

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.492 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : **PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA**
ADV.(A/S) : **WALBER DE MOURA AGRA**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

**MEDIDA CAUTELAR NA
AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO
ADMINISTRATIVO. ARTIGOS 3º, 5º, 7º,
11, 13, 14 e 18 DA LEI FEDERAL
14.026/2020. NOVO MARCO LEGAL DO
SANEAMENTO BÁSICO. ALEGADA
OFENSA AOS ARTIGOS 3º, III E IV; 21,
XX; 23, IX; 29, *CAPUT*; 30, I E V; 37, *CAPUT*
E XXI; 165, § 7º; 170, VII; E 241 DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO
ARTIGO 113 DO ATO DAS
DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS
TRANSITÓRIAS - ADCT. AUSENTES OS
PRESSUPOSTOS PARA DEFERIMENTO
DE MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO
LIMINAR INDEFERIDO.**

DECISÃO: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT tendo por objeto os artigos 3º – na parte em que acrescentou o artigo 4º-A, § 1º, I, II e III, à Lei Federal 9.984/2000 –; 5º – na parte em que alterou o artigo 1º, *caput* e I, da Lei federal 10.768/2003 –; 7º – nas partes em que acrescentou os artigos 10-A e 53-A, *caput*, e alterou os artigos 17, § 3º; 22, III e IV; 29; *caput*, I, II, III e §§ 2º, 3º e 4º; 35, *caput*, II, IV

ADI 6492 MC / DF

e V e §§ 1º e 2º; 44, *caput* e § 1º; e 45, *caput* e § 4º, da Lei federal 11.445/2007 –; 11 – na parte em que alterou o artigo 54, *caput*, I, II, III e IV, da Lei federal 12.305/2010 –; 13, *caput*, V, VI e § 2º; 14, *caput* e §§ 1º e 2º; e 18, *caput*, da Lei federal 14.026/2020.

Como parâmetro de controle, foram indicados os artigos 3º, III e IV; 21, XX; 23, IX; 29, *caput*; 30, I e V; 37, *caput* e XXI; 165, § 7º; 170, VII; e 241 da Constituição Federal e o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT.

Em síntese, o requerente alega que a legislação impugnada pode criar um monopólio do setor privado nos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário, em prejuízo da universalização do acesso e da modicidade de tarifas, vez que a necessidade de lucro das empresas privadas seria incompatível com a vulnerabilidade social da população que reside nas áreas mais carentes desses serviços, notadamente os pequenos municípios, as áreas rurais e as periferias das grandes cidades.

Consigna que a novel legislação colocará em risco o sistema de subsídio cruzado, em que os municípios superavitários compensam os deficitários; além de enfraquecer as empresas estaduais de saneamento pela extinção abrupta dos contratos de programa firmados entre os municípios e as empresas estaduais e municipais de água e esgoto, o que, sem a previsão de um período de transição, acarretaria esvaziamento do patrimônio dessas empresas estatais, considerada a impossibilidade de amortização gradual de investimentos já realizados.

Argumenta que a regulamentação tarifária e a padronização dos instrumentos negociais pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA ofenderia o princípio federativo. Outrossim, aduz que a ampliação dos quadros da referida Agência e a criação do Comitê Interministerial de Saneamento Básico - CISB não teriam sido acompanhadas de estimativas de impacto fiscal e financeiro.

Nesse contexto, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados ou, sucessivamente, seja dada interpretação conforme a Constituição à nova redação conferida pela Lei federal 14.026/2020 ao artigo 22, IV, da Lei federal 11.445/2007, para assentar que

ADI 6492 MC / DF

a licitante vencedora não poderá excluir das avenças os Municípios não lucrativos, bem como atrelar o aumento das tarifas à elevação do salário mínimo.

É o relatório. Decido.

A presente ação direta de inconstitucionalidade versa alegada inconstitucionalidade de dispositivos legais inseridos no contexto do novo marco legal do saneamento básico, considerados os princípios federativo e da universalização do acesso aos serviços públicos essenciais.

Não estão presentes, *in casu*, os requisitos necessários para concessão da tutela de urgência.

O saneamento compreende o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Além de fundamental para a dignidade humana, o acesso universal ao saneamento configura premissa básica de saúde pública e agrega benefícios ao meio ambiente, ao mercado de trabalho e à produtividade de uma economia. Sua essencialidade foi reconhecida pela Organização das Nações Unidas, ao declará-lo um direito humano essencial para o gozo pleno da vida e de todos os outros direitos humanos (Res. A/RES/64/292 da ONU).

Nada obstante, os números ostentados pelo Brasil são vergonhosos: mais de 35 milhões de brasileiros não têm acesso à água tratada, mais de 100 milhões não dispõem da cobertura da coleta de esgoto (46,85%) e somente 46% do volume gerado de esgoto no país é tratado, como apontam os dados oficiais recentes trazidos aos autos.

