

NOTA TÉCNICA Nº 8/2023/COCOL/SSB
Documento nº 02500.025605/2023-01

Brasília, 04 de maio de 2023.

À Superintendente de Regulação de Saneamento Básico

Assunto: Análise Técnico-Regulatória dos Decretos nº 11.466 e 11.467, de 5 de abril de 2023

Referência: 02501.002432/2022

I) RELATÓRIO

1. Cuida-se de exame dos apresentação de subsídios técnico-operacionais, inicialmente produzidos em resposta à solicitação formulada pela Procuradoria Federal Especializada junto à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - PFEANA para, em suma, proceder à instrução da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1055 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1057, ambas sob a relatoria de Sua Excelência o Ministro Luiz Fux.
2. As mencionadas ADPF impugnam a compatibilidade com preceitos constitucionais dos Decretos nº 11.466 e 11.467, ambos de 5 de abril de 2023¹.
3. Ainda que já tenha sido apresentada a manifestação da AGU nos autos das mencionadas arguições, remanesce a necessidade e o interesse de que a ANA adote posicionamento decisório sobre o assunto. Primeiramente, pela correlação necessária entre as disposições regulamentares e a competência legal da Agência. **Em segundo lugar, pela**

¹ O Decreto nº 11.466, de 5 de abril de 2023, regulamenta o art. 10-B e o “caput” do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 e tem por objeto “estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário, considerados os contratos em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização”. O referido ato revoga o Decreto nº 10.710/2021. O Decreto nº 11.467, de 5 de abril de 2023, regulamenta, em suma, a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico, bem como o apoio técnico e financeiro de que trata o art. 13 da Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, além da alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou geridos ou operados por órgãos ou entidades da União de que trata o art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, além de promover alteração do Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, e do Decreto nº 10.430, de 20 de julho de 2020.

circunstância de que Sua Excelência o Ministro Luiz Fux determinou a oitiva da ANA para manifestar-se em ambas as arguições²:

“Tendo em vista a relevância do tema e o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade do Marco Legal de Saneamento Básico, designo a realização de audiência preliminar de conciliação antes de apreciar o pedido liminar, a ser realizada na terça-feira, dia 23/05/2023, às 14:00h, no gabinete deste Relator, anexo II-A do STF, 3º andar, sala 301. Deverão ser intimados para comparecimento: (i) o Advogado-Geral da União; (ii) o Procurador-Geral da República; (iii) a Agência Nacional de Águas (ANA); (iv) o Presidente do Partido Novo; (v) 1 (um) representante da Associação Brasileira de Direito de Infraestrutura (ABDIInfra); e (vi) 1 (um) representante da Associação Brasileira de Empresas Estaduais de Saneamento (AESB)”.

4. Como apontado, tais arguições têm por objeto a declaração de incompatibilidade de dispositivos dos Decretos nº 11.466 e nº 11.447, ambos de 5 de abril de 2023, que regulamentam dispositivos da Lei nº 11.445/2007. Assevera-se que tais atos regulamentares teriam condão de vulnerar preceitos fundamentais³ da Constituição Federal de 1988.

5. A fim de mais bem compreender os tópicos debatidos perante o Supremo Tribunal Federal por força dessas arguições, passa-se ao exame dos dispositivos que foram impugnados em cada uma delas com vistas a identificar, no mérito técnico, em quais aspectos cumpre a esta autarquia prestar subsídios técnico-regulatórios, nos termos de sua competência legal.

6. Considerando a reiteração de algumas impugnações em ambas as arguições, procedeu-se ao resumo por cada uma, com indicação dos atos normativos impugnados

II) Questionamentos ao Decreto nº 11.466, de 5 de abril de 2023

II.1) ADPF 1055 - Impugnações ao Decreto nº 11.466/2023

² Fonte::<<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6612752>> Acesso em 26.4.2023

³ Na petição inicial da ADPF 1055, apontam-se os seguintes preceitos tidos por violados: “separação de Poderes (art. 2º da CRFB), da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CRFB), da redução das desigualdades regionais (art. 3.º, III, da CRFB), da prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, II, da CRFB), da vida (art.5.º, caput, da CRFB), da saúde (art. 6.º, caput, da CRFB), da moradia (art. 23, IX, da CRFB) do meio ambiente (art. 225, caput, da CRFB), do pacto federativo (art. 18, caput, e 25, §3.º, da CRFB) e da licitação (art. 37, XXI, e art. 175, caput, da CRFB)”. Na petição inicial da ADPF 1057, apontam-se como violados os seguintes preceitos: “princípio da separação de Poderes (art. 2º c/c art. 84, IV) e negam vigência aos postulados da dignidade da pessoa humana (art.1.º, III), da vida (art. 5, caput), da saúde (art. 6º c/c 220), e da redução das desigualdades regionais (art. 3.º, III),

7. Quanto ao Decreto nº 11.466, de 5 de abril de 2023, a ADPF 1055, em síntese, sustenta que o Poder Executivo, ao disciplinar a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário que detenham contratos em vigor, **teria violado o art. 5º, XXXVI, da CF/88 (proteção ao ato jurídico perfeito e vedação do efeito repristinatório)**, ao possibilitar, na prática, a realização de etapa-meio já exaurida e de objeto já precluso (viabilização das inclusão das metas de universalização até 31 de março de 2022, previsto no art. 11-B, §1º, da Lei n.º 11.445/2007).

8. Ao assim fazer, segundo a arguente, **teria havido exorbitação do poder regulamentar do Poder Executivo, ao dispor distintamente de matéria de hierarquia legal, em violação ao preceito da separação de poderes (art. 2º, CF/88)** e, por essa via, excepcionar ou mesmo desconsiderar a irregularidade contratual que já teria emanado por efeito legal. No mesmo sentido e propósito, **a inicial da ADPF impugna o art. 10 e o art. 17, parágrafo único do Decreto 11.466/2023, os quais, respectivamente, conferem prazo adicional para comprovação de capacidade econômico-financeira aos prestadores de serviço.**

9. A inicial da ADPF 1055 assevera, também, que **haveria incompatibilidade entre o art. 1º, §5º do Decreto 11.466/2023⁴ e o, art. 11-B, §2º, caput, da Lei n.º 11.445/2007⁵.**

10. De plano, quanto a essa específica questão, aparenta haver pretensão de controle de legalidade do dispositivo regulamentar debatido, dado o cotejo entre o dispositivo do regulamento e a regra legal apontada como parâmetro de controle, sendo a eventual

⁴ Art. 1º Este Decreto regulamenta o [art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007](#), para estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário que detenham contratos em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização.

§ 5º Nos casos de prestação por meio de contrato precedido de licitação, seja de concessão comum, nos termos do disposto na [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), ou de concessão patrocinada ou administrativa, nos termos do disposto na [Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004](#), a comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador é necessária somente para fins de aditamento dos contratos para inclusão das metas de universalização.

⁵ Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

§ 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 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:

incompatibilidade com preceitos fundamentais constitucionais uma avaliação secundária, por via reflexa⁶.

11. De todo modo, independentemente da envergadura legal ou constitucional do debate pretendido, o Decreto nº 10.710/2021, revogado pelo Decreto combatido, continha igual disposição (art. 1º, §1º, II)⁷, a qual não foi impugnada pela petição inicial.

12. Em assim sendo, caso julgada procedente a arguição, a ausência da impugnação específica de todo o complexo normativo - i.e., da igual disposição do Decreto nº 10.710/2021 - provocaria o retorno de sua vigência (efeito repristinatório), com redação que, por idêntica, é considerada incompatível com a Constituição pelo próprio arguente, que, apesar disso, não procedeu a impugnação específica⁸⁹.

13. A inicial da ADPF 1055 aduz, ainda, que o art. 1º, §6º do Decreto nº 11.446/2023, ao eximir a prestação direta do exame de capacidade econômico-financeira, teria ensejado proteção deficiente dos usuários submetidos a tal forma de prestação, em alegado prejuízo aos direitos fundamentais à vida, à saúde, à moradia e ao meio ambiente.

⁶ A verificação acerca da possibilidade de exame de questão legal no âmbito da ADPF, considerando que o princípio da legalidade é preceito fundamental, ou a conclusão de que tal questão importaria lesão indireta e reflexa à Constituição Federal é juízo que compete à AGU, via Procuradoria Federal Especializada junto à ANA (PFEANA).

⁷ Art. 1º Este Decreto regulamenta o [art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007](#), para estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário que detenham contratos regulares em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização previstas no [caput do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007](#).

§ 1º Devem comprovar capacidade econômico-financeira com vistas a viabilizar a universalização dos serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário, nos termos do disposto na [Lei nº 11.445, de 2007](#), e [deste Decreto](#):

II - os prestadores de serviço que o explorem com base em contrato, precedido de licitação e celebrado com o titular do serviço, de concessão comum regido pela [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), ou de concessão patrocinada ou administrativa regido pela [Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004](#), para fins de aditamento dos contratos para inclusão das metas de universalização.

⁸ “A declaração de inconstitucionalidade em abstrato de normas legais, diante do efeito repristinatório que lhe é inerente, importa a restauração dos preceitos normativos revogados pela Lei declarada inconstitucional, de modo que o autor deve impugnar toda a cadeia normativa pertinente” (STF; ADI 4.711; RS; Tribunal Pleno; Rel. Min. Roberto Barroso; DJE 28/09/2021; Pág. 13)

⁹ A confirmação do juízo hipotético aventado por esta área técnica, bem como a relevância jurídica de sua configuração para o deslinde do processo, hão de ser examinadas pela Advocacia-Geral da União, via PFEANA, a quem caberá dimensionar o interesse jurídico da arguente na tutela pretendida.

14. Contudo, identicamente ao dispositivo anteriormente analisado, a petição inicial deixou de observar que o Decreto nº 10.710/2021 continha igual disposição¹⁰, a qual tampouco veio a ser objeto de impugnação específica, apesar de que sua vigência seria ripristinada, caso julgada procedente a arguição¹¹.

15. A inicial da ADPF 1055 sustenta, ainda, que o art. 18 do Decreto nº 11.466/2023, ao conferir presunção de capacidade econômico-financeira às empresas estatais em processo de desestatização, vulneraria o art. 11-B, §1.º, da Lei nº 11.445/2007).

16. Novamente, além de adotar parâmetro de controle alheio ao controle abstrato de constitucionalidade, já que adota preceito legal como parâmetro de controle, a inicial da ADPF 1055 desconsidera, novamente, que o Decreto nº 10.710/2021 continha igual disposição¹², a qual, a exemplo das anteriormente mencionadas, não foi objeto de impugnação.

17. Ou seja, se for conhecida e julgada procedente a disposição do Decreto 11.466/2023 questionada, tal decisão importará o retorno de disposição regulamentar do ato revogado que padece da mesma capacidade de vulnerar preceito fundamental, a teor do que sustenta a própria arguente¹³.

18. Passa-se ao resumo das impugnações apresentadas pela ADPF 1057 ao Decreto nº 11.466/2023.

II.2) ADPF 1057 - Impugnações ao Decreto nº 11.466/2023

19. **Quanto ao Decreto nº 11.466, de 5 de abril de 2023**, a ADPF 1057 sustenta, em síntese, que o art. 10 do regulamento cuida de matéria já exaurida, porquanto regulamentada pelo Decreto 10.710/2021, cujo efeito de condição prévia à celebração dos aditivos de inclusão de obrigações de investimentos em contratos em vigor já teria sido exaurido há mais de um ano, quer pela disciplina integral da matéria, quer pelo transcurso do prazo máximo para realização do exame de capacidade econômico-financeira (31 de dezembro de 2021, nos termos do art. 10-

¹⁰ Art. 1º, § 3º Não se submete ao disposto neste Decreto a prestação direta de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário pelo Município ou pelo Distrito Federal titular do serviço, ainda que por intermédio de autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista por ele controladas.

¹¹ Cabe à AGU, via PFEANA, examinar a existência e relevância dessa constatação preliminar.

¹² Art. 22. *Caso sejam submetidas a processo de desestatização, empresas públicas ou sociedades de economia mista estaduais e distritais que prestem serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário com base em contrato de programa celebrado nos termos do disposto na [Lei nº 11.107, de 2005](#), terão sua capacidade econômico-financeira presumida, desde que atendidas as seguintes condições:*

¹³ É forçoso que a AGU, via PFEANA, examine a existência desse fenômeno e, caso vislumbrado, indique sua relevância para a possibilidade de conhecimento da arguição e para o julgamento de seu mérito.

B da Lei nº 11.445/2007)¹⁴, quer pelo transcurso do prazo máximo para inclusão ampla de tais obrigações nas relações contratuais em vigor (31 de março de 2022)¹⁵.

20. Da impugnação, portanto, extrai-se por alegada a vulneração dos preceitos fundamentais da **legalidade** (art. 37, caput, CF/88).

21. A inicial da ADPF 1057 aponta, ainda, a vulneração do preceito fundamental da **isonomia**, eis que o diploma combatido teria conferido tratamento distinto e até contraditório, já que houve prestadores que, tendo-se submetido à avaliação de capacidade sob o Decreto nº 10.710/2021, foram considerados inaptos e tiveram, por conseguinte, seus vínculos considerados irregulares - e, dentre esses, e em razão dessa irregularidade, diversos teriam tido seus vínculos contratuais extintos -, ao passo que prestadores que sequer se submeteram ao exame à época do regulamento ora revogado, agora terão oportunidade de regularização e adaptação contratual franqueada pelo novo regulamento¹⁶.

22. A inicial da ADPF 1057 **impugna o art. 1º, § 2º, 3º e 4º do Decreto 11.466/2023**. Confira-se, pois, seu teor:

Art. 1º Este Decreto regulamenta o [art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007](#), para estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário que detenham contratos em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização.

§ 2º O prestador poderá incluir no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira eventuais situações de prestação dos serviços, por meio de contratos provisórios não

¹⁴ Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei.

¹⁵ Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

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

¹⁶ Pela racionalidade da impugnação, o ato combatido poderia importar conceder benefício pelo comportamento omissivo (“nemo venire contra factum proprium”), o que há de ser examinado, juridicamente, pela AGU.

formalizados, ou de contratos, instrumentos ou relações irregulares ou de natureza precária, hipóteses em que a prestação deverá ser regularizada junto ao titular ou à estrutura de prestação regionalizada, até 31 de dezembro de 2025, e a regularização estará condicionada à efetiva comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador.

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

§ 4º Os prestadores de serviço de que trata o § 1º comprovarão capacidade econômico-financeira ainda que, na data de publicação deste Decreto, tenham celebrado com o titular do serviço termo aditivo para incorporação das metas de universalização.

23. Segundo a petição inicial da ADPF 1057, tais dispositivos regulamentares estão em desalinho com o **art. 10 e com o art. 11-B, §8º, ambos da Lei nº 11.445/2007**, porquanto permitiriam a convalidação ou a prorrogação de contratos irregulares e precários, a despeito das vedações presentes nos dispositivos legais examinados.

24. Ademais, assevera-se que, no regramento do Decreto 10.710/2021, mesmo que se comprovasse, no plano técnico-econômico, a aptidão para assunção de obrigações de universalização no patamar das metas legais (ex vi do **art. 18, V, c/c art. 21, ambos do Decreto 10.710/2021**)¹⁷, a irregularidade e a precariedade dos contratos conduziram ao seu desfazimento, com o conseqüente dever de o titular dos serviços adotar alguma forma de prestação regular direta ou indireta dos serviços públicos.

25. A ADPF 1057 suscita, portanto, a impossibilidade de convalidação ampla de situações irregulares e precárias, a teor da conjugação da interpretação sistemática do **art. 10, “caput” e §3º, bem como o art. 11-B §8º**, reforçados pela interpretação limitativa ensejada pela hipótese legal que, excepcionalmente, anui com aumento de prazo contratual, enquanto prorrogação-remédio (mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro), tão somente para os contratos originados de licitação que concordarem em adotar novas obrigações de investimento

¹⁷ Art. 18. A decisão que concluir pela comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador de serviços perderá automaticamente seus efeitos se:

V - não for comprovado, até 31 de dezembro de 2023, o encerramento da prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário com base em relações precárias.

Art. 21. A eventual comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador, em nenhuma hipótese, justificará convalidação dos contratos, instrumentos ou relações irregulares ou de natureza precária.

(art. 11-B, § 2º, III, da Lei 11.445/2007). Aponta-se, ainda, a impossibilidade de que situações já extintas possam ser alcançadas por instrumento de aditivação contratual, a teor do art. 10 da Lei 11.445/2007.

26. Por fim, quanto ao Decreto nº 11.466, de 5 de abril de 2023, a ADPF 1057 reforça a relevância do **art. 49 da Lei nº 11.445/2007**, que estabelece a promoção da concorrência na prestação dos serviços como objetivo expresso da Política Federal de Saneamento Básico.

27. Passa-se ao resumo das impugnações propostas ao Decreto nº 11.467/2023.

III) Quanto ao Decreto nº 11.467, de 5 de abril de 2023

III.1) ADPF 1055 - Impugnações ao Decreto nº 11.467/2023

28. Quanto ao Decreto nº 11.467, de 5 de abril de 2023, a ADPF 1055, em síntese, questiona o art. 5º, §3º do diploma regulamentar, cuja redação é a seguinte:

Art. 5º As subdelegações celebradas a partir da data de publicação da [Lei nº 14.026, de 2020](#), deverão obedecer ao limite de vinte e cinco por cento do valor do contrato cujo objeto será subdelegado.

§ 3º No caso de a subdelegação realizada por um mesmo prestador abranger dois ou mais contratos de delegação dos serviços públicos de saneamento básico, o valor do contrato sobre o qual será aplicado o limite de vinte e cinco por cento equivalerá à soma dos valores dos contratos de delegação abrangidos pela subdelegação.

29. Assevera-se que a aplicação da disposição regulamentar torna indiscernível o limite para subdelegação de 25% sobre o valor do contrato, na medida em que se poderia extrapolar tal patamar em um contrato, compensando esse excesso em outro vínculo, a partir da soma que o regulamento, por si próprio, possibilita. Aponta-se a vulneração do **art. 11-A, “caput”, da Lei nº 11.445/2007**¹⁸.

30. A inicial da ADPF 1055 sustenta, ainda, no que toca ao Decreto nº 11.467, de 5 de abril de 2023, haveria exorbitação do poder regulamentar na previsão constante do **§4º do art. 5º**, porquanto tal dispositivo excepcional, amplamente, as parcerias público-privadas do âmbito da limitação percentual de subdelegação, como se nenhuma das modalidades de PPP

¹⁸ 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. [\(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

fosse (ou pudesse ser) empregada como técnica de subdelegação. Confira-se a redação do dispositivo:

Art. 5º As subdelegações celebradas a partir da data de publicação da [Lei nº 14.026, de 2020](#), deverão obedecer ao limite de vinte e cinco por cento do valor do contrato cujo objeto será subdelegado.

§ 4º Nos termos do disposto no **caput** do [art. 11-A da Lei nº 11.445, de 2007](#), o limite de vinte e cinco por cento previsto no **caput** deste artigo não se aplica a parcerias público-privadas, realizadas nos termos do disposto na [Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004](#), em qualquer das modalidades admitidas, ainda que sejam contratadas por prestador delegatário ou concessionário de serviços, desde que os ganhos de eficiência decorrentes da contratação sejam compartilhados com o usuário dos serviços.

31. Em seguida, a inicial da ADPF 1055 aponta a possibilidade de que se extraia do **art. 6º, §3º** a interpretação “a contrario sensu” de que unidades regionais de saneamento básico e bloco de referência seriam, à semelhança das unidades territoriais urbanas (região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião), de constituição compulsória a partir da edição da legislação estadual, sem necessidade de prévia anuência dos municípios. Tal disposição, segundo a parte arguente, violaria o preceito fundamental da autonomia municipal. Confira-se a redação do dispositivo impugnado:

Art. 6º A prestação regionalizada de serviços de saneamento é a 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, com uniformização da regulação e da fiscalização e com compatibilidade de planejamento entre os titulares, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, e poderá ser estruturada em:

§ 3º Na hipótese de Ride, a prestação regionalizada de serviço público de saneamento básico ficará condicionada à anuência dos Municípios que a integram.

