

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

P A R E C E R

Direito Administrativo. Serviços públicos. **Saneamento Básico**. Exercício colegiado da titularidade em **microrregiões**. Inteligência do art. 25, § 3º, da Constituição Federal, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. **Prestação direta** decorrente de decisão de entidade interfederativa que exercer a titularidade. Conciliação da **titularidade municipal** (art. 30, V, CF) **exercida colegiadamente** (art. 25, § 3º, CF) com a **competência comum** em matéria de saneamento básico (art. 23, *caput*, IX, CF). Atribuição do dever de prestar os serviços decorrente do exercício **integrado** de competências (art. 23, *caput*, IX, CF) e do **princípio da colegialidade**.

Sumário:

I. Da Consulta	2
II. Da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico na prestação regionalizada	3
II.a. Da titularidade	3
II.b. Do exercício da titularidade	7
II.c. Da função pública de interesse comum	13
III. Da prestação direta dos serviços públicos e sua distinção em relação à prestação indireta	25
III.a. Da prestação direta regionalizada	34
IV. Da instituição da prestação direta pela Microrregião	46
V. Conclusão	51

I. Da Consulta

Consulta-nos a SECRETARIA DE RECURSOS HÍDRICOS DO CEARÁ (“SRH” ou “Consulente”), acerca da possibilidade de instituição de prestação direta dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, mediante decisão de estrutura de governança microrregional, instituída nos termos do § 3º do artigo 25 da Constituição Federal, para a finalidade do exercício colegiado de competências no que se refere aos serviços públicos de abastecimento de água, esgotamento sanitário e manejo de águas pluviais urbanas.

A Consulente, em nome do Estado do Ceará, atua na promoção de ações de enfrentamento aos desafios da governança nos setores de recursos hídricos e de saneamento básico, por meio da implementação do Projeto de Apoio a Melhoria da Segurança Hídrica e Fortalecimento da Inteligência na Gestão Pública. A fim de mitigar as crises de secas no Estado e garantir o abastecimento público de água nos Municípios cearenses, está em processo de implantação sistemas produtores de água, no projeto Malha d’Água.

A implantação regular do projeto depende da edição de normativos aptos a materializar institucionalmente a opção definida para o modelo de gestão dos novos sistemas produtores de água. Dentre os normativos legais que embasam a implantação do serviço, vem este Parecer embasar juridicamente a proposta do Assento Regimental que visa regulamentar o procedimento para o exercício das competências microrregionais relativas à

prestação dos serviços públicos caracterizados como funções públicas de interesse comum, no que se refere à instituição de prestação direta regionalizada, bem como do Regulamento da Prestação Direta Regionalizada.

Para tanto, faz-se necessário analisar (i) a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico, especialmente no contexto da regionalização; (ii) o que caracteriza, essencialmente, a prestação direta; (iii) se tal prestação direta pode ser atribuída a um prestador mediante decisão da estrutura de governança intergovernamental que exerce a titularidade dos serviços no Estado do Ceará; e por fim (iv), as lacunas normativas para a operacionalização do exercício da prestação direta regionalizada no âmbito da Microrregião.

II. Da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico na prestação regionalizada

II.a. Da titularidade

A Constituição da República Federativa do Brasil reconhece expressamente competências de cada ente da Federação no âmbito dos serviços públicos de saneamento básico em duas ocasiões: a primeira delas, no artigo 21, inciso XX, define como competência privativa da União a instituição de diretrizes

para o saneamento básico; a segunda, no artigo 23, inciso IX¹, indica que a promoção da melhoria das condições de saneamento básico é de competência comum a todos os entes da Federação.

O assunto depende da instituição de políticas públicas, a serem exercidas de forma cooperativa, quer dizer, mediante a participação de diversos entes da Federação. A melhoria das condições de saneamento básico, em sendo *competência comum*, envolve a execução dessas competências por regime de cooperação, uma vez que assim determina o parágrafo único do mesmo dispositivo².

Assim, e tal como explica Virgílio Afonso da Silva, as principais dificuldades no campo da competência comum se relacionam às “omissões ou sobreposições ineficientes”, já que não é claro como coordenar a atuação conjunta dos entes federados. Justamente por isso, é usual que “a União acabe assumindo um papel articulador”³.

O papel articulador da União no âmbito do saneamento básico é exercido com base no inciso XX do art. 21, que lhe atribuiu a competência de *instituir diretrizes para o saneamento básico*. A elaboração de leis e outras normas

¹ A Constituição Federal menciona o saneamento básico também fora de seu específico capítulo de reconhecer competências aos entes federados, ao prever que “ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico” (art. 200, IV).

² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021, p. 365.

³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021, p. 365.

federais sobre o tema é fundamentada justamente por essa atribuição de competência.

A Constituição Federal ainda prevê para a União, somente, a determinação de *diretrizes*, enquanto estipula a todos os entes federativos a o *dever cooperativo* de promover a melhoria das condições de saneamento básico. A titularidade sobre os serviços, ou seja, a competência para legislar para além das diretrizes e para organizar, fiscalizar, regular e prestar os serviços, não é definida e modo literal, expresso.

Isso porque o critério adotado pela Constituição para definir a titularidade dos serviços não foi fundada na matéria, mas no *interesse*, conforme se infere do artigo 30, *caput*, incisos I e V, do texto constitucional, que prevê que os Municípios detêm competência para legislar (inciso I), organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão (inciso V), os serviços públicos de interesse local.

Não há disciplina expressa na Constituição sobre o que seriam esses tais serviços de “interesse local” – até porque, no campo do Direito Público, *interesse local*, como o conceito anterior de *peculiar interesse do Município*, são conceitos comuns, consagrados – e que parece desnecessário maior detalhamento – até porque também se trata de conceito aberto, capaz de apreender a evolução econômica e social. Exemplificando, na doutrina é clássica a compreensão de que tais serviços consistem naqueles prestados ou colocados à disposição nos domicílios.

Voltando ao texto da Carta de 1988, sabe-se que há serviços locais de competência federal (*e.g.* telefonia fixa e eletricidade) ou de competência estadual (*e.g.* gás canalizado), porém a regra é que os serviços locais são de competência municipal. Exceção é o transporte coletivo, que não é domiciliar – o que poderia gerar dúvidas sobre seu caráter local (municipal). Porém, tal questão foi dirimida pelo próprio texto constitucional, que expressamente reconhece esse serviço como de interesse local (artigo 30, V)

Uma vez que a Constituição Federal não atribuiu os serviços de saneamento básico, intrinsecamente locais (lê-se domiciliares), nem à União e nem ao Estado, infere-se que tais serviços locais seriam municipais – tal como comprovam as experiências internacionais -, seja pela natureza de suas infraestruturas (que dependem da ampla utilização de bens municipais), seja pelo caráter vinculado à ocupação urbana⁴. A titularidade municipal é ressaltada pelo fato de que um único município é capaz, muitas vezes, de exercer integralmente em seu território as atividades inerentes a determinado serviço de saneamento⁵.

Todavia, este tema foi objeto de controvérsias, a exemplo da Lei Complementar Estadual nº 1.025, de 7 de dezembro de 2007, do Estado de São

⁴ Para mais sobre o tema, v. Floriano de Azevedo Marques Neto, Parecer, publicado no Volume 1 da série Saneamento para Todos (Brasil. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Brasília: Ministério das Cidades, 2005, pp. 115-190).

⁵ O critério é adotado por Floriano de Azevedo Marques Neto: “Adoto como critério para dividir se um serviço é, ou não, da competência municipal a verificação de que aquela atividade pode ser integralmente prestada no âmbito do seu território” (As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: Carlos Ari Sunfeld (coord.). Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 316).

Paulo, que estabelece serviços públicos de saneamento básico de titularidade estadual e de titularidade municipal. O assunto foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.028, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2021. Em que pese a ação tenha sido julgada improcedente, pacificou-se o entendimento de que **a titularidade é municipal** e que as competências da agência reguladora estadual serão desempenhadas apenas e exclusivamente mediante delegação dos Municípios.

II.b. Do exercício da titularidade

Há, ainda, outros fatores que devem ser considerados quando se estuda o exercício da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico. É possível que a prestação do serviço em um Município impacte em outro; ou que nem todas as atividades que compõem a prestação dos serviços possam ser executadas todas no território de um único Município, como se vê em unidades conurbadas que dependem de um mesmo manancial ou açude, e por conta disso acabam, para fins operacionais, por utilizar a mesma infraestrutura da prestação de serviços.

Por fim, surgem hipóteses em que, de maneira isolada, os Municípios não seriam capazes de prestar os serviços de saneamento básico com a eficiência necessária, por conta da ausência de escala. Para solucionar essa questão, utiliza-se o recurso das estruturas de subsídio cruzado entre os

Municípios de maior poderio econômico, que tornam viável a prestação dos serviços naqueles de menor porte.

Vistas essas hipóteses em que a prestação dos serviços ultrapassa o interesse meramente local, a Constituição estipula a instituição de *mecanismos de regionalização*. Esses mecanismos podem se dar de maneira *voluntária*, tais como aqueles vinculados à gestão associada de serviços públicos (art. 241 da CF), disciplinados pela Lei de Consórcios Públicos (Lei federal nº 11.107/2005)⁶; ou de maneira *compulsória*, através da instauração de entidades federativas tais como regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas, instituídas por lei complementar estadual (art. 25, § 3º da Constituição)⁷.

A questão é: *como se configura a competência para a prestação dos serviços nas hipóteses de regionalização compulsória?* A controvérsia foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com o julgamento da ADI 1.842/RJ⁸ no ano de 2013, ajuizada contra legislação do Estado do Rio de Janeiro, tanto por conta de lei ordinária que disciplinou a prestação dos serviços (que foi declarada completamente inconstitucional, por faltar ao Estado competência para

⁶ Observe-se que o art. 241 da Constituição Federal, além da gestão associada de serviços públicos prevê outra forma de exercício de competências em regime de cooperação, qual seja, a *transferência total ou parcial* dos serviços, a qual pode se efetivar mediante convênio de cooperação entre entes federados. Esta outra forma não é analisada com frequência pela doutrina, em razão do largo uso da gestão associada de serviços públicos, a qual recebeu forte *enforcement* em razão de o ordenamento jurídico brasileiro ter recepcionado o contrato de programa (*in-house providing contract*). Esse tema será analisado de forma mais pormenorizada nesse parecer.

