

Ofício DG – 031/2022

Americana, 08 de fevereiro de 2022.

Ao
Departamento de Águas e Esgotos de Valinhos - DAEV
Sr. WALTER GASI
DD. Presidente do DAEV
Valinhos – SP

Assunto: Resposta ao Ofício nº 13/2022 – PRES – Ref.: Projeto de Lei nº 191/2021.

Prezado Senhor Presidente,

Servimo-nos da presente para cumprimentar Vossa Excelência e informar que a Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (ARES-PCJ), é consórcio público, com personalidade jurídica de direito público, e que através da Lei Municipal nº 4.671/2011, recebeu por delegação as competências legais para o exercício das atividades de regulação e de fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico no Município de Valinhos.

Em atenção ao Ofício nº 13/2022 - PRES, que solicita análise desta Agência Reguladora acerca da legalidade e constitucionalidade do Projeto de Lei municipal nº 191, de 28 de setembro de 2021, temos as seguintes ponderações:

I. RELATO DO QUESTIONAMENTO SUSCITADO

Trata-se de consulta formulada pelo Departamento de Água e Esgotos de Valinhos - DAEV, município associado à ARES-PCJ, solicitando posicionamento desta Agência Reguladora a respeito da legalidade e constitucionalidade do projeto de lei em epígrafe, o qual estabelece desconto na fatura de água e esgoto no Município de Valinhos, nos casos de falta de fornecimento de água.

Nesse sentido, a resposta ao questionamento demanda análise de três pontos cruciais, a saber: processo legislativo deflagrado no Projeto de Lei nº 191/2021, delegação da tutela regulatória do Município de Valinhos à ARES-PCJ e, por fim, o mérito suscitado concernente ao pretendido desconto tarifário.

Dentro desse espectro, portanto, a ARES-PCJ passa a se manifestar.

II. RESPOSTA AO QUESTIONAMENTO

II.I. PRELIMINARMENTE. DO VÍCIO DE INICIATIVA NA PROPOSIÇÃO DO PROJETO DE LEI Nº 191/2021. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL OU NOMODINÂMICA

De forma preliminar, é preciso ressaltar que parece ocorrer no caso em tela vício formal de iniciativa, uma vez que o projeto de lei em questão (Projeto de Lei nº 191/2021) é de proposição parlamentar.

Nos termos do art. 61, § 1º, da Carta Constitucional:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

(...)

*b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e **orçamentária**, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;*

O art. 61, § 1º, da Constituição Federal, prevê um rol taxativo de temas que apenas poderão ser objeto de projeto de lei se a iniciativa legislativa partir do Presidente da República e, por simetria, pelos governadores e **prefeitos** dos respectivos entes federativos. **No caso, portanto, preceitua a norma iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal para leis que disponham sobre matéria orçamentária.**

No caso, à princípio, o Projeto de Lei nº 191/2021 parece estar maculado por **inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica**, a saber, aquela verificada nos casos em que o processo legislativo adotado para a elaboração da lei ou ato normativo mostra-se incompatível com as previsões da Carta Maior.

Especificamente, no caso, entende essa Agência Reguladora haver inconstitucionalidade formal **por vício de iniciativa** (subespécie da inconstitucionalidade formal), uma vez que o processo legislativo do projeto de lei em comento foi deflagrado por quem não tem legitimidade para tanto.

Não obstante, referido tema é pacífico em nossos tribunais:

1 - *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 3.551, de 13 de outubro de 2015, do Município de Tietê, que “dispõe sobre a proibição do aumento de impostos, taxas, tarifas, contribuições e preços públicos acima do índice inflacionário sem autorização legislativa”.*

2 - *Alegação de ofensa ao princípio da Separação dos Poderes. Reconhecimento. Lei impugnada, de autoria parlamentar, que ao proibir aumento de tarifas e preços públicos avançou sobre área de gestão administrativa, ou seja, tratou de matéria que é reservada à iniciativa do Chefe do Poder Executivo, ofendendo a disposição do art. 5º da Constituição Estadual. A competência para fixar (e conseqüentemente para reajustar) tarifa e preço público, é exclusiva do Poder Executivo, por força do princípio de reserva da administração (CE, art. 47, II e XIV) como consta expressamente dos artigos 120 e 159, parágrafo único, da Constituição Estadual. Precedentes deste C. Órgão Especial.*