32. Ainda, a inicial da ADPF 1055 insurge-se contra os **§§6º e 7º do art. 6º**, os quais, ainda que a título temporário, admitem o estabelecimento de convênio de cooperação entre municípios e ente estadual como sucedâneo de prestação regionalizada. No entender da arguente, as hipóteses legalmente admitidas encontram-se em rol taxativo do art. 3º, VI e alíneas, da Lei nº 11.445/2007, que não contemplam, por equiparação de ato infralegal, hipóteses outras.

33. Ademais, quanto aos consórcios públicos, os dispositivos impugnados negariam vigência à lei federal, que derogou o regime jurídico da Lei nº 11.107/2005, vedando a participação do Estado ou da União na associação pública, eis que a lei específica do setor de saneamento básico somente admitiria o consórcio intermunicipal, não mais se admitindo a

criação de consórcio de direito privado, tampouco a criação de pessoas jurídicas de direito privado no âmbito da gestão associada dos serviços de saneamento básico.

Art. 6º (...)

§ 6º Enquanto a União não editar as resoluções de que trata o § 5º, os convênios de cooperação e os consórcios intermunicipais de saneamento básico, formalizados na forma do disposto na [Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005](#), serão considerados estruturas de prestação regionalizada, desde que o Estado não tenha aprovado nenhuma das leis previstas nos incisos I e II do **caput**.

§ 7º Para fins do disposto nos incisos II e III do **caput**, o Estado e a União deverão considerar os convênios de cooperação e os consórcios intermunicipais de saneamento básico existentes, de modo que os Municípios integrantes dessas estruturas de gestão associada de serviços públicos componham uma mesma estrutura de prestação regionalizada, sem prejuízo da inclusão de novos Municípios.

34. A inicial da ADPF 1055 insurge-se contra os **§§8º e 9º do art. 6º**, os quais, adotam modal autorizativo da constituição de mecanismos de gestão associada para exercício de funções relativas aos serviços públicos de saneamento básico, inclusive convênio de cooperação, com dispensa expressa de necessidade de autorização legal. Ademais, segundo a arguente, tais dispositivos parecem admitir que os convênios, mesmo sem se constituírem em forma de pessoa jurídica, poderiam criar órgãos ou estruturas de governança interfederativa. Confira-se sua redação

Art. 6º. (...)

§ 8º 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, dispensada, em caso de convênio de cooperação, a necessidade de autorização legal.

§ 9º Os convênios de cooperação de que trata este artigo, mesmo sem dar origem a pessoa jurídica, poderão criar órgãos colegiados e outras estruturas de governança interfederativa.

35. Conquanto a redação do **§8º do art. 6º** tenha sido extraída da lei, sua conjugação com o parágrafo novo ensejaria possível conclusão pela autorização de constituição de instrumentos precários.

36. Ademais, a arguição sustenta que a criação de órgão seria matéria restrita à lei em sentido formal, não cabendo autorização genérica ou disposição criadora por ato de hierarquia infralegal.

37. Em seguida, sustenta-se que os **§§14, 16 e 17 do art. 6º** importam a violação dos art. 10 da Lei nº 11.445/2007, quer pela violação à autonomia municipal, em desalinhamento com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 1842/RJ), ao estender a compulsoriedade associativa de uma específica hipótese de prestação regionalizada (região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião) para todo o gênero.

38. Ademais, alega-se haver frontal antinomia com a regra legal de exercício da titularidade, em razão da autorização legal de contratação direta de entidade administrativa integrante de apenas um dos entes federativos. Confira-se a redação dos dispositivos impugnados:

§ 14. A prestação direta dos serviços em determinado Município da estrutura de prestação regionalizada por entidade que integre a administração do próprio Município poderá ser autorizada pela entidade de governança interfederativa, condicionada à comprovação de efetivo cumprimento do disposto no [art. 9º da Lei nº 11.445, de 2007](#), em especial a definição da entidade responsável pela regulação e fiscalização que atestará o cumprimento das demais condicionantes.

§ 16. Na hipótese do inciso I do **caput**, a prestação dos serviços em determinado Município da estrutura de prestação regionalizada por entidade que integre a administração do respectivo Estado, nos termos do [inciso II do art. 8º da Lei nº 11.445, de 2007](#), dependerá da autorização da entidade de governança interfederativa e será equiparada à prestação direta.

§ 17. A hipótese a que se refere o § 16 fica condicionada à formalização dos termos da prestação, que conte com anuência da entidade reguladora, respeitadas as disposições dos [art. 9º](#), [art. 10-A](#), [art. 11](#), [art. 11-A](#) e [art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007](#), e à comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador, nos termos do disposto em regulamento, com vistas ao cumprimento das metas de universalização.

39. A inicial da ADPF 1055 aponta, ainda, que o **art. 11, “caput” e §3º**, ao possibilitar o acesso, pelos titulares dos serviços públicos e pelos Estados, a recursos públicos federais ou financiamentos com recursos da União ou geridos ou operados por órgãos ou entidades da União para investimentos de capital nos serviços durante o período de transição para prestação regular, uma vez assumido o compromisso de comprovação da regularidade até 31 de dezembro de 2025.

40. Afirma-se que tal possibilidade protela a regularização, ao invés de promovê-la.

41. Em arremate, a inicial da ADPF 1055 sustenta a exorbitação do poder regulamentar pelo **art. 15, “caput”, parágrafo único e incisos I e II**, ao criar hipóteses de não-aplicação dos requisitos do art. 50 da Lei nº 11.445/2007 às conformações de prestação regionalizada, pelo menos até 31 de dezembro de 2025 e, ainda, ao ressaltar, independentemente de prazo, da incidência dos dispositivos relativos à prestação regionalizada

(art. 50, VII, VIII e IX) os municípios com contratos de programa regulares em vigor cujo prestador tenha tido comprovação de sua capacidade econômico-financeira e, ainda, municípios cuja prestação tenha sido licitada ou esteja submetida à consulta pública ou, ainda, tenha estudos já contratados pelas instituições financeiras federais.

42. Arguiu-se, ainda, a possível violação de preceito fundamental quanto à adoção, pelo art. 16 do Decreto 11.467/2023, do critério de menor valor de outorga.

III.2) ADPF 1057 - Impugnações ao Decreto nº 11.467/2023

43. De forma sintética, a ADPF 1057 questiona o art. 5º do diploma, repisando as impugnações da ADPF 1055 quanto aos limites da subdelegação para os contratos do setor de saneamento. Além disso, bate-se contra o 15 do Decreto 11.467/2023, sob a alegação de que a norma flexibiliza o acesso aos recursos públicos federais e aos financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União ao prever que o requisito de estruturação de prestação regionalizada não será aplicável para os empréstimos realizados até 31 de dezembro de 2025. Alega-se que tal “waiver” temporal não encontra autorização legal, o que ensejaria sobrevida a vínculos contratuais irregulares.

44. É, em síntese, o resumo das impugnações apresentadas aos diplomas regulamentares.

IV) Análise Técnica

IV.1) Pressupostos Justificadores da Manifestação da ANA sobre os Decretos

45. A Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA, nos termos do art. 4-A da Lei nº 9.984/2000 e do art. 25-A da Lei nº 11.445/2007¹⁹, tem, em seu rol de competências²⁰, o dever de editar normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento

¹⁹. 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 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. [\(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

²⁰ É também dever da ANA, nos termos § 5º da Lei nº 9.984/2000, disponibilizar, em caráter voluntário e com sujeição à concordância entre as partes, a ação mediadora ou arbitral nos conflitos que envolvam **titulares, agências reguladoras** ou **prestadores** de serviço público de saneamento básico.

básico, tarefa a ser exercida por seus **titulares** e suas **entidades reguladoras e fiscalizadoras**, observadas as diretrizes da Lei 11.445/2007.

46. 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 9.984/2000²¹, 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”**.

47. No cumprimento do mister de regulação referencial²², compete à ANA *avaliar o impacto regulatório das normas de referência* (art. 4º-A, § 6º, Lei nº 9.984/2000)²³ e, ainda, **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)²⁴.

48. De plano, portanto, **o regime jurídico aplicável aos titulares e aos exercentes da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico**, bem como a **prestação dos serviços e sua regulação**, são objeto específico de exame técnico e competência decisória da ANA, o que confere à autarquia federal a **necessidade de avaliar se e em que medida** a regulamentação federal, que tem presunção relativa de legalidade e constitucionalidade, impacta o exercício de suas competências, *especialmente quando tal presunção relativa é objeto de questionamentos no âmbito judicial e legislativo*.

49. Tal preocupação ostenta contornos mais expressivos em razão de o próprio Decreto nº 11.467, de 05 de abril de 2023, ter dedicado capítulo próprio às normas de referência

²¹ 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; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

²² A atividade regulatória da ANA é, sobretudo, **regulação normativa referencial**, eis que as funções regulatórias em sentido estrito - de **normatização** específica (com efeito cogente), de **outorga** do direito de prestação dos serviços, da realização de **fiscalização** e da **aplicação de sanções** - são atribuições inerentes aos titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras

²³ 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. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

²⁴ 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. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

para a regulação dos serviços, com delimitações não apenas finalísticas, mas até mesmo balizas objetivas a serem respeitadas (e, ao que parece, não excedidas nem confrontadas) pela atuação macro regulatória da ANA. Confira-se a redação do regulamento:

CAPÍTULO IV

DAS NORMAS DE REFERÊNCIA PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

Art. 13. As normas de referência a serem editadas pela ANA, nos termos do disposto no [art. 4º-A da Lei nº 9.984, de 2000](#), conterão parâmetros técnicos e procedimentos para a regulação dos serviços de saneamento pelos titulares e pelas respectivas entidades reguladoras e fiscalizadoras infranacionais, no exercício de suas funções regulatórias, com vistas a ser garantida uniformidade regulatória ao setor de saneamento básico e segurança jurídica à prestação e à regulação dos serviços, observados os objetivos da regulação estabelecidos no [art. 22 da Lei nº 11.445, de 2007](#).

§ 1º Ao editar as normas de referência, a ANA deverá:

I - observar as diretrizes da política federal de saneamento básico, inclusive aquelas estabelecidas pelo Ministério das Cidades;

II - considerar as diferenças socioeconômicas regionais;

III - limitar-se ao mínimo necessário para atingimento da finalidade de padronização; e

IV - definir prazo razoável para que as entidades reguladoras infranacionais incorporem as normas de referência em seu arcabouço regulatório, o qual não poderá ser inferior a doze meses a partir da publicação das respectivas normas de referência.

§ 2º As normas de referência editadas pela ANA terão incidência sobre as relações jurídicas estabelecidas entre titulares, prestadores e usuários dos serviços de saneamento somente após a incorporação pelas respectivas entidades reguladoras infranacionais em seu arcabouço regulatório.

§ 3º O ato normativo a que se refere o [§ 1º do art. 4º-B da Lei nº 9.984, de 2000](#), poderá prever requisitos graduais para a comprovação da adoção das normas de referência.

§ 4º No prazo de incorporação das normas de referência a que se refere o inciso IV § 1º, fica excepcionada a condicionante de que trata o inciso III do **caput** do art. 7º.

§ 5º O prazo estabelecido pela ANA para a incorporação das normas de referência, com fundamento no disposto no inciso IV do § 1º, não impede que as entidades reguladoras infranacionais incorporem as referidas normas de referência em prazo inferior.

Art. 14. As normas de referências já publicadas e as que se encontram em elaboração deverão ser adequadas aos termos do disposto neste Decreto.

50. **A questão relativa ao dever de observância, pelas Agências Reguladoras, às diretrizes de política pública é questão institucional assaz relevante, especialmente após a Lei nº 13.848/2019, que estabeleceu, em seu art. 3º, a ausência de tutela ou subordinação hierárquica das entidades reguladoras, em aparente derrogação das premissas de aplicação do Decreto-lei nº 200/1967. Por si só, essa premissa legal, do art. 3º da Lei nº 13.848/2019, parece exigir da ANA o exame - sob os prismas jurídico e de política regulatória - acerca da compatibilização entre o regulamento superveniente e a apontada premissa legal.**

51. **Concomitantemente, a superveniência dessa autonomia decisória com ausência de tutela recomenda a Advocacia-Geral da União revise o Parecer AC-51/2006 a fim de que sejam verificadas a juridicidade das conclusões expedidas à época à luz do quadro normativo atual, especialmente considerando as evoluções que a aplicação de tal parecer vinculante passou a ter na práxis regulatória e nas próprias manifestações da Advocacia Pública, a reforçar a necessidade de exame técnico-regulatório das eventuais diretrizes políticas²⁵.**

52. Em todo caso, respeitadas as premissas de política pública, sem prejuízo da autonomia decisória da ANA, cabe à autarquia, por força legal, **no plano teleológico**, relativo aos deveres e aos objetivos a serem observados na edição de normas de referência pela Agência Nacional de Águas, buscar:

(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);

²⁵ Em obra dedicada ao tema, o Procurador-Geral da Agência Nacional de Aviação Civil, Dr. Gustavo Carneiro de Albuquerque, apresenta a experiência no setor de aeroportos e o debate profícuo estabelecido a partir do exame jurídico e técnico relativo ao alcance das diretrizes de política pública à agência reguladora, bem como do dever de motivação técnico-regulatória da exequibilidade das diretrizes de política pública, inclusive com o apontamento de que, não raramente, a avaliação técnico-regulatória tem condão de promover sugestões benéficas ao aperfeiçoamento da política pública. Em suma, a observância das diretrizes de política pública parece ponto de partida para exame da agência reguladora quanto ao exercício de sua discricionariedade técnica e sua autonomia decisória, inclusive para sugerir o aperfeiçoamento da política, e não um ato vinculado de chancela e adoção integral da política pública, em hipotético ato desatrelado da necessidade de ulterior fundamentação técnica. Referência: ALBUQUERQUE, Gustavo Carneiro de. "Análises técnicas por Agências Reguladoras sobre Diretrizes Políticas de Ministérios: uma proposta de revisão do alcance do Parecer Vinculante AGU AC - 51 à luz do estudo de caso dos Aeroportos Brasileiros". Orientadora: Professora Lívia Medeiros Amorim. Instituto Serzedello Corrêa - Escola Superior do Tribunal de Contas da União. Escola Nacional de Administração Pública - ENAP. Brasília, 2019. Disponível em: < <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4122/1/Gustavo%20Carneiro%20de%20Albuquerque.pdf>> Acesso em 04.05.2023.

(iii) o estímulo à cooperação interfederativa com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, a fim de buscar universalização e a 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).²⁶

53. A exigência de **prestação adequada** dos serviços públicos pela legislação específica (art. 4º-A, § 3º, I e III, da Lei nº 9.984/2000) alinha-se à exigência legal geral de “serviço adequado”, a qual compreende não apenas à conformidade técnica e social da utilidade material prestada, direta ou indiretamente pelo Poder Público, aos usuários, **mas também à conformidade propriamente jurídica de sua contratualização e prestação**, tal qual se verifica na Lei Geral de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/1995):

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de **serviço adequado** ao pleno atendimento dos usuários, **conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.**

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as **condições de regularidade**, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas

54. A promoção da **prestação adequada** requer o exame da regularidade dos contratos e das operações, no qual se realize a verificação da observância e do atendimento às prescrições *constitucionais, legais e contratuais* relativas à *prestação* dos serviços públicos ou, mais amplamente, ao *exercício da titularidade*, conforme redação expressa do art. 3º, incisos IX e XIII da Lei nº 11.445/2007, conferida pela Lei 14.026/2020:

*“Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:
IX - contratos regulares: aqueles que atendem aos dispositivos*

²⁶ 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)

legais pertinentes à prestação de serviços públicos de saneamento básico;

XIII - operação regular: aquela que observa integralmente as disposições constitucionais, legais e contratuais relativas ao exercício da titularidade e à contratação, prestação e regulação dos serviços;

55. Tão é verdade que a regularidade dos contratos e operações são questões sobre as quais a ANA precisa conhecer e, em certa medida, sobre elas manifestar-se que o legislador conferiu ao atributo da regularidade a mesma dignidade normativa que deu à observância das normas de referência da ANA: essas dimensões apresentam igual efeito jurídico sobre o mecanismo de fomento à uniformização regulatória, na medida em que ambas são condições ao repasse de recursos federais. Confira-se:

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:

II - à operação adequada e à manutenção dos empreendimentos anteriormente financiados com os recursos mencionados no **caput** deste artigo;

III - à observância das normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA;

VI - à regularidade da operação a ser financiada, nos termos do inciso XIII do **caput** do art. 3º desta Lei;

56. Há, portanto, comunhão legal de efeitos entre a “*observância às normas de referência*”, à “*adequação das operações*” e à “*regularidade da operação*”, a demandar postura zelosa pelo fiel cumprimento da lei e, ainda, pela concordância prática e máxima efetividade na interpretação sistemática e aplicação harmônica dessas dimensões de igual estatura legislativa.

57. Postas essas premissas, entende-se que o exame técnico da ANA²⁷ não pode olvidar eventual irregularidade de contrato ou de operação, tampouco assentir que haja edição de norma de referência, ou juízo de observância sobre norma de referência já editada, que, de

²⁷ Não se sustenta que as competências legais da ANA teriam condão desconstitutivo das análises de regularidade realizadas por titulares ou reguladores. Contudo, o próprio arranjo regulamentar trazido pelos decretos aqui examinados confere à ANA possibilidade de exame com algum gradiente decisório, o que há de ser examinado pela PFEANA, sob a ótica jurídica, e pela Diretoria Colegiada, sob a perspectiva de política regulatória, com vistas a manifestar-se sobre os limites de sua própria competência.

qualquer modo, legitime, direta ou indiretamente, arranjos sem lastro na legalidade administrativa ou, ainda, incompatíveis com o ordenamento constitucional, o que ensejaria, além de complacência com descumprimentos ao ordenamento jurídico, o repasse de recursos federais a arranjos irregulares, com os efeitos sociais, econômicos e jurídicos daí deletérios decorrentes.

58. **Tal preocupação é reforçada em razão de a redação do regulamento atual dispor de forma mais ampla sobre o que a ANA terá de publicar, comparativamente ao regramento anterior, previsto no art. 17 do Decreto nº 10.710/2021.**

59. **Na sistemática anterior, do Decreto nº 10.710/2021**, após a decisão das entidades reguladoras infranacionais sobre a avaliação de capacidade econômico-financeira, esta Agência teria de disponibilizar cópia das manifestações técnicas e das decisões da entidade reguladora que dissessem respeito exclusivamente sobre esse assunto (repita-se: tão somente sobre a decisão dos reguladores locais sobre aprovação ou não no exame de capacidade econômico-financeira dos prestadores), conforme se constata dos dispositivos do decreto atualmente revogado:

Art. 16. Encerrada a instrução processual, **a entidade reguladora deverá emitir decisão fundamentada que conclua pela comprovação ou não da capacidade econômico-financeira do prestador de serviços**, observadas as disposições deste Decreto.

§ 1º A decisão que concluir pela comprovação de capacidade econômico-financeira depende da aprovação do interessado nas duas etapas de análise de que trata o art. 4º.

§ 2º A decisão poderá se basear em outros documentos ou informações a que a entidade reguladora tenha acesso além daqueles apresentados pelo interessado.

§ 3º A decisão da entidade reguladora não está vinculada às conclusões constantes dos laudos ou pareceres técnicos apresentados pelo prestador, a que se referem os incisos V e VIII do **caput** do art. 11.

