

AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE AOS SERVIÇOS MUNICIPAIS DE SANEAMENTO BÁSICO NA ÓTICA DA LEI Nº 11.445/2007

Jorge Luiz Neves Saraiva

Após longa batalha de todos aqueles que militam na área do saneamento, especialmente da Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento - ASSEMAE, foi sancionada pelo Presidente da República, em 05 de janeiro de 2007, a Lei 11.445, que foi publicada no Diário Oficial da União em 08.01.2007 e republicada em 11.01.2007, entrando em vigor 45 dias após sua segunda publicação.

A nova lei, conhecida como Marco Regulatório do Saneamento Básico, é de observância obrigatória a todos os entes federados no que tange às diretrizes para o saneamento básico, e somente para a União Federal naquilo que diz respeito à política federal de saneamento básico.

Referida lei estabelece princípios fundamentais que, segundo Dworkin[1] (2002, p. 36), são “um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”, que irão balizar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, produzindo efeitos que impedem que se aja em contrário a eles.

Dispõe, entre outros aspectos, sobre o exercício da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico, sobre o planejamento, já introduzido pela Lei Complementar nº 101, de 2000, como elemento fundamental e permanente nas ações governamentais, de modo a buscar e manter o equilíbrio das contas públicas, e sobre o exercício da regulação, sendo este último aspecto o tema de nossa abordagem.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro[2] (2004, p. 20), no “direito brasileiro, o vocábulo *regulação* surgiu com o movimento de Reforma do Estado, especialmente quando, em decorrência da privatização de empresas estatais e da introdução da idéia de competição entre concessionárias na prestação de serviços públicos, entendeu-se necessário ‘regular’ as atividades objeto de concessão a empresas privadas, para assegurar a regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência”.

Essa regulação se dá através das chamadas agências reguladoras, surgidas da necessidade de reger a prestação dos serviços públicos executados pelo particular em seu nome, conta e risco, mediante delegação do Poder Público Concedente, que no Brasil se acentuou a partir de 1990, com a aprovação da Lei nº 8.031, de 12.04.1990, que institui o Programa Nacional de Privatização.

Sobre o surgimento das agências reguladoras, Diógenes Gasparini[3] escreveu:

Com a implementação da política que transfere para o setor particular a execução dos serviços públicos e reserva para a

Administração Pública a regulamentação, o controle e a fiscalização da prestação desses serviços aos usuários e a ela própria, o Governo Federal, dito por ele mesmo, teve a necessidade de criar entidades para promover, com eficiência, essa regulamentação, controle e fiscalização, pois não dispunha de condições para enfrentar a atuação dessas parcerias. Tais entidades, criadas com essa finalidade e poder, são as *agências reguladoras*. São criadas por lei como autarquias de regime especial. Essa sua natureza jurídica. Como autarquias de regime especial recebem os privilégios que a lei lhes outorga, indispensáveis ao atingimento de seus fins. São entidades, portanto, que integram a Administração Pública indireta (GASPARINI, 2000, p. 342).

A Lei nº 11.445, de 2007, dedica o Capítulo V à regulação dos serviços públicos de saneamento básico, que, conforme definição contida em seu art. 3º, compreendem o conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem urbana.

Determina que o exercício da função de regulação deve atender aos princípios de independência decisória, transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões (art. 21, I e II).

Desses princípios, destacamos a independência decisória que, segundo José Maria Pinheiro Madeira^[4] citando Arnold Wald, “consiste na capacidade da agência de resistir a pressões de grupos de interesses no curto prazo. Procedimentos como a nomeação e demissão de dirigente, associados com fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com ciclo eleitoral, são arranjos que procuram isolar a direção da agência de interferências indesejáveis, tanto por parte do Governo, quanto da indústria regulada”.

Referida Lei aponta como objetivos da regulação (art. 22): o estabelecimento de padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários; a garantia do cumprimento das condições e metas estabelecidas; a prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência; e, a definição de tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.