3 - *No que diz respeito aos impostos, taxas e contribuições, a restrição também é inconstitucional, por ofensa ao princípio da reserva legal (art. 163, I, da Constituição Estadual), porque “toda a majoração de tributo depende de lei e não apenas aquela que importe em aumento acima do índice inflacionário”.*

4 - *Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente.*

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2252948-76.2015.8.26.0000, oriundo do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Em igual sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 4.474, de 13 de dezembro de 2016, do Município da Estância de Atibaia, que “dispõe sobre o pagamento da tarifa de água e esgoto pelo valor real do seu consumo”. Vício de iniciativa. Norma que, a despeito de tratar de assunto de interesse local, invadiu a competência privativa do Chefe do Executivo no exercício da direção da administração pública municipal e da prática dos atos administrativos, de legislar sobre serviço público e de fixar o valor da remuneração devida por sua prestação. Afronta aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, 120, 144 e 159, parágrafo único, todos da Constituição do Estado de São Paulo, e ao artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal. Precedentes. Ação procedente, declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 4.474, de 13 de dezembro de 2016, do Município da Estância de Atibaia.

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2051184-68.2017.8.26.0000)

Mais a mais, é patente, em relação ao cerne pretendido no Projeto de Lei nº 191/2021, que o desconto tarifário - objeto central da legislação proposta – representa aspecto que irá afetar o cronograma e o planejamento orçamentário da Autarquia DAEV, razão pela qual se entende pelo vício de iniciativa retro exposto.

De forma técnica, é sabido que a relação de cobrança de tarifas e a implementação de descontos leva em consideração, ainda, os custos despendidos pelo DAEV na prestação dos serviços de saneamento no município. Em vista disso, a Câmara Municipal, para além do vício de iniciativa, deveria realizar estudo prévio de impacto financeiro, indicando reflexos e soluções pelo inevitável déficit de caixa que o prestador municipal irá sofrer, traçando estratégias para cobrir, inclusive, os custos necessários para que os serviços de saneamento básico no Município de Valinhos sejam prestados de forma contínua e eficiente.

II.II. DA DELEGAÇÃO DA TUTELA REGULATÓRIA DO MUNICÍPIO DE VALINHOS À ARES-PCJ

Como é sabido, o Município de Valinhos, como subscritor do Protocolo de Intenções que instituiu a ARES-PCJ, convertido em Contrato de Consórcio Público, com a devida ratificação em lei própria, está sujeito à atividade regulatória e fiscalizadora desta Agência no que diz respeito aos serviços públicos de saneamento básico.

Sobre o tema, a Lei federal nº 11.445/2007, e o respectivo regulamento, constante do Decreto federal nº 7.217/2010, permitem aos titulares dos serviços de saneamento básico a delegação das funções de regulação e fiscalização, atribuindo a tais entidades reguladoras poder normativo, cujas normas vinculam os agentes regulados. Preconiza, ainda, o artigo 23 do Decreto federal nº 7.217/2010 ser obrigação do Município-titular a escolha de seu ente regulador, haja vista ser vedada a autorregulação:

Art. 23. O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

(...)

III - definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação.

No caso, como forma de atender ao disposto na legislação, o Município de Valinhos, através da Lei municipal nº 3.767/2014, delegou o exercício das atividades de regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico à ARES-PCJ, a qual passa a gozar da **competência exclusiva** para dispor sobre as condições gerais de prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no âmbito dos municípios associados, bem como sobre aspectos tarifários, por meio de normativas próprias de segmento obrigatório aos seus regulados.

Uma vez delegada a função regulatória, o ente delegante fica impedido de desempenhar as atividades atinentes ao exercício dessa função.

Nesse sentido, a legislação municipal que venha a tratar de assuntos regulatórios (inclusive no concernente a aspectos tarifários da prestação de serviço público de saneamento básico) não surtirá qualquer efeito prático sobre as atividades do Departamento de Água e Esgotos de Valinhos, a quais são reguladas pela ARES-PCJ, enquanto o município se mantiver consorciado.