⁷ O caráter compulsório dessas formas de regionalização é reconhecido pela jurisprudência do STF. Ver, nesse sentido, ADI 1841, rel. Carlos Velloso, j. 1/8/2002.

⁸ STF, ADI 1842, rel. Maurício Corrêa, j. 6/3/2013.

disciplinar a matéria), quanto por conta da lei complementar que reorganizou a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos.

O STF decidiu que a titularidade dos serviços cabe aos Municípios, de tal forma que seriam inconstitucionais os dispositivos da lei complementar estadual fluminense que transferiram tais competências ao Estado. Porém, sendo assim, *que efeito teria sobre as competências municipais a instituição de região metropolitana ou de microrregião?*

Em relação isso, o STF assim determinou: “reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado” (item 5 da ementa do Acórdão). Logo, se a *titularidade* permanece municipal, o *exercício* da titularidade pode ser colegiado⁹.

Ficaram vencidas duas linhas de fundamentação.

A primeira, proposta pelo ministro Maurício Corrêa, sugeria que a competência para a prestação dos serviços seria estadual. Isso porque a instituição compulsória de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregião implicava, no seu entender, que o interesse em jogo era regional, e não apenas local, o que justificaria – para essa posição que se tornou isolada no julgamento - que o Estado assumisse uma função de coordenação.

⁹ Carlos de Barros Júnior já distinguia, com base na doutrina de Zanobini, o poder do exercício do poder: “Acrescenta o citado autor ser supérfluo recordar que, falando de poderes e funções, entende referir-se unicamente ao poder de exercício, porque os poderes como tais não podem, por nenhum título, ser transferidos pelos entes públicos a outros sujeitos” (Barros Junior, C.S. de 1973. A concessão de serviço público. Revista de Direito Administrativo. 111, (out. 1973), p. 11.

A tese, como dito, foi rejeitada pelos demais ministros. Isso porque o STF entendeu que ela é incompatível com a autonomia municipal assegurada pela Constituição. Aceitá-la significaria permitir que o Estado-membro, por decisão unilateral, usurpasse competências próprias dos Municípios, violando o status constitucional autônomo destes entes federados (art. 18 da Constituição da República¹⁰).

A segunda linha vencida foi proposta pelo ministro Nelson Jobim, segundo o qual, mesmo nos casos de regionalização compulsória, a competência dos serviços permaneceria integralmente municipal. Ela apenas teria de ser compartilhada *com outros Municípios*. Não aceitava, pois, qualquer tipo de influência do Estado-membro para a organização e a prestação dos serviços públicos: este ente federado deveria se limitar à instituição da estrutura de prestação regionalizada, por meio de lei complementar estadual – não podendo dela participar. Sua competência era meramente *instituidora*. A posição de Nelson Jobim foi acompanhada por Eros Grau, no voto que este último proferiu na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.077-BA, que foi julgada concomitantemente.

Contudo, o entendimento que prevaleceu, defendido com maior clareza nos votos dos ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, parte da

¹⁰ **Constituição da República: “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”. Importante lembrar que a Constituição protege municípios contra violações da sua autonomia pelos estados ao estabelecer essa hipótese como justificadora de intervenção federal: “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (...) c) autonomia municipal”.**

premissa que a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões implica que os interesses em jogo não são meramente locais, mas comuns aos entes federados envolvidos. Por esse motivo, as competências em relação aos serviços devem ser exercidas em conjunto, de forma compartilhada.¹¹

Justamente por isso, impõe-se a necessidade de uma estrutura de governança que viabilize o compartilhamento das competências, de tal forma que a participação de todos os entes envolvidos seja assegurada, incluindo o Estado-membro. Essa estrutura denomina-se colegiado metropolitano, ou microrregional, órgão composto por representantes de cada ente membro, dotado de competência para decidir sobre aquelas questões de interesse comum, que justifiquem a instituição da estrutura da prestação regionalizada.

Dessa forma, o exercício da titularidade dos serviços públicos foi atribuído ao próprio colegiado metropolitano ou microrregional, como asseverou o ministro Joaquim Barbosa:

Vale dizer, a titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa para a nova entidade público-territorial-administrativa, de caráter intergovernamental, que nasce em consequência da criação da região metropolitana. Em contrapartida, o exercício das funções normativas, diretivas e

¹¹ A nossa compreensão é que, aqui, a integração realizada mediante lei complementar estadual, nos termos previstos na Constituição Federal, atrai e dar concretude à competência comum que o Estado-membro possui sobre o saneamento básico (art. 23, IX) – ou seja, a região metropolitana, a aglomeração urbana e a microrregião são também formas de cooperação, possuindo direta conexão com o estatuído no parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal.

administrativas do novo ente deve ser compartilhado com paridade entre o estado e os municípios envolvidos¹².

A despeito do afirmado pelo ministro no excerto acima, prevaleceu o entendimento de que a participação no colegiado não precisa, necessariamente, ser paritária. O essencial é que não haja predominância absoluta de nenhum ente federado na tomada de decisões pelo colegiado. O seguinte trecho da ementa do acórdão proferido na ADI 1.842/RJ, parte dele já aqui citado, sintetiza bem o entendimento do STF:

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 absoluto¹³. (grifos próprios)

Importante, no entanto, ressaltar que, sobre este ponto, a posição hegemônica, sendo inclusive a adotada pela Procuradoria Geral da República no parecer proferido no âmbito da ADI 6.339/BA, é de que o Estado-membro deve possuir menos da metade dos votos do colegiado intergovernamental – apesar

Barbosa, p. 46.

¹² STF, ADI 1842, rel. Maurício Corrêa, j. 6/3/2013, voto do ministro Joaquim

¹³ STF, ADI 1.842, rel. Maurício Corrêa, j. 6/3/2013, trecho da ementa.

que essa medida pode não ser suficiente para impedir a concentração de poderes proibida pela Constituição Federal, nos termos de como a compreende o STF.

Daí que as microrregiões hoje evoluíram para se reconhecer ao Estado-membro, no colegiado, no máximo 40% (quarenta por cento) dos votos, porém estando o processo deliberativo vinculado a outros colegiados – como o Comitê Técnico (no qual, em geral, o Estado possui apenas três votos, dentre os onze membros que o compõe) e o Conselho Participativo, formado exclusivamente por representantes da sociedade civil.

Atualmente, as microrregiões são exemplos de empoderamento dos Municípios, onde os temas são negociados de forma intensa e, em geral, as decisões são adotadas mediante ampla maioria de votos dos Municípios – em uma relação de concertação e harmonia com o Estado-membro.

II.c. Da função pública de interesse comum

A definição de *função pública de interesse comum*, que justifica e vincula a atuação das estruturas de governança intergovernamentais previstas no § 3º do artigo 25 da Constituição Federal, foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal não apenas no julgamento da ADI 1.842/RJ, como também na paradigmática ADI 2.077 MC/BA – na qual o STF concedeu em parte a medida cautelar requerida para suspender a eficácia do inciso V do artigo 59 e do *caput* do artigo 228, ambos da Constituição do Estado da Bahia, com a redação dada

pela Emenda Constitucional nº 7, de 19 de janeiro de 1999 -, e mais recentemente, na ADI 6.573/AL.

A decisão do STF na ADI 2.077/BA foi baseada no fato de que os dispositivos restringiam a definição de interesse local e, conseqüentemente, o rol de competências dos Municípios. O inciso V do art. 59 da Constituição do Estado da Bahia, em razão de Emenda cuja constitucionalidade era então questionada, por exemplo, definia serviços de interesse local como aqueles “*cuja execução tenha início e conclusão no seu limite territorial, e que seja realizado, quando for o caso, exclusivamente com seus recursos naturais (...)*”. O STF definiu as funções públicas de interesse comum da seguinte forma:

As **funções públicas de interesse comum, inconfundíveis com aquelas de interesse exclusivamente local**, correspondem, pois, a um conjunto de atividades estatais, de **caráter interdependente**, levadas a efeito no espaço físico de um ente territorial, criado por lei complementar estadual, que une Municípios limítrofes relacionados por vínculos de comunhão recíproca.¹⁴ (grifos próprios)

Complementarmente, no julgamento da ADI 1.842/RJ, o Ministro Gilmar Mendes, ao abordar o conceito de serviço de interesse comum, destacou que este seria caracterizado pelo fato de não se confundir com o simples somatório de interesses locais, visto que a falta de determinado serviço em um único Município seria capaz de afetar toda a região ao seu redor. Vejamos:

¹⁴ Supremo Tribunal Federal - STF. ADI 2077 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013.

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.

(...)

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 CF.**

Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer (...) compulsoriamente, **nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas.**

(...)

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”. (grifos próprios)

O Ministro ainda abordou em seu voto aspectos ambientais, de higiene e saúde pública, economicidade e eficiência no uso de recursos, bem como viabilidade técnica e econômica da execução:

“Por outro lado, a inadequação na prestação da função pública de saneamento básico enseja **problemas ambientais e de saúde pública que afetam comunidades próximas**, principalmente nos casos em que se verifica o fenômeno da conurbação.

(...)

Com efeito, a integração do planejamento e execução do saneamento básico de agrupamento de municípios não só privilegia a **economicidade e eficiência de recursos naturais e financeiros** - por exemplo, aproveitando estação de tratamento e redes de distribuição e coleta para diversas comunidades - como permite **subsídios cruzados, isto é, a compensação de déficit na prestação de serviço em determinadas áreas com o superavit verificado nas áreas de maior poder aquisitivo**.

(...)