Art. 17. Após a decisão final, a entidade reguladora encaminhará cópia do processo para a ANA, em formato digital, **que deverá disponibilizar em seu sítio eletrônico, no mínimo, cópia eletrônica das manifestações técnicas e das decisões da entidade reguladora**, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

60. O também revogado Decreto 10.588, de 24 de dezembro de 2020, com a redação conferida pelo Decreto nº 11.030, de 1º de abril de 2022 - editado, portanto, após a realização da capacidade econômico-financeira prevista no Decreto 10.710/2021, encerrada em 31/12/2021, e da celebração dos aditivos de incorporação das metas, encerrada em 31/03/2022 - estabelecia que a ANA daria publicidade aos contratos regulares, assim entendidos aqueles cujos prestadores, uma vez aprovados na comprovação de capacidade econômico-financeira,

houvessem aderido às metas relativas à expansão de cobertura e atendimento do art. 11-B da Lei nº 11.445/2007.

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. [\(Incluído pelo Decreto nº 11.030, de 2022\)](#)

§ 8º A ANA disponibilizará em seu sítio eletrônico a relação dos contratos regulares que aderiram às metas relativas à expansão de cobertura e atendimento de que trata o [art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007](#), mediante comprovação de capacidade econômico-financeira do prestador, para aferição do disposto no inciso VI do **caput** do art. 4º. [\(Incluído pelo Decreto nº 11.030, de 2022\)](#)

61. Ainda sob tais regulamentos (Decreto nº 10.710/2021 e Decreto nº 10.588/2020), houve consenso técnico²⁸, jurídico²⁹ e aprovação superior³⁰ de que à ANA caberia tão somente disponibilizar, em seu sítio eletrônico: (i) no mínimo, as decisões e as manifestações técnicas fundamentadas das entidades reguladoras infranacionais (art. 17 do Decreto nº 10.710/2021) e (ii) os contratos considerados regulares pelas entidades reguladoras infranacionais que tenham sido aditados com as metas de expansão e cobertura (art. 4º-A, § 8º do Decreto nº 10.588/2020).

62. Entendeu-se que não caberia à ANA emanar declaração acerca da legalidade ou da correção técnica do exame de capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos levado a efeito pelas entidades reguladoras infranacionais, dado que as informações recebidas pela ANA das agências reguladoras têm presunção de veracidade e legalidade, assim como suas decisões e manifestações técnicas já o tinham, conforme disposto no art. 17 do Decreto nº 10.710/2021.

63. **Na sistemática atual, do Decreto nº 11.466/2023**, a ANA terá de, a partir da análise de capacidade econômico-financeira feita pelos reguladores infranacionais, disponibilizar produto em princípio mais amplo, que são as listas de contratos regulares e de contratos irregulares, conforme o art. 13 do novel regulamento:

Art. 13. Após a decisão final, a entidade reguladora encaminhará cópia do processo para a ANA, em formato digital, que disponibilizará em seu sítio eletrônico, no mínimo, cópia eletrônica das manifestações técnicas e das decisões da entidade reguladora, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

²⁸ NOTA TÉCNICA Nº 11/2022/COCOL/SEC Documento no 02500.027739/2022-77, de 19 de maio de 2022

²⁹ PARECER n. 00071/2022/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU

³⁰ OFÍCIO CIRCULAR Nº 2/2022/VR/ANA Documento no 02500.029415/2022-73, de 31 de maio de 2022

Parágrafo único. A ANA disponibilizará também a relação dos contratos regulares, que incluíram as metas relativas à expansão de cobertura e atendimento, firmados com os prestadores que tiveram a capacidade econômico-financeira comprovada, nos termos do disposto neste Decreto, e a lista dos contratos irregulares.

64. **Ou seja, em um juízo técnico preliminar, considerando a redação do dispositivo do novo decreto regulamentar - que parece trazer maior espaço de exame, manifestação, decisão e possível responsabilidade à ANA -, e considerando que o conceito de *regularidade* encontra definição legal propriamente jurídica - o qual não se confunde com o juízo técnico-econômico de aprovação ou reprovação de capacidade econômico-financeira -, é razoável supor que o novo regulamento poderia ser interpretado como potencialmente mais amplo, isto é, conferindo um âmbito maior de questões a serem examinadas pela ANA na elaboração das listas de contratos regulares e irregulares.**

65. A despeito de o Decreto nº 11.467, de 5 de abril de 2023, manter a atribuição dos titulares dos serviços públicos e dos reguladores para avaliação das situações contratuais e operacionais regulares e irregulares³¹, faz-se necessária averiguar, do ponto de vista jurídico, se segue válido, nesse ponto, o posicionamento jurídico anteriormente manifestado (PARECER n. 00071/2022/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU), à luz da nova disciplina regulamentar.

66. Igualmente ao exame da “*observância às normas de referência*”, da “*adequação das operações*” e da “*regularidade da operação*”, o exame da *prestação regionalizada* é matéria também arrolada como condição ao repasse de recursos federais no art. 50 da Lei nº 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:

VII - à estruturação de prestação regionalizada;

VIII - à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 (cento e oitenta) dias contados de sua instituição, nos casos de unidade regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada; e

³¹ Art. 9º A irregularidade do contrato implica a irregularidade da operação para fins do disposto no inciso VI do **caput** do art. 7º, 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. § 1º Caberá ao titular do serviço público de saneamento básico e à entidade reguladora competente a avaliação quanto à existência de eventuais irregularidades e as providências cabíveis em cada situação.

IX - à constituição da entidade de governança federativa no prazo estabelecido no inciso VIII do **caput** deste artigo.

67. **Portanto, a avaliação técnica da ANA pressupõe, além do juízo privativo sobre a conformidade às suas normas de referência, o exame de aspectos relativos à conformidade legal de adequação, da regularidade e da estruturação adequada da prestação regionalizada³² e seu funcionamento, inclusive em termos adequados de governança federativa³³. À luz do art. 50 da Lei nº 11.445/2007, portanto, tais dimensões são condicionantes ao repasse de recursos federais e devem, de forma conjunta, ser examinadas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico na elaboração, implementação e avaliação da observância às NRs: *ainda que algum assunto específico não esteja total ou diretamente sob seu enforcement ou poder de autotutela, o dever da autarquia de adotar providências perante os órgãos responsáveis por exercer tais prerrogativas é impositivo e vinculado.***

68. **Olvidar e não adotar fundamentação e atuação acerca de tais aspectos, quando reveladores de inconformidade com o ordenamento jurídico, poderia ensejar, inclusive, responsabilização funcional, conforme assentado pela Procuradoria Federal Especializada junto à ANA³⁴: *“[D]eve esta Agência cumprir com as prescrições dos aludidos Decretos, mas cumpri-las interpretando tais prescrições com as diretivas normativas constitucionais, legais e judiciais, sob pena de ação contrária ao ordenamento jurídico.”***

69. **Dessarte, o exame técnico, a análise jurídica e a decisão colegiada dos decretos são fundamentais para que a autarquia federal possa exercer legalmente suas competências.**

³² Nem poderia se objetar que os incisos em questão, arrolados no art. 50 da Lei, seriam entre si independentes, na medida em que, sistematicamente, o diploma legal impõe o dever específico de que as normas de referência da ANA tem por objetivo 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). **Ou seja, além de incentivar a regionalização, a atividade normativa da ANA tem, “a contrario sensu”, de adotar cautelas em relação a situações fáticas, institucionais ou normativas que desincentivam a regionalização ou que conformem a regionalização da prestação em contexto normativo ou institucional discrepante das balizas legais e dos efeitos operacionais e incentivos regulatórios adequados à prestação adequada e à universalização dos serviços públicos.**

³³ Lei nº 9.984/2000. Art. 4º-A. § 3º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico deverão: [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) V - incentivar a regionalização da prestação dos serviços, de modo a contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e de eficiência e a universalização dos serviços;

³⁴ DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00037/2023/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU NUP: 00765.000008/2022-48. Tal posicionamento jurídico da douta Procuradoria Federal Especializada põe em relevo que cabe à ANA decidir, com autonomia e responsabilidade, em relação aos pressupostos de fato que examinar tecnicamente e com base nos fundamentos jurídicos que o órgão colegiado adotar em seus atos administrativos.

70. Em reforço à necessidade de que ANA analise a aplicabilidade dos decretos e contribua para sua aplicação esmerada e técnica encontra, inclusive, escoramento nas decisões da Diretoria Colegiada da ANA: a DIREC já afastou o entendimento de que caberia à Agência tão somente manifestar-se sobre normas de referência já positivadas, em função das questões atinentes às demais funções de determinação legal e regulamentar conferidas à autarquia e, ainda, dado que há matérias relativas à atuação mediadora da ANA, sem contar questões prejudiciais à elaboração e à eficácia das normas de referência que são, por isso, de interesse e competência da ANA. É o que se colhe do voto condutor da lavra do Diretor Vitor Saback (Voto nº 66/2022/DIREC, de 21 de julho de 2022), nos autos do Processo nº 02501.001130/2022-68, decidido na 884ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada:

*“A partir das atribuições que foram incumbidas à ANA pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico, a agência se tornou uma fonte de referência para todos que precisam se adequar ao Novo Marco Legal e buscam dirimir dúvidas, **especialmente sobre temas nos quais a agência tenha alguma atribuição, seja a ser veiculada via norma de referência propriamente dita, seja em razão de outras competências atribuídas à ANA em seu mister de uniformização regulatória.***

Nessa medida, eventual dúvida do ente infranacional questionando a área técnica da ANA nem sempre será uma dúvida jurídica a ser resolvida na esfera da localidade, por conta e risco, mas sim uma questão de índole institucional que mereça tratamento consentâneo e uniforme. A geração de tal necessidade de a Agência se posicionar sobre as melhores práticas do setor para, então, orientar, de forma objetiva, a melhor referência a ser seguida. Nesse propósito, não será rara a necessidade de apoio jurídico da Procuradoria Federal junto à ANA.

71. Postas essas premissas, que demonstram a total pertinência das matérias que subjazem à competência da ANA, todas elas pressupostos para a avaliação de constitucionalidade e legalidade dos decretos regulamentadores da legislação federal dos serviços de saneamento básico, passa-se ao exame dos Decretos nº 11.466 e 11.467, ambos de 5 de abril de 2023, seja para prestar subsídios técnicos à Procuradoria Federal Especializada junto à ANA quer para instrução da composição das razões jurídicas quando da participação quer para as ponderações e decisões da Diretoria Colegiada da ANA terá de tomar em relação à aplicação e aos efeitos dos decretos propriamente ditos.

72. Posto isso, passa-se ao exame dos decretos.

V.) Análise técnica do Decreto nº 11.466, de 5 de abril de 2023

V.1) Questões relativas às premissas legais e constitucionais para convalidação de contratos, à luz do conceito legal de regularidade de operações e contratos e às atribuições da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico

V.1.1) Da possibilidade de ato regulamentar possibilitar a realização de providências sujeitas a prazo legal já transcorrido e seu efeito sobre as competências ANA, no que toca à elaboração de lista de prestadores irregulares (art. 13 do Decreto).

73. O Decreto nº 11.466, de 5 de abril de 2023, regulamenta o art. 10-B e o “caput” do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 e tem por objeto “estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário, considerados os contratos em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização”. O referido ato revoga o Decreto nº 10.710/2021.

74. A definição da metodologia para o exame de capacidade econômico-financeira, realizada pelo Decreto nº 10.710, de 31 de março de 2020, era condição instrumental para a celebração dos aditivos contratuais que tinham por objeto a inclusão das metas de universalização previstas no art. 10-B e 11-B nos **contratos em vigor** no setor de saneamento básico.

75. Para esse universo de **contratos existentes e em vigor** alcançado pela legislação de 2020, as obrigações de investimento e operação necessárias ao atingimento das metas deveriam ter sido incluídas nos instrumentos jurídicos contratuais por meio de aditivos celebrados **até 31 de março de 2022**, nos termos do art. 11-B, § 1º da mesma Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

76. Do ponto de vista técnico, atinente ao juízo sobre a regularidade de contratos e operações, sob a ótica da conformidade constitucional, legal e contratual, e considerando o caráter excepcional da regra legal permissiva de aditивação ampla dos contratos em vigor, decorrente da positivação do princípio fundamental da seleção competitiva do prestador e da regra legal impositiva da celebração de novos contratos mediante licitação, **(i) entende-se que o prazo legal do art. 11-B, § 1º da Lei nº 11.445/2007, de 31 de março de 2022, tem natureza peremptória e, por isso, não poderia ser elástico, mitigado ou de qualquer modo, desconsiderado, por ato infralegal.**

77. Uma vez transcorrido tal prazo máximo para celebração dos aditivos contratuais, **(ii) ou bem não seria possível aditar os contratos administrativos de programa, já irregulares por não incluir as metas de universalização no prazo legalmente demarcado, (iii) ou, no limite, seria possível apenas a inclusão - tão somente consensual (art. 11-B, § 2º) - parcial de metas aos contratos de concessão licitados, porquanto, após 31 de março de 2022, haveriam de**

(voltar a) ser respeitados os percentuais máximos legais de alteração do objeto dos contratos administrativos, uma vez esvaída a autorização legal que havia anuído com a inclusão ampla de obrigações, não importando seu montante, desde que atingissem as metas (independentemente do acréscimo percentual ao objeto prévio que representassem).

78. Posto isso, em exame prefacial, (iv) entende-se que a realização integral de exame de capacidade econômico-financeira, já tendo sido esvaída a possibilidade legal do alcance de seu escopo (assunção de novas obrigações para atingimento de metas até 31/03/2022), parece ser matéria preclusa³⁵ e, de *lege lata*, impossível de reiteração³⁶.

79. Em razão dessas dúvidas, foi exarado o **DESPACHO Nº 8/2023/COCOL/SSB (Documento nº 02500.023670/2023-93, de 25 de abril de 2023)**³⁷, no qual se sugeriu à SSB requerer à PFEANA (a.) examinar a possibilidade legal de celebração de aditivos (a.1) com análise para cada espécie de instrumento negocial legalmente admitido e, para aqueles vínculos negociais para os quais tal providência for considerada possível, (b.) examinar a impositividade de limites à ampliação objetiva das avenças e especificar seu montante, caso existente.

80. **Quanto ao art. 1º, § 2º do Decreto nº 11.466/2023**, ao possibilitar novo exame de capacidade econômico-financeira e, ainda, trazer para o bojo desse procedimento de celebração de aditivo contratual saneador de irregularidades nas relações contratuais “eventuais situações de prestação dos serviços, por meio de contratos provisórios não formalizados, ou de contratos, instrumentos ou relações irregulares ou de natureza precária”, o juízo técnico sinaliza a possível irregularidade da operação ou do contrato que vier a ser convolado a esse título.

81. Merece atenção o âmbito de vigência contemplado pelo decreto para os **“contratos provisórios não formalizados”**, nos termos do art. 2º, inciso IV do Decreto nº 11.466/2023, na medida em que tal dispositivo, de forma sistemática, estende a possibilidade de celebração de aditivo a **“hipóteses em que há prestação de fato, mas em que não se celebrou**

³⁵ No limite, a área técnica concebia a possibilidade de regulamentação por decreto de situação ou requisito relativo à perda posterior dos efeitos da decisão que havia concluído pela comprovação de capacidade econômico-financeira, matéria até então disciplinada pelo art. 20, parágrafo único e, ainda, pelo art. 22, § 2º, todos do Decreto nº 10.710/2020. Do mesmo modo, vislumbrava-se também possível haver atualizações sobre normas de transição para regularidade de situações, a exemplo o Decreto nº 11.030, de 1º de abril de 2022 fizeram no Decreto nº 10.588/2020.

³⁶ Tais premissas - de (i) a (iv) - têm ascendência jurídica e podem ser entendidos como privativos de exame da Procuradoria Federal Especializada da ANA - PFEANA, ainda que a título opinativo, de modo que, para edição dos atos administrativos pela Diretoria, remanesça sua autonomia decisória para adotar posicionamento diverso, desde que igualmente motivado.

³⁷ A consulta proposta foi juntada aos autos do Processo nº 02501.001130/2022, no bojo do qual foram examinadas questões institucionais relativas ao exame de capacidade econômico-financeira enquanto vigorava o Decreto nº 10.710/2021, com vistas a preservar a memória técnica e facilitar a coerência e a celeridade da análise.

instrumento que formalize a delegação da prestação, ou que, mesmo formalizados, sobreveio termo extintivo previsto”.

82. Em primeiro lugar, conforme o **DESPACHO Nº 8/2023/COCOL/SSB (Documento nº 02500.023670/2023-93, de 25 de abril de 2023)**, os órgãos de manifestação jurídica (AGU, via PFEANA) - e, eventualmente, os órgãos de controle - hão de examinar **se há possibilidade jurídica de celebração de aditivo formal (acessório) quando sequer há contrato (principal)**, face à circunstância de que, em regra, a forma solene é essencial à validade dos contratos administrativos³⁸, vedada, em regra, a celebração de contratos de natureza meramente verbal³⁹ e, ademais, ante a aparente omissão sistemática de regularização dos contratos administrativos à legislação de regência, que, mesmo antes da Lei nº 14.026/2020, exigia a conformação contratual às regras essenciais exigidas pela legislação federal.

83. Em segundo lugar, conforme o **DESPACHO Nº 8/2023/COCOL/SSB (Documento nº 02500.023670/2023-93, de 25 de abril de 2023)**, sugeriu-se à SSB consultar os órgãos de manifestação jurídica da AGU, via PFEANA - e os órgãos de controle, se for o caso - para examinar, com a maior cautela possível, o permissivo regulamentar que autoriza a celebração de aditivo por instrumentos negociais que *“mesmo formalizados, sobreveio termo extintivo previsto”*.

84. **Tal exigência cautela decorre de que, sob o prisma técnico, vínculo extinto já não mais existe e, por isso, é impassível de nulidade, revogação ou convalidação, já que, ausente o plano da existência, não há que se examinar validade ou eficácia. Conforme a lição fenomenológica: “o nada nadifica”⁴⁰. Em verdade, entende-se, sob a ótica técnica, que a celebração de “aditivo” relacionado a vínculo “principal” já não mais existente equivale a novo**

³⁸ Lei nº 8.666/93: “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.”

³⁹ Lei nº 8.666/93: Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem. Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a” desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

⁴⁰ Tradução livre de “Das **Nichts** selbst **nichtet**” (HEIDEGGER, Martin. “Was ist Metaphysik?” In: Wegmarken. Frankfurt am Main: V. Klostermann, 2004. P. 103-122. (KlostermannSeminar, 12). .

contrato e, a ser assim, com potencial não subliminar de violação ao art. 10 e ao art. 11, § 8º da Lei nº 11.447/2007, que vedam, respectivamente, a celebração de novas relações contratuais a título precário, sem licitação, e a manutenção de quaisquer instrumentos negociais em caráter precário.

85. O exame técnico, portanto, requer a avaliação do art. 11, § 8º da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, o qual estabelece que *“Os contratos provisórios não formalizados e os vigentes prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos nesta Lei serão considerados irregulares e precários”*.

86. Portanto, os contratos que não foram sequer formalizados **parecem** ser considerados, por lei, irregulares e precários, conclusão extraída diretamente da lei e só passível, por conseguinte, de ser alterada por ato de igual estatura e forma de positivação.

87. Posto isso, se irregulares e precários “ex lege”, por aplicação do art. 11, § 8º, o art. 10 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, **o entendimento da área técnica é de que a prestação de serviços públicos de saneamento básico por instrumentos que já estejam tisanados de natureza precária parece ser matéria vinculada, não sujeita a juízo discricionário de convalidação sanatória, por expressa disposição legal:**

“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”.

88. Tal conclusão preliminar, submetida a escrutínio superior, decorre que a própria lei ter sido expressa em indicar o critério interpretativo do que se deve entender por *“contratos regulares”*, como sendo *“aqueles que atendem aos dispositivos legais pertinentes à prestação de serviços públicos de saneamento básico”* (art. 3º, IX, Lei 11.445/2007). Do mesmo modo, mais amplamente, é também a lei que estabelece o conceito de *“operação regular”*, como sendo *“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).