Por isso, não se aplicam quaisquer comandos veiculados em normas municipais sobre o tema – tampouco o previsto nas proposições emanadas do legislativo, ante a **delegificação** operada pela Lei federal nº 11.445/2007, ficando com os efeitos sobrestados enquanto estiver delegada à ARES-PCJ a tutela regulatória dos serviços de água e esgoto.

a) Do Instituto da Delegificação

A delegificação ou deslegalização, na seara do saneamento básico, pode ser compreendida como o fenômeno pelo qual o Congresso Nacional, através da Lei federal nº 11.445/2007 facultou às agências reguladoras o exercício da função regulatória, com detalhamento do conteúdo do seu poder normativo, de modo a permitir que as normas regulatórias sejam instituídas por simples regulamento.

Por conseguinte, no caso de determinado município delegar a competência regulatória a um ente regulador, em atendimento previsto na legislação nacional de saneamento básico (Lei federal nº 11.445/2007 e Decreto federal nº 7.217/2010), eventual norma municipal concernente ao assunto de fiscalização e/ou regulação não pode se sobrepor à norma regulatória provinda de ente regulador do setor de saneamento básico, tampouco revogá-la ou substituí-la.

Neste sentido, Gustavo Justino de Oliveira¹, Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), em parecer jurídico proferido em 12 de maio de 2015, esclarece o assunto:

“Por corolário direto do que disciplina o Decreto-Lei nº 4.567/1942, entende-se que uma lei somente pode ser formalmente revogada por outra lei, não sendo possível que normas hierarquicamente inferiores, como os decretos regulamentadores e as resoluções administrativas, por exemplo, revoguem normas qualificadas como lei.

Portanto, a não ser que uma lei responsável pela delegação do exercício da função regulatória a uma agência reguladora revogue as eventuais outras leis pertinentes ao tema, promulgadas anteriormente, não há como se reconhecer uma “revogação automática” desses diplomas. O mesmo é válido em relação aos decretos regulamentadores, uma vez que um ato administrativo emanado pela agência reguladora não é capaz de revogá-lo formalmente, já que esta competência permanece com o Poder Executivo.

¹ Parecer: Poder Normativo das Agências Reguladoras, pg. 57-59 e 61. Gustavo Justino de Oliveira. Parecer jurídico elaborado em 12 de maio de 2015, por solicitação da Consultante Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá – ARES-PCJ.

Entretanto, como visto no item anterior, isso não quer dizer que a agência reguladora esteja obrigatoriamente condicionada ao conteúdo dessas normas regulatórias antigas. Isso porque, se o conteúdo desta norma anterior (seja ela decorrente de lei ou decreto) é compatível com o conteúdo das normas regulatórias a serem emitidas pela agência reguladora no exercício de seu poder normativo, é possível que haja a substituição do conteúdo regulatório da norma anterior pelo conteúdo de sua nova norma regulatória.

*Isso é possível porque **a delegação da competência** às agências regulatórias para o exercício da função regulatória, que ocorre por intermédio de lei (no presente caso, pela Lei Federal nº 11.445/2007 e seu Decreto Federal nº 7.217/2010, além da lei ratificadora do protocolo de intenções de cada município), **altera a forma e o âmbito pelos quais as novas normas regulatórias devem ser editadas.** (grifo no original)*

Trata-se do fenômeno reconhecido na doutrina por “delegificação”, por meio do qual o Poder Legislativo (no presente caso, em especial, o Poder Legislativo da União, por meio da Lei Federal nº 11.445/2007) determina qual será a extensão do poder normativo da Administração Pública sobre determinado assunto e qual será o ente competente para o seu exercício. No presente caso, vinculado ao setor de saneamento básico, o Poder Legislativo da União Federal atribuiu às agências reguladoras a possibilidade de exercer a função regulatória dos serviços de saneamento básico e, quando do exercício dessa função, detalhou o conteúdo do seu poder normativo.

[...]

