

**P A R E C E R**

(complementar)

O **MINISTÉRIO DAS CIDADES**, por meio da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, honrara-me com a solicitação do fornecimento de parecer sobre o Anteprojeto de Lei sobre a Política Nacional de Saneamento Básico. Em vista de algumas dúvidas geradas pelos entendimentos firmados, o Consultante apresentou quesitos complementares, tal como abaixo exposto.

1. Em sua resposta ao quesito 1 do parecer anterior, há a afirmação de que *“Em princípio, o Município sempre é o titular da competência para prover os aludidos serviços públicos. Mas existem inúmeras hipóteses em que se configuram interesses supra locais ou conjuntos de diversos entes federados. Bem por isso, é possível considerar que, dependendo das circunstâncias, configurem-se interesses municipais e estaduais – refletindo-se na titularidade conjunta dos serviços. (...) E não seria descabida a própria atuação federal em hipóteses em que os diversos Municípios estivessem sediados em Estados diversos.”*. Indagamos: reconhecida a titularidade conjunta dos serviços, seria possível a um

Estado ou à União prestar os serviços em determinado Município independente deste, ou seja sem travar qualquer relação jurídica contratual com ele ?

**Resposta: Não. Parece-me juridicamente impossível que os serviços em tela sejam considerados como de titularidade privativa de Estados e (ou) União. O eventual reconhecimento de interesses que ultrapassem a órbita municipal não conduz à afirmação da existência de interesses estaduais ou municipais privativos. Assim se passa porque, nas hipóteses cogitadas, a existência de interesses de outros entes federativos não significa a ausência de interesse insuprimível do próprio Município. Assim, por exemplo, o fato de o fornecimento de água tratada ou de destinação de dejetos afetar outro Município não conduz ao desaparecimento do interesse local. É que sempre haverá interesse local (e competência para a regulação e prestação dos correspondentes serviços públicos) no tocante ao fornecimento de água tratada e à destinação de dejetos. Isso torna impossível assemelhar a situação jurídica examinada à de, por exemplo, transportes públicos intermunicipais. No caso de transportes, é possível diferenciar os transportes públicos municipais dos intermunicipais. Isso é impossível de se fazer no tocante aos serviços de saneamento básico. Portanto, poderá haver interesses e competências compartilhadas entre diversos entes federativos. Mas a competência municipal é insuprimível. Como decorrência, qualquer articular interfederativa para prestação de serviços de saneamento básico pressupõe a participação (pelo menos) do Município em cujo território as utilidades serão prestadas.**

2. Nos itens 64 a 74 do Parecer, são analisados os conceitos de serviços públicos de saneamento básico de interesse local e serviços públicos de saneamento básico integrados, afirma que: *“A presunção do art. 2o, inc. IX, c, é de correção duvidosa. Poderá haver situação em que os serviços ali indicados afetarão os*

*interesses de mais de um Município. Isso poderá ocorrer, por exemplo, no tocante a 'triagem, reaproveitamento, reúso e reciclagem de resíduos sólidos urbanos'. Poderá produzir-se, quanto a essas hipóteses, a configuração de serviços de saneamento básico integrados, especialmente nas grandes metrópoles”, mas acrescenta que suas ponderações “não se destinam a negar a validade de uma tese fundamental do Anteprojeto.”.*

Indagamos:

a) a definição dos conceitos acima aludidos em lei federal exorbitaria o campo das diretrizes previstas no inciso XX do art. 21 da Constituição Federal?

**Resposta: Não. A afirmativa contida no parecer envolveu muito mais uma questão de fato do que direito. Na tarefa de aplicação do Direito, o aplicador poderá deparar-se com uma constatação fática que, eventualmente, não corresponderá à presunção albergada no texto legislativo. A atividade hermenêutica propiciará a solução correta em face da realidade. Enfim, tratou-se de um comentário adicional, sem qualquer relevância no tocante à constitucionalidade ou validade da disciplina normativa adotada.**

b) a previsão de que os serviços públicos de saneamento básico de interesse local, e não apenas os integrados, possam ser prestados mediante colaboração federativa voluntária atenderia as preocupações expostas no parecer?

