



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 1.055/DF

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

REQUERENTE: PARTIDO NOVO

ADVOGADOS: ANA CAROLINA SPONZA BRAGA E OUTRO

INTERESSADO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PARECER AJCONST/PGR Nº 403827/2023

MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECRETOS 11.466/2023 E 11.467/2023. MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO. LEI 11.445/2007. DECRETOS DE NATUREZA REGULAMENTAR. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CABIMENTO DA AÇÃO. SUBSIDIARIEDADE. NÃO ATENDIMENTO. *PERICULUM IN MORA*. INEXISTÊNCIA.

1. Não cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental contra decreto, quando o ato normativo impugnado tenha natureza regulamentar e o cotejo não se dê diretamente com a Constituição Federal.
2. Não se conhece de arguição de descumprimento de preceito fundamental quando há outros meios de sanar a alegada lesividade a preceito fundamental da Constituição Federal.
3. Cumpre ao requerente expor, na petição inicial de ação de controle abstrato de constitucionalidade, de forma individualizada, os fundamentos jurídicos para invalidação de cada dispositivo normativo impugnado, sob pena de não conhecimento total ou parcial da ação.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

4. Ausente o perigo da demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*), há de ser indeferido pedido de medida cautelar em ADPF.

— Parecer pelo não conhecimento da ação. Quanto ao pedido de medida cautelar, pelo seu indeferimento, sem prejuízo de reexame do tema após o aperfeiçoamento processual.

Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux,

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Novo contra os Decretos 11.466 e 11.467, ambos de 5.4.2023.

Após defender o cabimento desta arguição de descumprimento de preceito fundamental e, subsidiariamente, seu conhecimento como ação direta de inconstitucionalidade (caso o Supremo Tribunal Federal – STF entenda incabível a ADPF), argui o requerente que os atos normativos impugnados violam “os preceitos fundamentais da *separação de Poderes* (art. 2º da CRFB), da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CRFB), da *redução das desigualdades regionais* (art. 3º, III, da CRFB), da *prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, II, da CRFB), da *vida* (art. 5º, caput, da CRFB), da *saúde* (art. 6º, caput, da CRFB), da *moradia* (art. 23, IX, da CRFB), do *meio ambiente* (art.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

225, caput, da CRFB), do *pacto federativo* (arts. 18, caput, e 25, § 3º, da CRFB) e da *licitação* (art. 37, XXI, e art. 175, caput, da CRFB)”.

O requerente faz uma rápida contextualização da política de saneamento básico no Brasil desde a década de 70 do século passado. Conclui que, *“considerando que neste século a cobertura por rede coletora de esgoto e a destinação ambientalmente adequada de resíduos sólidos ainda estavam aquém das metas nacionais, além da necessidade de investimentos vultosos para a universalização desses serviços públicos”*, a Lei 14.026/2020 foi editada *“a fim de constituir sólidas parcerias com a iniciativa privada”*. Daí por que se estabeleceu que *“a prestação de saneamento básico por entidades que não integrem a Administração do titular do serviço depende de prévia licitação, sendo vedada a celebração de novos contratos de programa”*.

Ocorre que, segundo o requerente, *“apesar dos leilões recentes de concessão pública que estabeleceram sólida parceria com a iniciativa privada, os decretos impugnados intencionam reprimir o velho compadrio político das companhias estaduais de saneamento básico, com prejuízo ao atendimento das metas de universalização ainda nesta década, conforme preconizada pelo pacto global para a promoção dos direitos humanos, que é a Agenda 2030”*.

