

VOTO EM SEPARADO

Perante a Comissão Mista de análise da Medida Provisória 868, de 28 de dezembro de 2019, que *Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento; a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos; a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País; e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.*



CD/19375.88960-63

I. RELATÓRIO

No último dia 25 de abril, o Relator da MPV 868, de 2018, Senador Tasso JEREISSATI, apresentou, no âmbito desta Comissão Mista, Relatório parcialmente favorável à proposição. Defendeu Sua Excelência que a MPV seja aprovada, na forma de Projeto de Lei de Conversão (PLV), no qual incluiu diversas emendas.

Houve pedido de vista coletiva, após o que apresentamos este Voto em Separado, por discordar da orientação do Relatório, nos termos do parágrafo único do art. 32 do Regimento Comum do Congresso Nacional (RCCN).

II. ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE

a) Introdução

O que mais chama a atenção é que tanto a Medida Provisória, como o Projeto de Lei de Conversão, estão eivados de diversas **inconstitucionalidades**, que os inviabilizam. Por razões de síntese, vamos nos ater àquelas que consideramos as principais.

b) Ofensa ao arts. 30, V, e 25, § 3º, da CF/88

A primeira inconstitucionalidade diz respeito à proposta de se conceituar, em lei federal, o que seria *serviço de saneamento de interesse local* e *serviço de saneamento de interesse comum*.

Como é curial, em uma Federação quem decide as competências dos entes federados é a Constituição, em capítulo que tradicionalmente denominado como *pacto federativo*.

Não cabe, portanto, a lei ordinária – mas apenas à Constituição - definir as competências dos Municípios.

Porque se prevista a autonomia na Constituição, mas pudesse tal autonomia ser disciplinada por legislação ordinária **externa** ao ente a que se reconheceu a autonomia, de forma a que a dispor do **conteúdo** e dos **limites** de tal autonomia, não estaríamos diante de uma Federação, mas de um *Estado constitucionalmente descentralizado*, conceito completamente diferente.

Com isso, tanto o PLV como a Medida Provisória, ao pretenderem definir o que é *serviço de saneamento de interesse local* estão, em realidade, **interpretando** e, mais que isso, **alterando** o conteúdo do artigo 30, inciso V, da Constituição Federal de 1988, que prevê ser de competência municipal os ***serviços públicos de interesse local***.

Observe-se que não é permitido a uma lei ordinária **interpretar a Constituição**, cujo sentido deve ser sempre tirado de seu próprio texto. Aliás, é ao contrário, são as leis que devem ser sempre interpretadas à luz do texto Constitucional, não a Constituição que deve ser interpretada sob a prisão e a direção do texto legal. Como de conhecida lição do respeitado Professor José Joaquim Gomes CANOTILHO, o que deve prevalecer é a *constitucionalidade das leis*, não o *legalismo da Constituição*¹.

Doutro lado, a Constituição Federal, em seu artigo 25, § 3º, prevê que a definição do que é *interesse comum* **depende de lei complementar estadual**.

¹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª. ed., Coimbra: Editora Almedina, 1998, págs. 1.106-1.107. Este entendimento é o amplamente adotado pela doutrina jurídica, pro ex.: Roberto BIN, *Diritti e Argomenti*, Milão: Giuffrè Editore, 1992, pág. 18 e ss.; Carlos MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira*, 5ª. ed., 1926, ns. 88-89, Carlos MAXIMILIANO também em *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 12ª. ed., Rio: Editora Forense, 1992, pág. 315, n. 381.

Inclusive, por causa disso o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842-RJ, decidiu que é tal definição, *in concreto*, desse conceito que legitima o território de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões e a sua governança.

Em suma: na orientação do Supremo Tribunal Federal não há e nem pode existir um conceito de *serviço de saneamento de interesse comum* uniforme, que possa ser imposto aos Estados e à diversificada realidade urbana brasileira.

No ponto, preciosas são as palavras de Geraldo BRINDEIRO que, enquanto Procurador Geral da República, assim se pronunciou no julgamento da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade 1842-RJ:

“Na verdade, o maior ou menor grau de repercussão do problema para alguém ou além dos limites do município e o modo de solucioná-lo é que determinam a sua qualificação de ser ou não interesse local ou comum. Assim sendo, mais que as próprias necessidades, são as formas de sua satisfação que determinam se certa matéria tem ou não caráter local”.