A realidade alarmante de precariedade sanitária no Brasil exige uma atuação imediata, concertada e eficiente do poder público.

O **perigo de dano**, que se configuraria no risco de perecimento do direito em caso de demora na prestação jurisdicional, afasta-se desde logo pelo cenário lastimável em que atualmente se encontra o acesso da população brasileira a esses serviços. A manutenção do *status quo* perpetua a violação à dignidade de milhares de brasileiros e a fruição de

ADI 6492 MC / DF

diversos direitos fundamentais. É como reconhece o próprio Requerente, ao aduzir que “quanto à irreparabilidade dos danos emergentes dos atos impugnados, evidencie-se que a situação atual per se já está a causar um amplo espectro de danos à população brasileira”.

Some-se que a norma estipula um cronograma de implementação, cujos prazos dilargados afastam a necessidade de urgente suspensão de sua eficácia por tutela de urgência. Mesmo a obrigatoriedade de implantação de disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos até 31 de dezembro de 2020, de que trata o artigo 11 da Lei 14.026/2020, pode ser adiada pelos Municípios, respeitadas as condições legais. Sem que esteja presente o *periculum in mora*, não há que se conceder a medida acauteladora requerida.

Tampouco resta evidenciada, *in casu*, a **probabilidade do direito**, no que se refere a um suposto conflito federativo. Como reiteradamente afirmado por este Tribunal, a Federação não pode servir de escudo para se deixar a população à míngua dos serviços mais básicos à sua dignidade, ainda que a pluralidade e especificidades locais precisem ser preservadas.

A Constituição Federal expressamente estabelece, de um lado, a competência privativa da União para instituir diretrizes para o saneamento básico (art. 21, XX) e para instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (art. 21, XIX) e, de outro, a competência comum aos entes para promover a melhoria das condições do setor (art. 23, IX). A par dessas previsões, são implicados ao saneamento diversos outros temas que competem a todos os entes, o que fundamenta a atribuição ao Sistema Único de Saúde da participação na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (art. 200, IV).

Em que pese o saneamento seja tradicionalmente reconhecido como serviço público de interesse local, o que confere titularidade aos municípios (art. 30, V, da CRFB), por vezes o interesse comum determina a formação de microrregiões e regiões metropolitanas para a transferência de competências para Estados (art. 25, §3º, CRFB) ou o estabelecimento

ADI 6492 MC / DF

pela União de critérios técnicos de cooperação - mormente quando os Municípios, isoladamente, não detêm condições de prestar o serviço em todas as suas fases de forma eficiente e com a melhor relação qualidade e custo para o consumidor (BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de Informações Legislativas*. Brasília a. 38 n. 153 jan./mar. 2002, pp. 265-267).

Sobre o tema, este Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar na ADI 1842, quanto à instituição de região metropolitana para saneamento básico e repartição constitucional de competências. À ocasião, o Plenário destacou que a Federação atual exige a *gestão compartilhada* entre os entes em prol de se promover direitos e eficiência estatal. Confira-se, *in verbis*:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. (...)

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**

ADI 6492 MC / DF

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. (...)

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. (...)"

(ADI 1842, Relator LUIZ FUX, Relator p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe 16-09-2013)

Em relação à gestão compartilhada do saneamento, merecem ser citadas as lições doutrinárias do Ministro Ricardo Lewandowski, para quem a autonomia assegurada aos Municípios pela Constituição *"não poderia atuar como um bloqueio, por parte das comunas, à concretização de outros valores constitucionais atinentes ao federalismo contemporâneo, hoje cooperativo, em especial à prestação tempestiva e eficaz das funções públicas de interesse comum"* (LEWANDOWSKI, Ricardo. Titularidade das funções de

ADI 6492 MC / DF

interesse comum nas regiões metropolitanas e nos entes territoriais assemelhados. *Revista Justiça e Cidadania*. Fev. 2015).

Da mesma forma, demanda maiores esclarecimentos a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo que confere à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico o condão de criar normas de caráter regulamentador, como a regulamentação tarifária e a padronização dos instrumentos negociais, que seriam de competência dos municípios. Como visto, o artigo 20, inciso XX, da Constituição, ao conceder competência à União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, expressamente menciona o saneamento básico.

Some-se que, em recente precedente, este Supremo reconheceu a competência regulatória de natureza técnico-administrativa de agência reguladora *estadual* de saneamento básico - sem prejuízo da competência comum aos entes para atuar na área. No caso, o Plenário considerou legítima a atribuição da AGERGS de prevenir e arbitrar, conforme a lei e os contratos, os conflitos de interesses entre concessionários e usuários ou entre aqueles e o Poder concedente (ADI 2095, Relatora CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2019, DJe 26-11-2019).

