

## **OPINIÃO JURÍDICA**

### **SOLICITANTE**

**ARES-PCJ**

### **DOCENTE RESPONSÁVEL**

Thiago Marrara

Professor associado de direito administrativo, urbanístico e ambiental (USP/FDRP). Livre-docente (USP). Doutor (LMU). Consultor especializado em direito regulatório. [marrara@usp.br](mailto:marrara@usp.br)

**DEZEMBRO - 2023**

**CONSULENTE:** Agência Reguladora de Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (ARES-PCJ)

**EMENTA:** Regulação de serviços públicos de saneamento básico. Agência reguladora interfederativa. Convênio com Município não consorciado. Desnecessidade de autorização do Poder Legislativo. Tripartição de Poderes. Mitigação excepcional. Exigência de autorização legislativa para convênio com impacto em leis orçamentárias.

## 1 ESCOPO

Mediante a Ordem de Serviço n. 16/2023, a Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (doravante ARES-PCJ) solicita à Fundação para o Desenvolvimento do Ensino e da Pesquisa do Direito (doravante FADEP) sucinta opinião jurídica que analise a necessidade de lei municipal para a adesão de Municípios não consorciados à agência. Mais especificamente, a agência consulente indaga à FADEP o seguinte:

*“Para que novos municípios e municípios conveniados à ARES-PCJ apenas para a delegação da regulação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário possam celebrar Convênio de Cooperação junto à ARES-PCJ para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, deve haver autorização legislativa prévia (lei local permissiva da aderência)?”*

Para fins de contextualização do questionamento transcrito, a ARES esclarece o seguinte. Alguns Municípios, titulares dos serviços de saneamento básico, valem-se da celebração de convênio de cooperação para delegar o exercício da competência regulatória à agência. Como esses convênios têm prazo limitado, ocorre também de Municípios já conveniados necessitarem renovar os convênios ou alterar sua duração.

Surge, nesse contexto, a questão da necessidade ou não de autorização legislativa prévia à assinatura do ajuste pelo Executivo Municipal. A questão é polêmica

seja porque envolve o tema da relação entre os Poderes, seja porque, no convênio de cooperação, estipula-se pagamento de Taxa de Regulação e Fiscalização em favor da ARES-PCJ, em consonância ao previsto no Protocolo de Intenções que deu origem à agência.

A cobrança dessa Taxa de Regulação e Fiscalização (doravante TRF) serve para remunerar o desempenho das atividades de regulação e fiscalização da prestação de serviços de saneamento básico dos municípios consorciados e conveniados. Na prática, incumbe ao prestador dos serviços repassar os valores devidos à ARES-PCJ para custear a TRF.

Disso decorre que o responsável pelo repasse variará de acordo com o modelo de prestação do serviço público de saneamento em cada Município. Afinal, os serviços podem ser prestados: (A) de maneira direta tanto por órgãos da Administração Direta Municipal, como departamentos de água e esgoto, quanto, de maneira descentralizada, por autarquias e empresas estatais locais ou (B) de maneira indireta, por meio de terceiros contratados pela Municipalidade após a realização de processos licitatórios e que passam a figurar, por delegação, como concessionárias ou parceiras privadas.

## **2 ANÁLISE JURÍDICA**

Para responder a indagação formulada pela ARES acerca da necessidade ou não de autorização do Poder Legislativo para que o Poder Executivo Municipal celebre convênio com a agência para viabilizar a regulação de seus serviços de saneamento básico, é preciso considerar as várias situações fáticas envolvidas, a saber:

- (A) a dos Municípios que celebram os primeiros convênios em relação aos Municípios já conveniados que precisam renová-los e
- (B) a dos Municípios que prestam o serviço de saneamento diretamente e a daqueles que prestam por meio de concessionárias, parceiras privadas ou outras delegatárias.

Antes de se tratar dessas diferentes hipóteses, cumpre traçar algumas considerações introdutórias sobre a ARES-PCJ e a legislação a ela aplicável. Trata-se, aqui, de agência reguladora de saneamento formada pela união de esforços de inúmeros Municípios Paulistas. Sua natureza jurídica é de consórcio estatal

intermunicipal e de direito público, regido pela Lei n. 11.107/2005 (Lei de Consórcios) e pela Lei n. 11.445/2007 (Lei das Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico).