Ou seja, em cada situação, em vista dos problemas concretos e das soluções que Estado e Municípios pretendem desenvolver em conjunto, como fruto de um diálogo local, é que se poderá definir, de forma segura e proveitosa, o que seja interesse comum, que vai demandar a atuação conjunta.

Por isso, sabiamente, a Constituição Federal atribuiu este papel **ao legislador complementar estadual**, cujas competências **não podem** ser solapadas pela legislação federal.

Evidente, assim, que a Medida Provisória, como o Projeto de Lei de Conversão, neste ponto contrariam o que dispõe o artigo 25, § 3º, da Constituição Federal.

E tem mais.

O texto constitucional, no § 3º de seu artigo 25, afirma que os Estados **poderão** instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, para *integrar a organização, o planejamento e a execução de*

funções públicas de interesse comum. Como é evidente, a criação de tais instâncias interfederativas é uma **faculdade** não uma obrigação dos Estados.

Com isso, a definição, por meio de lei ordinária federal, do conceito de **serviço de saneamento básico de interesse comum** teria por efeito retirar do Município competência que a Constituição lhe assegurou e, ainda, gerar competência **que não teria quem a exerça**, uma vez que tal interesse comum exige a criação de instância interfederativa para sua gestão, e os entes da Federação **não possuem obrigação de criar tal instância**. Evidente que tal definição, como já se disse, pertence ao legislador complementar estadual, que a utiliza inclusive para orientar a simultânea criação da instância interfederativa que irá gerir esse interesse comum.

Prever competência sem prever quem a exerça, veja-se, é evidente *nonsense*; doutro lado, **obrigar** a criar região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião ofende, por outra forma, o mesmo artigo 25, § 3º, da Constituição Federal que, como se disse, reconhece aos Estados uma **faculdade**, o que não pode ser confundido com uma **obrigação**.

c) Ofensa ao arts. 23, IX e parágrafo único, e 241 da CF/88

Outra inconstitucionalidade, quiçá a mais grave, são os dispositivos tanto da Medida Provisória, como do Projeto de Lei de Conversão que visam a impedir os Municípios utilizem a **gestão associada de serviços públicos** para disciplinar a prestação de serviços públicos de saneamento básico.

As propostas ignoram este importante conceito, previsto no artigo 241 da Constituição Federal, parecendo indicar que o único caminho possível para a prestação dos serviços públicos seria ou a prestação direta **por órgão ou entidade do próprio titular** ou, então, **mediante concessão de serviços públicos**, por meio da qual haveria que contratar empresas do setor privado.

Apesar de o Brasil ser país que possui um federalismo do tipo cooperativo, pretendem tanto a Medida Provisória como o Projeto de Lei de Conversão **proibirem** que os Municípios entre si, ou que os Municípios e o Estado estabeleçam relações de cooperação destinadas à prestação de serviços públicos de saneamento básico.

Ora, se a Constituição previu, no inciso IX de seu artigo 23, que é **competência comum**, dentre outros, dos Estados e dos Municípios *promover a melhoria das condições de saneamento básico*, e, ainda, no parágrafo único deste mesmo artigo 23, que tal competência comum deve ser exercida mediante cooperação.

¿ Como se impedir que ocorra a cooperação interfederativa ?

¿ Como se impedir que Estados e Municípios exerçam competências que lhe foram asseguradas pela Constituição ?

Observe-se que se deflui como natural a possibilidade de o Estado criar uma companhia de saneamento para que esta possa socorrer os Municípios, de forma a viabilizar que os estes últimos possam prestar de forma adequada os **serviços públicos de saneamento básico** de que são titulares.

Apesar disso, originada de proposta do Presidente Fernando Henrique CARDOSO, foi promulgada a Emenda Constitucional 19, de 1998, que deu nova redação ao artigo 241 da Constituição Federal, o qual passou a prever que os entes da Federação podem se utilizar de um instrumento novo, qual seja, **a gestão associada de serviços públicos**.