Atribui competência à entidade reguladora para que edite normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços. Essas normas abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos (art. 23): padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços; requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas; metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos; regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão; medição, faturamento e cobrança de serviços; monitoramento dos custos; avaliação da eficiência e eficácia dos serviços

prestados; plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação; subsídios tarifários e não tarifários; padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação; e, medidas de contingências e de emergências, inclusive racionamento.

A lei prevê, ainda, no § 1º do art. 23, que a regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.

O art. 175 da Constituição Federal, de 1988, determina ser incumbência do Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. O regime de concessão e permissão da prestação dos serviços públicos previsto no referido artigo está regulamentado na Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995.

Neste ponto, cabe a indagação se a regulação dos serviços destina-se apenas aos serviços concedidos ou também àqueles prestados diretamente pelos titulares.

O Art. 9º, da lei nº 11445, de 2007, dispõe que o titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo para tanto prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação.

Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política de saneamento básico, devendo, para tanto:

(...)

II – prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação:

A redação desse artigo restou dúbia. Todavia, a Lei nº 11.445, de 2007, em seu conjunto, enfatiza a regulação em todos os aspectos, vez que refere a expressão “regulação” em 23 de seus dispositivos.

O entendimento de que se pode prescindir da existência de um ente regulador na hipótese de prestação dos serviços de saneamento diretamente pelo titular desborda dos fins colimados pela Lei nº 11.445, consubstanciados nos princípios fundamentais que enumera, bem como de todo o aparato criado para controle, entre outros aspectos, da qualidade e eficiência na execução do serviço e no gasto público.

No Projeto de Lei nº 5296, de 2005, encaminhado pelo Governo Federal ao Legislativo, em 23 de maio de 2005, que fixava as diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico, a questão da regulação abrangendo a prestação dos serviços diretamente pelo titular estava posta de modo expresse.

“Art. 17. A prestação de serviço público de saneamento básico deve ser objeto de regulação e fiscalização permanente por órgão ou entidade de direito público do titular dos serviços ou de consórcio público de que participe.

§ 1º O prestador do serviço não poderá exercer as funções de regulação e de fiscalização”.

A exposição de motivos do projeto assim dispunha:

“Apesar de a Constituição Federal prever que os serviços públicos devem ser prestados sob regulação – ou seja, na ‘*forma da lei*’ (art. 175, *caput*) -, essa não tem sido a prática atual, justamente pela ausência de um marco legal específico para o saneamento básico.

Por conta disso, o texto proposto prevê que a regulação e a fiscalização são obrigatórias, mesmo que não tenha havido a delegação (art. 17, *caput*). Além disso, a regulação deve ser instituída por meio de norma local que, a depender de seu conteúdo, pode ser lei ou ato administrativo normativo (art. 2º, XVII).”

O Projeto de Lei 5296, de 2005, restou arquivado, em decorrência da declaração de prejudicialidade, em 16 de janeiro de 2007, pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em face da vigência da Lei nº 11.445, de 2007.

Entretanto, em que pese a redação imprecisa do inciso II, do art. 9º, da Lei 11.445, a prestação dos serviços de saneamento básico deverá ser objeto de controle por entidade reguladora diversa do prestador mesmo na hipótese de prestação direta pelo titular.

Por mais estranho que possa parecer, essa exigência decorre da insuficiência ou até mesmo da falência do exercício do controle interno dos entes públicos por auditorias ou controladorias gerais, que são integradas e comandadas, em geral, por agentes escolhidos por critérios políticos e demissíveis *ad nutum*, com atribuições restritas ao controle da legalidade dos atos, frente às exigências, por parte dos cidadãos da prestação de serviços públicos eficientes, permanentes, seguros, com preços módicos, entre outras características exigidas pela lei.

Merece análise mais acurada, contudo, o modo como pode se dar essa regulação.

Na hipótese de existência de agência reguladora, integrante da administração pública estadual, poderiam os municípios delegar a essa agência a regulação de serviços de saneamento?