De acordo com o art. 2º, § 1º, inciso I, da Lei n. 11.107, os consórcios podem “firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos de governo”. De outra parte, conforme o art. 2º, § 5º, os convênios viabilizam que entidades da Administração Indireta – mesmo quando vinculadas a esferas federativas não consorciadas – deleguem tarefas ao consórcio público.

A legislação de consórcios deixa evidente que o fato de um Município não ser consorciado à ARES-PCJ, ou seja, não ter assinado e ratificado por lei seu protocolo de intenções, em nada obsta que venha a se valer de suas atividades de regulação por meio de convênio. Quanto à autorização legislativa, porém, a lei nada diz, ou seja, diferentemente do que ocorre com o protocolo de intenções, que depende de autorização legislativa, o convênio não é expressamente submetido à autorização legislativa prévia.

Essa diferença de tratamento tem sua razão. O *status* jurídico e os poderes dos conveniados são distintos dos conferidos pela lei aos consorciados. Os consorciados tomam decisões de gerenciamento do consórcio, que passa a integrar sua Administração Indireta. Os conveniados apenas se valem de suas tarefas por cooperação interfederativa, mas não participam da gestão do consórcio, nem os integram em sua organização administrativa.

Inexistente a determinação de autorização legislativa prévia para o convênio na Lei de Consórcios, cumpre verificar se existe alguma norma de caráter geral ou setorial que imponha esse requisito. Para tanto, há que se cotejar a legislação de licitações e contratos, bem como a legislação de saneamento, que rege as funções regulatórias da ARES em relação aos prestadores de saneamento básico.

Na Lei n. 8.666/1993, o art. 116 trouxe regras gerais sobre convênios administrativos, submetendo-os, no que couber, ao regime dos contratos administrativos instrumentais, ou seja, contratos de obras, serviços e aquisição de bens. O § 1º desse dispositivo trata da celebração dos convênios explicitamente, exigindo, como requisito para tanto, apenas a “prévia aprovação do competente plano de trabalho proposta pela organização interessada”. Esse plano deverá contemplar, entre outros elementos, cronograma de desembolsos e previsão de início e fim da execução do

objeto. Já o § 2º prevê que, “assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva”.

O texto da Lei de Licitações de 1993 é explícito. O controle parlamentar direto exercido sobre convênios ocorrerá apenas posteriormente. Assim, se o Poder Executivo local celebrar convênio deverá, em seguida, comunicar à Câmara de Vereadores. O controle prévio dos convênios pelo legislativo é completamente afastado pela Lei de Licitações de 1993.

A seu turno, a Lei de Licitações de 2021 (Lei n. 14.133) mantém a norma geral de aplicação subsidiária do regime dos contratos instrumentais aos convênios e instrumentos de cooperação congêneres (art. 184), mas não mais explicita as regras e requisitos de celebração. Com a nova lei, além de não se exigir autorização legislativa prévia, sequer se prevê comunicação posterior.

Sob esse novo contexto, o regime dos convênios de cooperação envolvendo Municípios deverá ser tratado na legislação municipal, seja na lei orgânica, seja na legislação licitatória municipal. Ocorre que esse tratamento legal não é amplamente discricionário, uma vez que deverá observar as normas nacionais de cada setor. Assim, no âmbito do saneamento, ao criarem suas leis sobre convênios envolvendo o saneamento, os Municípios deverão obrigatoriamente seguir a Lei n. 11.445/2007, com as amplas alterações promovidas pela Lei n. 14.026/2020.