89. Acrescente-se a esse contexto que, além da irregularidade diretamente advinda dos citados dispositivos da Lei nº 11.445/2007, a declaração de irregularidade já emanada pelo exercício da competência regulamentar ao tempo do prazo legal máximo para inclusão de metas de universalização (31/03/2022) parece já ter estabilizado tal situação de irregularidade, a teor do artigo 20 do Decreto nº 10.710/2020:

“Art. 20. Serão considerados irregulares os contratos de programa de prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário caso o prestador não

comprove sua capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto”.

90. Importante ressaltar que a regulamentação então exarada pelo Poder Executivo (Decreto 10.710/2021) parece ter obstado a convalidação de contratos, instrumentos ou relações irregulares ou de natureza precária, **ainda que, no plano fático-econômico, os prestadores de serviço tivessem sido capazes de demonstrar que poderiam atender aos requisitos técnicos de capacidade econômico-financeira.** Confira-se:

Art. 21. A eventual comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador, em nenhuma hipótese, justificará convalidação dos contratos, instrumentos ou relações irregulares ou de natureza precária.

91. Por isso, os vícios jurídicos até ali ostentados e não corrigidos **parecem** ter atraído o atributo **legal e regulamentar** de irregularidade, por força do que a possibilidade de atuação sanatória após 31 de março de 2022 parece ir de encontro à lei e à fiel execução que lhe moldava a interpretação à época. A área técnica entende, nesse passo, que a lei protegeu tão somente a permanência dos contratos de programa **ainda vigentes e até o advento de seu termo contratual, desde que regulares,** conforme o art. 10, §3º da Lei 11.445/2007.

92. Em reforço, convém notar que a atual redação do art. 1º, § 2º do Decreto nº 11.466/2023, *de forma diametralmente oposta ao art. 21 do Decreto nº 10.710/2021*, condiciona a *regularização jurídica à comprovação de capacidade econômico-financeira*, razão pela qual se depreende que o vetor do novel regulamento é de convalidação ampla, **sem necessária observância estrita quer dos prazos legais, quer dos próprios conceitos legais de regularidade contratual e operacional,** desde que se demonstre a vocação material ao atingimento das metas de universalização.

93. Ou seja, os requisitos legais de regularidade contratual e operacional **parecem** ter tido sua normatividade afastada por completo em prol do alcance material que, alegadamente, a convalidação ampla traria em prol da universalização dos serviços. Conquanto a argumentação teleológica em prol da universalização do acesso requeira dos agentes públicos posturas inclusive interpretativas bastante diligentes, o princípio da legalidade delimita, de forma vinculada, modos de atuação que devem ser observados e respeitados, o que há de ser devidamente examinado pelo órgão jurídico - que, inclusive, há de indicar se sua manifestação é opinativa ou vinculativa - e, em especial, pelo órgão decisório, no que respeita à competência da ANA.

94. Em todo caso, entende-se que a discussão sobre a adequação constitucional e legal dos dispositivos impugnados é aspecto que produz efeitos diretos sobre a atuação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.

95. **Por exemplo: a permanecer como estão os decretos, que se encontram em litígio no Poder Judiciário e no Poder Legislativo, a atividade da ANA será afetada tanto para cumprir as tarefas alocadas à ANA nesses regulamentos (e.g.: publicação de operadores aprovados em exame de comprovação de capacidade econômico-financeira, agências reguladoras que remeteram tempestivamente informações etc.), quanto na atividade de edição de normas de referência, inclusive para respeitar e fazer que sejam respeitados alguns marcos temporais erigidos pelos decretos.**

96. Nos termos do Decreto nº 11.466/2023, o dia **31 de dezembro de 2023** é a data-limite para apresentação do requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira. Em relação a tal marco temporal, há necessidade de prévia avaliação da possibilidade jurídica de o decreto poder excepcionar prazo legal máximo para celebração dos aditivos, especialmente porque tal definição é necessária para que a Diretoria Colegiada da ANA decida se deve ou não estender os efeitos da Norma de Referência 02/2021 - e, caso deva, a quais instrumentos negociais e sujeitos serão alcançados⁴¹

97. Nos termos do Decreto nº 11.466/2023, o dia **31 de dezembro de 2025** é a data-limite para regularização das situações de fato e de direito cogitadas pelo decreto. Tais providências deverão ser feitas perante o titular ou estrutura de prestação regionalizada que exerça a titularidade.

98. Como visto, tal matéria perpassa o juízo sobre o regime jurídico da titularidade e de seu exercício e , ainda, resvala na necessidade de prévia avaliação sobre a possibilidade jurídica de o decreto aplicar-se a tais vínculos jurídicos já declarados irregulares e até não mais existentes⁴².

99. **Tal medida é necessária não apenas para a verificação dos efeitos sobre a Norma de Referência 02/2021, como também para a definição da Norma de Referência para**

⁴¹ A se tomar por absoluta a presunção relativa (“juris tantum”) de legalidade - com o risco de inobservar os critérios legais de regularidade estampados no diploma legal - poderia a ANA, “per saltum” da avaliação dos titulares e de seus reguladores, culminar por legitimar relações jurídicas insanáveis ou sequer existentes, quando deles recebesse informações ou mesmo quando publicasse informações e dados, legitimando, indiretamente, vínculos cuja legalidade não esteja pacificada.

⁴² Conforme o DESPACHO Nº 8/2023/COCOL/SSB (Documento nº 02500.023670/2023-93, de 25 de abril de 2023, procedeu-se à solicitação de manifestação jurídica à PFEANA, sem prejuízo da oitiva dos órgãos de controle,- acerca da possibilidade de reedição, revogação ou convalidação de vícios em relações jurídicas contratuais sequer formalizadas, tendo-se em vista a redação legal peremptória e, ainda, a disciplina regulamentar ao tempo do prazo legal máximo para inclusão de metas nos contratos (31/03/2022), a qual reforçou o atributo da irregularidade aos contratos que não puderam celebrar os aditivos de inclusão de metas de universalização no prazo da lei. Por esse despacho, solicitou-se à AGU, via PFEANA, que examinasse se os efeitos declaratórios/constitutivos de irregularidade e precariedade decorrentes da Lei 11.445/2007 e do ora revogado Decreto 10.710/2021 podem ser desconstituídos após 31/03/2023, na medida em que parece se revelar impassível de desfazimento o juízo de irregularidade já emanado, a teor, inclusive, do óbice legal da Lei nº 9.784/99, que veda a aplicação retroativa de nova interpretação (art. 2º, XIII).

padronização dos instrumentos negociais e, ainda, para o estabelecimento de matriz de riscos. Não bastasse, tal matéria, em razão mesmo de seu objeto e dos sujeitos que pretende alcançar, apresenta conexão com a norma de referência que disciplinar critérios para prestação universalizada.

100. Nos termos do Decreto nº 11.466/2023, dia 31 de dezembro de 2033, conforme o art. 1º, § 3º do citado regulamento, passou a ser o marco final para concessão adicional⁴³ de prazo aos contratos e situações (algumas sequer contratualizadas) do rol do § 2º do art. 1º do decreto⁴⁴.

101. **Tal discussão impacta profundamente o juízo que a Diretoria Colegiada poderá emanar quanto à manutenção e ao alcance da NR 2/2021, como também às normas que cuidarão da padronização dos instrumentos negociais e para a norma de referência que vier a disciplinar critérios para prestação universalizada.**

102. Requereu-se, no DESPACHO Nº 8/2023/COCOL/SSB (Documento nº 02500.023670/2023-93), de 25 de abril de 2023, a análise jurídica da dúvida técnica se a Agência pode considerar válidos, para suas próprias competências, aditivos de contratos sujeitos a eventual convalidação ampla e irrestrita pelos titulares dos serviços e suas agências reguladoras, dado que, além dos possíveis óbices legais e constitucionais já explicitados, a própria Lei nº 9.784/99 estabelece limitadores próprios ao juízo de convalidação eventualmente realizado pela Administração Federal⁴⁵.

103. Mais claramente: mesmo que se entenda que não cabe a ANA revolver ou revisar para alterar o juízo sobre a regularidade dos contratos que for emanado por titulares e suas agências reguladoras, a autonomia decisória e os critérios cogentes da legislação federal podem fazer com que a ANA divirja da conclusão emanada por entes administrativos ou políticos das esferas infranacionais. É forçoso que tal hipótese seja cogitada, eis que, por maior deferência

⁴³ § 3º Na hipótese do disposto no § 2º, a vigência do instrumento a ser celebrado para regularização da prestação do serviço não poderá ultrapassar o prazo máximo previsto para atingimento das metas de universalização a serem inseridas no referido instrumento, observado o prazo limite estabelecido no [art. 11-B da Lei 11.445, de 2007](#).

⁴⁴ O exame técnico resvala na definição sobre a interpretação da possibilidade jurídica de extensão de prazo dos contratos em curso (e, inclusive, dos irregulares e daqueles já extintos), face ao comando legal que admite a manutenção de vigência dos contratos de programa ao máximo já neles previsto e, ainda aí, tão somente àqueles que ostentassem regularidade e estivessem em vigência, nos termos do citado art. 10, §3º da Lei 11.445/2007.

⁴⁵ Lei 9.784/99
Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

institucional à autonomia federativa e decisória, se é certo que não há vinculação direta e imediata dos titulares e reguladores às normas da ANA (até que elas sejam internalizadas), tampouco há vinculação da ANA às conclusões sobre (ir)regularidade de instrumentos negociais que os órgãos e entidades infranacionais adotem.

V.1.2) Da possibilidade de ato regulamentar possibilitar a extensão objetiva de contratos administrativos, inclusive extintos, e seu efeito sobre as competências ANA, no que toca à elaboração de lista de prestadores irregulares (art. 13 do Decreto) e na própria competência normativa da Agência.

104. **Adicionalmente às impugnações especificamente realizadas nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, a avaliação técnica aponta a necessidade de que sejam examinados o art. 3º, “caput”; o art. e 7º, I, “a” e o art. 7º, II do Decreto nº 11.466/2023.** Eis a redação dos dispositivos citados:

Art. 3º A comprovação da capacidade econômico-financeira de que trata este Decreto terá por objetivo assegurar que os prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário tenham capacidade para cumprir as metas de universalização **nos Municípios onde prestam os serviços.**

Art. 7º Os estudos de viabilidade de que trata o art. 6º deverão:
I - apresentar a estimativa de:
a) investimentos necessários ao atingimento das metas de universalização **para cada Município** com contrato ou com prestação em vigor de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário;

Art. 7º Os estudos de viabilidade de que trata o art. 6º deverão:
II - demonstrar o fluxo de caixa global esperado para o prestador e o fluxo de caixa **para cada Município** com contrato ou com prestação em vigor de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário, já adaptados às metas de universalização de serviços; e

105. **Quanto ao art. 3º do Decreto nº 11.466/2023,** examina-se que a base de cálculo para exame e aferição das metas de universalização é a área de abrangência do contrato de prestação de serviços, e não a área dos Municípios totalmente considerada.

106. Considerando que **o art. 7º, I, “a” do mesmo Decreto nº 11.466/2023** sob exame, assevera que o exame dos investimentos necessários tem como parâmetro das metas de universalização “*cada Município com contrato ou prestação em vigor*”, parece relevante observar que houve pretensão sistemática de promover não apenas a ampliação das obrigações nas áreas

originais de prestação de serviço, mas a ampliação geográfica propriamente dita dos contratos, sem a necessária realização de prévia licitação.

107. Do mesmo modo, **o art. 7º, II do Decreto nº 11.466/2023**, pressupõe a demonstração de fluxo de caixa global para o prestador e o fluxo de caixa para cada Município com o contrato ou com prestação em vigor. Além da expressa consideração de situações de prestação não amparadas por contratos (naquelas hipóteses de vínculos já extintos), mas com vigor "ressuscitado" pelo art. 1º, § 2º do Decreto nº 11.466/2023, **há risco de ampliação objetiva indevida dos contratos administrativos**⁴⁶.

108. **A ser assim, isto é, caso o exame de capacidade econômico-financeira contemple toda a área municipal, poderá ocorrer inclusão de áreas e instalações não contempladas originariamente nos vínculos contratuais, e não o incremento de obrigações de investimento nas áreas originalmente limitadoras desses vínculos, fenômeno que descumpriria a seleção competitiva do prestador e aperfeiçoaria, em verdade, novos contratos administrativos sem prévia licitação.**

V.1.3) Da necessidade de exame da jurisprudência do TCU quanto à extensão de prazo, de objeto contratual e de sujeitos autorizados a celebrar aditivos de inclusão de metas de universalização

109. **Considerando a pretensão de (i) ampliação subjetiva, (ii) prorrogação no tempo e (iii) ampliação espacial dos contratos administrativos no setor de saneamento que a leitura do Decreto nº 11.466/2023 enseja, conforme exame dos dispositivos acima examinados - e ainda que a titularidade dos serviços seja, em regra local (municipal, distrital ou compartilhada), com atração da competência dos Tribunais de Contas dos Estados - dada a possibilidade de tais providências interferirem no juízo sobre a legitimidade, economicidade e eficiência do repasse de recursos federais, entende-se que o exame da conformidade jurídica do Decreto em questão deve ser submetido ao escrutínio do Tribunal de Contas da União.**

⁴⁶ Do mesmo modo, o exame acerca do cabimento dos questionamentos ser examinado em sede de controle de constitucionalidade abstrato ou em sede de controle de legalidade é questão que escapa às competências desta setorial técnica. Tal aspecto, por sua natureza eminentemente jurídica, há de ser examinado pela AGU, via PFEANA - Procuradoria Federal Especializada da ANA. Entende-se caber à AGU, via PFEANA aquilatar se as ponderações e questionamentos apresentados são suscetíveis de exame nos feitos em curso perante o STF, bem como avaliar se é o caso de adoção de providências para eventual controle de legalidade, de constitucionalidade "in concreto" ou, ainda, de conhecimento aos órgãos responsáveis pelo controle externo ou, ainda, tão só de orientação à Diretoria e às áreas técnicas.

110. **Há que se por em relevo que matéria semelhante foi examinada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1446/2018-TCU-Plenário, de 26 de junho de 2018, no Processo TC 030.098/2017-3**, por meio do qual o Tribunal de Contas da União – TCU analisou os atos e procedimentos adotados pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil – MTPA e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, tendo em vista as alterações normativas introduzidas pelo Decreto nº 9.048/2017, que alterou o Decreto nº 8.033/2013, regulamentador da Lei nº 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

111. Em breve síntese, referido Acórdão, relatado pelo Ministro Bruno Dantas, abordou questões relacionadas à possibilidade, prevista em decreto, de **extensão de vigência do contrato** até 70 anos, de **realização de investimentos fora da área arrendada** e de **substituição de área pública arrendada sem licitação prévia**. O movimento que os Decretos do setor de saneamento enseja (de ampliação subjetiva dos habilitados a aditar contratos, a ampliação de prazo até para contratos já extintos ou não formalizados e, ainda, a pretensão de alcance do território municipal, isto é, de áreas originalmente não licitadas) foi examinado de forma detida pela Corte de Contas Federal.

112. No que diz respeito à **extensão de vigência**, pretendida pelos Decretos nº 11.466/2023 e 11.456/2023, algumas razões de decidir naquele caso, ainda que guardadas as distinções naturais de se cuidarem de setores distintos da infraestrutura nacional, devem ser Nos termos do Acórdão nº 1446/2018-TCU-Plenário, esta possibilidade prevista pelo Decreto nº 9.048/2017 poderia ser interpretada como infração aos princípios licitatórios da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, ao permitir a ampliação de prazo dos contratos de arrendamento portuário já celebrados e vigentes para até 70 anos.

113. Isso porque a Lei nº 8.630/1993, que esteve em vigor até a edição da Medida Provisória nº 595/2012 (que, posteriormente, foi convertida na atual Lei nº 12.815/2013 – Lei dos Portos) previa limite de prazo dos contratos de arrendamento portuários menor, que não excederia 50 anos de prazo total, incluídas as eventuais prorrogações. A nova Lei (vigente a partir de 2013) e o novo Decreto (de 2017) teriam trazido, portanto, novos limites e novos prazos máximos para os contratos que fossem assinados a partir de sua vigência.

114. Portanto, a principal questão residia na possibilidade de modificação de cláusulas contratuais correspondentes à vigência máxima de arrendamentos, sobretudo nos contratos celebrados sob a égide do marco regulatório anterior – a Lei 8.630/1993, que estabelecia em cinquenta anos o prazo máximo de vigência. A discussão abrangeu também contratos celebrados já sob o manto da Lei 12.815/2013, mas cujos contratos possuem prazo de vigência máximo de cinquenta anos, consoante a regra original do Decreto 8.033/2013.

115. Naquele caso, **o TCU entendeu que é irregular a celebração de termo de adaptação genérico, que modifique cláusulas contratuais que versam sobre prazo máximo de vigência, desprovida de análise das especificidades do caso concreto, da razoabilidade e da proporcionalidade, do risco de desnaturação do objeto licitado e, ainda, sem a assunção de qualquer contrapartida por parte do concessionário.**

116. O Acórdão nº 1446/2018-TCU-Plenário apresenta o entendimento inicial de que **todas as extensões devem sempre ter a demonstração da vantajosidade do procedimento para a Administração Pública, para que o gestor comprove que a extensão seria a decisão mais adequada do que aguardar o encerramento do prazo e realizar nova licitação.**

117. Além disso, o prazo a ser prorrogado não é discricionário, mas resultado de estudos técnicos, econômicos e financeiros desse investimento. Portanto, atenção especial deve ser dada à avaliação dos custos desses investimentos, uma vez que eles não passaram pelo crivo da competição. Nos termos do **Acórdão nº 1446/2018-TCU-Plenário, de 26 de junho de 2018:**

*"A alteração do prazo de validade contratual é medida que deve ser usada com parcimônia, uma vez que a licitação de arrendamento portuário público envolve minuciosa preparação, por parte de todos os demais interessados nas áreas e instalações portuárias, demandando estudos, análise de cenários, captação de recursos e preparação de propostas. Veja que **na ordem constitucional a primazia é do procedimento de licitação com igualdade de condições a todos os concorrentes, nos termos da lei (art.37, XXII, da CF).***

A indiscriminada alteração do termo final dos contratos realçaria, na maior parte dos casos, a imprevisibilidade no setor portuário, dificultando o planejamento futuro dos possíveis concorrentes e demonstrando a fragilidade dos mecanismos regulatórios, com consequências danosas para o sucesso das licitações, com a igualdade de todos os interessados e a melhor proposta para a Administração. Por conseguinte, o poder concedente deve usar o mecanismo de alteração de prazo com extrema cautela, devido ao seu efeito deletério no mercado de arrendamentos portuários. (Acórdão 774/2016-TCU-Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues)

A aplicação dessa hipótese está adstrita aos elementos caracterizadores da teoria da imprevisão, quais sejam, a ocorrência de eventos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, alocados como risco do poder concedente, e não subordinados à vontade do concessionário.

Portanto, a sua aplicação depende de minuciosa análise do caso concreto e está restrita a situações excepcionalíssimas abarcadas pela teoria da imprevisão, não podendo, em hipótese alguma, ser utilizada como subterfúgio para o dever constitucional de licitar, sob pena de nulidade.