Passa, então, o requeute a indicar, nos Decretos 11.466/2023 e 11.467/2023, os dispositivos que, no seu entender, *“exorbitam o poder regulamentar*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

do Chefe do Poder Executivo Federal e tornam deficiente a proteção dos direitos fundamentais relacionados à saúde e à higiene da população na República Federativa do Brasil". São eles:

Decreto 11.466/2023:

- **Art. 1º, caput:** o dispositivo enuncia que o decreto pretende regulamentar o art. 10-B da Lei 11.445/2007 e *"estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário que detenham contratos em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização"*. Entende o requerente que o § 1º do art. 11-B da Lei 11.445/2007 fixou o prazo até 31.3.2022 para que os prestadores do serviço público comprovassem sua capacidade econômico-financeira, de modo que o decreto impugnado não poderia *"prorrogar uma metodologia para contratos cujo termo final se encerrou antes da publicação"* do decreto.

- **Art. 1º, § 1º:** argui o requerente que *"a possibilidade de comprovação da capacidade econômico-financeira depende, antes, da validade do vínculo jurídico entre o titular do serviço público e o prestador"*. Alega que, *"quanto às concessões já licitadas"*, o decreto viola o caput e o § 2º do art. 11-B da Lei 11.445/2007, pois *"o vínculo jurídico deve ser preservado e o titular do serviço público deve adotar"*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

alternativas para o alcance das metas de universalização". Já no que se refere "aos demais vínculos jurídicos formados por contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária, sua validade está condicionada aos ditames dos arts. 10-A e 11, da Lei nº 11.445/2007 (redação pela Lei nº 14.026/2020), e do art. 13, parágrafos, da Lei nº 11.107/2005". Aqui, entende o requerente que, "sem o atendimento dos demais requisitos legais, a comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador não é suficiente para a validade do vínculo jurídico, hipótese na qual sua vigência não é amparada por lei".

- **Art. 1º, § 2º:** argumenta o requerente que esse dispositivo atribui *"validade a vínculos jurídicos considerados irregulares pelo Marco Legal do Saneamento Básico"*, o que violaria o § 3º do art. 10 e o § 8º do art. 11-B, ambos da Lei 11.445/2007.

- **Art. 1º, § 3º:** segundo o requerente, essa norma consiste em *"infração ao prazo estabelecido"* pelo § 1º do art. 11-B da Lei 11.445/2007 (31.3.2022).

- **Art. 1º, § 4º:** o requerente alega violação do ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI), pois a norma pretenderia *"revisar a comprovação da capacidade econômico-financeira após a formalização de termos aditivos já firmados segundo a legislação vigente àquele tempo"*.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

- **Art. 1º, § 5º:** esse dispositivo violaria o § 2º do art. 11-B da Lei 11.445/2007, que determina que os *“contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no caput deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados”*.

- **Art. 1º, § 6º:** segundo o requerente, por esse dispositivo, *“a população atendida pela administração direta ou indireta do ente municipal (ou distrital) não tem direito público subjetivo à prestação universal dos serviços de saneamento básico até 31 de dezembro de 2033, já que desobriga a necessidade de comprovação da capacidade econômico-financeira (do órgão ou entidade) para o atendimento das metas legais”*. Isso afrontaria os direitos fundamentais à vida, à saúde, à moradia e ao meio ambiente.

- **Arts. 10 e 17, caput e parágrafo único:** argumenta o requerente que essas normas *“infringem a vedação do comportamento contraditório na administração pública, visto que todos os prestadores dos serviços de saneamento básico já comprovaram sua capacidade econômico-financeira sob a batuta da legislação até então vigente (v. art. 22, do Decreto nº 11.466/2023)”*. Já *“quanto àqueles cujos contratos foram considerados irregulares por sua incapacidade econômico-financeira, este decreto não [teria] arrimo legal (conforme os argumentos acima expostos) para ratificá-los”*.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

• **Art. 18:** o requerente entende que esse dispositivo protela *“situações jurídicas irregulares que não foram sanadas já há três anos desde a edição no novo marco legal do saneamento básico”*, em desrespeito ao § 1º do art. 11-B da Lei 11.445/2007.

