

BREVE ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA DO SANEAMENTO BÁSICO

I- INTRODUÇÃO

Após a publicação no Diário Oficial da União no dia 09 de julho de 2018 da Medida Provisória nº 844 de 6 de julho de 2018 que atualiza o marco do setor de Saneamento Básico no Brasil, podemos analisar seu conteúdo e passar as primeiras impressões acerca de alguns de seus aspectos.

Essa breve análise não tem o condão de esmiuçar a MP em questão, mas tão somente avaliar sob uma ótica constitucional alguns artigos que não guardam coerência com os princípios do setor de saneamento básico ou são de constitucionalidade duvidosa.

II- DOS PRINCIPAIS TÓPICOS

II.1- DA IMPOSSIBILIDADE DA ANA DE PROCEDER NORMAS DE CARÁTER GERAL SOBRE SANEAMENTO BÁSICO- ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO DAS CIDADES E AUSÊNCIA DE EXPERTISE

O Presidente da República ampliou as atribuições da Agência Nacional de Águas (ANA) e alterou o artigo 3º da lei nº 9.984/2000 para que a mesma fosse responsável pela instituição de normas de referência nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

Contudo, analisando-se a lei nº 13.502/2017 que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, percebe-se que a mesma estabelece que compete ao Ministério das Cidades as questões afetas ao saneamento básico:

Art. 25. Constitui área de competência do Ministério das Cidades:

I - política de desenvolvimento urbano;

II - políticas setoriais de habitação, **saneamento ambiental**, transporte urbano e trânsito;

III - promoção, em articulação com as diversas esferas de governo, com o setor privado e com as organizações não governamentais, de ações e programas de urbanização, habitação, **saneamentos básico** e ambiental, transporte urbano, trânsito e desenvolvimento urbano;

IV - política de subsídio à habitação popular, **saneamento** e transporte urbano;

V - planejamento, regulação, normatização e gestão da aplicação de recursos em políticas de desenvolvimento urbano, urbanização, habitação, **saneamentos básico** e ambiental, transporte urbano e trânsito; e

VI - participação na formulação das diretrizes gerais para conservação dos sistemas urbanos de água e para a adoção de bacias hidrográficas como unidades básicas do planejamento e **gestão do saneamento**.

Por sua vez, o Ministério do Meio Ambiente, o qual a ANA encontra-se vinculada, não possui nenhuma competência afeta à área de saneamento básico, mas tão somente ao Meio Ambiente, conforme se afere do artigo 49 da referida lei:

Art. 49. Constitui área de competência do Ministério do Meio Ambiente:

- I - política nacional do meio ambiente e dos recursos hídricos;
- II - política de preservação, conservação e utilização sustentável dos ecossistemas, da biodiversidade e das florestas;
- III - proposição de estratégias, mecanismos e instrumentos econômicos e sociais para a melhoria da qualidade ambiental e do uso sustentável dos recursos naturais;
- IV - políticas para integração do meio ambiente e produção;
- V - políticas e programas ambientais para a Amazônia Legal; e
- VI - zoneamento ecológico-econômico.

Poderia uma Agência Reguladora regular uma matéria estranha a área de competência do Ministério, ao qual está formalmente vinculado?

Ao nosso ver não.

Embora uma agência reguladora possua independência funcional do Ministério ao qual está vinculada, a inclusão de matérias estranhas gera insegurança jurídica, já que não possui expertise no assunto.

O setor de saneamento necessita de ser regulado por quem tenha expertise, ainda mais a nível federal, portanto a ANA jamais poderia ser esta Agência Reguladora por total ausência de capacidade técnica. Deveria ser uma Agência vinculada ao Ministério das Cidades.

II.2- DA IMPOSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO DA COMPANHIA ESTATAL PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO

O artigo 8º-B institui exceção à extinção automática do contrato de programa quando há a alienação do controle acionária de companhia estatal prestadora de serviços públicos, conforme se afere abaixo:

“Art. 8º-B. Excetuam-se da hipótese prevista no § 6º do art. 13 da Lei nº 11.107, de 2005, os casos de alienação do controle acionário de companhia estatal prestadora de serviços públicos de saneamento básico.

§ 1º Anteriormente à alienação de controle acionário a que se refere o caput, a ser realizada por meio de licitação na forma prevista na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, o controlador comunicará formalmente a sua decisão aos titulares dos serviços de saneamento atendidos pela companhia.