118. Por este motivo, o Ministro relator entendeu que **a prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro não poderia abarcar a inclusão de novos investimentos por fatos que poderiam ser ordinariamente previstos pelo Poder Público, ou seja, passíveis de adoção de outras medidas tempestivas para satisfazer o interesse público, por exemplo, por meio do adequado planejamento.** Também apontou que **deve ser afastada qualquer possibilidade de extensão de prazo cujos arrendatários estejam em falta com as obrigações com o Poder Público, especialmente no que tange aos investimentos originariamente previstos, bem como com os padrões de qualidade e desempenho na prestação de serviço.** Desse modo, **não haveria fundamentação adequada que justifique premiar com maior prazo o concessionário que não fez os investimentos inicialmente previstos na expectativa de que, agora, ele fará outros investimentos.**

119. Feitas essas considerações, o Acórdão nº 1446/2018-TCU-Plenário aponta que a prorrogação pelo prazo máximo (mais 35 anos), nos contratos assinados posteriormente à vigência do atual Decreto nº 9.048/2017, só será possível se houver demonstração de cumprimento cumulativo dos seguintes requisitos:

- a) ocorrência de fato superveniente alocado como risco do poder concedente, que tenha modificado a situação inicialmente contratada;
- b) necessidade de recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro; e
- c) demonstração de inviabilidade de utilização de outros mecanismos que interfiram prioritariamente na relação entre Poder Público e particular.

120. Já nos casos de contratos de arrendamento assinados durante a vigência de outros regramentos jurídicos (Lei nº 8.630/1993 ou Decreto nº 8.033/2013), o TCU entende que qualquer prorrogação deve se limitar ao prazo máximo previsto no contrato originalmente assinado, **determinando ao então MTPA que se abstivesse de celebrar termos de adaptação** ou, conforme o caso, termos de prorrogação dos contratos de arrendamento vigentes às regras do Decreto nº 8.033/2013 **(a)** que causem a ampliação da vigência máxima prevista originalmente nos contratos (seja por prorrogação ordinária, antecipada ou por motivos de reequilíbrio econômico-financeiro); e **(b)** que não tenham a devida análise que demonstre que a alternativa de nova licitação comprovadamente não se mostre a mais vantajosa para a Administração Pública.

121. Em suma, no setor portuário, **mesmo em contratos originalmente licitados, a prorrogação de prazo somente foi entendida como aplicável a partir da análise de cada caso concreto** (e não de forma linear e genérica, tal qual estabelecida para o setor de saneamento, com a data legal de convergência para 31/12/2033); naquele setor, **foi estabelecido que deveria haver previsão de condição resolutiva caso não realizados os investimentos**; ademais, estabeleceu-se o dever de escrutínio prévio sobre a qualidade do arrendatário **(no caso do setor de saneamento, tal exame será elástico pela ampliação subjetiva dos vínculos passíveis de análise econômico-financeira e, ainda, pelo relaxamento de certos critérios de aferição desse juízo sobre a capacidade)**; ademais, o escrutínio estabelecido para o setor portuário foi de que

somente se justificaria prorrogação quando a alternativa da licitação não se mostrasse a mais vantajosa à Administração.

122. Em atenção a todos os dispositivos legais que regem o setor de saneamento básico, conducentes, em larga medida, à licitação e restritivos à manutenção dos contratos feitos com terceiros por via direta, as análises jurídicas que a PFEANA fizer e as análises técnicas que forem produzidos poderão, eventualmente, ser levadas ao conhecimento da Corte de Contas Federal, de ofício ou por solicitação, quando e se as questões relativas a recursos federais no setor de saneamento básico tiverem oportunidade de exame naquela Cúria.

123. **De todo modo, a título de subsídio técnico para a presente instrução, sugere-se à PFEANA o exame da aplicabilidade das premissas do Acórdão nº 1446/2018-TCU-Plenário, de 26 de junho de 2018 ao setor de saneamento básico, a fim de melhor aquilatar a relevância e a sensibilidade das questões nas arguições de descumprimento de preceito fundamental.**

124. **Ademais, o art. 9º do Decreto nº 11.466/2023 também merece exame, considerando, inclusive, a correlação normativa evidente entre o dispositivo em questão e a disciplina estabelecida no art. 6º do Decreto nº 11.467/2023, ao autorizar verdadeira sucessão contratual entre os instrumentos hoje vigentes (e aqueles que, mesmo irregulares, precários e até aqueles extintos com vigência restaurada, a prosperar os arts. 1º e 2º do Decreto 11.466/2023) e os assumidos, a título de prestação direta, por estruturas de prestação regionalizada, nos termos seguintes.**

Art. 9º A comprovação a que se refere o inciso I do caput do art. 6º poderá, em caráter excepcional, ser realizada por estrutura de prestação regionalizada, desde que:

I - exista definição das estruturas de prestação regionalizada de que trata o inciso VI do caput do art. 3º da Lei nº 11.445, de 2007, que assegure a viabilidade técnica e econômico-financeira para a universalização dos serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário em todo o Estado ou o Distrito Federal;

II - o prestador detenha contratos que possam ser agrupados de modo a atender a todos os Municípios da estrutura de prestação regionalizada correspondente;

III - o prestador assuma a obrigação de constituir sociedade de propósito específico para o atendimento da estrutura de prestação regionalizada que explorará; e

IV - o fluxo de caixa global de cada estrutura de prestação regionalizada tenha valor presente líquido igual ou superior a zero.

§ 1º Na hipótese prevista no caput, os estudos de viabilidade demonstrarão o fluxo de caixa global da estrutura de prestação regionalizada e o fluxo de caixa de cada Município com contrato ou prestação em vigor pertencentes à referida estrutura, já

adaptados às metas de universalização de serviços, dispensada a exigência do disposto no inciso II do caput do art. 7º.

§ 2º A sociedade de propósito específico de que trata o inciso III do caput assumirá os contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário junto aos Municípios integrantes da respectiva estrutura de prestação regionalizada mediante sub-rogação contratual.

§ 3º A estrutura de ativos, passivos, receitas e despesas transferidos para a sociedade de propósito específico corresponderá àquela estimada no fluxo de caixa global a que se refere o inciso IV do caput.

125. **A pretensão normativa de conferir regularidade e, subsequentemente, suceder os vínculos para hipótese de alegada prestação direta tem condão de eternizar o vínculo prestacional e, nessa medida, o art. 9º há de ser examinado em atenção à correlação entre o dispositivo e o regramento do Decreto 11.467, de 05 de abril de 2023 (especialmente os §§ 8º, 9º, 14, 16 e 17 do citado diploma).**

126. **Os fundamentos apresentados em relação à prestação regionalizada, apontados na análise do Decreto nº 11.467/2023 evidenciará, mais claramente, os pontos de preocupação técnica.**

127. Passa-se, pois, ao exame do Decreto nº 11.467, de 5 de abril de 2023.

V.2) Quanto ao Decreto nº 11.467, de 5 de abril de 2023

128. O Decreto 11.467, de 5 de abril de 2023, dispõe sobre a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico, bem como sobre o apoio técnico e financeiro de que cuida o art. 13 da Lei 14.026, de 15 de julho de 2020, a alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou geridos ou operados por órgãos ou entidades da União de que trata o art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, e a alteração do Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, e do Decreto nº 10.430, de 20 de julho de 2020.

129. Passa-se ao exame técnico dos aspectos que devem ser avaliados sob a ótica jurídica da PFEANA e sob o crivo decisório da Diretoria Colegiada da ANA.

V.2.1) Quanto às limitações à subdelegação

130. Como visto, a ADPF 1055 impugnou o art. 5º, §3º do diploma regulamentar, cuja redação é a seguinte:

Art. 5º As subdelegações celebradas a partir da data de publicação da [Lei nº 14.026, de 2020](#), deverão obedecer ao limite de vinte e cinco por cento do valor do contrato cujo objeto será subdelegado.

§ 3º No caso de a subdelegação realizada por um mesmo prestador abranger dois ou mais contratos de delegação dos serviços públicos de saneamento básico, o valor do contrato sobre o qual será aplicado o limite de vinte e cinco por cento equivalerá à soma dos valores dos contratos de delegação abrangidos pela subdelegação.

131. Assevera-se que a aplicação da disposição regulamentar torna indiscernível o limite para subdelegação de 25% sobre o valor do contrato, na medida em que se poderia extrapolar tal patamar em um contrato, compensando esse excesso em outro vínculo, a partir da soma que o regulamento, por si próprio, possibilita. Aponta-se a vulneração do **art. 11-A, “caput”, da Lei nº 11.445/2007**⁴⁷.

132. **Efetivamente, a preocupação apresentada na inicial da ADPF 1055 ostenta relevância e merece definição jurídica dada a não desprezível possibilidade de violação ao objeto contratual e à identidade de cada contrato, com extensão indevida da base de cálculo, em aparente desalinho frontal com o art. 11-A da Lei 11.445/2007, com a redação conferida pela Lei 14.026/2020, que estatui o limite percentual com base de cálculo em cada contrato individualmente considerado, nos exatos termos da lei “o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato”.** Confira-se:

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](#))

133. O exame da possibilidade jurídica de debate dessa questão de legalidade no âmbito de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é matéria de ascendência jurídica e merece exame, independentemente do cabimento ou não de seu conhecimento e deliberação na via eleita.

⁴⁷ 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](#))

134. De pronto, fica formulada a consulta à AGU, via PFEANA, sobre a adequada compreensão do alcance normativo do dispositivo, especialmente *em razão de seus efeitos diretos na competência normativa da ANA para elaboração de normas de referência sobre padronização de instrumentos negociais e sobre definição de matriz de riscos, além da normatização sobre universalização da prestação, todas elas consignadas na Agenda Regulatória da ANA 2022-2024.*

135. Como visto, a inicial da ADPF 1055 sustenta exorbitação do poder regulamentar na previsão constante do **§4º do art. 5º**, porquanto tal dispositivo excepcionalista, amplamente, as parcerias público-privadas do âmbito da limitação percentual de subdelegação, como se nenhuma das modalidades de PPP fosse (ou pudesse ser) empregada como técnica de subdelegação. Confirma-se a redação do dispositivo:

Art. 5º As subdelegações celebradas a partir da data de publicação da [Lei nº 14.026, de 2020](#), deverão obedecer ao limite de vinte e cinco por cento do valor do contrato cujo objeto será subdelegado.

§ 4º Nos termos do disposto no **caput** do [art. 11-A da Lei nº 11.445, de 2007](#), o limite de vinte e cinco por cento previsto no **caput** deste artigo não se aplica a parcerias público-privadas, realizadas nos termos do disposto na [Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004](#), em qualquer das modalidades admitidas, ainda que sejam contratadas por prestador delegatário ou concessionário de serviços, desde que os ganhos de eficiência decorrentes da contratação sejam compartilhados com o usuário dos serviços.

136. Tal aspecto merece especial exame, face à circunstância técnica já apontada por esta área técnica na **NOTA TÉCNICA Nº 1/2022/COCOL/SSB (Documento no 02500.051011/2022-66)**, DE 26 DE SETEMBRO DE 2022, devidamente reforçados pela **NOTA TÉCNICA Nº 3/2023/COCOL/SSB (DOCUMENTO Nº 02500.007618/2023-90 - PROCESSO nº 02501.002432/2022, de 17 de fevereiro de 2023)**, aprovada pelo **DESPACHONº 76/2023/SSB (Documento nº 02500.013309/2023-59)**, de 22 de março de 2023.

137. Em especial, chama-se atenção para a circunstância de que (i) a concessão patrocinada é contrato de concessão de serviços públicos e, portanto, é estratégia de subconcessão, de modo que, em relação a essa espécie de PPP, parece que não haveria possibilidade regulamentar de excepcionar restrição legal dado que a PPP patrocinada é modalidade do gênero “subconcessão” e, nessa medida, haveria de respeitar, em princípio, o patamar legal limitador. De outra banda, (ii) a concessão administrativa é contrato de prestação de serviço e, por isso, em princípio, não se prestaria a ser empregada como técnica ampla de subconcessão, o que, ao que parece, requer manifestação jurídica sobre a correção legal e constitucional da pretensão de ampliação percentual do quanto o prestador de serviço que tem vínculo principal com o titular dos serviços pode translacionar a uma PPP administrativa.

138. Tais avaliações têm ascendência jurídica e precisam ser examinadas pela AGU, via PFEANA⁴⁸. É necessária a manifestação propriamente jurídica da AGU, via PFENA, acerca da possibilidade jurídica de excepcionar os limites legais de subdelegação (sendo que, como se viu, a PPP patrocinada é, por lei, hipótese de concessão e, por isso, de subconcessão e a PPP administrativa, não sendo concessão propriamente - porque contrato de prestação de serviço, nos termos da lei -, não poderia ser objeto de subrogação ilimitada, sob pena de descaracterizar-se).

139. É bem verdade que o Decreto nº 11.467/2023 endereçou parte das preocupações técnicas, ao assentar, no art. 5º, § 5º, que *“Os ganhos de eficiência de que trata § 4º serão calculados a partir do diferencial entre o valor cobrado do usuário final e o valor da efetiva prestação do serviço pelo ente privado, conforme o disposto em normas do ente regulador”*.

140. **Contudo, além do problema sobre a existência e validade das estratégias, tampouco no plano eficaz a redação do dispositivo chega a esclarecer se todos os ganhos de eficiência ou apenas parte desses ganhos serão compartilhados, tampouco delimita qual será o modo de compartilhamento desses eventuais ganhos, o que confere discricionariedade técnica expressa aos reguladores, mas também custos regulatórios e, ademais, a necessidade de, além do que cabe às agências reguladoras locais, a própria ANA.**

V.2.2) Quanto à prestação regionalizada e seus limites enquanto mecanismo de prestação direta

141. Como visto, a inicial da ADPF 1055 insurge-se, também, contra os **§§6º e 7º do art. 6º do Decreto nº 11.467/2023**, os quais, ainda que a título temporário, admitem o estabelecimento de convênio de cooperação entre municípios e ente estadual como sucedâneo de prestação regionalizada. No entender da arguente, as hipóteses legalmente admitidas encontram-se em rol taxativo do art. 3º, VI e alíneas, da Lei nº 11.445/2007, que não contemplam, por equiparação de ato infralegal, hipóteses outras. Confira-se a redação examinada:

Art. 6º (...)

§ 6º Enquanto a União não editar as resoluções de que trata o § 5º, os convênios de cooperação e os consórcios intermunicipais de saneamento básico, formalizados na forma do disposto na [Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005](#), serão considerados estruturas de prestação regionalizada, desde que o Estado não tenha aprovado nenhuma das leis previstas nos incisos I e II do **caput**.

⁴⁸ Embora consultada em 26/09/2022 para manifestar-se a Nota Técnica nº 1/2022/COCOL/SSB acerca das questões relativas às parcerias público-privadas, a manifestação jurídica Parecer nº 00204/2022/PFEANA/PGF/AGU, de 08 de novembro de 2022, não examinou em pormenor a questão, o que indica a conveniência e a oportunidade de que, agora, tal exame seja mais detidamente realizado.

§ 7º Para fins do disposto nos incisos II e III do **caput**, o Estado e a União deverão considerar os convênios de cooperação e os consórcios intermunicipais de saneamento básico existentes, de modo que os Municípios integrantes dessas estruturas de gestão associada de serviços públicos componham uma mesma estrutura de prestação regionalizada, sem prejuízo da inclusão de novos Municípios.

142. Quanto aos consórcios públicos, a afirmação apresentada nas arguições de descumprimento de preceito fundamental é de que tais dispositivos regulamentares impugnados negariam vigência à lei federal, derogatória do regime jurídico da Lei nº 11.107/2005, de modo que, para o setor de saneamento, passaria a ter havido vedação à participação do Estado ou da União na associação pública, eis que a legislação específica setorial somente admitiria prestação direta, além dos titulares exercentes do interesse local, a forma do consórcio intermunicipal, não admitindo a autarquia multifederativa e, em especial, não admitindo a criação de consórcio de direito privado, tampouco a criação de pessoas jurídicas de direito privado no âmbito da gestão associada dos serviços de saneamento básico.

143. **Considerando que o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 10 da Lei nº 11.445/2007, que veda a celebração de contratação direta, conforme a redação dada pela Lei nº 14.026/2020, a compatibilizar a autoadministração e a autogestão municipais quanto ao exercício da cooperação interfederativa com o dever constitucional de licitar quando da contratação de sujeito estranho à administração pública do titular, parece haver igual vetor e fundamento na limitação, quanto à prestação dos serviços públicos, à participação estadual ou federal direta, enquanto operadores escolhidos sem prévio certame, nos arranjos legalmente permitidos de cooperação interfederativa.**

144. **Tal premissa é fundamental para o exame técnico, jurídico e decisório da ANA quanto à impugnação dos §§ 8º, 9º, 14, 16 e 17 do art. 6º Decreto nº 11.467/2023:**

Art. 6º. (...)

§ 8º 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, dispensada, em caso de convênio de cooperação, a necessidade de autorização legal.

§ 9º Os convênios de cooperação de que trata este artigo, mesmo sem dar origem a pessoa jurídica, poderão criar órgãos colegiados e outras estruturas de governança interfederativa.

§ 14. A prestação direta dos serviços em determinado Município da estrutura de prestação regionalizada por entidade que integre a administração do próprio Município poderá ser autorizada pela entidade de governança interfederativa, condicionada à comprovação de efetivo cumprimento do disposto no [art. 9º da Lei nº 11.445, de 2007](#), em especial a definição da entidade

responsável pela regulação e fiscalização que atestará o cumprimento das demais condicionantes.

§ 16. Na hipótese do inciso I do **caput**, a prestação dos serviços em determinado Município da estrutura de prestação regionalizada por entidade que integre a administração do respectivo Estado, nos termos do [inciso II do art. 8º da Lei nº 11.445, de 2007](#), dependerá da autorização da entidade de governança interfederativa e será equiparada à prestação direta.

§ 17. A hipótese a que se refere o § 16 fica condicionada à formalização dos termos da prestação, que conte com anuência da entidade reguladora, respeitadas as disposições dos [art. 9º](#), [art. 10-A](#), [art. 11](#), [art. 11-A](#) e [art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007](#), e à comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador, nos termos do disposto em regulamento, com vistas ao cumprimento das metas de universalização.

145. **Do ponto de vista técnico, o exame das diretrizes trazidas pelos §§ 8º, 9º, 14, 16 e 17 do Decreto nº 11.467/2023 não de ser feitos à luz da conceituação legal de prestação regionalizada - em especial, do art. 3º, XIV da Lei 11.445/2007, com a redação dada pela Lei 14.026/2020 - no tópico em que a legislação estabelece o conceito de *serviços públicos de saneamento básico de interesse comum*⁴⁹, desde que se observe, em prol da interpretação sistemática, que o aludido dispositivo enunciador (art. 3º, XIV, da Lei nº 11.445/2007) não disciplina a forma de exercício da titularidade, aspecto que é tratado em dispositivos específicos, quais sejam os arts. 8º e 10 do diploma.**

146. Necessário, portanto, examinar a sistemática legal relativa ao exercício da titularidade e, em específico, na dimensão fundamental inserta na titularidade, que é a prestação do serviço público, com sua inerente principiologia e seu específico regramento:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

XV - seleção competitiva do prestador dos serviços;

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

⁴⁹ Art. 3º, XIV - serviços públicos de saneamento básico de interesse comum: serviços de saneamento básico prestados em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas por lei complementar estadual, em que se verifique o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais Municípios, denotando a necessidade de organizá-los, planejá-los, executá-los e operá-los de forma conjunta e integrada pelo Estado e pelos Municípios que compartilham, no todo ou em parte, as referidas instalações operacionais;

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)

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)

147. O art. 3º, XIV da Lei 11.445/2007 faz alusão à necessidade de organização, planejamento, execução e operação de forma conjunta e integrada pelo Estado e pelos municípios que compartilhem instalações operacionais, mas daí não afirma que a eventual execução e operação conjunta há de se dar diretamente.

148. *Operação e execução conjunta* poder-se-iam verificar em regime de prestação direta por meio de autarquia multifederativa, que contemplasse e integrasse, a um só tempo, todas as entidades federativas, é dizer, que fosse, concomitantemente, integrante da administração pública estadual e municipal. Contudo, a cooperação interfederativa - que deve se dar na forma da lei, conforme os exatos termos do art. 241 da CF/88 - admite, no limite, a autarquia intermunicipal (inclusive a lei usa um truísmo de reforço, indicando ser aquela “exclusivamente composta por municípios”).