Decreto 11.467/2023:

• **Art. 5º, § 3º:** suposta violação do *caput* do art. 11-A da Lei 11.445/2007, pois a norma tornaria *“indiscernível o limite para subdelegação de 25% sobre o valor de cada contrato, de modo que a prestadora terá aval para extrapolá-lo em um contrato, compensando esse excesso a partir da soma de outros contratos”*.

• **Art. 5º, § 4º:** o requerente entende tratar-se de *“usurpação do poder regulamentar, ao criar exceção não prevista no art. 11-A, caput, da Lei nº 11.445/2007 (redação pela Lei nº 14.026/2020)”*.

• **Art. 6º, § 3º:** argui o requerente que, nos termos do acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.842, *“todas as estruturas de prestação regionalizada [dos serviços de saneamento básico] dependem da anuência dos municípios, exceto as unidades territoriais urbanas (região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião)”*. Entende que esse dispositivo violaria a autonomia municipal, pois *“dá a entender que a unidade regional de saneamento básico e o bloco de referência seriam formas de agrupamento compulsório dos entes municipais”*.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

• **Art. 6º, §§ 6º e 7º:** argumenta o requerente que *“o vínculo jurídico no qual o município celebra convênio de cooperação com o ente estadual para a delegação dos serviços públicos à companhia estadual de saneamento básico não é considerado prestação regionalizada pelo novo marco”* legal. O rol do inciso VI do art. 3º da Lei 11.445/2007 seria taxativo. Quanto aos consórcios públicos, a nova lei teria vedado *“a participação do Estado ou da União na associação pública, cuja formalização agora só poderá admitir exclusivamente Municípios”*. Ademais, *“os consórcios agora só podem adquirir a personalidade jurídica de direito público, sendo proibida a criação de pessoas jurídicas de direito privado – sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação – no âmbito da gestão associada dos serviços de saneamento básico”*.

• **Art. 6º, §§ 8º e 9º:** diz o requerente que, embora o § 8º tenha sido retirado da Lei 11.445/2007 (§ 4º do art. 8º), ele dá *“a entender que os instrumentos precários de prestação dos serviços públicos de saneamento básico voltaram a ser novamente permitidos, em afronta ao art. 10, caput, da Lei nº 11.445/2007”*. Já o § 9º, ora impugnado, permitiria *“a criação de órgãos administrativos a partir da assinatura de convênios de cooperação, o que corresponde a um vício de forma, visto que tais órgãos só podem ser criados mediante lei ou decreto”*.

• **Art. 6º, §§ 14, 16 e 17:** esses dispositivos violariam o *caput* do art. 10 da Lei 11.445/2007. Argui o requerente que, *“nas estruturas de prestação regionalizada – com exceção das unidades territoriais urbanas – os municípios*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

conservam sua titularidade, associando-se a outros entes federativos à vista da viabilidade técnica e econômico-financeira, dos ganhos de escala e de eficiência e da universalização dos serviços". Daí por que seria "vedada a prestação dos serviços públicos por entidade que não integre a administração do titular, sem que haja previamente um certame licitatório". Quanto às regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, "a titularidade das funções públicas de interesse comum é do órgão colegiado, do qual participam todos os entes metropolitanos". Então, para o requerente, "nesse caso, sem prévia licitação, a prestação só é admitida se o prestador for diretamente vinculado ao conselho deliberativo".

- **Art. 6º, § 15:** segundo o requerente, nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, *"os municípios deixam de ser titulares do serviço público (...), razão pela qual qualquer município é compulsoriamente vinculado às decisões colegiadas do órgão deliberativo"*.

- **Art. 11, caput e § 3º:** nas palavras do requerente, esses dispositivos *"protelam situações jurídicas irregulares que não foram sanadas já há três anos desde a edição no novo marco legal do saneamento básico", gerando "o efeito pernicioso de gestores públicos adiarem ainda mais a adoção de providências administrativas"*.