Tanto no regime anterior, como após o novo texto do artigo 241 da Constituição, para viabilizar a prestação de serviços públicos em regime de cooperação federativa era amplamente utilizado o **contrato de concessão**, celebrado sem licitação, ante a inviabilidade de haver competição para se viabilizar a cooperação federativa. No entendimento da época, exigir licitação para a celebração de contrato de concessão entre a companhia estadual de saneamento e o Município seria impedir que tais entes exerçam suas prerrogativas constitucionais.

Tais contratos de concessão, adaptados para disciplinar a prestação de serviços neste regime específico de cooperação cooperativa, eram designados pela doutrina jurídica tanto como *concessão imprópria*, como *concessão-convênio*, porque não disciplinavam uma relação entre um ente público e um ente privado, mas apenas uma relação de cooperação federativa, decorrente de nosso regime constitucional.

Contudo, para evitar esse uso duplo do contrato de concessão, o legislador criou, pela Lei 11.107, de 2005, o instituto do contrato de programa. Importante dizer que, na experiência europeia, é conhecido o instituto da *gestão associada de serviços públicos* que se completa com o *acordo de programa*, gerando o que, no âmbito internacional, é conhecido como regime de prestação *in house*.

Tal forma de prestação de serviço, fique logo claro, é forma de **prestação direta**, pela própria Administração Pública, só que ao invés de um ente utilizar de sua própria estrutura administrativa para prestar os serviços, “toma emprestado” a estrutura administrativa de outro ente. Tudo fica “na casa” da Administração Pública, por isso que tal regime de prestação de serviços, no âmbito internacional, é conhecido como *in house providing*.

Como se pode ver, caso o contrato de programa seja afastado da disciplina da prestação de serviços públicos em regime de gestão associada, que, repita-se, é previsto pelo artigo 241 da Constituição Federal, evidentemente que a prática anterior, que era consagrada e se desenvolvia sem maiores percalços jurídicos, deve ser retomada.

Com isso, ao contrário do que afirma o discurso político sobre a Medida Provisória ou o Projeto de Lei de Conversão apresentado a esta Comissão Mista no dia 25 de abril último, **não ficará impedido** o Município de contratar diretamente, sem licitação, a empresa estadual de licitação. A única diferença é que a contratação, como no passado, gerará um contrato de concessão (a chamada, repita-se, *concessão imprópria* ou *concessão-convênio*) e não um contrato de programa.

Como é evidente, ao se afastar o uso do contrato de programa, que foi instituído por lei de 2005, voltará a ocorrer a prática que existia antes. Não se entende como poderia ser de outra forma.

Mas, imaginando que a medida não seja inócua, que, realmente, haverá uma proibição de que a prestação de serviços públicos de saneamento básico se desenvolva sob o regime da cooperação federativa, evidente que tal medida ofende a Constituição, em especial o parágrafo único e inciso IX do artigo 23 do texto constitucional, que prevê que a cooperação federativa pode ser

utilizada nestes casos, como, também, ofende ao artigo 241, que prevê que os entes da Federação poderão se utilizar da **gestão associada de serviços públicos**.

Em suma: se o regime da gestão associada de serviços públicos, prevista no texto constitucional, por força de emenda constitucional de iniciativa do Presidente Fernando Henrique CARDOSO, não agrada ao Governo Federal ou ao nobre e culto Senador Tasso JEREISSATI, cuja atuação tanto honra o Congresso Nacional, seria o caso de se propor a alteração do texto constitucional, não um projeto de lei que, como sabido, é subalterno e deve respeitar ao que prevê a Carta Magna.

d) Ofensa ao art. 175 da CF/88

Causa espécie que o Relatório apresentado a esta Comissão aos 25 de abril, Relatório que se fez acompanhar de Projeto de Lei de Conversão, ao mesmo tempo que afirma que a licitação seria inafastável para a celebração de contratos de concessão, porque o artigo 175 da Constituição Federal prevê que seria a licitação indispensável na celebração dessa espécie de ajuste, ao mesmo tempo, curiosamente, sem a menor cerimônia, prevê que tais contratos podem surgir sem a necessidade desse procedimento, mediante a **conversão** de contratos de programa em contratos de concessão.