**Resposta: Sim. Parece-me que qualquer serviço público (seja de interesse local ou integrado) pode ser prestado mediante colaboração federativa voluntária. Portanto, a consideração referida não importou qualquer restrição quanto a esse tema.**

3. No item 137 do Parecer, está registrado que *“Nenhuma lei federal pode suprimir a autonomia federativa atinente à pactuação de convênios.”*, pelo que entenderia a redação do art. 22 como inconstitucional. Porém, tendo em vista a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que instituiu os contratos de consórcio público e de

programa, mesmo a cooperação federativa prevista no art. 241 da Constituição deve atender a normas gerais de contratação.

Indagamos: é constitucional exigir que haja contrato para a prestação dos serviços por órgão ou entidade estranhos ao titular, entendendo-se por contrato não só os comutativos, mas também os de organização ou colaboração?

**Resposta: Sim. O núcleo da questão reside em que os entes federativos dispõem de autonomia para organizar os serviços de sua competência (privativa ou conjunta). No caso da articulação interfederativa, a avença será traduzida em um “contrato” – entendida a expressão em acepção ampla, para indicar as diversas espécies existentes.**

4. Em diversos momentos do Parecer, se chama a atenção para o cuidado que se deve ter ao se manejar o poder regulamentar, para não se incorrer em inconstitucionalidade. Os dispositivos mais criticados são aqueles que, prevendo a omissão regulatória do titular, entende como aplicável o estatuído no regulamento que, a princípio – principalmente ao instituir modelos de contratos e normas – serviriam apenas para orientação. Porém, ao recebermos o parecer do Professor Benedicto Porto Neto, notamos que ele coloca a questão de uma forma nova, entendendo que nessas hipóteses haveria *integração jurídica*, e não a emanção do poder regulamentar.

Em vista que o quesito anteriormente elaborado somente se referia ao poder regulamentar, indagamos: a opinião emanada no parecer de V.Exa. inadmite também a hipótese de integração jurídica mencionada no parecer do Prof. Benedicto Porto Neto?

**Resposta: Não. A definição exata dos limites da competência regulamentar é um dos tópicos mais árdios do Direito Constitucional-Administrativo. Em princípio, é impossível uma avaliação teórica e abstrata sobre os limites da atividade de regulamentação e da atividade de integração da vontade**

**legislativa. É muito possível, portanto, que qualquer avaliação apenas possa ser realizada em vista do caso concreto, examinando-se a efetiva solução consagrada no ato administrativo.**

5. Em alguns dispositivos do Anteprojeto foi mencionada a competência do Ministério da Saúde em definir a qualidade da água para consumo humano, bem como quais quantidades mínimas de água para a preservação da saúde, especialmente em escolas, estabelecimentos de saúde e de internação coletiva. Dentre estes dispositivos figura o que define que a quantidade mínima a que o usuário teria que pagar independentemente de consumo (“tarifa mínima”) não poderia ultrapassar essa quantidade mínima fixada pelo Ministério da Saúde. Porém, o parecer ao mesmo tempo que acolhe a necessidade de se fixar a tarifa mínima (item 175), criticou tal uso do poder regulamentar (por ex., no item 164). Infelizmente, os dispositivos do Anteprojeto sobre o assunto não possuíam redação clara e precisa, mais parecendo que se referiam aos poderes para definir a tarifa do que as atividades hoje já exercidas (v. Portaria MS nº 518, de 25 de março de 2004, e Decreto nº 5.440, de 4 de maio de 2005).

Com pedido de desculpas pela inicial falta de clareza, indagamos:

(a) é constitucional que o Ministério da Saúde, fundamentado na preservação e promoção da saúde, fixe a qualidade e a quantidade mínimas de água para consumo humano?

**Resposta: Sim. A crítica à regra se relacionou à sua aparente vinculação a questões tarifárias.**

(b) são constitucionais as diretrizes para o saneamento básico que determine que essa qualidade e quantidade mínima devam ser referência para a continuidade dos serviços, ou para a cobrança de consumo obrigatório (“tarifa mínima”)?

**Resposta: Sim, é possível reconhecer que, identificados parâmetros mínimos indispensáveis à manutenção da vida e da saúde, daí derivem**

**conseqüências jurídicas pertinentes à manutenção do serviço ou de remuneração por consumo obrigatório.**

É o parecer.

Curitiba, maio de 2005.

---

Marçal Justen Filho  
Doutor em Direito pela PUC/SP  
OAB/PR 7.468