- **Art. 15:** alega o requerente que a norma *"exorbita o poder regulamentar, visto que o Chefe do Poder Executivo não pode negar vigência a uma*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

regra de eficácia imediata, devendo cumprir todos os requisitos do art. 50, incisos, da Lei nº 11.445/2007”.

• **Art. 16:** o dispositivo priorizaria a alocação de recursos públicos federais em projetos *“cujas licitações adotem como critério de seleção a modicidade tarifária e a antecipação da universalização do serviço público de saneamento”*. O requerente alega violação do § 1º do art. 50 da Lei 11.445/2007.

• **Art. 17:** a norma impugnada alteraria a redação do § 2º do art. 26 do Decreto 7.217/2010. Segundo o requerente, pela redação anterior (dada pelo Decreto 10.203/2020), a existência do plano de saneamento básico passaria a ser requisito para o recebimento de recursos financeiros da União a partir de 31.12.2022. Com o novo decreto, essa data limite passou para 31.12.2024, protelando a *“situação precária”* e *“ferindo de morte o princípio constitucional da razoabilidade”*.

Em 18.4.2023 foi exarado despacho, nos termos do § 2º do art. 5º da Lei 9.882, de 3.12.1999, solicitando manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias. Despacho do qual esta Procuradoria-Geral da República foi intimado por meio do Ofício 274/2023, de 20.4.2023.

Eis, em síntese, o relatório.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Preliminarmente, a ação não há de ser conhecida.

Segundo o § 1º do art. 102 da Constituição Federal, *“a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”*. Já o art. 1º da Lei 9.882/1999 diz que a ADPF *“terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”*.

Embora a hipótese de cabimento da ADPF, tal como definida na lei, seja bastante abrangente, o Supremo Tribunal Federal somente há de conhecer da arguição quando o ato do Poder Público lesionar, de forma direta, preceito fundamental da Constituição Federal. A contrariedade à Constituição Federal há de ser direta, ou seja, verificável sem necessidade de prévia análise da lei ou de outro ato infraconstitucional.

Em se tratando de atos normativos (como no caso destes autos), ademais, é de se exigir deles a natureza primária. Em outras palavras, submetem-se ao crivo do Supremo Tribunal Federal, em arguição de descumprimento de preceito fundamental (tal como na ação direta de inconstitucionalidade), os atos normativos que inovam, primariamente, o ordenamento jurídico.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme, tanto quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental como à ação direta de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

inconstitucionalidade, no sentido de serem incabíveis quando se revelar o caráter secundário do ato normativo objeto da ação (e, conseqüentemente, pela ofensa meramente reflexa da Constituição Federal)¹.

Na situação ora em apreço, os Decretos 11.466/2023 e 11.467/2023 têm natureza secundária. Ambos visam a regulamentar a Lei 11.445/2007. Ademais, todas as alegações do requerente pressupõem um cotejo entre os decretos e a lei. Assim, os princípios constitucionais esparsamente indicados na petição inicial são alcançados, quando muito, de forma indireta ou reflexa ao texto constitucional. A propósito, a maioria dos temas tratados nesta ação consiste em detalhamentos técnicos dos serviços de saneamento básico sobre os quais a Constituição Federal passa longe de dispor.

Sendo assim, incabível a ADPF.

Ainda que assim não fosse, esta arguição de descumprimento de preceito fundamental não haveria de ser conhecida, por descumprimento da regra da subsidiariedade, segundo a qual *“não será admitida arguição de*

1 ADPF 93-AgR e ADPF 169-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 7.8.2009 e 14.10.2013; ADI 5.153-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 4.2.2021; ADI 2.151, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 19.11.2019; ADI 2.862, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* de 9.5.2008; ADI 4.127-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe* de 5.11.2014; ADI 5.903-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* de 6.7.2020; ADI 6.111-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 17.5.2019, entre outros julgados.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” (Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º).