Segundo a Medida Provisória, como segundo o Projeto de Lei de Conversão, celebrar contrato de programa sem licitação, para fazer valer a gestão associada prevista na Constituição, não seria admitido porque estaria se violando o sacrossanto princípio da competitividade, pelo que, segundo esse entendimento, a prestação de serviço público mediante delegação somente pode ser admitida mediante contrato de concessão *obtido mediante prévia licitação* – porque a licitação seria exigência inafastável do artigo 175 da Constituição.

Porém, contraditoriamente, tanto a Medida Provisória, com o PLV preveem que contratos de concessão surjam, sem licitação, mediante a *conversão* de outros contratos, os quais, por seu turno, também foram celebrados sem licitação.

A nossa posição, registre-se, é de total coerência, e de apegado respeito ao texto constitucional.



Entendemos que quando um contrato veicula *gestão associada de serviços públicos*, independentemente da denominação que este contrato adote, pode ser celebrado sem licitação, para fazer valer o artigo 241 da Constituição. Contudo, no caso de a relação jurídica **não disciplinar** gestão associada de serviços públicos, porque afastado o artigo 241 da Constituição Federal há que se aplicar o artigo 175, sendo de rigor a licitação.

Daí a inconstitucionalidade da celebração de contratos de concessão por **conversão**, porque, quando ausente a hipótese de gestão associada de serviços públicos, imprescindível o procedimento licitatório, por força do que dispõe o *caput* do artigo 175 da Constituição Federal.

e) Ofensa ao princípio constitucional da proteção da confiança

Ainda no campo das inconstitucionalidades que consideramos mas relevantes, de se ver que o Projeto de Lei de Conversão apresentado na sessão do dia 25 de abril da Comissão Mista, ao contrário do texto da Medida Provisória, **não prevê prazo de transição**, apesar de defender uma drástica mudança do modelo de prestação de serviços públicos de saneamento básico.

Observe-se que, apesar de ser papel da lei inovar na ordem jurídica, o uso dessa prerrogativa deve ser realizada com cuidado, para não prejudicar desnecessariamente as posições jurídicas preexistentes, especialmente deve se evitar causar prejuízos a quem acreditou na atuação e nas orientações do Poder Público.

Neste aspecto, por sua enorme clareza, trazemos aqui a lição do renomado constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho:

*A aplicação das leis não se reconduz, de forma radical, a esquemas dicotômicos de estabilidade/novidade. Por outras palavras: entre a permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação incondicionada da nova normação, existem soluções de compromisso plasmadas em **normas ou disposições transitórias**. (...).*

No plano do direito constitucional, o princípio da proteção da confiança justificará que o Tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não necessária e indispensável uma disciplina transitória, ou se esta regulou, de forma de forma justa, proporcionada e

*adequada os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei nova a pressupostos – posições, relações, situações – anteriores e subsistentes no momento de sua entrada em vigor.*²

Como se verá no tópico seguinte, dedicado ao mérito, a ausência de transição, caso a norma venha a ser efetivamente adotada, **causará graves e irreversíveis prejuízos às contas públicas estaduais e aos serviços de saneamento básico.**

E se trata de uma ofensa tamanha e desnecessária aos direitos do povo brasileiro e ao interesse público, que, tal como esclarece a doutrina, haverá evidente inconstitucionalidade por contrariedade ao *princípio constitucional da proteção da confiança*.

III. ANÁLISE DE MÉRITO

Apesar das notórias inconstitucionalidades tanto da Medida Provisória, como do Projeto de Lei de Conversão, o que seria mais que suficiente para que fossem rejeitados, para realizar debate mais amplo tecemos aqui considerações sobre o mérito.

O que se propõe, em suma, ignorando a Constituição, é que os Municípios ficassem impedidos de celebrar contratos diretamente com as companhias estaduais de saneamento, sendo que, extintos os contratos em vigor, as novas contratações somente poderiam ser celebradas mediante licitação, na qual a empresa estadual teria que concorrer com as empresas privadas.