149. Portanto, ainda que se admitisse que a autarquia multifederativa não foi excepcionada pelo regramento específico da legislação de saneamento básico - ou seja, haveria expressa autorização para a autarquia intermunicipal porque, em tese, a autorização da autarquia multifederativa já seria imposição lógica, o que se admite por epítrope -, o que parece, sob aspecto técnico, inadmissível é a possibilidade de empregar arranjo empresarial que integre tão somente a Administração Pública Estadual para prestar diretamente serviços em nome de estrutura de prestação regionalizada como um todo, contemplando municipalidades, que, à luz do art. 10 da Lei nº 11.445/2007, não têm em sua estrutura administrativa empresa estatal somente estadual.

150. **Conforme visto, se há proibição legal de subdelegação da atividade desempenhada pelo consórcio intermunicipal a empresas estatais sem licitação, isto é, se nem consórcio intermunicipal poderia se valer de (sub)contratação direta, com mais razão figura consorcial a um só tempo composta por municípios e Estado - em tese, mais dotada de condições técnico-econômicas, em termos escala e viabilidade econômico-financeira - poderia deixar de prestar diretamente, na via autárquica, para adotar feição empresarial sem equivalente, em princípio, na organização administrativa, inclusive porque a lei específica parece ter negado a possibilidade de consórcio de direito privado no âmbito da prestação dos serviços públicos de saneamento básico.**

151. Em suma, se nem a autarquia municipal pode aperfeiçoar contratação sem licitação, menos ainda parece haver permissivo legal para que eventual autarquia multifederativa (estadual e municipal, a um só tempo) proceda a delegação sem certame licitatório, inclusive porque, além da redação aparentemente clara e peremptória das regras específicas de exercício da titularidade, há o princípio fundamental da seleção competitiva do prestador de serviços, que parece afastar e ter por injurídicas interpretações isoladas do art. 3º, XIV da Lei 11.445/2007 e/ou do art. 8º, II, do mesmo diploma, os quais não de ser necessariamente conjugados ao art. 2º, XV e, ainda, ao art. 8º, § 1º, incisos I e II e, ainda ao art. 10º, caput, todos da mesma Lei 11.445/2007, para que, então, se tenha mais claramente delineada a sistemática legal de exercício da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico. Confirmam-se, novamente, tais dispositivos, em conjunto e com destaques:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

XV - seleção competitiva do prestador dos serviços;

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)

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)

152. *Dada a aparente impossibilidade legal de adoção de convênio para prestação de serviços de saneamento (art. 10 c.c. art. 8º, § 1º) - impossibilidade 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 já apontaram, inclusive, a necessidade de exame da potencial revogação tácita⁵⁰ de dispositivos do regulamento geral da Lei nº 11.445/2007, por*

⁵⁰ Vide o Decreto nº 7.217/2010, que ainda admite a celebração de contrato de programa, e não foi objeto de atualização pelos decretos examinados:

“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;

aparente e relevante incompatibilidade de certos 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)⁵¹.

153. Decreto que tais ponderações exigem o escrutínio específico da Procuradoria Federal junto à ANA. De todo modo, quando ao aspecto técnico e de política regulatória, cabe à ANA examinar tecnicamente e decidir sobre o alcance de suas normas e, nessa medida, manifestar-se sobre o regramento da titularidade dos serviços⁵², até em atenção a que, nos termos da Lei das Agências Reguladoras Federais (Lei nº 13.848/2019), essas entidades gozam

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" (...)

⁵¹ Conforme exame técnico realizado na Nota Técnica nº 3/2023/COCOL/SSB - Documento nº 02500.007618/2023-90 - Processo nº 02501.002432/2022, de 17 de fevereiro de 2023, proposto sobre o aos arts. 41 a 43 do Decreto nº 7.217/2010, 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 técnica reside, justamente, em definir quais espécies de vínculos contratuais são legítimas em tal contexto, à luz da novel legislação. Ademais, 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.". 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.

⁵² Ao fazê-lo, portanto, a ANA, por meio da sua área técnica e de seu órgão de cúpula, tão somente exerce estrito dever legal, apenas assentando o pressuposto de direito de seus atos administrativos, elementos essenciais à validade e à forma fundamentada do exercício de suas competência, sem que, ao assim fazer, incursione ou viole o campo consultivo opinativo da Advocacia Pública, se e quando consultada sobre a matéria.

de autonomia funcional e decisória, além de não estarem submetidas a qualquer tutela ou subordinação hierárquica, conforme expressa redação do art. 3º do diploma:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

154. **Posto isso, no exercício da parcela dessa autonomia que, legalmente, é atribuída à Diretoria Colegiada e, nessa medida, vincula área técnica⁵³, entende-se, com base nas análises já manifestadas pela Diretoria Colegiada da ANA⁵⁴, que o art. 8º da Lei nº 11.445/2007 já traz norma específica sobre o âmbito possível de emprego de instrumentos de cooperação interfederativa: além da hipótese inegável de prestação direta pelo ente municipal (art.8º, caput, I), admite -se, no limite, a prestação direta por autarquia intermunicipal composta exclusivamente por municípios, vedada subdelegação sem licitação.**

155. Posta essa admissão expressa e limitativa de modalidade consorcial, restrita ao consórcio público de direito público exclusivamente integrado por municipalidades, somada à redação proibitiva do art. 10, que veda inclusive a celebração de convênios, a conclusão é de que,

⁵³ “Art. 23. Além dos deveres e das proibições previstos na [Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990](#), aplicam-se aos servidores em efetivo exercício nas Agências Reguladoras referidas no Anexo I desta Lei:

II - as seguintes proibições:

d) contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica, adotados pela Diretoria Colegiada da respectiva entidade de lotação; “

⁵⁴ Nos autos do Processo nº 02501.003770/2022-11, constata-se o DESPACHO Nº 45/2023/SGE (Documento nº 02500.003386/2023-09), de 25 de janeiro de 2023, da Secretaria-Geral da ANA, o qual 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)”.

Nos autos do Processo nº 02501.000257/2023, constata-se o 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).

nas hipóteses em que regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, além de ter de ser respeitar o exercício das prerrogativas federativas dos entes nos termos do Estatuto da MetrÓpole, nem sequer se poderia cogitar de autarquia interfederativa composta por Estados e Municípios (que é negada pela lei específica, que só admite a autarquia interfederativa municipal).

156. Se nem sequer se admite a autarquia interfederativa estadual e municipal concomitantemente, menos ainda se poderia admitir uma inexistente figura de empresa multifederativa, tampouco o consórcio de Direito privado (também renegado pela lei, que, repita-se, só admite o consórcio autárquico municipal).

157. Por decorrência, sob a ótica técnica, parece inadmissível tomar empresa estatal estadual, que só integra a estrutura administrativa de um dos condôminos (o Estado) como sendo o condomínio todo, tal e qual acaba fazendo o art. 6, parágrafo 16 do decreto, à guisa de interpretar tão somente o art. 8, II da lei fez, desprezando o art. 8º, § 1º, I e o art. 10 da Lei, os quais hão de ser interpretados em cotejo ao art. 2º, XV da Lei (princípio fundamental da seleção competitiva do prestador).

158. Nessa medida, além da aparente violação à lei por exorbitação, há aparente violação à autonomia municipal e à disciplina federal sobre serviços públicos, em desconformidade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme já sinalizado na NOTA TÉCNICA Nº 12/2022/COCOL/SEC (Documento no 02500.034170/2022-04), DE 24 DE JUNHO DE 2022 em relação a relevante conjunto de proposições legislativas e legislações estaduais voltadas à institucionalização da prestação regionalizada. Reiteram-se os termos da citada manifestação técnica:

“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.

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 13.089/2015⁵⁵), de modo que não há transferência ou abstenção das atribuições de titularidade entre um ente federativo em relação a outro.

Importante consignar que a adoção desses arranjos que viabilizam a prestação regionalizada de serviços não retira os

⁵⁵ 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;

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 11.445/2007⁵⁶).

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).

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.

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.

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:

⁵⁶ 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. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

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.

(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 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).

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.

159. **Tal precedente do Supremo Tribunal Federal, quando aplicados ao exame dos §§ 8º, 9º, 14, 16 e 17 do art. 6º do Decreto nº 11.467/2023 parecem apontar pela incompatibilidade constitucional desses dispositivos regulamentares, eis que a Suprema Corte considerou vulneradores da autonomia constitucional dos Municípios dispositivos de ato normativo estadual - e aqui, o ato federal parece autorizar ou chancelar idêntico resultado - que possibilitaram ao Estado fluminense (1) o poder de unificar a execução dos serviços comum para serem dados em concessão ou permissão *pelo Estado* (semelhantemente ao que era autorizado art. 5º, parágrafo único, LC Estadual 87/1997 do Rio de Janeiro); (2) os poderes de realizar a unificação da execução dos serviços comuns (semelhantemente ao art. 6º da LC Estadual 87/1997, do Estado do Rio de Janeiro); (3) o poder de organizar e prestar, diretamente os serviços públicos de interesse metropolitano, bem como os serviços integrados entre si, (art. 7º, caput, LC Estadual 87/1997); (4) 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) e (5) a prerrogativa 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).**

160. **Ou seja, o exame técnico dos §§ 8º, 9º, 14, 16 e 17 do Decreto nº 11.467/2023, combinados com o art. 9º do Decreto nº 11.466/2023, parece indicar que o regramento à prestação regionalizada e sua equiparação à prestação direta atrai semelhante juízo de incompatibilidade frente à Constituição, o que se afirma com base no dever de exame técnico da regularidade das operações e no juízo técnico sobre o que se entende como forma legítima de exercício da titularidade, em linha com o quanto já decidido pela DIREC da ANA.**

161. **No exame técnico de fenômenos de aparente exorbitação da competência estadual em detrimento da autonomia municipal, as Notas Técnicas da área técnica da ANA examinaram e aplicaram os fundamentos do acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal**

na ADI 1.842/RJ à luz do quanto trazido pela Novo Marco Legal do Saneamento Básico⁵⁷. A novel e prevaecente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, QUE EXAMINOU A LEGISLAÇÃO ORA VIGENTE, assim endereça a questão, conforme o Voto de Sua Excelência o 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.

162. **Relevante consignar que tal posicionamento técnico - NOTA TÉCNICA Nº 12/2022/COCOL/SEC (Documento no 02500.034170/2022-04), DE 24 DE JUNHO DE 2022 - foi sufragado pela Diretoria Colegiada da ANA⁵⁸, empregado em atos de comunicação**

⁵⁷ Faz-se necessária tal apontamento com vistas a acentuar que alguns fundamentos internos ao voto de Ministros que contribuiram para a formação do julgado da ADI 1482 - especialmente em atenção ao quanto aventado no PARECER n. 00204/2022/PFE-ANA/PFEANA/PGF/AGU, que deu ênfase a uma 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, ainda que relevante para a compreensão diacrônica da formação da jurisprudência da Suprema Corte, não integra o dispositivo do julgado, 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 obter 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).

⁵⁸ DESPACHO Nº 45/2023/SGE (Documento nº 02500.003386/2023-09), de 25 de janeiro de 2023. DESPACHO Nº 194/2023/SGE (Documento nº 02500.011277/2023-57), de 10 de março de 2023.

institucional da Agência⁵⁹, avaliado pela Procuradoria Federal junto à ANA⁶⁰, corroborado por órgão da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional⁶¹, adotado por ato do Senhor Ministro de Estado da Economia (substituto)⁶² e por ato do Senhor Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional⁶³, reforçado por análise técnica da Secretaria Nacional de Saneamento do Ministério

⁵⁹ 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

⁶⁰ 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

⁶¹ 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, no corrente ano de 2023, o entendimento anterior (Conferir em: https://sei.mma.gov.br/sei/documento_consulta_externa.php?id_acesso_externo=19588&id_documento=1331214&infra_hash=678b8d1ce46855c66deef40231973722)

⁶² OFÍCIO SEI Nº 420/2022/ME, de 30 de dezembro de 2022 (SEI nº 30651463 = Processo nº 19654.100283/2022-46)

⁶³ 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 prestação 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”*

do Desenvolvimento Regional⁶⁴ e, ainda, pela concordância da Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento Regional⁶⁵.

163. Com base nesses entendimentos técnicos sufragados pela DIREC e corroborados no âmbito técnico, jurídico e decisório de duas pastas ministeriais quanto ao tema, afirma-se que há presunção técnica relevante de que o Decreto nº 11.467/2023, ao usar da técnica da “equiparação” entre prestação direta e prestação regionalizada, ainda que para fins interpretativos, parece guindar a disposição regulamentar ao patamar legal, em procedimento ampliativo do âmbito material de incidência das hipóteses peremptórias de prestação direta.

164. Nessa medida, o Decreto n.º 11.467, de 5 de abril de 2023, parece exorbitar dos limites da Lei 11.445/2007, passando a ostentar, em princípio, a condição de ato com normatividade própria e primária, por dispor de forma autônoma e distinta do quanto o Poder Legislativo placitou na lei federal.

165. O entendimento técnico é de que o regulamento federal não poderia ampliar prerrogativas legais conferidas aos Estados naquilo em que nem mesmo a legislação federal concedeu, especialmente no que toca à disciplina específica dos serviços públicos no âmbito da prestação regionalizada dos serviços. Independentemente da hipótese de prestação regionalizada adotada, e ainda quando reconhecido em lei complementar estadual a compulsoriedade da integração em razão do interesse comum, o funcionamento em si do colegiado interfederativo haveria e há de respeitar as prerrogativas federativas, especialmente quanto a conferir condições institucionais efetivas à autonomia municipal, sob pena de sua asfixia.

166. Entende-se tecnicamente, com escoramento nos citados posicionamentos técnicos, jurídicos e decisórios, inclusive corroborados pelos Ministérios, que aos Estados cabe, por lei, apenas e tão somente estruturar as regiões, isto é, estabelecer quais municípios integrarão tal ou qual microrregião, região metropolitana ou aglomeração urbana, sem que daí deflua autorização para que o Estado determine por si próprio qual será a forma de prestação e de regulação dos serviços públicos, assuntos que deverão ser tratados de forma autônoma pelos entes federativos que integram o colegiado deliberativo, nos termos do Estatuto da MetrÓpole

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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.

(Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015), 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.

167. 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 13.089/2015⁶⁶), de modo que não há transferência ou abstenção das atribuições de titularidade entre um ente federativo em relação a outro.

168. **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, nos termos da Lei (vide, nesse sentido: art. 8º, I; art. 8º-A; art. 8º-B, art. 11-B, §6º, art. 31, III, todos da Lei nº 11.445/2007⁶⁷)**

169. O Supremo Tribunal Federal até considerou possível que haja a instituição de prestação regionalizada quando ainda não houver preexistente compartilhamento de infraestruturas - o qual, espera-se, decorrerá da maturação da prestação regionalizada)⁶⁸.

⁶⁶ 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;

⁶⁷ 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](#))

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.

⁶⁸ Primeiro item da ementa da ADI 6911: “1. O argumento de que as cidades da Região Metropolitana de Maceió não possuem sistema de saneamento básico integrado, ou que não se verifica, naquelas localidades, o fenômeno da conurbação é insuficiente para inquirar a constitucionalidade da Lei Complementar nº 50/2019, do Estado de Alagoas. Nos termos da jurisprudência dominante neste Supremo Tribunal Federal, são legítimas as regiões metropolitanas criadas por lei complementar estadual, e que se dirijam a agrupamento de municípios limítrofes com o objetivo de integrar a organização, o planejamento e a execução no âmbito de funções públicas de interesse comum.

170. Se é verdade que a ausência do requisito fático-econômico não obsta o reconhecimento em lei estadual do interesse comum, mais verdadeira e necessária torna-se a contenção ao poder dos entes estaduais para que, por intermédio de seus atos ou de suas leis - ou, ainda, por meio de regulamento federal que autorize ou incentive os Estados a assim procederem - não se aniquile a autonomia municipal.

171. Sob o prisma técnico, passível de exame e decisão diverso - desde que fundamentado -, o Supremo Tribunal Federal é uníssono em decidir que a autonomia municipal deve ser respeitada e que todas as questões atinentes à prestação dos serviços públicos, seu planejamento, organização e regulação devem ser decididos no seio do Colegiado, de modo que a decisão prévia (em lei estadual ou em ato estadual fundado em decreto federal) dessas questões mitiga, impede e nulifica a possibilidade de exercício efetivo da autonomia municipal.

172. Ou seja, quando se autoriza ou se assente, de qualquer modo, que os Estados decidam pelos Municípios ou que se lhes imponham condições invencíveis, que impossibilitem decisão diversa, parece que os municípios deixam de ter a possibilidade de exercício mais amplo de autonomia federativa para composição do interesse local ao interesse comum, tendo, desde antes da formalização do Colegiado, e também ao depois dessa formalização, o ônus de oferecer forma de prestação alternativa que faça frente ao poder político, econômico e institucional dos Estados, em possível vulneração da autonomia municipal e em descumprimento aparente do quanto decidido também na ADI 6911, reforçando o quanto já decidido na ADI 1842:

“1. O argumento de que as cidades da Região Metropolitana de Maceió não possuem sistema de saneamento básico integrado, ou que não se verifica, naquelas localidades, o fenômeno da conurbação é insuficiente para inquinar a constitucionalidade da Lei Complementar nº 50/2019, do Estado de Alagoas. Nos termos da jurisprudência dominante neste Supremo Tribunal Federal, são legítimas as regiões metropolitanas criadas por lei complementar estadual, e que se dirijam a agrupamento de municípios limítrofes com o objetivo de integrar a organização, o planejamento e a execução no âmbito de funções públicas de interesse comum.

2. No julgamento da ADI nº 1.842, a Corte se posicionou sobre a titularidade do interesse público metropolitano, afastando as posições extremadas que alocavam esta titularidade quer seja no Município, quer seja no conjunto de Municípios, quer seja no Estado-federado. Prevaleceu a tese da competência e da titularidade conjuntas, a qual implica que deva existir, no seio da região metropolitana, estrutura colegiada assecuratória da participação dos Municípios. Ainda que o Supremo Tribunal Federal não tenha definido, de maneira positiva, o desenho institucional a ser adotado pelas regiões metropolitanas, assentou-se a proibição de que as instituições colegiadas

concentrem poder decisório em um só ente-federado.

3. Os arts. 8º e 14 da Lei Complementar nº 50/2019, do Estado de Alagoas, violam a Constituição da República, naquilo que concerne à autonomia dos Municípios, uma vez que o Estado-federado concentra sessenta por cento dos votos na Assembleia Metropolitana e no Conselho de Desenvolvimento Metropolitanano, unificando em si, de facto, todo o poder decisório da empreitada comum.”