Nesse sentido, 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**”

O posicionamento exposto no voto do Ministro Gilmar Mendes pode ser tido como paradigmático, uma vez que os próprios ministros da Corte Constitucional têm se referido a ele, em casos recentes, como sendo a interpretação adequada do que a Constituição entende por função pública de interesse comum. A título de exemplo, o referido julgamento foi apontado pelo Ministro Edson Fachin, na apreciação da recente Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.573/AL:

“Em segundo lugar, a ADI nº 1.842 avança na caracterização do **sentido constitucionalmente adequado do interesse comum metropolitano**. Assim, **está-se a falar de um conjunto de funções e serviços de caráter transversal, desbordando, quer por sua natureza comum a mais de um município, quer pelo reflexo de seus efeitos em mais de um município, o quadro constitucional**

da municipalidade. O Supremo Tribunal Federal referiu-se expressamente ao saneamento básico como oriundo da competência comum de União, Estados e Municípios, nos termos do art. 23, IX da CRFB/88, e assentou que este serviço público, não raro, extrapola o interesse local. Estaria, portanto, justificada sua gestão integrada, mesmo através da compulsoriedade das regiões metropolitanas.”

O Supremo ainda avançou na delimitação do tema ao enumerar, exemplificativamente, uma série de situações que poderiam, potencialmente, configurar uma função pública como sendo de interesse comum e, assim, justificar a integração da sua organização, do seu planejamento e da sua execução por partes dos entes federados.

Relembre-se que a ideia de que o exercício compartilhado da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico apenas ocorreria em caso de integração das infraestruturas físicas dos Municípios foi expressamente rejeitada pelo STF, no julgamento da ADI nº 6.573/AL, ao se colocar que *“a simples existência fática de um isolamento ou uma de não-integração do sistema de saneamento básico dos Municípios (...) não seria suficiente para impedir a formação da Região Metropolitana”*.

Novamente com a palavra, o Supremo:

“CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADIS Nº 6.573 E Nº 6.911. ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. REGIÃO METROPOLITANA DE MACEIÓ. LEI COMPLEMENTAR Nº 50/2019, DO ESTADO DE ALAGOAS. SISTEMAS DE SANEMANETO BÁSICO NÃO INTERLIGADOS. AUSÊNCIA DE CONURBAÇÃO. SITUAÇÕES NÃO IMPEDITIVAS DA CONSTITUIÇÃO DE REGIÃO METROPOLITANA. SERVIÇO PUBLICO DE

INTERESSE COMUM METROPOLITANO. AUTONOMIA MUNICIPAL. COMPATIBILIDADE COM A INSTITUIÇÃO DE REGIÕES METROPOLITANAS DESDE QUE GARANTIDA A PARTICIPAÇÃO MUNICIPAL. TITULARIDADE DO INTERESSE PÚBLICO METROPOLITANO E DO PODER CONCEDENTE. COMPETÊNCIA CONJUNTA. PROIBIÇÃO DE CONCENTRAÇÃO DE PODER DECISÓRIO EM UM ÚNICO ENTEFEDERADO. MODULAÇÃO DE EFEITOS. ADI Nº 6.573 JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. ADI 6.911 JULGADA PROCEDENTE.

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.” (grifos próprios)

Assim, poderá haver função pública de interesse comum sempre que a lei complementar estadual reconhecer algum caráter de interdependência entre os Municípios, especialmente, para garantir uma prestação mais *eficiente*, o que pode decorrer de *aspectos geográficos* (como a localização de bacias), de *questões econômicas* (necessidade de aplicação de instrumentos de perequação, para atender os municípios com menores indicadores de renda), de *motivos técnicos* (como a capacidade institucional e de pessoal) ou quaisquer outras razões que justifiquem uma gestão integrada dos serviços.

* * *

Há, aqui, que se fazer um excursão.

Muitos confundem os conceitos, inclusive fazendo um paralelo entre *interesse local* e *interesse comum* (conceito que, constitucionalmente não existe), por vezes confundindo o (inexistente) *interesse comum* com as competências comuns – estas últimas previstas constitucionalmente. Logo, ignoram o sentido específico da expressão *funções públicas de interesse comum*, adotada pelo § 3º do artigo 25 da Constituição Federal.

As *funções públicas de interesse comum* são aquelas **expressamente** identificadas no texto da lei complementar estadual que instituiu a região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião. Em razão dela, inclusive, é que se justifica e se compreende inclusive quais e o porquê de aquele determinado conjunto de Municípios passar a exercer competência de forma colegiada, com o apoio e participação do Estado-membro.

Relembre-se que as autarquias estão vinculadas ao *princípio da especialidade*, ou seja são criadas para finalidades específicas, das quais não podem se afastar ou exorbitar¹⁵. De outro lado, isso significa que, por a regra ser a autonomia municipal, ao Município cabe exercer suas competências em tudo

¹⁵ Nesse sentido ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “A especialização dos fins ou atividades coloca a autarquia entre as formas de descentralização administrativa por serviços ou funcional, distinguindo-a da descentralização territorial; a autarquia desenvolve capacidade específica para a prestação de serviço determinado; o ente territorial dispõe de capacidade genérica para a prestação de serviços públicos variados. O reconhecimento da capacidade específica das autarquias deu origem ao princípio da especialização, que as impede de exercer atividades diversas daquelas para as quais foram instituídas”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2023, p. 579).

aquilo que não contrarie as decisões ou a legislação complementar estadual que instituiu a região metropolitana, a aglomeração urbana ou a microrregião¹⁶.

Logo, aplica-se à região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião a célebre regra do *pas de compétence sans texte*. O que não está expressamente previsto na lei complementar estadual instituidora da estrutura de governança intergovernamental compulsória como sua competência não pode ser por ela exercido. Não há “presunção de competência”, salvo as chamadas *competências implícitas* (“*implied powers*”), que decorrem direta e evidentemente das competências previstas no texto legal.

Por causa disso, não há como se criar o conceito de novo, de *interesse comum* ou *interesse metropolitano*, que seria aberto, e que permitiria reconhecer a competência – que não restaria clara, fixa, específica e limitada pelo texto legal. Única hipótese em que esta técnica pode ser aplicada é em relação ao conceito de *interesse local* – antes conhecida como *peculiar interesse* – e que caracteriza a ação do Município, que é pessoa política e integrante do pacto constitucional, o que não se confunde com uma autarquia, que é pessoa meramente instrumental e administrativa.

¹⁶ A verificação nesse caso é de mera *compatibilidade e não de conformidade*: “a despeito de estar sujeito ao planejamento das funções públicas de interesse comum, em consonância com a região metropolitana, o Município mantém sua titularidade na prestação dos serviços de interesse local, podendo legislar sobre a matéria, bastando apenas que não contrarie o quanto disposto pela Região Metropolitana” (RIBEIRO, Wladimir Antonio. GUIMARÃES, Raquel Lamboglia. *Região metropolitana e competência municipal*. In: DAL POZZO, Augusto Neves et alii. *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito*. S. Paulo: Contracorrente, 2017, p. 532).

Aumenta a distorção utilizar o conceito (constitucionalmente inexistente, repita-se) de *interesse comum* ou de *interesse metropolitano* com o conceito, que em nada se liga ao tema, de *competências comuns*.

Isso porque, de um lado, como já assinalado, as *competências comuns* possuem natureza condominial, exigindo o exercício mediante a cooperação entre os entes da Federação – aos moldes das *Gemeinschaftsaufgaben* alemãs; e, doutro lado, porque a integração prevista pelo § 3º do artigo 25 da Constituição Federal pode alcançar outras formas de competências, e não apenas as competências comuns.

* * *

Do exposto, e retornando ao leito principal do texto, resta claro que não se pode limitar a definição de interesse local e *função pública de interesse comum* ao simples fato de uma infraestrutura específica ser utilizada apenas em um único Município ou não. Deve-se pensar na prestação do serviço de forma ampla e nos impactos que a sua ausência pode provocar em todos os Municípios de um agrupamento.

Assim, poderá haver *função pública de interesse comum* sempre que a lei complementar estadual reconhecer algum caráter de interdependência entre os Municípios¹⁷, especialmente, para garantir uma prestação mais eficiente, o que

¹⁷ Apesar de, até por força de dispositivos do Estatuto da Metrópole (Art. 3º, § 2º, da Lei federal nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015, que a definição de *função pública de interesse comum* e a identificação dos Municípios que integram o agrupamento, exige a elaboração de estudos técnicos a jurisprudência constitucional reconhece que a matéria mesmo assim se reveste de forte discricionariedade, pelo que, em sua função de controle, o Judiciário

pode decorrer de aspectos geográficos (como a localização de bacias), de questões econômicas (necessidade de subsídios cruzados, para atender os municípios com menores indicadores de renda), de motivos técnicos (como a capacidade institucional e de pessoal) ou quaisquer outras razões que justifiquem uma gestão integrada dos serviços, para além da mera necessidade de compartilhamento de infraestrutura.

Importante restar claro que a função pública de interesse comum *saneamento básico* não se circunscreve apenas ao ciclo de prestação desses serviços. Por isso, induz que seja reconhecida essa função pública de interesse comum se faltar aos Município, por exemplo, as condições técnicas ou econômicas para promover a gestão adequada de contratos ou promover regulação que atenda os pressupostos da legislação ou os parâmetros das boas práticas – especialmente os aqueles previstos pelas normas de referência da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.

Observe-se que o art. 8º da Lei federal nº 11.445/2007 afirma que, sendo o saneamento básico reconhecido como função pública de interesse comum em lei complementar estadual, a titularidade é exercida pelo Estado-

não poderá substituir as opções do legislador complementar estadual. Nesse sentido se posicionou o TJPR quando analisou a constitucionalidade da Lei Complementar nº 237/2021 do Paraná: “É preciso ter em vista que a ADI não é a via adequada para se perquirir acerca da consistência técnica do estudo que amparou a proposição normativa, já que é descabida a produção probatória. Tampouco se presta para avaliar escolhas políticas legítimas que se inserem nos limites da liberdade de conformação do legislador, porquanto não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se no juízo discricionário sobre qual seria a melhor regulamentação a ser dada à matéria” (TJPR, Órgão Especial, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0053958-45.2021.8.16.0000, rel. Desembargadora Ana Lúcia Lourenço).

membro, em conjunto com os Municípios integrantes da estrutura de governança intergovernamental compulsória.

Porém, tal dispositivo precisa ser lido com cuidado, especialmente pelos menos experientes com o saneamento básico e sua legislação, eis que o texto pode dar impressão que adotou interpretação diferente do que a fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, de que funções públicas de interesse comum somente se configurariam quando os Municípios “compartilham efetivamente instalações operacionais”¹⁸.

