica pelas pastas ministeriais (MDR, MF e MMA), bem como pela SGCT/AGU, sugere-se ao Diretor(a) Relator(a) que examine, por si ou após deliberação em DIREC, a conveniência e a oportunidade de sugerir às pastas ministeriais que avaliem a conveniência da consulta em tese ao Tribunal de Contas da União, conforme o disposto no art. 264 do Regimento Interno do TCU, quanto aos aspectos apresentados nas seções desta Nota Técnica, considerando que as questões suscitadas

⁵⁵ Reforça-se a relevância do encaminhamento da presente análise técnica ao Ministério do Desenvolvimento Regional a fim de que, a partir do conhecimento dos dados colhidos por esta área técnica da ANA e da interpretação que a esses dados se deu, aquela pasta ministerial possa adotar as providências de acompanhamento, avaliação e ação que, no âmbito da Política Federal de Saneamento Básico, auxiliem a que a legislação dos Estados seja alinhada às premissas do Novo Marco Legal do Saneamento Básico e da Constituição Federal, inclusive no que diz respeito às competências do MDR no CISB, especialmente, no que toca ao CISB, para o adequado exercício das competências previstas no art. 53-B, II, III e V da Lei nº 11.445/2007:, voltadas a “acompanhar o processo de articulação e as medidas que visem à destinação dos recursos para o saneamento básico, no âmbito do Poder Executivo federal”; “garantir a racionalidade da aplicação dos recursos federais no setor de saneamento básico, com vistas à universalização dos serviços e à ampliação dos investimentos públicos e privados no setor” e “avaliar e aprovar orientações para a aplicação dos recursos federais em saneamento básico”. Por oportuno, faz-se necessário indicar ao Ministério do Desenvolvimento Regional a conveniência de que seja elaborada Exposição de Motivos voltada a atualização do Decreto nº 7.217/2010 para que a prestação dos serviços de saneamento básico pelos titulares (ou por quem exerça a titularidade) alinhe-se às premissas do Novo Marco Legal do Saneamento Básico. Em especial, constata-se a revogação tácita do art. 38, II, “b”, que ainda segue a admitir a celebração de contrato de programa no âmbito de gestão associada de serviços públicos, apesar da proibição legal superveniente. Em atenção à nova conformação legal do exercício da titularidade, o art. 38, I do Decreto nº 7.217/2010 também merece reforma, a fim de impedir estratégias obstativas do princípio da seleção competitiva do prestador de serviços, tais quais os ora examinados, que abstraem do modelo constitucional e legal de Administração Pública previsto na Constituição Federal para adotar, à guisa de exercício direto de Administração Pública empresarial multifederativa, arremedo de prestação direta sem previsão legal e, ademais, contrário aos pressupostos de legalidade. Ainda quanto à atuação do MDR, em relação àqueles Estados cujas legislações e propostas legislativas não discrepam da legislação federal e da Constituição da República, ou que ainda estejam em vias de adotar expedientes voltados à implementação de legislação para prestação regionalizada, sugere-se a remessa, aos Poderes Executivo e Legislativo dessas unidades federativas, das ponderações de índole técnico-jurídica expendidas nesta Nota Técnica, com vistas à interpretação e aplicação mais consentâneas com o propósito de efetivar a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico, com a máxima eficácia e concordância funcional ao princípio fundamental da seleção competitiva do prestador.



nesta Nota Técnica guardam estrita legitimidade com a definição de balizas claras ao repasse dos recursos federais em face das circunstâncias contratuais, legais e institucionais examinadas⁵⁶.

365. Considerando os fundamentos apresentados em cada seção desta Nota Técnica, recomenda-se ao Diretor(a) Relator(a) que examine e, em sendo o caso, submeta à DIREC a proposta o pronto encaminhamento ao Tribunal de Contas da União também com vistas a dar conhecimento das circunstâncias examinadas nesta Nota Técnica à área técnica da Corte de Contas que realiza o acompanhamento das ações da ANA (vide Acórdão 2392/2022- Plenário - TC 025.604/2021-0).