Havendo concessão, conforme disposto nos arts. 8º e 9º da Lei 11.445, de 2007, poderá um ente federado delegar a outro ente a competência para que este edite a regulamentação a ser observada pelo prestador do serviço, em “substituição” ao titular, bem como exerça a fiscalização e acompanhamento das metas a que aquele se obrigou cumprir.

Todavia, não se tratando de concessão, a delegação dessa competência regulatória a órgão integrante de outro ente federado, parece-nos, não é possível, pois haverá quebra do pacto federativo, na medida que parcela da autonomia será subtraída do titular, no caso o município, passando o outro ente federado a submeter o próprio delegante às normas e ações fiscalizatórias que instituir, constituindo-se em verdadeira *capitis deminutio*.

A autonomia dos entes federados está garantida na Constituição Federal.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Art. 18. A organização político - administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...).

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e estadual no que couber;

(...)

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; (...).

Essas garantias estão expressas, também, nas constituições estaduais.

Vejamos, por exemplo, as disposições constantes na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul:

Art. 1º - O Estado do Rio Grande do Sul, integrante, com seus Municípios, de forma indissolúvel, da República Federativa do Brasil, proclama e adota, nos limites de sua autonomia e competência, os princípios fundamentais e os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos universalmente consagrados e reconhecidos pela Constituição Federal a todas as pessoas no âmbito de seu território.

Art. 8º - O Município, dotado de autonomia política, administrativa e financeira, reger-se-á por lei orgânica e pela legislação que adotar, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Destarte, na hipótese de um município, situado no Estado do Rio Grande do Sul, delegar parcela de seu poder de editar normas e fiscalizar uma atividade que ele preste diretamente a outro ente federado, restará ferida a sua autonomia ao submeter-se à “vontade” do outro, caracterizando-se verdadeira intervenção.

Aliás, os casos que ensejam intervenção do Estado em seus Municípios e da União nos Municípios localizados em Território Federal estão previstos no art. 35 da Constituição Federal, de 1988, e qualquer outro que venha a ser previsto em diploma legal infraconstitucional ou ato administrativo, sem sombra de dúvida, estará eivado de vício de inconstitucionalidade:

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

- I – deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;
- II – não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;
- III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;
- IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou decisão judicial.

Sobre a autonomia municipal, José Afonso da Silva^[5], escreve:

A autonomia municipal é assegurada pelos arts. 18 e 29, garantida contra os Estados no art. 34, VII, c, da Constituição. Autonomia significa capacidade ou poder de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo pré-fixado por entidade superior. E é a Constituição Federal que se apresenta como poder distribuidor de competências exclusivas entre as três esferas de governo. As constituições até agora outorgavam aos Municípios só governo próprio e competência exclusiva, que correspondem ao mínimo para que uma entidade territorial tenha autonomia constitucional. Agora foi-lhes reconhecido o poder de auto-organização, ao lado do governo próprio e de competências exclusivas, e ainda com ampliação destas, de sorte que a Constituição criou verdadeiramente uma nova instituição municipal no Brasil. Por outro lado, não há mais qualquer hipótese de prefeitos nomeados. Tornou-se plena, pois, a capacidade de autogoverno municipal entre nós.

A autonomia Municipal, assim, assenta em quatro capacidades:

- a. capacidade de auto-organização, mediante a elaboração de lei orgânica própria;
- b. capacidade de autogoverno, pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmaras Municipais;
- c. capacidade normativa própria, ou capacidade de autolegislação, mediante competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar;
- d. capacidade de auto-administração (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local).

Nessas quatro capacidades, encontram-se caracterizadas a autonomia política (capacidades de auto-organização e de autogoverno), a autonomia normativa (capacidade de fazer leis próprias sobre matéria de sua competência), a autonomia administrativa (administração própria e organização dos serviços locais) e a autonomia financeira (capacidade de decretação de

seus tributos e aplicação de suas rendas, que é uma característica da auto-administração).