Esta proposta já vinha sendo debatida, inclusive quando da edição de Medida Provisória anterior (a MP 844/2018), sendo que o principal óbice para a sua adoção era a de que os Municípios superavitários, ou seja, aqueles cujas receitas tarifárias são superiores ao custo de operação e amortização dos investimentos, seriam naturalmente os que sairiam dos sistemas geridos pelas companhias estaduais de saneamento básico.

Isso produziria o efeito de que as companhias estaduais continuariam a existir atendendo apenas aos municípios deficitários, sem esse

² *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª. ed., Coimbra: Editora Almedina, 1998, p. 263.

aporte de receita (conhecido como “subsídio cruzado”), com fortes repercussões negativas nas contas públicas estaduais e no acesso universal e equitativo aos serviços públicos de saneamento básico.

Não por outra razão os Governadores dos Estados emitiram Manifesto contra a Medida Provisória 844, Medida Provisória que teve fim melancólico, não sendo **sequer lida** no Plenário da Câmara dos Deputados, perdendo sua vigência por rejeição tácita.

A novidade que o Projeto de Lei de Conversão apresentado pelo Senador Tasso JEREISSATI trouxe ao debate foi a regionalização do saneamento básico por meio de “blocos de municípios”.

Apesar de existirem dúvidas sobre a operacionalização deste modelo, o seu objetivo seria mitigar parte dos efeitos da saída dos municípios superavitários, uma vez que haverá mecanismos para se implantar ou induzir a gestão regionalizada e, ao menos em parte, preservar o subsídio cruzado. A partir desse patamar, a proposta passou a ser a de exigir a licitação para os novos contratos.

Afora isso, o Projeto de Lei de Conversão, de forma inconstitucional como já aqui pontuamos, prevê que as companhias estaduais poderão **converter** seus contratos de programa em contratos de concessão, o que permitiria que, em caso de alienação de seu controle acionário para o setor privado, tais contratos permaneçam. A justificativa para a medida é a de proporcionar a reestruturação rápida, e, ainda, que os Estados possam obter receitas com a alienação do controle acionário dessas empresas.

Contudo, o Projeto de Lei de Conversão, ao contrário da Medida Provisória 868/2018 da qual se deriva, ou mesmo da Medida Provisória anterior (a MP 844), **não prevê prazo de transição**. Isso impede que as companhias estaduais que ainda operam sem instrumento contratual possam regularizar a situação, por meio de contratos de programa.

Insista-se que em muitos Estados, por ausência de contratos em vigor, **não será viável a pretendida alienação do controle acionário**, pelo que a solução passará a ser o **desmonte** gradativo da empresa, para a sua substituição pelo setor privado, mais apto a ganhar as licitações, até porque a competição será completamente desigual, por várias e conhecidas razões.

No caso particular da Bahia, segundo estudos coordenados pelo Professor Rudinei Toneto Júnior, Titular de Economia da Universidade de São Paulo (USP), caso o Projeto de Lei de Conversão não seja alterado para prever prazo de transição, implicará em o erário ter que socorrer a companhia estadual de saneamento, gerando despesas orçamentárias, para os próximos quatro anos, da ordem de **6,6 bilhões de reais** e, ainda, com a extinção da empresa, consolidar nas contas do Estado um aumento de passivo, relativo a empréstimos em pagamento e outros, da ordem de **2,5 bilhões de reais** - isso porque a empresa é muito menos endividada que a média do setor.

Com isso, a proposta, ao invés de estimular o investimento em saneamento básico, **levará a que estes serviços sejam prestados em condições precárias na maior parte dos Municípios** e, ainda, causará um **enorme rombo nas contas estaduais**, elevando o déficit público e prejudicando a recuperação econômica.

IV. CONCLUSÃO

Por estas razões, entendo que tanto a Medida Provisória 868, de 2018, como o Projeto de Lei de Conversão apresentado aos 25 de devem ser **REJEITADOS**, porque as propostas, na forma como foram formuladas, prejudicam os direitos do povo brasileiro de ter acesso universal e integral aos serviços públicos de saneamento básico.

Brasília, 7 de maio de 2019

Deputado AFONSO FLORENCE

PT/BA