§ 2º A comunicação formal a que se refere o § 1º deverá:

- I - contemplar os estudos de viabilidade e a minuta do edital de licitação e os seus anexos, os quais poderão estabelecer novas obrigações, escopo, prazos e metas de atendimento para a prestação dos serviços de saneamento, a serem observados pela companhia após a alienação do seu controle acionário; e
- II - dispor sobre as condições e o prazo para a anuência, pelos titulares dos serviços de saneamento, a respeito da continuidade dos contratos de programa vigentes.

§ 3º A anuência prevista no inciso II do § 2º será formalizada por meio de manifestação do Poder Executivo, que precederá à alienação de controle da companhia.

§ 4º A anuência quanto à continuidade dos contratos implicará a adesão automática às novas obrigações, ao escopo, aos prazos e às metas de atendimento para a prestação dos serviços de saneamento, se estabelecidas, as quais prevalecerão sobre aquelas constantes dos contratos de programa vigentes.

§ 5º Os instrumentos de gestão associada poderão ser oportunamente adequados, no que couber, às novas obrigações, ao escopo, aos prazos e às metas de atendimento para a prestação de serviços de saneamento, a serem observadas pela companhia posteriormente à alienação de seu controle.

§ 6º Os Municípios que decidirem pela não continuidade dos contratos de programa assumirão a prestação dos serviços públicos de saneamento básico e procederão ao pagamento de indenizações devidas em razão de investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados, na forma prevista na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, às hipóteses de delegação ou de subdelegação de serviços à iniciativa privada.” (NR)

Para possibilitar a alienação do controle da companhia estatal, o artigo em comento institui um processo célere, no qual seria somente necessária a anuência por parte do Poder Concedente, mediante ato do chefe do Poder Executivo.

Além do mais, o referido artigo estabelece que o responsável pela condução do processo de licitação seria o Estado (que em sua maioria são os titulares das empresas estatais de saneamento básico no país).

Portanto, o artigo autoriza que um Ente federativo que não é titular dos serviços públicos de saneamento seja o responsável pela formatação da licitação, o que é inconstitucional, já que não pode haver delegação, mesmo que com a anuência do Chefe do Executivo, por parte de quem não é titular do serviço. Somente o próprio titular poderia realizar a licitação do serviço o qual é Concedente, sob pena de quebra do pacto federativo.

Ante o exposto, é absolutamente inconstitucional esta regra, sendo impossível juridicamente se manter os contratos de programa, uma vez que haja perda do controle acionário por parte do Ente titular daquela companhia estatal.

II.3- DA IMPOSSIBILIDADE DE SUJEIÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO AO INTERESSE PRIVADO

O processo de chamamento público constante no artigo 10-A, abaixo transcrito, traz uma inovação, que é condicionar o interesse público ao interesse privado, pois condiciona o município a realizar um chamamento público com vistas a proposta mais eficiente e vantajosa para a prestação descentralizada dos serviços públicos de saneamento básico.

“Art. 10-A. Nas hipóteses legais de dispensa de licitação, anteriormente à celebração de contrato de programa, previsto na Lei nº 11.107, de 2005, o titular dos serviços publicará edital de chamamento público com vistas a angariar a proposta de manifestação de interesse mais eficiente e vantajosa para a prestação descentralizada dos serviços públicos de saneamento.
Vigência

§ 1º O edital de chamamento público a que se refere o caput estabelecerá prazo mínimo de trinta dias para apresentação das propostas, que conterão, entre outros: Vigência

I - o objeto e o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, inclusive quanto a eventual prorrogação; Vigência

II - a forma de remuneração e de atualização dos valores contratuais; Vigência

III - as tarifas a serem praticadas e a metodologia de reajuste, conforme as diretrizes regulatórias do setor de saneamento básico; Vigência

IV - o plano e o cronograma de investimentos a serem realizados para a prestação adequada dos serviços públicos de saneamento básico; Vigência

V - os índices de qualidade de serviços e as metas parciais e finais a serem atingidas, de acordo com o plano e o cronograma propostos; e Vigência