Portanto, a partir dessa interpretação, tal parte do dispositivo seria **inconstitucional** – porque contrariaria a compreensão que o STF conferiu ao texto constitucional. Contudo, a inconstitucionalidade em realidade não existe, porque se derivaria apenas da leitura equivocada da lei, e não de seu conteúdo efetivo. Há que se aplicar aqui a orientação, consagrada, de que “[s]empre que for possível, sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela instituiu ou disciplina”¹⁹.

¹⁸ Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;

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.

¹⁹ Conforme Carlos Maximiliano, se valendo das lições de Willoughby. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 309).

Na realidade, o comando legal possui apenas o significado de que, no caso de instituir região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, todos os Municípios que compartilham a infraestrutura devem ser reunidos em uma mesma estrutura de prestação regionalizada. Mas não significa que todos os Municípios que integram uma microrregião, por exemplo, devem se utilizar de infraestrutura operacionais comum aos demais Municípios.

Tal compreensão equivocada levaria a se entender que o legislador federal teria limitado competência que a Constituição outorgou ao legislador complementar estadual – em evidente inconstitucionalidade, até porque retomaria a prática da Constituição anterior, expressamente rejeitada pelo novo texto constitucional, na qual as regiões metropolitanas eram instituídas pelo legislador federal.

Em conclusão: (i) a titularidade dos serviços públicos de saneamento é municipal, por serem tais serviços de interesse local; (ii) nos casos de prestação regionalizada, mediante instituição de regiões metropolitanas, microrregiões ou aglomerações urbanas, tais serviços passam a constituir *funções públicas de interesse comum*, de sorte que a sua titularidade é exercida pelo próprio colegiado responsável pela governança da respectiva estrutura intergovernamental; e (iii) o interesse comum não depende necessariamente do compartilhamento de infraestrutura física, podendo estar relacionado a outros fatores – dentre eles, a jurisprudência do STF expressamente menciona “atender

adequadamente às exigências de higiene e saúde pública” e “dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos”²⁰.

III. Da prestação direta dos serviços públicos e sua distinção em relação à prestação indireta

Conforme preconiza o art. 175, *caput*, da Constituição da República, “[i]ncumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Dessa forma, os serviços públicos podem ser prestados: (i) de maneira direta, ou (ii) mediante concessão ou permissão – identificando estas últimas, por exclusão, com a prestação indireta²¹.

Adotando-se o critério do texto constitucional, toda a prestação de serviço público que não se realize mediante concessão, permissão ou – em alguns casos – autorização, é prestação direta. Contudo, tenha-se em conta que a expressão “concessão” abarca muitas situações diferentes porque, como afirma Floriano de Azevedo Marques Neto, ela se trata de “um gênero bastante amplo

²⁰ STF, ADI 1.842 ED / RJ, rel. Gilmar Mendes, j. 23/11/2020.

²¹ Alexandre Santos de ARAGÃO classifica as formas de prestação de serviços públicos da seguinte maneira: (1) a *prestação centralizada*; (2) a *prestação descentralizada*, nesta compreendendo as *concessionárias com participação societária estatal minoritária*; (2.1) a *concessão*; (2.2.) a *permissão*; (2.3) as *autorizações contratuais*; (2.4) o *arrendamento*; (2.5) a *franquia pública*; (2.6) o *credenciamento*; (2.7) os *contratos de gestão*; (2.8) os *termos de parceria com OSCIPS*; (2.9) a *gerência privada de estabelecimentos públicos*; (2.10) os *convênios*; (2.11) os *consórcios públicos*; (2.12) os *termos de colaboração, os termos de fomento e os acordos de cooperação com organizações da sociedade civil*. (Direito dos serviços públicos, 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, p. 421-577).

de arranjos contratuais para delegação, aos particulares, do exercício de uma atividade ou de um direito especial com vistas a atingir objetivos públicos"²².

Para além dessa definição negativa, ou seja, por exclusão, de prestação direta, também pode-se chegar ao seu conceito pelo aspecto positivo, através da análise do que diferencia, essencialmente, os tipos de prestação de serviço público – tarefa que a doutrina realizou a partir da identificação dos interesses visados por quem possui a incumbência de prestar o serviço.

Neste tema a grande referência é o estudo de Guido Zanobini, intitulado "*L'esercizio privato delle funzione e dei servizi pubblici*". Segundo o jurista italiano:

No conceito posto são indicadas duas circunstâncias que caracterizam a posição do órgão público: a de ser a sua atividade desenvolvida *a serviço* e *em serviço* do ente público: *a serviço*, isto é, de forma tal que, externamente, o titular do órgão se confunde com a pessoa do Estado; *em serviço*, ou seja, **no interesse do Estado**. (...) Digamos, portanto, simplesmente que as características de não ser exercido em nome próprio e **de não ser exercido no seu interesse**, são igualmente características próprias do exercício oficial da atividade pública.

(...)

²² Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 172. Merece destaque frase de Otto Mayer que Marques Neto cita em epígrafe: "A concessão (Veileihung) é uma instituição geral de direito público que tem aplicações em muitos sentidos" (op. cit., p. I 73). Apesar de a Constituição Federal prever apenas a prestação direta de serviços públicos e, doutro lado, a sua prestação mediante concessão e permissão (e, em alguns casos, autorização), a delegação de atribuições públicas aos particulares pode ser realizar, especialmente em atividades que não configuram serviço público *stricto sensu*, de diversas formas – sobre o tema v. o famoso estudo de Guido Zanobini "*L'esercizio privato delle pubbliche funzione e l'organizzazione degli enti pubblici*. Scrittivani di dintto pubblico. Milão: Giuffrè, 1955, p.87-125.

No caso mais comum, em que o particular tem um interesse próprio, este, para que o serviço permaneça privado – não é inútil salientar isso desde já – deve ser um interesse diferente daquele que o Estado tem na função exercida. Com efeito, é fácil compreender como, se o interesse privado coincidissem com o do Estado, seria certamente um interesse público, e o privado constituiria, ele próprio, uma administração pública, embora distinta da do Estado: uma administração que teria a função de perseguir fins que seriam ao mesmo tempo fins próprios e fins do Estado: **é similar a um órgão da administração pública, um órgão autárquico, não mais uma pessoa ou um órgão privado.**²³ (grifos nossos)

Nota-se que o doutrinador compreende que é possível a uma entidade privada agir exclusivamente em favor da coletividade, o que poderia lhe permitir exercer poderes e estar subordinada a controles próprios do Poder Público. Diferente é a situação em que os interesses envolvidos na prestação dos

²³ Tradução livre dos seguintes trechos: “Nel concetto della preposizione risultano indicate due circostanze che praticamente caratterizzano la posizione dell’organo: quelle di essere la sua attività dispiegata a servizio e in servizio dell’ente pubblico: a servizio, cioè in modo tale che esteriormente la personalità del titolare dell’organo sparisca nella personalità dello Stato; in servizio, cioè nell’interesse dello Stato. (...) Diciamo perciò semplicemente che sono caratteri egualmente propri dell’esercizio ufficiale dell’attività pubblica quello di non essere l’attività dispiegata nel nome della persona fisica, che la eseguisce, e quello di non essere la medesima dispiegata nel suo interesse.” e “Nel caso più comune nel quale il privato ha un interesse proprio, questo, affinché il servizio resti privato – non è inutile avvertire ciò fino da ora – deve essere un interesse diverso da quello che ha lo Stato nella funzione esercitata. È infatti facile comprendere come, qualora l’interesse proprio del privato coincidesse con quello dello Stato, esso sarebbe senz’altro un interesse pubblico, e il privato costituirebbe esso stesso una pubblica amministrazione, cioè sia pure distinta da quella dello Stato: un’amministrazione, cioè, la quale avrebbe il compito di proseguire fini che sarebbero al tempo stesso fini propri e fini dello Stato: e un ente simile è un ente d’amministrazione pubblica, un ente autarchico, non più una persona o un ente privato.” (ZANOBINI, Guido. *L’esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*. Milão: Società Editrice Libreria, 1920, p. 4-6).

serviços não são completamente coincidentes com o interesse público, convivendo também interesses privados, a exemplo da busca por lucro.

No primeiro caso, ainda que o agente não seja organicamente integrante da Administração Pública titular dos serviços, a identidade de interesses com o Estado o equipara a órgão público, não descaracterizando a prestação direta. Vejamos:

“No caso de exercício oficial, a função pública é exercida em nome do ente público e **exclusivamente** no seu interesse: essas pessoas colocam-se à disposição e ao serviço do ente público; de modo que, em linguagem comum e científica, se diz que essas pessoas são órgãos do ente, e que o próprio ente, através delas, cumpre diretamente essas funções”²⁴ (grifos nossos)

Dessa forma, o critério de diferenciação entre prestação direta e indireta está no interesse do prestador.

De um lado, a prestação direta é identificada pelo fato de que, nela, o Poder Público presta os serviços sem outro objetivo que não a sua própria boa prestação²⁵. De outro, na prestação indireta há sempre dois interesses que se

²⁴ “Nel caso però di esercizio ufficiale, la pubblica funzione viene esercitata da queste persone in nome dell'ente pubblico a cui essa appartiene ed esclusivamente nel suo interesse: tali persone si mettono addirittura a disposizione e a servizio dell'ente; sicchè nel linguaggio comune e scientifico si dice che queste persone sono organi dell'ente, e che l'ente stesso per mezzo loro direttamente dempie a tali funzioni” (ZANOBINI, Guido. *L'esercizio privato delle funzione e dei servizi pubblici*. Milão: Società Editrice Libreria, 1920, p. 6).

²⁵ Sobre a distinção entre exploração de atividade econômica e prestação de serviços públicos conferir a obra seminal de BANDEIRA DE MELLO. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Ed. RT, 1973. Secundamos aqui a fala de Eros Grau, onde constata que “lastimavelmente, a doutrina, nesse tempo todo, dormiu sobre tal afirmação”, e que são “profundamente ricas as consequências que se extrairão da retomada da

conciliam: ao lado da boa prestação do serviço público, há o interesse (legítimo e natural dessa relação jurídica) do prestador em auferir *eventual* lucro ante aos riscos e esforços em que incorreu.