A concentração de função regulatória da ANA figurava igualmente de iniciativas anteriores de alteração do marco regulatório do setor, a exemplo das Medidas Provisórias 844/2018 e 868/2018, que não foram convertidas em lei. A medida, a princípio, pretende solucionar os riscos gerados pela sobreposição de entidades reguladoras. Ainda que, em certos casos, a coexistência seja benéfica e consentânea com a complexidade inerente a alguns sistemas, pode ser ineficiente, ao causar inconsistências, onerar excessivamente o usuário ou comprometer a clareza das diretrizes. Há, ainda, o risco de colapso das regras regulatórias em razão da *dependência regulatória*, em que a busca por legitimidade de cada agência por seu mandato é moldada pela conduta das outras, na contramão de uma cooperação regulatória (AHDIEH, Robert B. Dialectical regulation. *Connecticut Law Review* vol. 38. 2005. p. 865). Certamente, a questão demanda um aprofundamento incompatível com a presente análise perfunctória.

ADI 6492 MC / DF

Da mesma forma, o argumento de que a alteração da nomenclatura e atribuição dos cargos de nível superior na Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) teria violado o art. 113 do ADCT, por ausência de estimativa de impacto orçamentário e financeiro, prescinde da audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei impugnada.

Por fim, tampouco restou suficientemente demonstrado o risco à modicidade tarifária, à universalização do serviço e, conseqüentemente, a violação aos objetivos fundamentais da República insculpidos no artigo 3º da Constituição. Ao contrário, o Requerente fundamenta a inconstitucionalidade da norma no fato de que *“permite a aferição de lucros vultosos para a execução de um serviço público, que vai onerar ainda mais as pessoas advindas de classes sociais mais vulneráveis, que estarão à mercê das regras mercantis na exploração do serviço de saneamento”*. Ao que se infere da inicial, trata-se de ilações baseadas na premissa ideológica de que o lucro do setor privado seria aprioristicamente incompatível com os princípios constitucionais que norteiam a prestação de serviço público.

Ora, já não é de hoje que os diversos setores concedidos são prestados pela iniciativa privada, cabendo ao Estado ditar os moldes da prestação via regulação, com a chancela do Supremo. Além de expressa previsão constitucional de outorga de serviços públicos essenciais, a Ordem Econômica tem por base os princípios da livre iniciativa e a livre concorrência, sobretudo quando em benefício de uma prestação mais adequada de um serviço público que demanda investimentos vultosos, de longo prazo e de baixo retorno político.

A ampliação da participação do setor privado no serviço de saneamento e resíduos sólidos figura dentre as principais propostas de especialistas, ao lado do fortalecimento dos entes reguladores e da desenvolvimento institucional dos prestadores públicos. É o que decorre da identificação de alguns dos desafios enfrentados pelo saneamento básico, como *“a necessidade de atrair mais recursos para o setor, de dar mais celeridade e de distribuir melhor os investimentos; o fato de as empresas privadas não terem seu acesso a recursos restrito pelos normativos aplicáveis ao setor público e não estarem sujeitas ao processo licitatório, fatores que contribuem para*

ADI 6492 MC / DF

sua eficiência”; e de que “boa parte dos prestadores públicos enfrenta problemas relativos à capacidade técnica e de gestão” (CAPANEMA, Luciana; PIMENTEL, Letícia B. “Saneamento e resíduos sólidos”. In: FERRARI, Marcos Adolfo R. (Org.) *O BNDES e as agendas setoriais: contribuições para a transição de governo*. Rio de Janeiro: BNDES, 2018. p. 31-43).

Para além de uma deferência técnica à especialização do setor e do experimentalismo democrático, que protege novas iniciativas em escolhas regulatórias, é a urgência de políticas voltadas a sanear uma situação socioeconômica de aviltante gravidade que afasta a concessão na cautelar no presente caso.

É inegável que o desenho normativo do marco regulatório de um setor tão sensível a todos os brasileiros não pode ser isento a um controle social e jurídico rigorosos, sobretudo diante dos imperativos constitucionais de universalização, adequação e eficiência. Nada obstante, em um juízo perfunctório, inerente à sede cautelar, os compromissos regulatórios a serem assumidos pelo setor não parecem violar a Constituição Federal, senão justamente promover o acesso a condições mínimas de dignidade como água potável e a tratamento de esgoto.

Ex positis, sem prejuízo de melhor juízo quanto à questão de fundo a ser delineada e debatida, em caráter definitivo, perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, indefiro, liminarmente, o pedido de medida cautelar formulado pelo Partido Democrático Trabalhista.

Notifiquem-se as autoridades requeridas, para que prestem informações no prazo de dez dias. Após, dê-se vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, para que cada qual se manifeste, sucessivamente, no prazo legal de cinco dias.

À Secretaria Judiciária para as devidas providências.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 3 de agosto de 2020.

Ministro LUIZ FUX

Relator

Documento assinado digitalmente