*De todo modo, percebe-se que o que acontece com a emanção de uma norma regulatória após a transferência da competência para o exercício da função regulatória não é uma revogação formal propriamente dita da norma anterior, mas uma substituição da norma regulatória a ser aplicada aos agentes regulados. Perceba-se, ainda, que, sob o ponto de vista material, os efeitos são exatamente os mesmos, uma vez que **os efeitos da norma anteriormente editada ficam sobrestados e o seu conteúdo deixa de ser aplicável.**” (grifo no original)*

Outrossim, mister ressaltar que a questão aqui veiculada (impertinência de lei municipal ou outras pretensões normativas de cunho regulatório, durante o período de delegação da tutela regulatória, em face da delegificação) já foi matéria de apreciação pelo Poder Judiciário.

No acórdão proferido pela 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, decidiu-se que, uma vez delegada a atribuição à Agência Reguladora, nos termos de lei municipal autorizadora, não cabe mais ao município discorrer sobre quaisquer aspectos a ela relacionadas. Vejamos:

*“Ademais, ausente a violação ao disposto no artigo 207, parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de Piracicaba, pois a necessidade de “avaliação periódica da Câmara dos Vereadores e das entidades representativas da sociedade” (quanto aos critérios adotados na fixação da tarifa do serviço de saneamento básico) não evidencia a obrigação de submeter a revisão extraordinária da tarifa à aprovação da Câmara dos Vereadores, salientando-se que **delegada a atribuição de revisar o valor da tarifa à agência reguladora, nos termos da Lei Municipal número 7.371/12, que ratificou o “Protocolo de Intenções”**(fls.1.324/1.374), em que consignado, na cláusula 8ª, inciso III, que “os objetivos específicos da Agência Reguladora PCJ são: fixar, reajustar e revisar os valores das taxas, tarifas e outras formas de contraprestação dos serviços públicos de saneamento básico nos Municípios consorciados (...)” (sem grifo no original), e que o procedimento contou com a prévia aprovação da revisão pelo Conselho de Regulação e Controle Social do Município de Piracicaba (fls.151/152), que é composto por representantes de diversos setores da sociedade civil.” (Apelação nº 1011931-66.2015.8.26.0451, 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Relator Dr. Flavio Abramovici).” (grifo no original)*

Dessa forma, resta evidenciado que, à luz da legislação, doutrina e jurisprudência incidentes ao caso, o comando constante da indicação em tela – referente a desconto na conta de água e esgoto quando houver falta de fornecimento de água – não atinge o DAEV - Valinhos, em face da deslegalização havida com o advento da Lei federal nº 11.445/2007, e perfectibilizada através da delegação da tutela regulatória em favor desta Agência Reguladora, a qual compete regulamentar as condições gerais da prestação de serviços de saneamento básico no município de Valinhos.

b) Do Sobrestamento das Normas Municipais

Em verdade, as normas regulatórias do município editadas em momento anterior ou durante a delegação do exercício da função regulatória, apesar de permanecerem vigentes após o trespassse de competências à Agência Reguladora, não prosperam em questão de conteúdo.

Entretanto, isso não significa que a Agência Reguladora esteja obrigada a observar o conteúdo normativo da legislação municipal, tampouco que essas normas permanecerão aplicáveis ao novo modelo de prestação de serviços de saneamento básico estabelecido após a delegação da função regulatória à ARES-PCJ.

Aliás, conquanto as Agências Reguladoras não possuam competência para revogar formalmente as normas expedidas pelo Poder Executivo ou Poder Legislativo, é possível que, sob o ponto de vista material, os efeitos de uma nova norma regulatória, por si emanada, sejam exatamente os mesmos de uma revogação: o sobrestamento dos efeitos e a inaplicabilidade da norma.

Assim, enquanto durar a delegação da competência regulatória à Agência Reguladora e esta entidade instituir as suas próprias normas regulatórias sobre determinado assunto, as normas estabelecidas pelo Legislativo ou pelo Executivo não vincularão os agentes regulados, prevalecendo as normas emitidas pela ARES-PCJ.

c) Da normativa da ARES-PCJ incidente ao caso

A partir da delegação da tutela regulatória a esta Agência Reguladora, através de seu poder normativo, foi editada a Resolução ARES-PCJ nº 115/2015, que estabelece condições, procedimentos e metodologia de cálculo das tarifas a serem observados pelos prestadores dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, dos municípios associados à ARES-PCJ, quando do reajuste e revisão das tarifas de água e esgoto.