Com isso, por exemplo, não é o fato de o prestador dos serviços ser uma empresa pública (portanto, que integra a Administração Pública) que caracteriza a prestação do serviço público como direta. Isso porque a empresa pública pode tanto prestar os serviços por ser *longa manus* do ente da Federação titular dos serviços, caracterizando a prestação direta descentralizada, como, ainda, em razão de ter se sagrado vitoriosa em licitação e celebrado contrato de concessão, prestar os serviços neste específico regime, que caracteriza prestação indireta, situação na qual o objetivo da obtenção do lucro é natural²⁶.

Como se viu até aqui, a prestação direta é toda a forma de prestação de serviço público que não se identifique com a concessão ou permissão, ou seja, cuja exploração objetive primordialmente a boa prestação dos

distinção que Celso Antonio Bandeira de Mello já havia feito" (In: BANDEIR A. DE MELLO, Celso Antonio (Coord.). Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. RT, 1986, p. 103). Zanobini se notabilizou por analisar este tema também em razão dos interesses envolvidos, pelo que classifica as entidades que exercem funções públicas em dois grandes grupos: (i) as que atuam no exclusivo interesse público, como é, por exemplo, o caso das autarquias; e (ii) e as que agem com duplo interesse, no interesse público, pelo fato de a atividade ser de interesse geral, e no interesse particular de lucro (op. cit., p. 89-90).

²⁶ Tem-se como exemplo disso o recente caso da vitória da Sabesp - Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo na licitação para a concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Estância Turística de Olímpia, no Estado de São Paulo. Nesta hipótese, a SABESP não é mais a *longa manus* do Estado para o cumprimento do dever de cooperação em matéria de competência comum, mas, apenas, *cessionário*, ocupando a mesma posição que poderia ser ocupada por uma empresa completamente privada.

serviço público – sendo essa última hipótese muito comum no saneamento rural (configurando a *autogestão* ou a *prestação pública não estatal* dos serviços)³².

Já a prestação indireta de serviços públicos, conforme definido na Constituição Federal, pode se dar mediante permissão ou concessão de serviço público, que pode assumir variadas formas, mas sempre contratada após prévia licitação. Contudo, a redação do *caput* do artigo 10 da LNSB somente permite o *contrato de concessão*, inclusive vedando formas precárias – como é a *permissão de serviço público* que, portanto, não pode ser utilizada para delegar a prestação de qualquer dos serviços públicos de saneamento básico.

A concessão de serviço público pode ser nas seguintes modalidades: (i) concessão comum (regulada pela Lei federal nº 8.987/1995), (ii) parcerias público-privadas (reguladas pela Lei federal nº 11.079/2004), sendo que, estas últimas, possuem as subespécies concessões patrocinadas e concessões administrativas -, ou (iii) outras formas *sui generis* de concessão de serviço público.

Observe-se que não há, na hipótese de prestação indireta, renúncia da titularidade pública sobre o serviço público, porque os privados, ou entidades públicas que atuam como privados, prestam tais serviços sempre em nome do titular, havendo, com isso, duas posições: a (i) de *provider*, que é o titular, responsável perante os usuários para que os serviços sejam adequadamente providos, mesmo que por um terceiro; e (ii) de *executer*, que é aquele que o

³² RIBEIRO, Wladimir António. *O Contrato de Programa*. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *O Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2021, p. 131.

"Há outorga, quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública; há delegação, quando o Estado transfere, por contrato (...) ou por ato unilateral (...), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco (...)"³⁰.

As formas de prestação direta descentralizada mediante delegação são três, conforme o destinatário da delegação: (i) órgão ou entidade de outro ente da Federação, mediante contrato de programa (opção esta que passou a ser vedada a partir da Lei federal nº 14.026/2020³¹); (ii) entidades da sociedade civil, que pode se revestir de várias formas, como, por exemplo a do termo de parceria celebrado com as OSCIPS; e (iii) os próprios usuários, em geral organizados em associações ou cooperativas, caracterizando a autogestão do

³⁰ **Direito Administrativo brasileiro. 15. ed. – última atualizada e revisada pelo próprio autor, São Paulo: RT 1990, p. 299. Observe-se que, por não ter sido ainda introduzido no direito brasileiro, a citada obra não menciona o contrato de programa - apesar de o Professor Hely ser conhecido defensor da cooperação federativa na prestação de serviços públicos. Aliás, a edição anterior do seu manual deixa este aspecto mais claro: "Assim, são serviços delegados os executados por entes paraestatais, ou por concessionários e permissionários, como os que uma entidade estatal comete a outra para sua execução" (Direito Administrativo brasileiro.2. ed. São Paulo: RT, 1966, p. 281).**

³¹ **Entendemos ser plausível a tese de que é inconstitucional legislação federal que proíbe os demais entes federados de lançar mão de institutos de gestão associada de serviços públicos autorizados expressamente pelo art. 241 da Constituição. Além de contrariar o texto expresso da Constituição, a medida poderia ser questionada igualmente por atacar a autonomia federativa dos demais entes federados, uma vez que interfere na definição da forma de prestação de um serviço cuja titularidade não é federal – especificamente, na prestação com base em acordos para cooperação interfederativa celebrados entre Estados e Municípios.**

serviços. Logo, a prestação direta admite muitas modalidades, mas se costuma classificar essas formas em *centralizada* ou *descentralizada*.

A prestação direta centralizada ocorre dentro da estrutura administrativa do ente da Federação titular dos serviços ou de entidade intergovernamental a que se atribuiu a gestão dessa titularidade²⁷, seja através de órgão especializado (desconcentração) ou não²⁸. Em resumo: a prestação dá-se pela própria pessoa jurídica titular ou que exerça a titularidade (como no caso de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões).

Já a prestação direta descentralizada ocorre caso o ente federativo titular do serviço, ou a entidade intergovernamental que exerça essa titularidade, atribua a outra pessoa jurídica a prestação dos serviços. Isto pode ocorrer pela outorga da prestação a uma pessoa jurídica a eles vinculada com a finalidade específica de prestar o serviço público (autarquia ou empresa estatal), ou pela delegação²⁹ da prestação mediante ato ou contrato administrativo. Nesse sentido ensina Hely Lopes Meirelles:

²⁷ Ou seja, quando “os entes da Federação prestam os serviços públicos por seus próprios órgãos, ou seja, por sua Administração Direta, cumulando as posições de titular e de prestador do serviço” (Direito dos serviços públicos, 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, p. 422).

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos, 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, p. 422.

²⁹ Observe-se que a delegação se exige que haja duas entidades: (i) a delegante e a (ii) a delegatária – as quais devem ser independentes e não vinculadas entre si, de forma a que possam produzir vontades autônomas entre si. Do contrário, haverá uma entidade titular – ou que exerça a titularidade - que apenas *atribui* o exercício de competência para entidade por ela controlada, muitas vezes entidade criada pelo titular com a finalidade específica de prestar ou regular os serviços.

"Há outorga, quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública; há delegação, quando o Estado transfere, por contrato (...) ou por ato unilateral (...), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco (...)"³⁰.

As formas de prestação direta descentralizada mediante delegação são três, conforme o destinatário da delegação: (i) órgão ou entidade de outro ente da Federação, mediante contrato de programa (opção esta que passou a ser vedada a partir da Lei federal nº 14.026/2020³¹); (ii) entidades da sociedade civil, que pode se revestir de várias formas, como, por exemplo a do termo de parceria celebrado com as OSCIPS; e (iii) os próprios usuários, em geral organizados em associações ou cooperativas, caracterizando a autogestão do

³⁰ **Direito Administrativo brasileiro. 15. ed. – última atualizada e revisada pelo próprio autor, São Paulo: RT 1990, p. 299. Observe-se que, por não ter sido ainda introduzido no direito brasileiro, a citada obra não menciona o contrato de programa - apesar de o Professor Hely ser conhecido defensor da cooperação federativa na prestação de serviços públicos. Aliás, a edição anterior do seu manual deixa este aspecto mais claro: "Assim, são serviços delegados os executados por entes paraestatais, ou por concessionários e permissionários, como os que uma entidade estatal comete a outra para sua execução" (Direito Administrativo brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 1966, p. 281).**

³¹ **Entendemos ser plausível a tese de que é inconstitucional legislação federal que proíbe os demais entes federados de lançar mão de institutos de gestão associada de serviços públicos autorizados expressamente pelo art. 241 da Constituição. Além de contrariar o texto expresso da Constituição, a medida poderia ser questionada igualmente por atacar a autonomia federativa dos demais entes federados, uma vez que interfere na definição da forma de prestação de um serviço cuja titularidade não é federal – especificamente, na prestação com base em acordos para cooperação interfederativa celebrados entre Estados e Municípios.**

serviço público – sendo essa última hipótese muito comum no saneamento rural (configurando a *autogestão* ou a *prestação pública não estatal* dos serviços)³².

Já a prestação indireta de serviços públicos, conforme definido na Constituição Federal, pode se dar mediante permissão ou concessão de serviço público, que pode assumir variadas formas, mas sempre contratada após prévia licitação. Contudo, a redação do *caput* do artigo 10 da LNSB somente permite o *contrato de concessão*, inclusive vedando formas precárias – como é a *permissão de serviço público* que, portanto, não pode ser utilizada para delegar a prestação de qualquer dos serviços públicos de saneamento básico.

A concessão de serviço público pode ser nas seguintes modalidades: (i) concessão comum (regulada pela Lei federal nº 8.987/1995), (ii) parcerias público-privadas (reguladas pela Lei federal nº 11.079/2004), sendo que, estas últimas, possuem as subespécies concessões patrocinadas e concessões administrativas -, ou (iii) outras formas *sui generis* de concessão de serviço público.

Observe-se que não há, na hipótese de prestação indireta, renúncia da titularidade pública sobre o serviço público, porque os privados, ou entidades públicas que atuam como privados, prestam tais serviços sempre em nome do titular, havendo, com isso, duas posições: a (i) de *provider*, que é o titular, responsável perante os usuários para que os serviços sejam adequadamente providos, mesmo que por um terceiro; e (ii) de *executer*, que é aquele que o

³² RIBEIRO, Wladimir António. *O Contrato de Programa*. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *O Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2021, p. 131.

provider designou para prestar os serviços, inclusive mediante contrato, e que deve efetivamente prestá-los³³.