173. **É forçoso que se examine que, a prevalecer os dispositivos do Decreto nº 11.467/2023, os municípios podem ficar alijados das condições institucionais efetivas para propor e debater tais questões institucionais relativas à prestação e à regulação dos serviços públicos desde a origem, passando a ter de fazê-lo “ex post facto” da decisão estadual, sob a forma mais angusta de contra-argumentar, isto é, de oferecer uma estrutura empresarial técnica e economicamente viável alternativa, dotada de poder compensatório àquela proposta pelos entes estaduais - ou materialmente impostas pelos Estados, quer “ab origem”, nas leis estaduais que já disciplinem a matéria⁶⁹, quer “a posteriori”, no caso de os Estados ostentarem poder decisório tal que, ainda que isoladamente considerado não seja majoritário, mas passe a sê-lo com coordenações mínimas, atreladas a seu poder de agenda, a seu poder econômico (e.g.: caso reúna parcela próxima à metade ou até equivalente a metade, basta ao Estado o somatório de diminuto percentual de municipalidades integrantes do colegiado da estrutura de prestação regionalizada - às vezes, até de uma única municipalidade - para prevalecer).**

174. **Ou seja, afastando-se a aplicação da regra do art. 10 da Lei nº 11.445/2007 e do princípio legal da seleção competitiva do prestador, sublimando-se o regramento legal do exercício da titularidade no âmbito da prestação regionalizada a partir de uma interpretação isolada do art. 8º, II e/ou do art. 3º, XIV da Lei 11.445/2007, a mecânica institucional trazida**

⁶⁹ Conforme apontado na NOTA TÉCNICA Nº 12/2022/COCOL/SEC, de 24 de junho de 2022 (ANA), reiterada pela NOTA TÉCNICA Nº 1/2022/COCOL/SSB, de 26 de setembro de 2022 (ANA) - cujas preocupações são confirmadas como merecedoras de análise técnica e jurídica individualizada pelo DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00445/2022/GAB/PF/PFEANA/PGF/AGU (PFANA/AGU), bem como adotadas pela Diretoria Colegiada da ANA, conforme DESPACHO Nº 45/2023/SGE (Documento nº 02500.003386/2023-09), de 25 de janeiro de 2023. DESPACHO Nº 194/2023/SGE (Documento nº 02500.011277/2023-57), de 10 de março de 2023 -, vislumbra-se riscos de malferimento à autonomia municipal nos seguintes diplomas estaduais: 1) Lei Complementar Estadual nº 48, de 10 de junho de 2019, do Estado da Bahia; 2) Lei Complementar nº 239, de 30 de dezembro de 2021, do Estado do Maranhão; 3) Lei Complementar nº 455, de 13 de julho de 2021, do Estado de Pernambuco; 4) Lei Complementar nº 176, de 18 de dezembro de 2009, do Estado do Sergipe; 5) Lei Complementar nº 214, de 4 de agosto de 2021, do Estado do Amazonas; 6) Lei Complementar nº 968 de 14 de julho de 2021, do Estado do Espírito Santo; 7) Lei Complementar nº 237, de 09 de julho de 2021, do Estado do Paraná; 8) 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, eis que, apesar da revogação parcial, o art. 14 da citada lei não foi revogado e segue autorizando a prestação direta, por empresa estadual, em nome de todos os integrantes das estruturas de prestação regionalizada. Além dessas, conforme a Nota Técnica nº 3/2023/COCOL/SSB - Documento nº 02500.007618/2023-90 - Processo nº 02501.002432/2022, de 17 de fevereiro de 2023, também merece exame a 9) Lei Complementar nº 246, de 30 de dezembro de 2019, do Estado do Piauí.

pelo Decreto nº 11.467/2023- especialmente quando examinada à luz das legislações estaduais que já buscavam estabilizar “ex ante” matérias que haveriam de ser definidas pelo colegiado interfederativo -, culmina por fazer tábula rasa do Estatuto da Metrópole e, a um só tempo, *estadualizar* a competência material e legislativa dos serviços de saneamento.

175. Nessa medida, a disposição regulamentar de que a prestação direta por empresa estatal estadual em nome da estrutura de prestação regionalizada ficaria sujeita à alegada aprovação colegiada parece deixar de observar a desigualdade formal e decisória que o poder econômico, político e institucional dos Estados reúne.

176. Ainda quanto aos §§ 8º, 9º, 14, 16 e 17 do Decreto nº 11.467/2023, além da aparente exorbitação na dimensão formal, parece haver desalinho material e, propriamente, contrariedade à interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal não apenas na citada ADI 1.482 e na mencionada ADI 6.911, mas também do quanto recentemente decidido pelo STF em sede das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que examinaram a Lei nº 14.026/2020 (ADIs nº 6492, 6536, 6583 e 6882).

177. No acórdão dessas ADIs nº 6492, 6536, 6583 e 6882, o STF reconheceu a constitucionalidade do modelo veiculado pela Lei nº 14.026/2020, a exigir, nos casos de prestação indireta dos serviços de saneamento básico, a utilização do instrumento jurídico da concessão, precedida de licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal.

178. Relevante o exame dos fundamentos explicitamente adotados nos votos de Suas Excelências os Ministros e as Ministras que examinaram as impugnações às inovações trazidas pela Lei nº 14.026/2020.

179. Em particular, esta área técnica procedeu à pesquisa e ao presente destaque dos fundamentos que guardam pertinência com a presente análise técnica, relativa à regularidade da prestação regionalizada e a constitucionalidade (e legalidade) do emprego de vínculos sem licitação e por cooperação interfederativa, em razão do regramento legal possivelmente limitativo ou obstativo de tais práticas.

180. Segundo o **Ministro Alexandre de Moraes**:

(...) “O que se vedou foi apenas a possibilidade de transferência direta da prestação do serviço de titularidade de um ente a uma empresa pública integrante da Administração Pública Indireta de outro ente, com o qual se firmou o convênio de cooperação. Esse expediente, que viabilizava a exploração indireta do serviço sem licitação, está previsto na Lei 11.107/2005, mas não consta do art. 241 da CF. Legítimo, portanto, que o legislador ordinário, que editou a previsão, possa restringi-la, atendidos critérios de razoabilidade e interesse público.” E a razoabilidade está em que os arts. 170, 173 e 175 da CF estabelecem como regra para a exploração indireta de serviços públicos a realização de prévia licitação e celebração de contratos de concessão. **O legislador**

pretendeu conformar as práticas administrativas e negociais comumente adotadas no setor em questão, abandonando um modelo tido por ineficiente e propenso a irregularidades, pela aplicação da regra de licitação e concessão de serviços. (...) “Não é verdade, portanto, que a legislação questionada estaria favorecendo o desmonte ou o confisco do patrimônio das CESBs. [...] Na hipótese de não ser possível dar continuidade a dado contrato de programa, a empresa pública respectiva poderá participar da licitação para a concessão do serviço – cenário no qual competirá em condições vantajosas, por já estar instalada na execução da atividade. Caso não vença a licitação, a transferência de qualquer ativo à empresa vencedora dará direito à indenização correspondente, conforme regulado na lei impugnada.”

181. Segundo a **Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha:**

“Nem se argumente que a lei impugnada concede privilégios às empresas privadas ou aniquila as empresas estatais. Conforme ressaltado pelo Ministério do Desenvolvimento Regional em informações prestadas, as empresas estaduais que desejarem continuar a prestação de serviços de saneamento básico podem competir no mercado por meio de concorrência pública, inclusive com vantagens competitivas. Assim, a norma que impede a celebração de contratos de programa em matéria de saneamento não ofende o art. 241 da Constituição da República e valoriza, ainda, o dever constitucional de licitar previsto no art. 175 da Constituição. Não há inconstitucionalidade nas alterações trazidas pela Lei n. 14.026/2020 às Leis ns. 11.445/2007 e 11.107/2005 no ponto em que proibem, para a prestação de serviços públicos, os contratos de programa.”

182. **Segundo o Ministro Gilmar Mendes:**

“Assim, para que fique mais uma vez claro, a revolução que se opera no setor de saneamento – e que é tão paradigmática para os planos de universalização do acesso aos serviços públicos – consiste no abandono da centralidade da dispensa de licitação em favor das companhias estaduais. No regime anterior, a centralidade dos contratos de programa gerava óbice praticamente insuperável à ampliação da participação do capital privado nos projetos de saneamento. Isso se dava por diversas razões, para além da inexistência de licitação na etapa de transferência da execução do serviço.”

183. **Segundo o Ministro Luiz Fux (Relator):**

*“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.**” (...)*
“Como se vê, os Municípios contratavam diretamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista dos Estados-membros” (...) *“Diante desse diagnóstico, a Lei 14.026/2020 vedou expressamente a celebração de contrato de programa no bojo de consórcio intermunicipal, por meio de alterações aos arts. 8º, §1º, incisos I e II; e 10, caput, e §3º, da Lei 11.445/2007; e ao art. 13, §8º, da Lei 11.107/2005.” (...)* **“O cotejo entre tais enunciados e a disciplina da Lei 14.026/2020 da prestação regionalizada suscita três conclusões. Em primeiro plano, a extinção do contrato de programa não afeta a validade e a legitimidade de toda a categoria “consórcio público intermunicipal”. Pela atual redação do da Lei 11.107/2005, a reunião de Municípios em consórcio ainda pode resultar em autarquia intermunicipal, competente para a prestação direta do serviço e para o investimento em infraestrutura. Em segundo plano, a extinção do contrato de programa não obsta à participação das Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESBs em licitações, inclusive para pleitear a outorga da área anteriormente explorada (a título precário). Em terceiro plano, e como já fartamente demonstrado, a sistemática da Lei 14.026/2020 não pretende impor a um único Município todos os custos de transação envolvidos com o contrato de concessão. Ao contrário, a novel legislação fornece dois arranjos federativos de contratação voltados unicamente ao setor de saneamento. De tal modo que a exclusão do contrato de programa representa uma afetação proporcional à autonomia negocial dos Municípios, em prol da realização de objetivos setoriais igualmente legítimos. Essa proibição ocorre pari passu a opção legislativa pela delegação sob o modelo de concessão.”**

184. Postos os juízos técnicos em relação aos aspectos institucionais e normativos relativos à regularidade das hipóteses de prestação direta vis-a-vis a compreensão técnica do âmbito possível da prestação regionalizada, o juízo técnico regulatório e econômico é de que existe risco relevante à regularidade de contratos e operações, nos termos da lei, caso seja materializada a aparente convergência normativa entre o quanto trazido nos §§ 8º, 9º, 14, 16 e 17 do Decreto nº 11.467/2023 e a previsão de comprovação de capacidade econômico-financeira por via de estrutura de prestação regionalizada, combinada com sucessão contratual, cogitada pelo regramento do art. 9º do Decreto nº 11.466/2023.

185. Aperfeiçoada a prestação direta via prestação regionalizada exercida por estatal estadual à guisa de prestadora escolhida livremente pelo Colegiado, o arranjo não será propriamente contratual e, portanto, os incentivos a performance e a possibilidade de imposição de sanções, especialmente a caducidade, desaparece.

186. Conforme consignado na Nota Técnica nº 12/COCOL/2022/SEC, 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, 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).

187. 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.

188. 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 competição⁷⁰.

189. 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

⁷⁰ “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

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.

190. 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 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, o custeio dos custos operacionais e a realização de investimentos para universalização dos serviços.

191. **Do ponto de vista técnico-econômico, portanto, parecem surgir problemas típicos da participação cruzada (“interlocking directorates”; “cross-ownership”; “common ownership”), os quais, sem a devida mitigação, teriam o condão de impedir 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, diminuiria severamente o potencial competitivo das licitações que houver, tudo isso sem aumentar as eficiências produtivas compartilhadas com a sociedade.**

192. **Do ponto de vista técnico, em suma, 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, além de haver a quase extinção da possibilidade de regulação por comparação, os problemas de participação societária cruzada e de exercício de influência relevante e poder de controle, do ponto de vista societário e antitruste⁷¹, seriam não triviais - mais do que já o são, de saída, quando já**

⁷¹ Conferir acerca do tema a dissertação de Mestrado de FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Participações minoritárias de investidores institucionais em sociedades concorrentes: implicações competitivas da *common ownership* no Brasil;

estabelecida a estatal estadual na lei complementar, o que cria para o município integrante da estrutura de prestação regionalizada o ônus de, individual ou conjuntamente, ter de criar estruturas de poder compensatório ao poder estadual, em prejuízo potencial à autonomia municipal.

193. **Portanto, parece haver razões de índole técnica, econômica, institucional e regulatória que justificam o controle repressivo de constitucionalidade - ou, sucessivamente, de legalidade e, ainda, de legitimidade, economicidade e eficiência - do Decreto nº 11.467/2023, especialmente de seu art. 6º, §§ 8º, 9º, 14, 16 e 17, em conjunto com o art. 9º do Decreto nº 11.466/2023.**

194. Por pertinência temática às questões que orbitam à definição dos arranjos legítimos de prestação regionalizada, as alegações de exorbitação do poder regulamentar pelo art. 15, “caput”, parágrafo único e incisos I e II, do Decreto nº 11.467/2023⁷² devem ser examinadas sob o prisma dos efeitos sobre a autonomia municipal e compatibilizadas com o princípio da continuidade dos serviços públicos, respeitado o princípio da legalidade.

195. Nessa medida, o exame acerca da possibilidade de exceções aos critérios legais de observância à prestação regionalizada diz respeito a definições estritamente legais e de política pública, estranhas ao âmbito técnico e decisório da ANA. Na mesma senda, a arguição de possível violação de preceito fundamental quanto à adoção, pelo art. 16 do Decreto 11.467/2023, do critério de menor valor de outorga, tal dimensão da política pública merece exame mais aprofundado sobre eventuais efeitos em regulação tarifária e patrimonial, a ser conduzido no âmbito das agências reguladoras locais, bem como no âmbito dos órgãos de controle, caso se entenda que a adoção de tal critério enseja renúncia de receitas.

196. São essas as ponderações técnicas em relação ao Decreto nº 11.467/2023.

orientadora: Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão. Disponível em:
<https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38825/1/2020_M%C3%B4nicaTiemyFujimoto.pdf>

⁷² Ao criar hipóteses de não-aplicação dos requisitos do art. 50 da Lei nº 11.445/2007 às conformações de prestação regionalizada, pelo menos até 31 de dezembro de 2025 e, ainda, ao ressaltar, independentemente de prazo, da incidência dos dispositivos relativos à prestação regionalizada (art. 50, VII, VIII e IX) os municípios com contratos de programa regulares em vigor cujo prestador tenha tido comprovação de sua capacidade econômico-financeira e, ainda, municípios cuja prestação tenha sido licitada ou esteja submetida à consulta pública ou, ainda, tenha estudos já contratados pelas instituições financeiras federais.

VI) Conclusões e Encaminhamentos

197. Nos limites da competência regimental desta Coordenação e por determinação superior, procedeu-se a análise técnica apresentada sob a forma da presente Nota.

198. Inicialmente, fez-se o resumo dos dispositivos dos Decretos nº 11.466 e 11.467, de 5 de abril de 2023, os quais foram impugnados nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1055 e 1057, ambas sob a relatoria do Ministro Luiz Fux.

199. Em seguida, passou-se à análise técnica, com vistas a não apenas prestar subsídio técnico à formulação de eventuais manifestações escritas e orais pela Procuradoria Federal Especializada da ANA em tais processos, como também com o propósito de apresentar à Superintendência de Regulação dos Serviços de Saneamento Básico e à Diretoria Colegiada as ponderações técnicas sobre a incidência e as implicações de tais atos normativos nas competências da ANA, em particular quanto às normas de referência já editadas e aquelas previstas na Agenda Regulatória da ANA 2022-2024.

200. Foram apresentados os pressupostos legais justificadores da manifestação da ANA sobre os diplomas regulamentares, especialmente pelo exame da incidência desses atos nas atribuições desta autarquia federal. Em particular, à luz do conceito legal de regularidade de contratos e de operações, bem como ao conceito legal de serviço adequado, buscou-se apontar a necessidade de avaliação do papel da ANA, considerando o art. 13 do Decreto nº 11.446/2023, o qual, ao conferir à agência a prerrogativa de publicar lista de contratos irregulares, indicou a necessidade de exame e decisão superior sobre os limites de emissão de juízo pela ANA sobre regularidade contratual .

201. Em par com o exame dos limites à regularidade operacional e contratual, e em atenção à sistemática do art. 50 da Lei nº 11.445/2007, apontou-se a necessidade de juízo da ANA sobre (i) a possibilidade de ato regulamentar franquear a realização de providências sujeitas a prazo legal já transcorrido⁷³ e seu efeito sobre as competências da ANA e, ainda, sobre (ii) a extensão objetiva de eventual convalidação de vícios em contratos⁷⁴, corroborando a proposta de oitiva da Procuradoria Federal Especializada junto à ANA sobre tais assuntos⁷⁵.

202. Em atenção aos prazos estabelecidos nos decretos examinados para apresentação de novo requerimento de avaliação de capacidade econômico-financeira (31/12/2023), para regularização contratual (31/12/2025) e, ainda, considerado o prazo genérico conferido às situações em curso (31/12/2033), apontou-se a possibilidade de que a permanência de tal regramento projetará efeitos sobre a revisão ou edição de normas de referência cujo assunto

⁷³ Em atenção ao prazo legal do art. 11-B, § 1º da Lei nº 11.445/2007, que foi o de 31 de março de 2022

⁷⁴ Em atenção à possível aplicação do art. 11, § 8º combinado com o o art. 10, ambos da da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007,

⁷⁵ DESPACHO Nº 8/2023/COCOL/SSB (Documento nº 02500.023670/2023-93, de 25 de abril de 2023

seja mais diretamente afetado pelas diretrizes regulamentares (e.g.: Norma de Referência nº 02/2021 e edição de normas sobre universalização, instrumentos negociais, matriz de riscos), com indicação de que os demais assuntos correlatos (governança regulatória, regulação tarifária e patrimonial) poderão ser afetados, a depender da manutenção ou não dos diplomas regulamentares no plano jurídico, bem como a depender da interpretação técnica que deles se faça, no que houver pertinência com atribuições da Autarquia, e sempre respeitadas as atribuições legais de titulares e reguladores infranacionais.

203. Além do exame da extensão de prazos legais e de convalidação de vícios em contratos - e até o apontamento sobre a pretensão dos regulamentos em revalidar contratos ou relações negociais já extintas -, *em decorrência do art. 1º, §§ 2º e 3º e, ainda, a teor do art. 2º, IV do Decreto nº 11.466/2023* - em cotejo aos preceitos legais que a ANA há de respeitar e aos preceitos fundamentais debatidos nas ADPFs -, aponta-se a relevância do exame jurídico pela PFEANA e do exame decisório autônomo pela Diretoria Colegiada sobre os dispositivos seguintes: (i) art. 3º, “caput”; (ii) o art. 7º, I, “a” e (iii) art. 7º, II, todos do Decreto nº 11.466/2023, os quais parecem pretender, em suma, que os aditivos sejam feitos com base na área do município como um todo, e não apenas na área originalmente contratada. Entende-se que, caso o exame de capacidade econômico-financeira contemple toda a área municipal, e não apenas a área originariamente contratada, poderá ocorrer inclusão de áreas e instalações não aos vínculos contratuais (extensão objetiva), e não o incremento de obrigações de investimento nas áreas originalmente limitadoras desses vínculos (aumento de performance), fenômeno que descumpriria a seleção competitiva do prestador e aperfeiçoaria, em verdade, novos contratos administrativos sem prévia licitação.

204. Posto isso, aponta-se a necessidade de que o juízo decisório, a partir das premissas técnicas quanto à possível incompatibilidade legal e constitucional, sejam também avaliados sob a ótica da legitimidade e da eficiência, a recomendar, inclusive, o exame da questão à luz do quanto já decidido pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1446/2018-TCU-Plenário, de 26 de junho de 2018, no Processo TC 030.098/2017-3, que examinou tais premissas sobre decreto federal (Decreto nº 9.048/2017) que intentava prorrogar espacial e temporalmente contratos no setor portuário, com vistas a buscar, no exame jurisprudencial do Tribunal de Contas da União, eventual diretriz aplicável ao setor de saneamento básico que, nesse passo, prestasse-se a auxiliar a avaliação da aderência ou não aos preceitos fundamentais tidos por violados pelos regulamentos em análise, para além de diretrizes mais seguras quanto à implementação das atribuições da ANA.

205. Ademais, apontou-se a necessidade de exame do art. 9º do Decreto nº 11.466/2023 em conjunto com os dispositivos relativos à prestação regionalizada previstos no art. 6º, §§ 8º, 9º, 14, 16 e 17 do Decreto nº 11.467/2023, por se considerar que tais dispositivos pressupõem-se mutuamente e se aplicam de forma conjugada, no que oferecem, também concomitantemente, preocupações quanto à sua regularidade operacional e contratual, nos termos da legislação e da Constituição Federal.