366. Considerando o Acordo de Cooperação Técnica com o Instituto Rui Barbosa - IRB, sugere-se a remessa da presente Nota Técnica para conhecimento, especialmente considerando a relevância e a transcendência das questões, que são de interesse dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios detentores de competência para exame.

367. Considerando o Acordo de Cooperação Técnica com o CNMP, sugere-se a remessa da presente Nota Técnica para conhecimento e eventuais providências, a partir do encaminhamento aos órgãos do Ministério Público entendidos como competentes⁵⁷, sem prejuízo da remessa direta ao Ministério Público Federal e aos Ministérios Públicos dos Estados da Bahia, da Paraíba, do Maranhão, de Pernambuco, do Sergipe, do Amazonas, do Espírito Santo e do Paraná, a fim de que sejam examinadas eventuais medidas em relação à legislação estadual examinada nesta Nota Técnica.

368. Sugere-se, ainda, a remessa da presente análise técnica aos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: à SEAE/ME, a fim de que sejam examinados os possíveis impactos anticompetitivos das legislações e proposições legislativas que vulnerarem a seleção

⁵⁶ Ante o contexto de que a seleção competitiva do prestador de serviços e, por conseguinte, as licitações podem vir a ser frustradas, é de rigor que o TCU examine e fixe balizas claras e seguras aos gestores públicos de todas as esferas federativas, inclusive para o correto modo de a ANA proceder no exercício de seu mister de edição de normas de referência para regulação pelos titulares e suas entidades reguladoras. Vislumbra-se que, caso sejam aperfeiçoados arranjos de prestação direta que frustrem a seleção competitiva do prestador de serviços e, concomitantemente, sejam repassados recursos federais a esses empreendimentos invalidamente pactuados, eventual decisão ulterior da Corte de Contas que considere ilegal o repasse de recursos terá pouca frutuosidade e, possivelmente, baixa repetibilidade dos recursos federais empregados. Dessarte, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação poderá trazer consequências jurídicas, econômicas e sociais deletérias, as quais podem, com a diligência que ora se propõe, ser prontamente mitigadas, em apreço à segurança jurídica e à uniformidade regulatória que o setor de saneamento requer para seu desenvolvimento.

⁵⁷ Concomitantemente, considerando a competência constitucional do Supremo Tribunal Federal para realizar a fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público Federal e Estadual (art. 102, I, “a” e “p” da CF/88) e, ainda, a prerrogativa constitucional e legal do Procurador-Geral da República para propor ação direta de inconstitucionalidade (arts. 103, VI e 129, IV, da Constituição Federal de 1988, c.c art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20.5.1993 e, ainda, a Lei 9.868/99), promover a remessa presente nota técnica ao Ministério Público Federal a fim de que seja recebida como representação de inconstitucionalidade, com vistas à propositura de ação direta de inconstitucionalidade ou de outra ação voltada ao controle concentrado da legislação apontada (em especial: legislação dos Estados da Bahia, da Paraíba, do Maranhão, de Pernambuco, do Sergipe, do Amazonas, do Espírito Santo e do Paraná).



competitiva dos prestadores e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a fim de que as providências voltadas à tutela preventiva, repressiva e educativa da concorrência sejam adotadas, nos termos da Lei nº 12.529/2011.

369. Sugere-se o imediato encaminhamento da presente Nota Técnica às entidades de regulação que exercem tais funções em relação às empresas SABESP e SANASA a fim de que, nos limites de sua competência regulatória, em especial de fazer cumprir a legislação federal e de promover a concorrência, as estratégias empresariais veiculadas nas notícias jornalísticas examinadas nesta Nota Técnica sejam verificadas, segundo o devido processo legal administrativo.

370. São essas as conclusões técnicas e encaminhamentos que ora se submetem à superior consideração.

(assinado eletronicamente)
JOÃO PAULO SOARES COELHO
Coordenador de Legislação

DESPACHO Nº 76/2023/SSB
Documento nº 02500.013309/2023-59

Brasília, 22 de março de 2023.