Na referida norma, definem-se, em outras palavras, as regras formais-processuais aplicáveis às etapas dos processos de análise tarifária (reajustes e revisões)², a metodologia contábil e matemática para aferição do equilíbrio econômico-financeiro da prestação do serviço e respectiva documentação comprobatória das despesas e receitas à qual, ademais, somam-se esclarecimentos usuais durante construção e instrução do processo. Este último grupo tem a dupla função da fundamentação da análise bem como da transparência das decisões a serem sintetizadas em Parecer Consolidado formulado ao final de cada processo de análise das tarifas.

Trata-se, em suma, de regra regulatória de aplicação abrangente e uniforme, a saber, destinada a todos os municípios regulados pela ARES-PCJ que possuem prestação pública dos serviços municipais de abastecimento de água e esgotamento sanitário – que, não obstante, cria também as condições à formulação de análises e conclusões particulares ao município mediante a consideração das necessidades e condições de operação dos serviços e investimentos de cada ente regulado.

II.III. DO MÉRITO DO OBJETO TRATADO NO PROJETO DE LEI Nº 191/2021

À luz, portanto, da Resolução ARES-PCJ nº 115/2015 e em atenção ao PL nº 191/2021, que procura instituir desconto nas tarifas de água e esgoto em situações de escassez de fornecimento, faz-se necessário atentar:

É função da Agência Reguladora a avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do prestador dos serviços de água e esgoto³, de modo que a tarifa cobrada vigente (bem como sua atualização) é aquela considerada necessária, para cada momento do tempo, tendo como referência os custos observados de operação e planejamento do município em termos de investimentos de curto, médio e longo prazos. Qualquer medida que altere a cobrança tarifária definida pela Agência – e que não seja precedida de um estudo de impacto da referida mudança – tem potencial nocivo à saúde financeira e orçamentária da Autarquia.

² Inclui-se aqui a previsão do Conselho de Regulação e Controle Social de cada município.

³ Em concomitância ao respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do prestador está também, e em todos os casos, a atenção à modicidade tarifária e eficiência na prestação dos serviços.

Ressalte-se, além disso, que a cobrança tarifária é a principal e mais importante fonte de recursos para as operações e investimentos dos serviços de água e esgoto. Ela é estruturada com vistas a, no mesmo tempo, garantir um mínimo ingresso corrente para a Autarquia – configurado pelo instituto da “cobrança do mínimo” e que possui jurisprudência consolidada – além de desincentivar o consumo em excesso da água – traduzido pela cobrança escalonada, que atribui preços marginais crescentes em função do consumo.

Em suma, constata-se que, respeitados os limites de intermitência de fornecimento de água definidos na Lei federal nº 11.445/2007 (art. 40, inciso II e § 1º) e Resolução ARES-PCJ nº 50/2014 (arts. 104, 105, 106 e 107), a cobrança tarifária tal como estabelecida na Resolução nº 400/2021 desta Agência Reguladora, têm como objetivos a continuidade e eficiência da estrutura de operação dos serviços de captação, tratamento e abastecimento da água e tratamento e despejo adequado do esgoto.

III. CONCLUSÃO

Ante o exposto, sobre o Projeto de Lei ora analisado, a ARES-PCJ possui os seguintes entendimentos:

a) Pela existência de vício de iniciativa, passível de ser encarado como inconstitucionalidade formal do projeto de lei em questão;

b) Pela incidência no caso, das normas veiculadas por essa Agência Reguladora, diante da delegação da tutela regulatória do Município de Valinhos à ARES-PCJ;

c) Pela impossibilidade da veiculação do objeto pretendido no Projeto de Lei nº 191/2021, diante da necessidade, para as operações e investimentos dos serviços de água e esgoto, da estruturação tarifária na forma como estabelecida, tendo em vista que ela é estruturada com vistas a garantir um mínimo ingresso corrente para a Autarquia – configurado pelo instituto da “cobrança do mínimo” -, como meio de manter uma estrutura capaz de prestar os serviços de saneamento no Município de Valinhos.

No mais, aproveitamos a oportunidade para renovarmos nossas considerações de elevada estima e apreço.

Cordialmente,



DALTO FAVERO BROCHI
Diretor Geral da ARES-PCJ