206. Quanto ao Decreto nº 11.467/2023, a análise técnica indicou a possível vulneração do **art. 11-A, “caput”, da Lei nº 11.445/2007**, pelo o **art. 5º, §3º** do diploma regulamentar, corroborando a impugnação segundo a qual o regulamento torna indiscernível o limite para subdelegação de 25% sobre o valor do contrato, na medida em que se poderia extrapolar tal patamar em um contrato, compensando esse excesso em outro vínculo. Considerando a ascendência jurídica da matéria, requereu-se o exame da PFEANA para **adequada compreensão do alcance normativo do dispositivo, especialmente em razão de seus efeitos diretos na competência normativa da ANA para elaboração de normas de referência sobre padronização de instrumentos negociais e sobre definição de matriz de riscos, além da normatização sobre universalização da prestação, todas elas consignadas na Agenda Regulatória da ANA 2022-2024.**

207. No mesmo sentido, a alegação de que o **art. 5º, §4º** do Decreto nº 11.467/2023, excepcionaria os limites legais de subdelegação, entende-se que há mérito no apontamento, eis que a PPP patrocinada é, por lei, hipótese de concessão e, por isso, instrumento de subconcessão e, como tal, hipótese a respeitar a limitação legal de ampliação objetiva. A seu turno, a PPP administrativa, não sendo concessão propriamente - porque contrato de prestação de serviço, nos termos da lei -, não poderia ser objeto de subrogação ilimitada, sob pena de descaracterizar-se e, portanto, não poderia, em princípio, sequer ser empregada, amplamente, como técnica de subrogação ou subdelegação, conforme já sustentado tecnicamente e submetido previamente à análise jurídica da PFEANA⁷⁶.

208. Ainda quanto às disposições regulamentares sobre subdelegação, apontou-se que, apesar de o art. 5º, § 5º do Decreto nº 11.467/2023 disciplinar ganhos de eficiência e pressupor grau de compartilhamento com os usuários, a redação do dispositivo não chega a esclarecer se todos os ganhos de eficiência ou apenas parte desses ganhos serão compartilhados, tampouco delimita qual será o modo de compartilhamento desses eventuais ganhos, o que, se de um lado confere discricionariedade técnica expressa aos reguladores, de outro lado enseja custos regulatórios.

209. Quanto ao regramento da prestação regionalizada e, em especial, à pretensão de equiparação da prestação regionalizada à prestação direta e, ainda, em razão da conjugação do art. 9º do Decreto nº 11.466/2023, combinado com o art. 6º, § § 8º, 9º, 14, 16 e 17 do Decreto nº 11.467/2023, entendeu-se, no âmbito técnico que cabe à ANA manifestar-se sobre titularidade - já que a ANA é autônoma (Lei 13.848/2019) e já que os titulares são destinatários das Normas de Referência, em par com suas entidades reguladoras e fiscalizadoras -, há risco efetivo de vulneração do regramento de exercício da titularidade, face a sistemática legal do exercício da titularidade (que, sob o exame técnico, não permite a interpretação isolada do art. 8º, II da Lei, ou tampouco do art. 8º, II apenas em conjunto ao art. 3º, XIV, da Lei nº 11.445/2007,

⁷⁶ NOTA TÉCNICA Nº 1/2022/COCOL/SSB (Documento no 02500.051011/2022-66), DE 26 DE SETEMBRO DE 2022, devidamente reforçados pela NOTA TÉCNICA Nº 3/2023/COCOL/SSB (DOCUMENTO Nº 02500.007618/2023-90 - PROCESSO nº 02501.002432/2022, de 17 de fevereiro de 2023) , aprovada pelo DESPACHONº 76/2023/SSB (Documento nº 02500.013309/2023-59), de 22 de março de 2023.

em razão da necessária observância do art. 2º, XV c.c art 8º, II, § 1º, I e II e art. 10, todos da Lei 11.445/2007) e, sobretudo, pelo dever legal de observância do Estatuto da Metrópole e, ainda, pelo dever constitucional de preserva o da autonomia municipal, que, conforme analisado, parece atrair aos dispositivos impugnados a mesma conclusão havida nas ADIs 1.842 e 6.911, em dissuadir os entes estaduais de transferir para si prerrogativas municipais.

210. Tal conclusão reitera o posicionamento técnico - NOTA TÉCNICA N  12/2022/COCOL/SEC (Documento no 02500.034170/2022-04), DE 24 DE JUNHO DE 2022 - já aprovado pela Diretoria Colegiada da ANA⁷⁷, já empregado em atos de comunica o institucional da Ag ncia⁷⁸, já avaliado pela Procuradoria Federal junto   ANA⁷⁹, já corroborado por órgão da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional⁸⁰, já adotado por ato do Senhor Ministro de Estado da Economia (substituto)⁸¹ e por ato do Senhor Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional⁸²,

⁷⁷ DESPACHO N  45/2023/SGE (Documento n  02500.003386/2023-09), de 25 de janeiro de 2023. DESPACHO N  194/2023/SGE (Documento n  02500.011277/2023-57), de 10 de março de 2023.

⁷⁸ Ofício n  129/2022/VR/ANA, de 27/10/2022, (Documento no 02500.056672/2022-88) da Diretora-Presidente da ANA, dirigido   Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade do Ministério da Economia - SEPEC

⁷⁹ DESPACHO DE APROVA O 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 legisla es estaduais em face da Constitui o Federal

⁸⁰ PARECER SEI N  16469/2022/ME, de 16/12/2022, da Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria de Contratos e Disciplina, via Coordena o-Geral de Licita es e Atos Normativos em Contrata o Pública, com *“Conclusão pela incompatibilidade das normas estaduais com a Lei n  11.445, de 5 de janeiro de 2007, com as altera es promovidas pela Lei n  14.026, de 2020, no tocante   presta o direta dos serviços públicos de saneamento básico por empresas estatais estaduais”*. *Importante observar que a Nota SEI n  5/2023/CGLA/PGAD/PGFN-ME, de 17 de janeiro de 2023, reiterou, no corrente ano de 2023, o entendimento anterior (Conferir em: https://sei.mma.gov.br/sei/documento_consulta_externa.php?id_acesso_externo=19588&id_documento=1331214&infra_hash=678b8d1ce46855c66deef40231973722)*

⁸¹ OFÍCIO SEI N  420/2022/ME, de 30 de dezembro de 2022 (SEI n  30651463 = Processo n  19654.100283/2022-46

⁸² 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   delega o, sem prévio procedimento licitatório, da presta o de serviços de saneamento básico a empresa pública estadual - Companhia de água e Esgotos da Paraíba (CAGEPA), no âmbito das microrregiões instituídas para presta o regionalizada. Nessa linha, considerando a manifesta o dessa Consultoria Jurídica por meio do PARECER n. 00620/2022/CONJUR-MDR/CGU/AGU (4066024), AUTORIZO o envio do processo   Secretaria-Geral de Contencioso da AGU, para exame*

já reforçado por análise técnica da Secretaria Nacional de Saneamento do Ministério do Desenvolvimento Regional⁸³ e, ainda, pela concordância da Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento Regional⁸⁴.

211. **Com base nesses entendimentos técnicos sufragados pela DIREC e corroborados no âmbito técnico, jurídico e decisório de duas pastas ministeriais quanto ao tema, afirma-se que há presunção técnica relevante de que o Decreto nº 11.467/2023, ao usar da técnica da “equiparação” entre prestação direta e prestação regionalizada, ainda que para fins interpretativos, parece guindar a disposição regulamentar ao patamar legal, em procedimento ampliativo do âmbito material de incidência das hipóteses peremptórias de prestação direta. Nessa medida, o Decreto n.º 11.467, de 5 de abril de 2023, parece exorbitar dos limites da Lei 11.445/2007, passando a ostentar, em princípio, a condição de ato com normatividade própria e primária, por dispor de forma autônoma e distinta do quanto o Poder Legislativo placitou na lei federal.**

212. Sob o prisma técnico, entende-se que a adoção de arranjos que viabilizam a prestação regionalizada de serviços não tem condão de retirar os atributos fundamentais da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico, conferida, como regra, aos municípios, nos termos da Lei (vide, nesse sentido: art. 8º, I; art. 8º-A; art. 8º-B, art. 11-B, §6º, art. 31, III, todos da Lei nº 11.445/2007). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal até considerou possível que haja a instituição de prestação regionalizada quando ainda não houver preexistente compartilhamento de infraestruturas - o qual, espera-se, decorrerá da maturação da prestação regionalizada⁸⁵ -, desde que, uma vez estruturada a região, o funcionamento do órgão

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”

⁸³ 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.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ Primeiro item da ementa da ADI 6911: “1. O argumento de que as cidades da Região Metropolitana de Maceió não possuem sistema de saneamento básico integrado, ou que não se verifica, naquelas localidades, o fenômeno da conurbação é insuficiente para inquirar a constitucionalidade da Lei Complementar nº 50/2019, do Estado de Alagoas. Nos termos da jurisprudência dominante neste Supremo Tribunal Federal, são legítimas as regiões metropolitanas criadas por lei complementar estadual, e que se dirijam a agrupamento de municípios limítrofes com o objetivo de integrar a organização, o planejamento e a execução no âmbito de funções públicas de interesse comum.

deliberativo (colegiado interfederativo) seja estruturado e funcione com efetiva possibilidade de expressão autônoma da municipalidade.

213. Conforme sustentado pela área técnica, **se é verdade que a ausência do requisito fático-econômico não obsta o reconhecimento em lei estadual do interesse comum, mais verdadeira e necessária torna-se a contenção ao poder dos entes estaduais para que, por intermédio de seus atos ou de suas leis - ou, ainda, por meio de regulamento federal que autorize ou incentive os Estados a assim procederem - não se aniquile a autonomia municipal.**

214. Sob o prisma técnico, passível de exame e decisão diverso - desde que fundamentado -, **o Supremo Tribunal Federal é uníssono (ADI 1.842/RJ; ADI 6.911/AL) em decidir que a autonomia municipal deve ser respeitada e que todas as questões atinentes à prestação dos serviços públicos, seu planejamento, organização e regulação devem ser decididos no seio do Colegiado, de modo que a decisão prévia (em lei estadual ou em ato estadual fundado em decreto federal) dessas questões mitiga, impede e nulifica a possibilidade de exercício efetivo da autonomia municipal.**

215. Reforça tal posicionamento a **decisão de Sua Excelência o Ministro Relator Luiz Fux na MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.446 RIO DE JANEIRO**, asseverou que

*“[O] Plenário do Supremo Tribunal Federal, interpretando os artigos 23, IX, e 25, §3º, da Constituição, assentou entendimento no sentido de que a **integração de município a região metropolitana criada por lei estadual, conquanto compulsória, não esvazia a autonomia municipal.** Assim, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico segue sendo dos municípios integrantes, a despeito da execução de referidos serviços se dar de modo conjunto no âmbito da unidade interfederativa. Por esses fundamentos, entendeu o Plenário desta Corte ser inconstitucional dispositivo de lei estadual que submetia o poder concedente relacionado a estes serviços exclusivamente à decisão da autoridade Estadual, pois reconhecia-se pertencer ao ‘colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado’ o poder concedente e a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico. À luz do julgamento da ADI 1.842, revela-se, neste juízo sumário e sem prejuízo de ulterior revisão, a impossibilidade de invocação da Lei Estadual nº 2.831/1997 como limitadora do prazo de concessão de serviços **cuja titularidade não pertence exclusivamente ao Estado do Rio de Janeiro, mas antes ao conjunto de Municípios integrantes da Região Metropolitana, sob pena de ferimento da autonomia federativa dos municípios conglomerados**”*

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL1446.pdf>

216. Portanto, a prevalecer os dispositivos do Decreto nº 11.467/2023, os municípios podem ficar alijados das condições institucionais efetivas para propor e debater tais questões institucionais relativas à prestação e à regulação dos serviços públicos desde a origem, passando a ter de fazê-lo “ex post facto” da decisão estadual, sob a forma mais angusta de contra-argumentar, isto é, *de oferecer uma estrutura empresarial técnica e economicamente viável alternativa, dotada de poder compensatório àquela proposta pelos entes estaduais - ou materialmente impostas pelos Estados, quer “ab origem”, nas leis estaduais que já disciplinem a matéria*⁸⁶, quer “a posteriori”, no caso de os Estados ostentarem poder decisório tal que, ainda que isoladamente considerado não seja majoritário, mas passe a sê-lo com coordenações mínimas, atreladas a seu poder de agenda, a seu poder econômico (e.g.: caso reúna parcela próxima à metade ou até equivalente a metade, basta ao Estado o somatório de diminuto percentual de municipalidades integrantes do colegiado da estrutura de prestação regionalizada - às vezes, até de uma única municipalidade - para prevalecer).

217. Ou seja, afastando-se a aplicação da regra do art. 10 da Lei nº 11.445/2007 e do princípio legal da seleção competitiva do prestador, sublimando-se o regramento legal do exercício da titularidade no âmbito da prestação regionalizada a partir de uma interpretação isolada do art. 8º, II e/ou do art. 3º, XIV da Lei 11.445/2007, a mecânica institucional trazida pelo Decreto nº 11.467/2023- especialmente quando examinada à luz das legislações estaduais que já buscavam estabilizar “ex ante” matérias que haveriam de ser definidas pelo colegiado interfederativo -, culmina por fazer tábula rasa do Estatuto da MetrÓpole e, a um só tempo, *estadualizar* a competência material e legislativa dos serviços de saneamento.

218. Nessa medida, a disposição regulamentar de que a prestação direta por empresa estatal estadual em nome da estrutura de prestação regionalizada ficaria sujeita à alegada

⁸⁶ Conforme apontado na NOTA TÉCNICA Nº 12/2022/COCOL/SEC, de 24 de junho de 2022 (ANA), reiterada pela NOTA TÉCNICA Nº 1/2022/COCOL/SSB, de 26 de setembro de 2022 (ANA) - cujas preocupações são confirmadas como merecedoras de análise técnica e jurídica individualizada pelo DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00445/2022/GAB/PF/PFEANA/PGF/AGU (PFANA/AGU), bem como adotadas pela Diretoria Colegiada da ANA, conforme DESPACHO Nº 45/2023/SGE (Documento nº 02500.003386/2023-09), de 25 de janeiro de 2023. DESPACHO Nº 194/2023/SGE (Documento nº 02500.011277/2023-57), de 10 de março de 2023 -, vislumbra-se riscos de malferimento à autonomia municipal nos seguintes diplomas estaduais: 1) Lei Complementar Estadual nº 48, de 10 de junho de 2019, do Estado da Bahia; 2) Lei Complementar nº 239, de 30 de dezembro de 2021, do Estado do Maranhão; 3) Lei Complementar nº 455, de 13 de julho de 2021, do Estado de Pernambuco; 4) Lei Complementar nº 176, de 18 de dezembro de 2009, do Estado do Sergipe; 5) Lei Complementar nº 214, de 4 de agosto de 2021, do Estado do Amazonas; 6) Lei Complementar nº 968 de 14 de julho de 2021, do Estado do Espírito Santo; 7) Lei Complementar nº 237, de 09 de julho de 2021, do Estado do Paraná; 8) 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, eis que, apesar da revogação parcial, o art. 14 da citada lei não foi revogado e segue autorizando a prestação direta, por empresa estadual, em nome de todos os integrantes das estruturas de prestação regionalizada. Além dessas, conforme a Nota Técnica nº 3/2023/COCOL/SSB - Documento nº 02500.007618/2023-90 - Processo nº 02501.002432/2022, de 17 de fevereiro de 2023, também merece exame a 9) Lei Complementar nº 246, de 30 de dezembro de 2019, do Estado do Piauí.

aprovação colegiada parece deixar de observar a desigualdade formal e decisória que o poder econômico, político e institucional dos Estados reúne.

219. Portanto, o juízo técnico é de que os dispositivos em questão sejam examinados levando-se em consideração também o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.492, 6536, 6583 e 6882, com especial atenção aos fundamentos do voto do Ministro Relator Luiz Fux, que corrobora às inteiras a análise técnica ora apresentada:

*“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. “ (...) “Como se vê, os Municípios contratavam diretamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista dos Estados-membros” (...) “Diante desse diagnóstico, a Lei 14.026/2020 vedou expressamente a celebração de contrato de programa no bojo de consórcio intermunicipal, por meio de alterações aos arts. 8º, §1º, incisos I e II; e 10, caput, e §3º, da Lei 11.445/2007; e ao art. 13, §8º, da Lei 11.107/2005. “ (...) **“O cotejo entre tais enunciados e a disciplina da Lei 14.026/2020 da prestação regionalizada suscita três conclusões. Em primeiro plano, a extinção do contrato de programa não afeta a validade e a legitimidade de toda a categoria “consórcio público intermunicipal”. Pela atual redação do da Lei 11.107/2005, a reunião de Municípios em consórcio ainda pode resultar em autarquia intermunicipal, competente para a prestação direta do serviço e para o investimento em infraestrutura. Em segundo plano, a extinção do contrato de programa não obsta à participação das Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESBs em licitações, inclusive para pleitear a outorga da área anteriormente explorada (a título precário). Em terceiro plano, e como já fartamente demonstrado, a sistemática da Lei 14.026/2020 não pretende impor a um único Município todos os custos de transação envolvidos com o contrato de concessão. Ao contrário, a novel legislação fornece dois arranjos federativos de contratação voltados unicamente ao setor de saneamento. De tal modo que a exclusão do contrato de programa representa uma afetação proporcional à autonomia negocial dos Municípios, em prol da realização de objetivos setoriais igualmente legítimos. Essa proibição ocorre pari passu a opção legislativa pela delegação sob o modelo de concessão.”***

220. Aperfeiçoada a prestação direta via prestação regionalizada exercida por estatal estadual à guisa de prestadora escolhida livremente pelo Colegiado, o arranjo não será propriamente contratual e, portanto, os incentivos a performance e a possibilidade de imposição

de sanções, especialmente a caducidade, desaparece. Na prática, convola-se uma nova formatação de contrato de programa, com a peculiaridade de ser regional e o agravante de ser eterno, porque não sujeito a prazo.

221. Além do aumento de custos regulatórios e dos menores incentivos à eficiência que a prestação definitiva, e não contratual sujeita a prazo enseja, a própria possibilidade de regulação por comparação desaparece, porque o pressuposto da regulação por comparação é a independência entre os agentes econômicos, circunstância inexistente quando o ente empresarial estadual, majoritário ou não, é operador ou copartícipe na estrutura societária do prestador.

222. Tais aspectos, relativos à possibilidade de subsídios cruzados entre regiões sob gestão de mesmo prestador, bem como de possibilidade eventual de exercício de posição dominante em relação a municípios ou blocos menores que forem licitados, além das questões comerciais, regulatórias e antitruste decorrentes da prestação direta possibilitada às empresas estatais estaduais merece maiores estudos quer por reguladores, colegiados interfederativos, Tribunais de Contas, Ministérios Públicos e, em especial, pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

223. **Portanto, parece haver razões de índole técnica, econômica, institucional e regulatória que justificam o controle repressivo de constitucionalidade - ou, sucessivamente, de legalidade e, ainda, de legitimidade, economicidade e eficiência - do Decreto nº 11.467/2023, especialmente de seu art. 6º, §§ 8º, 9º, 14, 16 e 17, em conjunto com o art. 9º do Decreto nº 11.466/2023.**

224. Essas são as ponderações técnico-regulatórias que se apresenta ao exame da SSB, à deliberação da Diretoria Colegiada, à análise e manifestação da Procuradoria Federal Especializada tanto para apresentação de subsídios técnicos às manifestações nas ADPFs 1055 e 1057, quando para a formulação de respostas à condução técnica e decisória desta Agência, caso permaneçam hígidos, total ou parcialmente, os Decretos nº 11.466 e 11.467, de 05 de abril de 2023.

À superior consideração.

(assinado eletronicamente)
JOÃO PAULO SOARES COELHO
Coordenador de Legislação