Ao Diretor Vitor Eduardo de Almeida Saback
Assunto: Pressupostos constitucionais, legais e institucionais para edição de normas de referência para regulação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário previstos no Eixo 9 (Saneamento) da Agenda Regulatória 2022-2024.
Referência: 02501.002432/2022

Senhor Diretor,

1. Submeto à sua consideração as análises técnicas e as propostas de encaminhamento formuladas pela Coordenação de Legislação desta Superintendência de Regulação dos Serviços de Saneamento Básico a Nota Técnica nº 03/2023/COCOL/SSB - Documento nº 02500.007618/2023-90, de 17 de fevereiro de 2023, as quais aprovo e adoto como motivação do presente despacho, nos termos do art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/99.
2. Destaco a relevância institucional dos temas examinados na aludida Nota Técnica nº 03/2023/COCOL/SSB, a qual reúne e atualiza as análises técnicas anteriormente realizadas pela área técnica da SSB (NOTA TÉCNICA Nº 12/2022/COCOL/SEC - Documento no 02500.034170/2022-04, DE 24 DE JUNHO DE 2022 e NOTA TÉCNICA Nº 1/2022/COCOL/SSB - Documento no 02500.051011/2022-66, DE 26 DE SETEMBRO DE 2022), por força dos assuntos¹ e objetos examinados², em vista dos efeitos potenciais ao exercício da competência normativa da ANA.
3. A fim de mais bem circunstanciar os assuntos examinados e sua correlação indissociável com as competências normativas desta Agência, destacam-se os fundamentos motivadores da análise técnica:

¹ “Pressupostos constitucionais, legais e institucionais para edição de normas de referência para regulação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário previstos no Eixo 9 Saneamento da Agenda Regulatória 2022-2024”.

² “(1ª Seção) Limitações jurídico-regulatórias à prestação direta de serviços públicos de saneamento básico nas hipóteses legais de prestação regionalizada dos serviços públicos de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgotos, com exame da legislação estadual em face da Constituição Federal de 1988; (2ª Seção) Limitações às hipóteses (inclusive anômalas) de subdelegação, por via contratual ou societária, da prestação de serviços públicos de saneamento básico, em atenção à vedação legal de sobreposição de custos administrativos; (3ª Seção) Fatos Novos que reforçam a necessidade de conhecimento e deliberação da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Águas acerca das manifestações da setorial técnica. Conclusões e Encaminhamentos”.

***“Na 1ª Seção desta Nota Técnica, considerando os efeitos que tais arranjos legais e proposições legislativas disciplinadores da prestação regionalizada terão na prestação, na contratação e na regulação dos serviços públicos e, por conseguinte, no exercício das funções normativas legalmente atribuídas a esta Agência Reguladora, apontam-se premissas técnico-jurídicas acerca do exercício da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico, à luz da legislação federal vigente, e as possíveis limitações jurídico-regulatórias à prestação direta de serviços públicos de saneamento básico, com exame da legislação já positivada pelos Estados da Federação e, ainda, de algumas proposições legislativas com igual objeto, todas face da Constituição Federal de 1988 e da legislação federal em matéria de saneamento básico.*”**

***Tem-se em perspectiva que o tema apresentado impacta, de forma direta, o cumprimento da Agenda Regulatória 2022-2024 desta Agência, na qual constam, no eixo temático “Saneamento” (Eixo 9), o tema “Padronização de instrumentos negociais” e, respectivamente, as metas “Estabelecer norma de referência sobre matriz de riscos de contratos para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário” (meta 9.12) e “Estabelecer norma de referência para a padronização dos contratos de concessão para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.” (meta 9.13).*”**

O exame das formas legítimas de prestação direta de serviços públicos é condição para que sejam determinados, em Norma de Referência, a natureza, a função, o alcance e a forma dos instrumentos negociais, bem como para que sejam estabelecidos a natureza, o alcance e as variáveis que constarão da matriz de riscos, bem como a alocação desses últimos, entre contratantes e contratados.