A referida Lei das Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (Lei n. 11.445/2007) trata do convênio em inúmeros momentos. Para entender o alcance de suas normas, é imprescindível partir da premissa de que:

- (i) O serviço público de saneamento básico envolve os serviços de abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, bem como a drenagem e o manejo das águas pluviais (art. 3º da LDNSB);
- (ii) A titularidade do saneamento atribui aos Municípios as tarefas de planejamento, regulação, fiscalização e prestação. Por conseguinte, a cooperação interfederativa, por técnicas de gestão associada ou regionalização, não se resume à prestação do serviço. Ela pode atingir o planejamento ou o regulação conjunta por vários titulares, a exemplo do que faz a ARES/PCJ.

É a partir dessas duas premissas (conteúdo do serviço de saneamento e extensão das tarefas dos titulares) que se deve examinar a LDNSB e seus dispositivos que cuidam de convênio e gestão associada. Diz o art. 8º, § 1º, desta lei que “o exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizada por gestão associada, mediante consórcio ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal (...)”. Já o art. 8º, § 4º, tratando diretamente do tema em debate, explicita que “os Chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão formalizar a gestão associada para o exercício de funções relativas aos serviços públicos de saneamento básico, ficando dispensada, em caso de convênio de cooperação, a necessidade a autorização legislativa”.

O art. 8º, § 4º, revela fundamental para o esclarecimento da dúvida da ARES/PCJ. Inserido no bojo da ampla reforma do setor, esse novo comando legal é explícito em relação a duas questões: (i) toda e qualquer função relativa ao saneamento pode ser objeto de gestão associada, ou seja, tanto a prestação dos serviços, quanto sua regulação e fiscalização podem ser objeto de união de esforços entre os titulares; e (ii) a autorização legislativa para celebração de convênios é expressamente vedada!

Dessa legislação se conclui, portanto, o seguinte. Antes da reforma do saneamento pela Lei n. 14.026/2020, os convênios de regulação celebrados pela ARES-PCJ com os Municípios não consorciados deveriam ser comunicados à Câmara de Vereadores por força do art. 116, § 2º da Lei n. 8.666/1993. Não havia necessidade de autorização legislativa prévia, salvo se imposta pela Lei Orgânica ou pela legislação licitatória local. **Após a reforma normativa operada no setor, dada a inclusão do § 4º no art. 8º da Lei n. 11.445, fica expressamente proibida em território nacional a exigência de autorização legislativa prévia para convênios de gestão associada de qualquer função relativa ao saneamento.**

A solução da legislação de saneamento, consagrada com a reforma de 2020, vem em linha com as preocupações da doutrina e da jurisprudência brasileiras sobre o tema. Há muito tempo se discute a intervenção do Legislativa em decisões estritamente administrativas tomadas pelo Poder Executivo, como a celebração de convênios.

Apenas para exemplificar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que a exigência de autorização legislativa para celebração de convênio ou consórcio, embora

exigida em algumas leis orgânicas é inconstitucional, “por implicar o controle do Legislativo sobre atos administrativos do Poder Executivo, em hipótese não prevista na Constituição”. Para Di Pietro, essa autorização somente se tornaria necessária quando envolvesse repasse de verbas não previstas na lei orçamentária.<sup>1</sup> Por conclusão, se os recursos eventualmente movimentados não apresentarem qualquer modificação da realidade orçamentária, não se falará da necessidade de autorização.

Já o subscritor dessa opinião jurídica, ao tratar do tema da autorização legislativa de contratos em sua manual de direito administrativo, asseverou o seguinte que, na jurisprudência do STF, “o assunto foi objeto de decisões em diferentes sentidos. Utilizando o argumento da separação dos poderes e baseando-se no art. 2º da Constituição, o STF julgou inconstitucional dispositivos da Constituição Baiana que previam autorização legislativa de contratações públicas (ADI n. 462, julgada em 1997, sob relatoria de Moreira Alves). Nesse mesmo sentido, o Supremo se manifestou em 2018 (AI n. 721.230/MG, sob relatoria do min. Roberto Barroso)”. No entanto, também anotei que, “em 2014, reconheceu a constitucionalidade de mandamento da Constituição Paraibana no sentido de preservar a necessidade de autorização legislativa para convênios e acordos que *acarretem encargos ou compromissos gravosos* ao patrimônio estadual (ADI 331/PB, sob relatoria de Gilmar Mendes). Isso se vislumbra em outros casos apreciados no STF (RE 1.159.814/SP, julgado em 2019, RE 602.458/SP, julgado em 2019; RE 974.493/MT, julgado em 2018).”<sup>2</sup> Vale resgatar em mais detalhes essa jurisprudência.