A autonomia, que a Constituição de 1988 outorga ao Município, contém uma qualificação especial que lhe dá um conteúdo político de extrema importância para a definição de seu status na organização do Estado brasileiro, inteiramente desconhecido no regime anterior. Antes, o reconhecimento da autonomia municipal tinha um sentido remissivo. Quer dizer, a Constituição remetia aos Estados o poder de criar e organizar seus Municípios. O dito sentido remissivo consistia em determinar aos Estados que, ao organizarem seus Municípios, lhes assegurassem a autonomia, mas apenas quanto às capacidades de autoadministração, autolegislação e autogoverno. Ao fazê-lo, os Estados haviam de respeitar a autonomia assegurada na Constituição Federal em termos genéricos relativos ao peculiar interesse local.

Veja-se a diferença fundamental da outorga da autonomia municipal: as normas constitucionais anteriores sobre ela se dirigiam aos Estados-membros, porque estes é que deveriam organizá-los, assegurando-a mas, aí, se reservavam a eles poderes sobre os Municípios, que agora já não têm: o poder de organizá-los, de definir suas competências, estrutura e competência do governo local e os respectivos limites. Agora não, as normas constitucionais instituidoras da autonomia dirigem-se diretamente aos Municípios, a partir da Constituição Federal, que lhes dá o poder de auto-organização e o conteúdo básico de suas leis orgânicas e de suas competências exclusivas, comuns e suplementares (arts. 23, 29, 30 e 182). Isso significa que a ingerência dos Estados nos assuntos municipais ficou limitada aos aspectos estritamente indicados na Constituição Federal, como, por exemplo os referentes à criação, incorporação, fusão e ao desmembramento de Municípios (art.18, § 4º) e à intervenção (arts. 35 e 36).

Destaque-se, que a fiscalização do Município é exercida pelo Poder Legislativo Municipal, com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, aí incluídos os serviços públicos prestados diretamente pelo poder público, nos termos do art. 31 da Constituição Federal:

Art. 31. A Fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

Assim, diante da autonomia de que gozam os Municípios, bem como da exclusividade do controle externo a que se submete constitucionalmente, conclui-se que não poderá um município delegar a regulação e a fiscalização dos serviços que preste diretamente a outro ente da Federação.

Porém, o município poderá criar um órgão – agência-, encarregado das funções atinentes à regulação e fiscalização dos serviços públicos, tanto aqueles que prestar diretamente, quanto àqueles que delegar. Nesse caso, não estão presentes as limitações constitucionais e legais já apontadas, pois ao Município está assegurada a possibilidade de auto-organização e o poder de exercer os controles internos que entender serem necessários, no pleno uso da sua autonomia, sem ferimento à repartição das competências entre os entes federados, conforme balizamento estabelecido na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas, cujos princípios e regras são cogentes.

Essa agência exercerá, em relação ao próprio Município, a função de controle interno especial, com independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira, nos termos do inciso I do art. 21 da Lei 11.445, de 2007, na forma que definir a lei que a criar e, em relação aos serviços concedidos, exercerá a função de regulação e fiscalização com a plenitude do poder de polícia do estado.

Jorge Luiz Neves Saraiva. Advogado e Assessor para Assuntos Jurídicos do Departamento Municipal de Água e Esgotos da Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Especialista em Advocacia Municipal.

Texto resumido da exposição efetuada no Seminário “Modelo Jurídico Regulatório dos Serviços de Saneamento”, Evento Setorial da 39ª Assembléia Nacional da Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento, que se realizou na Cidade de Gramado - RS, em 24 de maio de 2009.

[1] Dworkin, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 2002.

[2] Direito Regulatório: temas polêmicos. Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2º ed..rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. (Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade).

[3] GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 5ª Edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo, Saraiva, 2000. Pág. 342.

[4] MADEIRA, José Maria Pinheiro. Agência reguladora. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n.59, out.2002.

Disponível em: <http://jus.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3339>. Acesso em: 09 jul. 2007.

[5] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