É dizer: contratação direta ou contratação licitada são modos específicos de prestação das utilidades materiais fruíveis pelos usuários que pressupõem e dão ensejo a diferentes naturezas de obrigações assumidas e de riscos alocados, com inegáveis reflexos sobre a financiabilidade dos serviços e sobre os instrumentos tarifários requeridos por cada qual.

Por conseguinte, vislumbra-se que a regulação tarifária a ser adotada também depende do paradigma de contratação da prestação do serviço (contratação direta enquanto mecanismo de cooperação interfederativa de natureza consorcial, com regulação sobremaneira discricionária vis-à-vis contratação por licitação com regulação predominantemente contratual).

Portanto, o exame da legislação e das proposições legislativas em curso nos Estados tem como escopo a definição precisa do problema regulatório e das eventuais estratégias adequadas a endereçar tal problema por ocasião da elaboração das normas de referência pertinentes. Não se cuida de tarefa diletante, tampouco exame abstrato, mas cautela metodológica necessária ao exame da possibilidade jurídica, da natureza, do alcance, dos objetivos e da consequente escolha dos instrumentos adequados à atuação normativa da Agência Nacional de Águas.

Cabe inclusive destacar a necessidade de diretrizes claras para cada tipo de prestação do serviço, dado que independentemente da escolha, a busca pela universalização é premissa basilar que deve orientar a prestação do serviço. Além disso, o papel da ANA é complexo, já que é necessário criar instrumentos regulatórios eficientes para a diversidade de tipos de prestadores que existem no saneamento básico. Sendo assim o desenho da prestação de serviço deve identificar o melhor modelo que se adequa ao



desafio identificado e relacioná-lo ao melhor instrumento que criará o incentivo correto para cada situação.

Na 2ª Seção desta Nota Técnica, uma vez apresentadas as questões relevantes acerca da constitucionalidade e legalidade das formas de prestação direta capazes de impactar a definição do problema regulatório e as alternativas regulatórias dos temas e metas relativos aos instrumentos negociais (metas 9.12 e 9.13), infere-se a possibilidade de impactos desse cenário na regulação tarifária, o qual é reforçado por outro fenômeno autônomo, mas relativamente atrelado àquele examinado na 1ª Seção: as estratégias contratuais e societárias de subdelegação da prestação de serviços públicos de água e esgoto que importem sobreposição de custos administrativos aos usuários dos serviços públicos, em detrimento da modicidade tarifária e da vedação legal específica a tal fenômeno (art. 11-A, § 3º, Lei nº 11.445/2007) .

Posto isso, a legislação estadual sobre contratação de serviços de saneamento e as estratégias de subdelegação guardam estrita pertinência tanto com as normas de referência relativas a contratos administrativos, quanto aquelas normas de referência concernentes à regulação tarifária.

Há, dessa forma, possíveis reflexos na elaboração e/ou no cumprimento das Normas de Referência previstas no Eixo Temático 9 (Saneamento) da Agenda Regulatória 2022-2024, a saber: “Estabelecer norma de referência com diretrizes para definição dos modelos de regulação para serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário” (meta 9.9), “Estabelecer norma de referência com a estrutura tarifária para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário” (meta 9.10) e “Estabelecer norma de referência sobre reajuste tarifário para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário” (meta 9.11).

Por sua vez, as formas distintas de contratação da prestação dos serviços projetam nos instrumentos negociais (tidos por possíveis e preferíveis) distinta alocação de riscos. Ademais, cada um dos paradigmas negociais vislumbrados (de contratação direta ou de contratação licitada), por sua vez, projeta e molda as possíveis relações de delegação da função de regulação.

A própria amplitude normativa e fiscalizatória a ser levada a efeito pelas entidades reguladoras infranacionais será impactada pelo grau maior ou menor da regionalização da prestação, do planejamento e da regulação, além de interferir, de forma direta, na natureza e na forma da regulação a ser desempenhada (ou mais próxima de um modelo de regulação contratual, ou mais próxima de um modelo de regulação discricionária). Ou seja, a discussão apresentada projeta efeitos sobre o papel das entidades reguladoras infranacionais (ERIs) nos diferentes contextos normativos e institucionais que derivam da adoção de uma ou outra forma de contratação (direta ou licitada) à questão ora apresentada.