Na **ADI 177**, julgada em 1996, o STF entendeu ser inconstitucional a aprovação prévia de convênios estaduais pela Assembleia Legislativa. *In casu*, a legislação estadual gaúcha previa competir à Assembleia Legislativa autorizar dívidas da administração pública direta e indireta cujo prazo de resgate excedesse o término do mandato dos contratantes. O artigo 82 da Constituição estadual, por sua vez, determinava as competências privativas do Governador e, dentre elas, a de celebrar convênios com a União, o Distrito Federal, com outros Estados e com os Municípios para a execução de obras e serviços. Contudo, o §2º condicionava a celebração dos convênios à aprovação pela Assembleia Legislativa. Por isso, argumentou-se que tal exigência seria inconstitucional, dado que não respeitava a simetria com a

<sup>1</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 387.

<sup>2</sup> MARRARA, Thiago. Manual de direito administrativo: atos, processos, licitações e contratos. Indaiatuba: Foco, 2022, v.3, pp. 354-355.



Constituição federal e abria espaço para interferências do Legislativo sobre o Executivo. Ao tratar da situação narrada e relativa ao Rio Grande do Sul, o relator, min. Carlos Velloso, citou a **ADI 676**, relativa à legislação do Rio de Janeiro e de sua relatoria, para concluir que esses dispositivos da Constituição Estadual também eram ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos Poderes. Assim, em ambas as ações, os pedidos foram julgados procedentes para declarar a inconstitucionalidade.

*CONSTITUCIONAL. CONVÊNIOS E DÍVIDAS DA ADMINISTRAÇÃO: AUTORIZAÇÃO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA: INCONSTITUCIONALIDADE. Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, inciso XXVI do artigo 53, e § 2º do artigo 82. I. - **Norma que subordina convênios e dívidas da administração à aprovação da Assembleia Legislativa: inconstitucionalidade, porque ofensiva ao princípio da independência e harmonia dos poderes. C.F., art. 2º. Precedentes do STF.** II. - Inconstitucionalidade do inc. XXVI do art. 53, e § 2º do art. 82, ambos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.*

*(ADI 177, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 01-07-1996, DJ 25-10-1996 PP-41026 EMENT VOL-01847-01 PP-00001)*

*CONSTITUCIONAL. CONVÊNIOS, ACORDOS, CONTRATOS E ATOS DE SECRETÁRIOS DE ESTADO. APROVAÇÃO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA: INCONSTITUCIONALIDADE. I. - **Norma que subordina convênios, acordos, contratos e atos de Secretários de Estado à aprovação da Assembleia Legislativa: inconstitucionalidade, porque ofensiva ao princípio da independência e harmonia dos poderes. C.F., art. 2º. II.** - Inconstitucionalidade dos incisos XX e XXXI do art. 99 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.*

*(ADI 676, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 01-07-1996, DJ 29-11-1996 PP-47155 EMENT VOL-01852-01 PP-00068)*

Na **ADI 342**, julgada em 2003, o relator, min. Sydney Sanches, cita entendimento firmado pelo STF na Representação de Inconstitucionalidade



n.º 1.024-GO, de 1980, segundo o qual a regra que subordina a celebração de convênios em geral, por órgãos do Executivo, à autorização prévia da Assembleia Legislativa fere o princípio da independência dos Poderes. Essa orientação foi reproduzida também na Representação n.º 1.210-RJ de 1984. Adotando essa fundamentação, o Tribunal julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do inciso XXI do art. 54 da Constituição do Estado do Paraná.