Ou seja, a prestação indireta ocorre apenas quando os serviços tiverem sua **exploração delegada, por meio de concessão**. Aqui, o termo exploração possui o significado de gerir um serviço público, desenvolvendo atividades que assegurem a sua prestação adequada, com autonomia financeira – pelo que se deflui que o serviço é colocado à disposição dos usuários por conta e risco do prestador³⁴. Logo, a prestação indireta se distingue da mera *terceirização* de algumas atividades, o que pode ser realizado por prestadores públicos – ao contratar uma obra ou a prestação de algum serviço – sem, com isso, se desnaturar a prestação direta a que estejam atendendo.

Nas duas hipóteses, haverá, em maior ou menor grau, o fenômeno da representação³⁵. No caso de haver a delegação, algum integrante do

³³ RIBEIRO, Wladimir António. O saneamento básico como um direito social. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 13, n. 52, pp. 229-251, out/dez. 2015.

³⁴ Marcello CAETANO. *Manual de Direito Administrativo*. 10^a ed., Coimbra: Almedina, p. 1070. No mesmo sentido o artigo 2^o, inciso III da Lei n.º 8987, de 13 de fevereiro de 1995 (com redação dada pelo Lei n.º 14.133/2021), ao definir concessão de serviço público como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

³⁵ A representação é instituto jurídico mediante o qual uma organização (pessoa jurídica) consegue viabilizar em concreto a sua vontade, ou na qual uma pessoa (física ou jurídica) constitui outra para essa mesma finalidade. Na representação, o representante não age em nome próprio, mas em nome do representado – seja o representado a organização da qual faz parte, e que, portanto, para esse fim, não se dissocia do representante, seja o representado um terceiro, que no representante depositou confiança. A representação se origina sempre de ato jurídico unilateral, que não deve ser confundido com uma relação

colegiado, ou alguém por ele autorizado (e que, portanto, em qualquer das duas hipóteses, o representa), irá subscrever o instrumento que a formaliza; no caso de a competência ser atribuída a órgão ou entidade de ente que integra o próprio colegiado, este mesmo órgão ou entidade o representará na prestação dos serviços.

O que nos interessa aqui mais de perto, é essa segunda hipótese, de atribuição do exercício de competências a órgão ou entidade de ente que integra o colegiado. Vamos a ela.

III.a. Da prestação direta regionalizada

Ainda dentro do tema da prestação direta, há de se ressaltar que ela pode se dar de maneira isolada, isto é, por parte de um único Município, por meio de órgão da sua Administração direta ou indireta, como também pode se dar de maneira regionalizada, ou seja, abrangendo mais de um Município,

contratual. Sobre o tema, clássica é a lição de Orlando GOMES: “Se o interessado na realização de um negócio jurídico não pode, ou não quer, praticá-lo, tem a possibilidade de efetuar-lo por intermédio de outra pessoa. Quando esse fato se verifica, diz-se que há *representação*. Em sua forma *direta* ou *própria*, a *representação* importa outorga de poderes a alguém para concluir atos jurídicos cujos efeitos correspondem à pessoa em nome da qual foram praticados. A *representação*, consiste, em suma, na atuação jurídica em nome de outrem, com poderes para isso, se genuína. Esses poderes derivam da *lei* ou do *negócio jurídico*. Na primeira hipótese, diz-se que há *representação legal*. Na outra, *representação voluntária* ou *negocial*”. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 387.

normalmente no âmbito de consórcio público, ou de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião.

Vale aqui lembrar que a Lei Federal nº 14.026/2020 trouxe como um dos seus principais pontos a diretriz pela regionalização dos serviços públicos de saneamento básico – reforçada, inclusive, através do *spending power* da União, na medida em que a adesão à prestação regionalizada passou a ser requisito para acesso a recursos públicos federais.

Paralelamente, importante pontuar que a referida legislação federal não impede que os titulares prestem o serviço diretamente. Sequer poderia fazê-lo, sob pena de violar a autonomia federativa do titular e recair em patente vício de inconstitucionalidade. A obrigação de concorrência prévia apenas se estende para os casos em que o titular optou, na definição da política pública de saneamento, por delegar o serviço a um terceiro.

Partindo dessas duas premissas, é absurda a ideia de que a Lei Federal nº 14.026/2020 permita apenas a prestação direta meramente isolada dos serviços públicos de saneamento básico. Da mesma forma que é possível a promoção da concessão regionalizada desses serviços, delegando a exploração referente a um bloco de Municípios a um único prestador concessionário, conferindo ganhos de escala e viabilidade técnico-econômica à prestação, também é natural a decisão pela prestação direta regionalizada, a qual pode assumir diferentes configurações.

Uma primeira possibilidade seria através da sua execução diretamente pela autarquia intergovernamental, desde que essa possua estrutura

para prestar os serviços. Seria o caso de **prestação direta regionalizada centralizada**:

“No caso de regiões metropolitanas, a solução mais prática, dentro dessa possibilidade, seria a criação de uma autarquia — enquanto instância executiva da governança interfederativa — para a prestação do serviço público. Por mandamento do art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, é conveniente que a entidade seja criada pela mesma lei complementar estadual que instituir a unidade regional.”³⁶

Ao lado desta, também se faz plausível a **prestação direta regionalizada descentralizada**, através, por exemplo, da constituição de empresa intergovernamental, cujo controle seja exercido pela microrregião. Nessa hipótese, estar-se-ia diante de empresa integrante da estrutura administrativa de quem exerce a titularidade dos serviços.

Dando um passo atrás, considerando que o conceito de empresa estatal diz respeito às “empresas que são, direta ou indiretamente, controladas pelo Estado e executam alguma atividade que o Direito haja atribuído do Poder Público, com personalidade jurídica de Direito Privado”³⁷, percebe-se que o critério decisivo para definição de uma empresa estatal será o da titularidade do poder de controle sobre a sociedade empresarial. Assim, uma empresa estatal poderá ser considerada municipal quando seu poder de controle foi exercido

³⁶ SANTORO, Bernardo; ESTEVAM, Douglas. *A alienação do controle acionário de empresas estatais de saneamento básico*. In: FROTA, Leandro; PEIXINHO, Manoel (coords.). *Marco Regulatório do Saneamento Básico – estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux*. Brasília: OAB Editora, 2021, p. 133.

³⁷ SCHIRATO, Victor Rhein. *As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

pelo Município. Da mesma forma, uma estatal será microrregional caso o seu poder de controle seja atribuído à própria microrregião.

Seria uma espécie de empresa estatal intergovernamental – isto é, aquelas estatais “cujo controle (*i.e.*, poder de determinar as deliberações da assembleia de acionistas) seja compartilhado entre diversos entes da Federação”³⁸. Trata-se de hipótese distinta da mera participação minoritária de outros entes federados, uma vez que pressupõe o efetivo compartilhamento do poder de controle, configurando-se como uma modalidade específica de cooperação interfederativa³⁹.

No caso das microrregiões, a titularidade dos serviços de interesse comum é exercida de forma compartilhada pelos entes federados envolvidos, na forma da estrutura de governança da microrregião. Se o controle de uma empresa estatal for compartilhado da mesma forma que as decisões sobre os serviços regionalizados, ela se torna instrumento do próprio titular do serviço, integralmente sujeito ao seu controle. Como se trata de empresa controlada pelo próprio titular do serviço, estaremos diante, simplesmente, do titular organizando e prestando um serviço de sua competência por meio da sua própria estrutura administrativa.

³⁸ *Ibidem*, p. 159.

³⁹ É o que pontua Alexandre Santos de Aragão: “Se esta maioria votante pertencer a mais de um ente da federação, estaremos diante de empresas públicas bi ou plurifederativas, o que não apenas não é vedado pelo ordenamento jurídico, como se trata de forma de cooperação federativa que deve até ser prestigiada, como já o faz, por exemplo, a Lei dos Consórcios Públicos” (Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 106).

É uma hipótese de descentralização, e não de delegação, tal como no caso da constituição de uma autarquia municipal. Trata-se da mesma hipótese, porém na dimensão regionalizada de exercício colegiado da titularidade, da constituição de uma empresa estatal municipal para a prestação do serviço⁴⁰ – como é o caso da Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento – Sanasa, em Campinas – SP⁴¹.

Nessa hipótese, o controle da empresa estatal precisa ser exercido conjuntamente pelos entes federados que integram a estrutura de prestação regionalizada. A forma mais segura e simples de se viabilizar isso é transferir a maioria das ações da companhia à própria autarquia microrregional⁴². Dessa maneira, sempre haverá o exercício do poder de controle conforme as deliberações do colegiado que se constitui na instância máxima daquela estrutura

⁴⁰ Sobre a descentralização para a prestação direta de serviços, destaca-se o exposto por Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “Descentralização de serviços, funcional ou técnica é a que se verifica quando o Poder Público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil, essa criação somente pode dar-se por meio de lei e corresponde, basicamente, à figura da autarquia, mas abrange também fundações governamentais, sociedades de economia mista e empresas públicas, que exerçam serviços públicos” (Direito administrativo. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 574).

⁴¹ Essa hipótese foi expressamente reconhecida como sendo prestação direta do serviço pelo município no voto do Ministro Nelson Jobim na ADI 1842: “Para facilitar a exposição, existem 05 formas básicas de prestação do serviço de saneamento básico no Brasil: (1) a prestação de serviço de saneamento com abrangência estadual, por meio das CESES; (2) a prestação de serviço de saneamento com abrangência regional; (3) a prestação de serviço de saneamento diretamente pelo MUNICÍPIO e, neste caso: - por meio de empresas municipais constituídas para esse fim; ou - por particular por meio de contrato de concessão” (ADI 1842, rel. Maurício Corrêa, j. 6/3/2013, p. 107).

⁴² Havendo previsão estatutária de quórum qualificado, deve-se assegurar que o colegiado microrregional detenha ações suficientes para alcançar esse quórum, sob pena de mitigar a intensidade do seu controle da companhia.

de governança intergovernamental, na proporção de votos estabelecida pela lei complementar estadual que a instituiu.