Em razão disso, percebe-se possibilidade de o plexo legislativo estadual examinado e de as estratégias de subdelegação examinadas projetarem efeitos sobre as condições de aplicabilidade das normas de referência atinentes ao tema “Governança Regulatória” e, particularmente, à meta 9.2 da Agenda Regulatória ANA 2022-2024: “Estabelecer norma de referência sobre governança regulatória das entidades reguladoras infranacionais”.



*Forte nessas premissas, **na 3ª Seção desta Nota Técnica**, são examinados fatos novos, da mais alta relevância jurídica, política e institucional, que reforçam a premente necessidade de que a Diretoria Colegiada da ANA conheça e delibere acerca das conclusões e encaminhamentos da setorial técnica propostos e ora reforçados.”*

4. Cabe, inclusive, destacar a necessidade de diretrizes claras para cada tipo de prestação do serviço, dado que, independentemente da forma de prestação adotada, a busca pela universalização é premissa basilar que deve orientar a prestação do serviço. Além disso, o papel da ANA é complexo, já que é necessário criar instrumentos regulatórios eficientes para a diversidade de formas de prestação e tipos de prestadores no setor de saneamento básico. Sendo assim, o desenho da prestação de serviço deve identificar o melhor modelo que se adeque ao desafio identificado e relacioná-lo ao melhor instrumento capaz de criar o incentivo correto para cada situação.

5. Ressalto, por oportuno, que a Diretoria Colegiada da ANA já examinou e aprovou à unanimidade alguns aspectos que são objeto da análise técnica³, o que reforça a necessidade do exame detido e global, pela Diretoria Colegiada da ANA, dos assuntos examinados e das propostas de encaminhamento formuladas pela área técnica.

Atenciosamente,

(assinado eletronicamente)
CÍNTIA LEAL MARINHO DE ARAUJO
Superintendente de Regulação de Saneamento Básico

³ **Ofício nº 129/2022/VR/ANA, de Documento nº 02500.056672/2022-88, de 27 de outubro de 2022;** Processo nº 02500.050564/2022-00: (i) **Ofício nº 122/2022/VR/ANA, de 26 de outubro de 2022** - Documento nº 02500.056352/2022-28; (ii) **Ofício Nº 123/2022/VR/ANA, de 26 de outubro de 2022** - Documento nº 02500.056354/2022-17.

DESPACHO Nº 45/2023/SGE (Documento nº 02500.003386/2023-09), de 25 de janeiro de 2023, da Secretaria-Geral da ANA informa “que a Diretoria Colegiada da ANA, em sua 904ª Reunião Administrativa Ordinária, realizada em 24 de janeiro 2023, aprovou, por unanimidade, nos termos da manifestação da Procuradoria Federal, a participação da ANA na Ação [Direta de Inconstitucionalidade nº 7335], na qualidade de ‘amicus curiae’, conforme Cota nº 00016/2023/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU (Documento nº 02500.002284/2023-68)”.

DESPACHO Nº 194/2023/SGE (Documento nº 02500.011277/2023-57), de 10 de março de 2023 (Processo nº 02501.003770/2022-11), o qual informa que “a Diretoria Colegiada da ANA, em sua 909ª Reunião Administrativa Ordinária, realizada em 7 de março de 2023, aprovou, por unanimidade, a linha argumentativa a ser adotada na defesa da universalização do marco legal do saneamento básico e ratifica as manifestações técnicas (regulatórias e operacionais) formuladas pela Superintendência de Regulação de Saneamento Básico (SSB), conforme Nota Técnica nº 4/2023/COCOL/SSB (documento nº 02500.007818/2023-42), com a atuação da ANA como “amicus curiae” nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual nº 0053958-45.2021.8.16.0000, em curso no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR)