É que, caso se entenda que os Decretos 11.466/2023 e 11.467/2023 são atos normativos primários e afrontam a Constituição Federal de maneira direta, seria cabível a ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que os mencionados atos normativos são pós-constitucionais.

Não há falar sequer em fungibilidade das ações de controle concentrado de constitucionalidade, ante a inexistência de dúvida razoável quanto à ação correta. Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: ADPF 646-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 24.8.2021; ADPF 451-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe* de 16.4.2018; ADPF 314-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 19.2.2015.

Por fim, ainda em caráter preliminar e em ordem subsidiária de análise, se o Supremo Tribunal Federal entender que os óbices apontados não são suficientes para o indeferimento liminar de toda a petição inicial, que se conheça da ADPF apenas em parte.

Embora o requerente tenha postulado a invalidação da íntegra dos Decretos 11.466/2023 e 11.467/2023, apenas quanto aos dispositivos transcritos na petição inicial (e identificados, um por um, no relatório deste parecer), há a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

exposição de fundamentação jurídica. Quanto aos demais, o requerente não se desincumbiu do ônus imposto pelos incisos II e III do art. 3º da Lei 9.882/1999.

No que se refere ao pedido de medida cautelar, há de ser, neste momento processual, indeferido, por ausência do perigo da demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*).

A lei que os decretos impugnados visam a regulamentar é de 2007, com redação alterada por lei de 2020. Ainda que os Decretos 11.466/2023 e 11.467/2023 sejam recentes, vários dos dispositivos ora impugnados já constavam dos decretos anteriores (Decreto 10.710/2021 e Decreto 10.588/2020). Incide, no ponto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que reputa ausente o *periculum in mora* em caso de ajuizamento tardio:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL Nº 5.206/2001, DO ESTADO DO PIAUÍ – EXAME DO PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR – PRETENDIDA APLICAÇÃO DO ART. 10, § 3º, DA LEI Nº 9.868/99 – INDEFERIMENTO – INEXISTÊNCIA DA ALEGADA SITUAÇÃO DE URGÊNCIA – AJUIZAMENTO TARDIO DA AÇÃO DIRETA – AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO PROVIMENTO LIMINAR – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ADI 2.674-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 13.2.2015.)



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

ADIN – LEI 8.024/90 – PLANO COLLOR – BLOQUEIO DOS CRUZADOS – AUSÊNCIA DO “PERICULUM IN MORA” – LIMINAR INDEFERIDA.

— O tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza — não obstante o relevo jurídico da tese deduzida — o reconhecimento da situação configuradora do *periculum in mora*, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada. (...)

(ADI 534-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 8.4.1994.)

No mesmo sentido: ADI 1.950-MC/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 21.9.2007; ADI 5.542-MC/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 6.3.2019.

Ademais, no atual estágio processual, sequer se oportunizou ao Presidente da República explicar as razões que o levaram a editar os atos normativos impugnados. E, por tratar-se de decretos com conteúdo marcadamente técnico, é prudente que o Supremo Tribunal Federal, antes de qualquer decisão, ouça os órgãos responsáveis pelos atos atacados, bem como outros interessados.

A propósito, veio a ser designada audiência preliminar de conciliação a realizar-se no dia 23.5.2023. Até lá, não se vislumbra risco de dano irreparável ou de difícil reparação que a vigência dos Decretos 11.466/2023 e 11.467/2023 possa acarretar.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Eventuais licitações amparadas nas normas objeto da impugnação poderão ser revistas caso o Supremo Tribunal Federal conheça da ação e julgue procedente o pedido. Assim, em juízo perfunctório próprio das medidas cautelares, o pedido de medida liminar há de ser indeferido, sem prejuízo de reexame do tema após o aperfeiçoamento processual, com informações da autoridade requerida e manifestação da Advocacia-Geral da União.

Em face do exposto, opina o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA pelo não conhecimento da ação. Quanto ao pedido de medida cautelar, manifesta-se pelo seu indeferimento.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República
Assinado digitalmente

JMR