Com isso, atende-se à definição expressa de controle indicada pelo art. 4º da Lei das Estatais e pelo art. 116, 'a' da Lei das Sociedades por Ações, facilitando a comprovação do controle microrregional da empresa e a sua caracterização como empresa intergovernamental. Também facilita que se reconheça como empresa integrante da estrutura administrativa do próprio titular, nos termos do art. 10 da LNSB.

Uma segunda alternativa seria distribuir ações a cada integrante da microrregião na proporção dos seus votos no colegiado microrregional, com a posterior celebração de acordo de acionistas para o exercício conjunto do direito de voto. Essa alternativa pode parecer mais flexível, mas traz a dificuldade de não acompanhar, necessariamente, alterações na composição da própria microrregião. Também dificulta a comprovação, em caso de contestação do arranjo, de que se trata do exercício compartilhado do poder de controle.

Há, ainda, uma segunda possibilidade de configuração da prestação direta regionalizada descentralizada, para os casos, por exemplo, em que a estrutura de governança intergovernamental não possua estrutura administrativa própria, consistindo na decisão do colegiado intergovernamental de atribuir a prestação dos serviços a um órgão ou entidade de ente da Federação que o integra – seja um departamento, uma autarquia ou uma empresa estatal.

Essa atribuição da prestação pode ser feita inclusive à companhia estadual por esta se tratar de entidade que integra a administração do Estado-

membro, o qual participa da estrutura de governança intergovernamental compulsória⁴³. Nessa hipótese, o ente federado apenas cumpre a decisão colegiada, fornecendo a entidade de sua Administração como prestador para o conjunto dos entes federados integrados.

Para o tema aqui em análise, se ajusta perfeitamente a compreensão do direito europeu, que entende que tais situações configuram “uma forma de delegação interorgânica que não sai da esfera administrativa dos municípios, os quais, ao atribuir (...) as atividades em questão, não tiveram, de modo algum, a intenção de *privatizar* as funções que antes assumiam no sector. Em definitivo, entendo que a relação entre os municípios e ARA [sociedade interfederativa] (...) não pode ser considerada como um contrato”⁴⁴.

Ou seja, a decisão de um colegiado composto por Municípios e pelo Estado-membro, que atribua o dever de prestar o serviço a um de seus integrantes não é contrato, mas mera cooperação entre tais entes veiculado por ato administrativo (colegial) – atraindo, acrescentamos, o pleno atendimento da competência comum prevista no art. 23, *caput*, IX, da Constituição Federal e a

⁴³ Como anteriormente colocado, o STF prevê expressamente a participação do Estado-membro nessas entidades. Doutro lado, não se aplica aqui a vedação prevista no § 1º do art. 8º da LNSB, na redação da Lei federal nº 14.026/2020, que é prevista apenas para os *consórcios públicos* e aos *arranjos derivados de convênio de cooperação entre entes federados* e, por ser prescrição restritiva, obviamente não admite interpretação extensiva.

⁴⁴ Conclusões do Advogado-Geral do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, adotadas no julgamento do Processo C-360/96, item 38, p. I-6840 – acessível em <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43633&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=289299>.

decorrente cooperação entre os entes da Federação, como natural das competências comuns.

Indo para o caso concreto, para a atribuição de prestação direta a um órgão ou entidade de ente da Federação que integra microrregião, deve, haver decisão da assembleia do colegiado intergovernamental, formalizada mediante resolução.

Não se trata, em todas as hipóteses acima, que mencionam alteração do controle ou mera edição de ato administrativo colegial, desculpem-nos se insistimos *ad nauseam*, de delegação da prestação dos serviços, mas de mera atribuição de tarefas a um dos integrantes do próprio colegiado, pelo que é nitidamente desnecessária – mais que isso, é impossível – a celebração de contrato para a transferência dos serviços ao ente estatal. É o que afirma Geraldo Ataliba, uma vez que não há duas vontades – mas apenas uma, a do Estado, veiculada apenas por formas diferentes:

A estatal, parente a pessoa política sua criadora, não é concessionária de serviço público. Não houve ato de concessão; não houve licitação para tanto (nem era exigível); não houve vontade da estatal de contratar com a União, nem cabe indagar sua vontade de funcionar. Cabe-lhe simplesmente o dever de obedecer à lei. A União (ou o Estado), pelo Congresso Nacional (ou pela Assembleia Legislativa), a qualquer instante, pode fazer lei extinguindo-a, o que mostra, a toda evidência, a impossibilidade jurídica, mesmo teórica, da existência de uma “vontade” da estatal que pudesse ser independente ou diversa da vontade do Estado (expressa na lei) e que, portanto, pudesse

servir de ponto substancial de apoio para uma relação contratual, inserida no instituto da concessão.⁴⁵

Caso a decisão do colegiado intergovernamental seja de que a prestação de serviços se realize por órgão ou entidade externa, sem vínculo com um dos entes da Federação dele componentes, haveria delegação, o que exigiria contrato ou instrumento equivalente, porque necessário conciliar duas vontades que se diferenciam.

Porém, na decisão do colegiado de exercer a prestação por entidade por ele controlada ou de atribuir a um dos seus componentes o exercício de competência, no caso, a prestação de serviços cuja titularidade é exercida pelo próprio colegiado, não há duas vontades que se diferenciam – e, sem esse elemento, inviável o instituto do contrato.

Como já deve restar óbvio, não há um terceiro, porque o exercício de competências se encontra encerrado no próprio colegiado. Trata-se de ato *interna corporis*, no interior de um colegiado, que, *eo ipso*, é complexo, porque formado por várias pessoas.

Daí que a decisão do colegiado, de atribuir a prestação dos serviços de abastecimento de água, de esgotamento sanitário ou de manejo de águas pluviais urbanas, dentro de parâmetros que fixar, a um órgão ou entidade de ente da Federação que o integra – por exemplo, para companhia estadual de

⁴⁵ ATALIBA, Geraldo. *Empresas estatais e regime administrativo (serviço público – inexistência de concessão – delegação – proteção ao interesse público)*. Revista Trimestral de Direito Público: RTDP, Belo Horizonte, n. 64, jan. 2016, p. 165.

saneamento – não se trata de ato contratual, porque no interior de uma mesma pessoa.

Diante da inexistência de instrumento contratual, o que se tem para a disciplina das condições da prestação é um regulamento – ato normativo da Microrregião que trate dos principais aspectos da prestação dos serviços, sendo aplicável não a uma prestação em específico, mas a todas as que vierem a ser instituídas. Tal regulamento tem a função de disciplinar como se dará o planejamento dos investimentos, o tratamento de bens e ativos, aspectos econômico-financeiros da prestação, direitos e obrigações do titular, do prestador e dos usuários, entre outros aspectos.

Importante lembrar que é curial, na cultura jurídica, a compreensão de que os atos praticados no âmbito de um colegiado, em especial os *interna corporis*, não possuem natureza contratual porque, como se viu acima, sua validade ou eficácia não depende da aquiescência de todos os que nele participam. Inclusive, retomando o exemplo, mesmo que o Estado-membro seja voto vencido no colegiado, deverá observar decisão que tenha atribuído a prestação dos serviços para a sua companhia.

De outro lado, afirmar que essa decisão não possui caráter vinculante, negando que o colegiado possa exercer suas competências, seria o mesmo que dizer que um determinado integrante do colegiado não estaria submetido às suas decisões – o que contraria os aspectos estruturais do princípio ou atributo de colegialidade. Negar tal alcance das decisões do colegiado é negar que ele seja o Poder Concedente, responsável pelo exercício da titularidade dos serviços, afrontando a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Por isso, a decisão do colegiado que atribua à companhia estadual a prestação dos serviços públicos de saneamento básico se ajusta ao que prevê a primeira parte do *caput* do artigo 10 da nova redação da Lei Nacional de Saneamento Básico, que reconhece como prestação direta, e que não depende de contrato, a que se efetivar mediante entidade que integra a administração do titular.

Importante frisar que nessas hipóteses de prestação direta não se pode alegar qualquer tipo de burla à concorrência, assim como no caso da prestação por autarquia. Afinal, a competência para prestar o serviço é do titular. Delegar sua execução a um terceiro é uma escolha possível e natural, que com a Lei federal nº 14.026/2020 passou sempre a depender de prévia concorrência para a contratação. Mas ninguém está obrigado a contratar. A prestação direta ainda subsiste no texto constitucional, pelo que o instituto da concessão, mesmo que incentivado, não é obrigatório.

Apesar de se tratar de tema óbvio, esta posição mereceu prestígio e análise tanto da Advocacia Geral da União como da Procuradoria Geral da República no âmbito da ADI 7.335/PB, em que se debate a constitucionalidade de incisos de artigo da lei complementar paraibana que estabelece ao Colegiado Microrregional das Microrregiões de Águas e Esgoto a atribuição de “autorizar a prestação direta dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário pela Companhia de Água e Esgotos da Paraíba – CAGEPA, em razão desta integrar a administração indireta de um dos entes da entidade microrregional”.

O entendimento da Advocacia Geral da União foi pela total improcedência do pedido do autor, uma vez que a CAGEPA integra a administração do cotitular dos serviços públicos de saneamento básico no caso de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos moldes do disposto pela Lei federal nº 14.026/2020. Em síntese, concluiu que:

"Além de não usurpar as competências municipais, as normas em questão não afrontam as diretrizes gerais traçadas pelo novo marco legal do saneamento básico, tanto no que diz respeito às modalidades de prestação quanto às formas contratuais admitidas pelo marco. A propósito, o artigo 7º da Lei nº 14.026/2021 alterou a redação do artigo 10, caput, da Lei nº 11.445/2007, detalhando o comando constitucional contido no artigo 175 ("incumbe ao Poder Público, na formada lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos"). (...) **É certo que o novo marco legal exige que as companhias estaduais de saneamento participem dos procedimentos licitatórios destinados à concessão dos serviços públicos de saneamento básico, mas, como deixa claro o dispositivo acima transcrito, isso somente será devido na hipótese em que a entidade não integre a administração do titular. No caso dos autos, o que se tem é uma autorização para prestação direta dos serviços pela CAGEPA, uma sociedade de economia mista cujo capital pertence majoritariamente ao Estado da Paraíba, cotitular do serviço público de saneamento básico, em conjunto com os municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes das respectivas microrregiões.** Diante disso, não há que se falar em violação ao postulado constitucional da licitação ou ao princípio da livre iniciativa, até porque, conforme registrado no voto do Ministro NUNES MARQUES na assentada em que o Plenário dessa Suprema Corte indeferiu a liminar na ADI nº 6492, a concessão do serviço de saneamento à iniciativa privada é apenas uma opção prevista no novo marco de saneamento: (...)". (grifos próprios)

Sobre o mérito, a Procuradoria Geral da República também concluiu pela compatibilidade da lei complementar com a legislação federal.