**DIREITO CONSTITUCIONAL. CONVÊNIOS: AUTORIZAÇÃO OU RATIFICAÇÃO POR ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XXI DO ART. 54 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ, QUE DIZ: "Compete, privativamente, à Assembleia legislativa: XXI - autorizar convênios a serem celebrados pelo Governo do Estado, com entidades de direito público ou privado e ratificar os que, por motivo de urgência e de relevante interesse público, forem efetivados sem essa autorização, desde que encaminhados à Assembleia Legislativa, nos noventa dias subsequentes à sua celebração". 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a regra que subordina a celebração de acordos ou convênios firmados por órgãos do Poder Executivo à autorização prévia ou ratificação da Assembleia Legislativa, fere o princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 2º, da C.F.). Precedentes. 2. Ação Direta julgada procedente para a declaração de inconstitucionalidade do inciso XXI do art. 54 da Constituição do Estado do Paraná.**

(ADI 342, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 06-02-2003, DJ 11-04-2003 PP-00025 EMENT VOL-02106-01 PP-00001)

Na **ADI 331**, já brevemente mencionada e julgada em 2014, o STF alterou levemente seu posicionamento. No caso, o Governador do Estado da Paraíba questionou a constitucionalidade do art. 54, inciso XXII, da Constituição Paraibana, segundo o qual é de competência privativa da Assembleia Legislativa autorizar e resolver definitivamente sobre empréstimo, acordos e convênios que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio estadual. O requerente alegou que a norma em questão ofenderia os artigos 49, inciso I, 50 e 52 da Constituição da República e só encontrava justificativa quanto aos empréstimos, excedendo a competência privativa da

Assembleia Legislativa ao tratar de convênios, por força do princípio da simetria.

O relator, min. Gilmar Mendes, entendeu não ser irrazoável que o constituinte estadual procure conferir maior controle nos casos em que acordos ou convênios possam acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio estadual. Tampouco, significa violação à separação dos poderes o fato de os acordos ou convênios que podem gerar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio estadual serem submetidos à autorização do legislativo local. Ressaltou, ainda, que essa norma estaria em vigor há mais de vinte anos, sem sinal do alegado comprometimento à continuidade da administração. De acordo com o relator, a constituição estadual apenas complementou o texto federal. Julgou improcedente o pedido, que foi acolhido com unanimidade.

*Ação direta de inconstitucionalidade. Inciso XXII do art. 54 da Constituição do Estado da Paraíba. Competência privativa da Assembleia Legislativa para autorizar e resolver definitivamente acordos e convênios. Alegada ofensa ao princípio da simetria. **Acordos ou convênios que podem gerar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio estadual podem ser submetidos à autorização do legislativo local, sem violar o princípio da separação dos poderes.** Ação direta julgada improcedente.*

*(ADI 331, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03-04-2014, DJe-082 DIVULG 30-04-2014 PUBLIC 02-05-2014 EMENT VOL-02728-01 PP-00001)*

Na **ADI 4348**, julgada em 2018, o Governador do Estado de Roraima voltou-se contra os artigos 26 e 28 da Lei Complementar Estadual n.º 149/2009, que determinam que todo e qualquer Termo de Cooperação e/ou similares entre os órgãos componentes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, no Estado de Roraima, deverão ser previamente aprovados pela Assembleia Legislativa – ALE/RR. Além disso, esses comandos vedam à FEMACT a transferência responsabilidades ou atribuições de sua competência para qualquer outro órgão ambiental, do SISNAMA, ressalvado, quando autorizado pelo Legislativo Estadual, mediante Lei específica. De acordo com o Executivo estadual, tais dispositivos foram vetados, mas o veto foi

derrubado pela Assembleia Legislativa. Sustenta, assim, que essas regras violam o princípio da separação dos poderes e que tais matérias são temas de interesse exclusivo da Administração Pública Estadual.

No STF, o relator, min. Ricardo Lewandowski, destacou que o SISNAMA é constituído por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como por fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental. É imprescindível que a atuação dos órgãos e entidades desse sistema se concretize mediante a celebração de termos de cooperação ou ajustes similares. Desse modo, os dispositivos questionados violam o princípio constitucional da separação dos poderes, pois permite a ingerência do Legislativo sobre o Executivo, em matéria de proteção ambiental, tema de índole claramente administrativa, por envolver a execução de políticas públicas. O tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos artigos questionados.

*ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 26 E 28 DA LEI COMPLEMENTAR 149/2009 DO ESTADO DE RORAIMA. APROVAÇÃO PRÉVIA PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DOS TERMOS DE COOPERAÇÃO E SIMILARES FIRMADOS ENTRE OS COMPONENTES DO SISTEMA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE – SISNAMA NAQUELE ESTADO. IMPOSSIBILIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE. I – **É inconstitucional, por violar o princípio da separação dos poderes, a submissão prévia ao Poder Legislativo estadual, para aprovação, dos instrumentos de cooperação firmados pelos órgãos componentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.** II - A transferência de responsabilidades ou atribuições de órgãos componentes do SISNAMA é, igualmente, competência privativa do Poder Executivo e, dessa forma, não pode ficar condicionada a aprovação prévia da Assembleia Legislativa. III – Ação direta julgada procedente.*

*(ADI 4348, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 10-10-2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 26-10-2018 PUBLIC 29-10-2018)*

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, muitos são também os julgados que já trataram da questão.

Na **ADI 2282700-54.2019.8.26.0000**, sob relatoria do des. Ferreira Rodrigues, julgada em 05/06/2020, o TJSP tratou de questionamento trazido pelo Prefeito do Município de Valinhos, tendo por objeto o art. 8º, inciso XIV, da Lei Orgânica do Município, que conferia à Câmara Municipal a prerrogativa de “autorizar ou aprovar convênios, acordos ou contratos de que resultem encargos para o Município”. Alegou-se ofensa ao princípio da separação dos poderes. Por sua parte, o relator entendeu não se vislumbrar a necessidade de invalidar a norma. Citando a ADI n.º 331, do STF, o desembargador afirmou ser constitucional a norma que prevê a submissão de convênios, acordos ou contratos à autorização ou aprovação pelo legislativo, quando deles resultem encargos não previstos na lei orçamentária, o que indica que o controle de atos de tal natureza (convênios, acordos ou contratos), **quando desbordam dos padrões da normalidade, inclusive quando importem em encargos gravosos** não implicam em ofensa ao princípio da reserva da administração. Assim, julgou-se parcialmente procedente a ação para conferir interpretação conforme a Constituição no sentido de que a exigência de autorização ou aprovação legislativa (prevista no dispositivo impugnado) é restrita aos convênios, acordos ou contratos de que resultem compromissos gravosos para o município.

Na **ADI 2038160-60.2023.8.26.0000**, sob relatoria do des. James Siano, julgada em 09/08/2023, o TJSP cuidou de questionamento proposto pelo Prefeito do Município de Álvares Machado em desfavor da nova Lei Orgânica do Município, de 23 de dezembro de 2022. Os dispositivos cuja constitucionalidade foi questionada tratam de diversos assuntos. Contudo, acerca do tema da celebração de convênios, merece destaque o art. 109, inciso XXII da Lei Orgânica, segundo o qual compete ao prefeito celebrar convênios e consórcios com prévia autorização da Câmara Municipal. De acordo com o relator, deve ser dada interpretação conforme a Constituição para reconhecer a inconstitucionalidade da norma impugnada, apenas em relação a convênios e consórcios que não resultem em compromissos gravosos para o município, ou seja, há necessidade de aprovação da Câmara Municipal apenas em relação a convênios e consórcios que resultem **compromissos gravosos** para o município. Assim, a ação foi julgada parcialmente procedente, e, especificamente quanto ao art. 109, inciso XXII, determinou que fosse conferida interpretação conforme a Constituição, no sentido de se exigir

aprovação da Câmara Municipal somente para convênios e consórcios que resultem compromissos gravosos ao município.

Na **ADI 2307071-77.2022.8.26.0000**, também sob relatoria do des. James Siano, julgada em 14/06/2023, o TJSP cuidou de questionamento trazido pela Prefeita do Município de Bauru em face do art. 17, inciso, VIII, alínea “b”, da Lei Orgânica do Município, que dispõe sobre a necessidade de aprovação da Câmara Municipal, relativamente a convênios com entidades públicas ou particulares e consórcios com outros Municípios. De acordo com a Prefeitura, o dispositivo questionado viola o princípio da separação dos Poderes, já que a celebração de convênios com entidades públicas ou particulares e consórcios com outros Municípios configura atividade nitidamente administrativa, de competência do administrador público, não podendo ser condicionada a prévia autorização legislativa. O relator entendeu não se vislumbrar violação ao princípio da separação de poderes, mas que deveria ser conferida à norma impugnada uma interpretação conforme a Constituição para reconhecer a **inconstitucionalidade da norma impugnada apenas em relação a convênios e consórcios que não resultem em compromissos gravosos para o município**, ou seja, há necessidade de aprovação da Câmara Municipal apenas em relação a convênios e consórcios que resultem compromissos gravosos para o município. Desse modo, julgou-se parcialmente procedente a ação, decisão que foi seguida pela maioria de votos.

Na **ADI 2235789-76.2022.8.26.0000**, sob relatoria do des. Ademir Benedito, julgada em 19/04/2023, o TJSP examinou questionamentos trazidos pelo Procurador de Justiça do estado de São Paulo, visando a declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 2.285/2021, do Município de Cabreúva. Referida lei municipal, de iniciativa parlamentar, autoriza o Município a celebrar convênio com o Estado de São Paulo, através da Secretaria de Segurança Pública, visando a adesão ao “sistema detecta” de acesso exclusivo aos dados de interesse da segurança pública e de cooperação entre os órgãos públicos. Sustentou o MP que o normativo impugnado, de iniciativa parlamentar, ao prever a celebração de convênio não oneroso com outro ente federado, implica ato de gestão administrativa, matéria afeta à reserva da Administração, de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, havendo ofensa à Separação de Poderes, incompatível com os preceitos estabelecidos nos artigos 5º e 47, II e XIV, 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Alegou, ainda, que a autorização legislativa não se confunde com lei autorizativa. O relator, a seu turno destacou que usurpa a competência privativa do Chefe do Executivo matéria que envolva ato de gestão, de direção superior da administração, independentemente de criar ou não despesas para os cofres públicos. O Poder Legislativo, através da lei impugnada, de iniciativa parlamentar, invade a esfera do Poder Executivo, em clara ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes. A atuação administrativa é uma atividade própria de direção superior da Administração Pública amparada pela discricionariedade administrativa, devendo ser observada pelas três esferas do governo, de modo que o Município não pode delas se afastar, em harmonia com o art. 144 da Constituição Estadual. Desse modo, o TJSP julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei.

A jurisprudência do STF e do TJSP é clara no sentido de que **o controle legislativo prévio da celebração de convênios pelo legislativo é inconstitucional**. O controle prévio somente se justifica em situações de impacto gravoso aos cofres públicos, superando as situações de normalidade. Assim, não pode uma Câmara de Vereadores condicionar a assinatura de convênio à sua autorização prévia quando não houver impacto aos cofres públicos ou esse impacto não for excessivo.

Essa lógica de impedimento da interferência do legislativo no tocante aos convênios se alinha, por exemplo, ao que se vislumbra no âmbito de outros contratos envolvendo serviços públicos, mais especificamente, as PPPs. A Lei n. 11.079, desde sua origem, também deixa claro que o controle legislativo prévio para celebração das parcerias é excepcional, sendo cabível apenas quando se onerar excessivamente o patrimônio público. Vale a transcrição do dispositivo legal:

*Art. 10, § 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.*

É preciso anotar, porém, que as decisões judiciais do STF e do TJSP examinadas não trataram especificamente do setor de saneamento. Por consequência, não cotejaram o novo § 4º do art. 8º da Lei n. 11.445/2007, alterada pela Lei n. 14.026/2020. Como visto, esse dispositivo é claríssimo ao



proibir a autorização legislativa prévia de convênios para gestão associada de tarefas atribuídas aos titulares do saneamento básico, a despeito de qualquer consideração sobre aspectos orçamentários. Certamente, ao considerar essa regra especial no futuro, a jurisprudência tomará um caminho ainda mais restritivo a interferências do Poder Legislativo sobre celebração de convênios no setor em debate.