Veja-se:

Pelas informações prestadas pelo Governador do Estado da Paraíba, vê-se que o entendimento pela possibilidade de prestação do serviço por entidade estadual, sem a submissão a procedimento licitatório – que resultou na previsão impugnada – decorreu de interpretação da legislação federal de regência no sentido de que entidades da administração estadual indireta integram a concepção de prestação direta do serviço, como concluído em parecer precedente à edição da norma estadual. A prestação do serviço, nessa hipótese, estaria condicionada à prévia autorização por parte do Colegiado Microrregional (...)⁴⁶.

IV. Da instituição da prestação direta pela Microrregião

Retomando os conceitos até aqui colocados, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico, por se tratar de serviços públicos de interesse local, é sempre municipal. Entretanto, no âmbito das microrregiões – espécies de estruturas de governança intergovernamentais compulsórias previstas na Constituição – essa titularidade é **exercida** de maneira colegiada, através do colegiado microrregional, quando reconhecida por lei complementar estadual como *função pública de interesse comum*.

⁴⁶ Procuradoria Geral da República. PARECER AJCONST/PGR nº 71746/2023. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.335/PB. Relator: Min. André Mendonça. Requerente: ABCON/SINDCON.

A decisão do legislador complementar estadual em reconhecer determinada matéria como *função pública de interesse comum*, ainda na linha de como o STF interpreta a Constituição, não se limita ao compartilhamento físico de infraestrutura entre Municípios, mas abrange conjunto maior de motivações técnicas ou econômico-financeiras, desde que suficientes para demonstrar a necessidade ou maior eficiência, ao se considerar os interesses de todos os Municípios que integram o agrupamento.

No caso do Estado do Ceará, essas funções de interesse comum foram sintetizadas no *caput* do artigo 3º da Lei Complementar nº 247, de 18 de junho de 2021, a partir dos estudos técnicos que embasaram regionalização no Estado:

Art. 3º São funções públicas de interesse comum das Microrregiões de Água e Esgoto o planejamento, a regulação, a fiscalização e a **prestação, direta ou contratada**, dos serviços públicos de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e de manejo de águas pluviais urbanas. (grifos próprios)

Como se pode notar, os serviços de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e de manejo de águas pluviais urbanas são *considerados funções públicas de interesse comum*, tendo sua titularidade *exercida* pelas Microrregiões.

Em sendo responsável pelo exercício da titularidade, cabe à Microrregião optar por prestar diretamente os serviços, ou por delegar tal prestação mediante concessão. Caso opte pela prestação direta, esta poderá se organizar de forma centralizada, quando a estrutura de governança

intergovernamental tiver meios próprios, ou descentralizada, se valendo de outra pessoa jurídica à sua disposição, ou seja, subordinada a ela ou a algum dos entes que a integram.

As Microrregiões do Ceará, no que dispõe a Lei Complementar nº 247/2021, não possuem estrutura própria, de forma que exercem suas funções de maneira derivada, a partir da estrutura administrativa e orçamentária de seus membros. Vejamos o que diz o §2º do art. 2º da Lei Complementar nº 247/2021:

Art. 2º Ficam instituídas as Microrregiões de Água e Esgoto:
I - do Oeste, integrada pelo Estado do Ceará e pelos Municípios mencionados no Anexo I desta Lei Complementar;
II - do Centro-Norte, integrada pelo Estado do Ceará e pelos Municípios mencionados no Anexo II desta Lei Complementar;
III - do Centro-Sul, integrada pelo Estado do Ceará e pelos Municípios mencionados no Anexo III desta Lei Complementar.
§ 1º Cada Microrregião de Água e Esgoto possui natureza jurídica de autarquia intergovernamental de regime especial, com caráter deliberativo e normativo, e personalidade jurídica de direito público.
§ 2º A autarquia microrregional não possui estrutura administrativa ou orçamentária própria e exercerá sua atividade administrativa por meio derivado, mediante o auxílio da estrutura administrativa e orçamentária dos entes da Federação que a integram ou com ela conveniados.

Nota-se também que o legislador complementar estadual, em linha com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decidiu pela integração do Estado às Microrregiões. Assim, na forma do §2º do art. 2º, acima transcrito, a estrutura administrativa do Estado está à disposição da estrutura de governança microrregional para que esta desempenhe suas atividades, da mesma forma que as estruturas administrativas dos Municípios dela integrantes.

Vale aqui acentuar uma vez mais que não se está a afirmar que o Estado do Ceará, uma vez integrado às Microrregiões, passaria a ser titular dos serviços públicos de saneamento básico. Como apontado na seção II deste Parecer, a titularidade do serviço em microrregiões deve ser exercida de forma colegiada pelos integrantes da microrregião, garantida a participação de todos em uma estrutura de governança intergovernamental, na qual não haja o predomínio de qualquer deles – implicando em decisões adotadas sempre por negociações e concertação.

Resta identificar os requisitos para a outorga da prestação direta. No tocante a isso, o revogado Decreto federal nº 11.467/2023 chegou a regulamentar, por curto período, quais seriam esses requisitos.

Segundo os §§ 16 e 17 do art. 6º do Decreto mencionado, a prestação direta dos serviços públicos por parte de entidade componente da Administração do Estado-membro estaria condicionada (i) à autorização do Colegiado Microrregional (art. 6º, §16); (ii) à anuência da entidade reguladora competente (art. 6º, §17); (iii) à formalização de termo de prestação (art. 6º, §17); e (iv) à comprovação da capacidade econômico-financeira da entidade para universalizar os serviços até 31 de dezembro de 2033 (art. 6º, §17).

Ocorre que, como adiantado, o referido Decreto federal foi revogado em 12 de julho de 2023 e substituído pelo Decreto federal nº 11.599/2023, o qual não traz dentre as suas disposições o rol de requisitos relativos à atribuição da prestação direta a entidade de membro da Microrregião. Tal omissão, contudo, não significa que a hipótese deixou de existir.

Com efeito, sendo o Decreto um ato normativo secundário, de natureza regulamentar, ele não pode criar ou extinguir situações jurídicas, mas apenas especificar os comandos legais para garantir sua aplicabilidade, apresentar o texto normativo de maneira mais didática com vistas à sua melhor compreensão ou reduzir a discricionariedade da própria Administração pela criação, por exemplo, de procedimentos para o exercício de determinadas funções ou poderes públicos.

O referido § 16 nada mais representava do que a explicitação didática de como outorgar a prestação direta e, conjuntamente com o § 17, **restringia a discricionariedade, in casu** dos colegiados microrregionais, prevendo condições para que o titular exerça o poder de definir forma de prestação de serviços públicos. Restrições, diga-se de passagem, que eram inconstitucionais – porque não cabe a ato regulamentar ir além da lei, criando condicionantes que esta última não previu.

Com isso, a redação mais concisa do Decreto federal nº 11.599/2023 é mais técnica – expurgando inconstitucionalidade. Apenas significa que a União optou por não insistir em, mesmo sem base legal, regram como a prestação direta regionalizada pode ser outorgada; ou optou por não limitar, no nível de normas nacionais, a discricionariedade dos titulares ou de quem exerce a titularidade, deixando para cada ente decidir quais critérios e procedimentos deseja adotar, em razão de suas peculiaridades locais.

Diante disso, diminuída a antes excessiva regulação federal, os requisitos para a atribuição da prestação direta restam são apenas aqueles depreendidos do texto legal: (i) ser o órgão ou entidade componente da

Administração de ente da Federação integrante da Microrregião; e (ii) o Colegiado Microrregional, na posição de responsável pelo exercício da titularidade, deliberar por tal atribuição.

De outro turno, a criação de requisitos suplementares por parte da Microrregião é possível. Trata-se, de matéria *interna corporis* da estrutura de governança intergovernamental, relativa à forma como ela exerce suas competências na organização dos serviços, cabendo o regramento ao seu regimento interno ou outra norma interna com a mesma natureza.

No caso do Ceará, ainda não foi editada regulamentação acerca do procedimento pelo qual a Microrregião institua a prestação direta regionalizada. Estados como Paraná e Goiás, por sua vez, já regulamentaram o procedimento de instituição de prestação direta regionalizada que deve ser observado por suas respectivas Microrregiões. No primeiro caso, a regulamentação foi veiculada por meio de Assento Regimental, e no segundo, por meio de capítulo no Regimento Interno da Microrregião.

Nesse sentido, necessária a aprovação pelo Colegiado Microrregional de norma de natureza regimental que discipline o procedimento para instituição da prestação direta regionalizada, a qual poderá tomar por base as experiências acima indicadas.

V. Conclusão

Ante o exposto, tem-se que é plenamente possível que, mesmo nas hipóteses de prestação regionalizada, haja a prestação direta dos serviços – uma vez que a previsão constitucional de prestação direta não se aplica apenas à prestação isolada, promovida no âmbito de apenas um Município.

Tal conclusão possui dois fundamentos principais: (i) por a titularidade dos referidos serviços públicos, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ser exercida de forma colegiada no âmbito das microrregiões; e (ii) por a Lei Complementar nº 247/2021 estabelecer que as microrregiões cearenses exercem sua atividade por meio derivado, mediante o auxílio da estrutura administrativa e orçamentária dos entes da Federação que a integram.

Para tornar essa hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento funcional, resta a edição, pelas Microrregiões de Água e Esgoto, de normativo que discipline o procedimento a ser seguido para a instituição de prestação direta regionalizada e de regulamento a respeito dessa modalidade de prestação – podendo para tanto tomar por base as experiências nacionais nesse sentido.

É este o parecer.

São Paulo, 19 de dezembro de 2024.

Wladimir Antônio Ribeiro

OAB/SP nº 110.307