A despeito dos rumos vindouros da jurisprudência, fato é que nada muda para o caso concreto trazido à análise pela ARES-PCJ. Como visto, os recursos necessários para sustentar as atividades de regulação por parte dos Municípios consorciados ou conveniados não advêm do orçamento público. Na verdade, os valores repassados à agência são simplesmente retirados da tarifa cobrada pelas concessionárias, parceiras privadas ou outras delegatárias dos usuários dos serviços públicos de saneamento básico. Alternativamente, no caso de prestação direta por departamentos municipais, autarquias ou empresas locais, são retirados das taxas, já devidamente aprovadas segundo o regime tributário e seus padrões de legalidade.

Não bastasse isso, os valores repassados pelos prestadores à agência são de menor monta, consistindo em um reduzido percentual de aproximadamente 0,25% sobre a arrecadação do prestador. Assim, não há anormalidade, nem qualquer impacto gravoso significativo sobre o orçamento público. Na verdade, o orçamento sequer é modificado, pois, como dito, os percentuais são extraídos diretamente dos valores já arrecadados pelos prestadores. Mais que isso, esses valores não são estranhos ao serviço público, já que a legislação brasileira não mais aceita que os prestadores do saneamento básico operem sem se submeter a um regulador. Inclusive, de acordo com o art. 10-A da LDNSB, os contratos de saneamento que não prevejam a regulação são reputados nulos de pleno direito.

Sob essas circunstâncias, mesmo que a LDNSB não contivesse vedação expressa e que essa exigência constasse de lei orgânica ou outra lei local, a autorização legislativa prévia para convênios permaneceria inconstitucional, já que os repasses financeiros do prestador ao regulador são mínimos, não afetam o orçamento e mostram-se imprescindíveis por força de lei. Dessa maneira, a autorização legislativa afrontaria a harmonia entre os Poderes e violaria o art. 2º da Constituição da República por implicar interferência indevida do Poder Legislativo sobre o Executivo.



### 3 CONCLUSÃO

Em atendimento à solicitação que a ARES-PCJ encaminhou à FADEP e diante dos fundamentos legais e jurisprudenciais expostos, viola tanto a Constituição da República, quanto o art. 8, § 4º, da Lei das Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (Lei n. 11.445/2007, alterada pela Lei n. 14.26/2020), a exigência de autorização legislativa prévia para que o Executivo Municipal possa celebrar convênio de cooperação com a ARES-PCJ no intuito de viabilizar a regulação de seus serviços de saneamento básico.

O repasse de reduzido percentual sobre a tarifa ou taxa, pelo prestador à ARES-PCJ, com o objetivo único e exclusivo de custear funções regulatórias, não configura oneração gravosa ao orçamento municipal nos termos da jurisprudência do STF e do TJSP. Ademais, usar recursos provenientes da tarifa ou taxa com a regulação é situação não apenas normal, como obrigatória, dado que a lei impõe a regulação do saneamento, vedando que prestadores operem sem a presença de um regulador.

Nesses termos, pois, a previsão de cláusulas de repasse financeiro não afasta a inconstitucionalidade de dispositivos de lei orgânica ou de outras leis municipais que venham a exigir a aprovação prévia de convênios de cooperação entre certo Município, titular do serviço público de saneamento, e a ARES-PCJ, como agência de regulação.

21/12/2023



THIAGO MARRARA

Professor de direito administrativo da USP (FDRP). Livre-docente (USP). Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Consultor e árbitro especializado em direito administrativo, regulatório e das infraestruturas. Autor/coordenador de “Tratado de direito administrativo, v. 3”; “Princípios de direito administrativo”; “Manual de direito administrativo”; “Tratado das Parcerias Público-privadas, tomo 3”, “Processo administrativo: Lei n. 9.784/1999 comentada”; “Direito administrativo: transformações e tendências”, “Lei Anticorrupção comentada”, entre outras obras.