VI - o valor estimado do contrato de programa ou do contrato. Vigência

§ 2º O proponente poderá adicionar à sua proposta de tarifa a ser praticada, conforme previsto no edital, percentual mínimo de adicional tarifário que será destinado à conta estadual para a promoção de programas de saneamento básico, que priorizará o financiamento de investimentos em saneamento básico nos Municípios que apresentarem os menores índices de cobertura, de acordo com os parâmetros estabelecidos em lei estadual. Vigência

§ 3º Na hipótese de, no mínimo, um prestador de serviço além do interessado em celebrar contrato de programa demonstrar interesse no chamamento previsto no caput, será instituído processo licitatório, nos termos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na Lei nº 8.987, de 1995, e na Lei nº 11.079, de 2004. Vigência

§ 4º Na hipótese de não haver o número de interessados previsto no § 3º no chamamento público, o titular poderá proceder à assinatura de contrato de programa com dispensa de licitação, conforme o disposto no inciso XXVI do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993. Vigência

§ 5º O chamamento público previsto no caput não será exigível nas seguintes hipóteses: Vigência

I - prorrogação única do prazo de vigência dos contratos de programa pelo prazo de até dois anos; e Vigência

II - celebração ou aditamento de contratos de programa vigentes, no contexto de alienação ou aditamento de controle acionário de companhia estatal prestadora de serviços públicos de saneamento básico ou de delegação de seus serviços à iniciativa privada.” (NR) Vigência

“Art. 10-B. Sem prejuízo do disposto nesta Lei e na Lei nº 11.107, de 2005, as cláusulas essenciais do contrato de concessão, estabelecidas nos art. 23 e art. 23-A da Lei nº 8.987, de 1995, serão reproduzidas nos contratos de programa para prestação de serviços de saneamento básico, exceto na hipótese de absoluta incompatibilidade devidamente motivada pelo titular do serviço público.” (NR)

Contudo, tal artigo é absolutamente inconstitucional pois a supremacia do interesse público ficaria condicionada ao interesse privado.

Nosso ordenamento jurídico delinea exatamente quais matérias e situações são de interesse público. Nesse sentido, é válido destacar que “não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo (...), mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo”.

O princípio da supremacia leva em consideração que a relação entre interesse público e privado ocorre de maneira vertical, contrariando as demais relações jurídicas onde existe a horizontalidade, ou seja, igualdade entre as partes, portanto, resta clara a autonomia de vontades do Estado, onde prevalece à superioridade do interesse da coletividade sobre o particular buscando uma ordem social estável.

A superioridade na relação jurídica está diretamente ligada a uma classificação de interesses, onde o primário rege as relações em que o Estado representa a coletividade, e o secundário rege as relações em que o poder estatal age como sujeito público de direitos.

O Poder Público tem o dever de exercer funções administrativas em prol da sociedade, atividades estas que são de responsabilidade do Estado, porém não de exclusividade, podendo ser desempenhadas por outros entes, como o particular investido de função pública através de concessionárias, ou por meio de entidade de administração indireta: autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.

O interesse da coletividade não está à disposição do administrador público, a ele cabe apenas o dever de cumprir a finalidade do interesse público, já que este é absolutamente indisponível.

Portanto, é inconstitucional este artigo.

II.4- DA IMPOSSIBILIDADE DE SUBDELEGAÇÃO POR ATO DO PODER PÚBLICO – QUEBRA DO SUBSÍDIO CRUZADO

A subdelegação prevista no artigo 11-A, abaixo transcrito, pode acarretar em quebra ao princípio do subsídio cruzado, já que somente as áreas superavitárias iriam ser objeto de subdelegação, enquanto que são essas áreas que possibilitam a arrecadação para a empresa estatal para que aplique os recursos em outras áreas deficitárias.

“Art. 11-A. Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato de programa, o prestador de serviços poderá, desde que haja autorização expressa do titular dos serviços, por meio de ato do Poder Executivo, subdelegar o objeto contratado total ou parcialmente.

§ 1º A subdelegação fica condicionada à comprovação técnica, por parte do prestador de serviços, do benefício em termos de qualidade dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 2º Os contratos de subdelegação disporão sobre os limites da sub-rogação de direitos e obrigações do prestador de serviços pelo subdelegatário e observarão, no que couber, o disposto no § 2º do art. 11 e serão precedidos de procedimento licitatório na forma prevista na Lei nº 8.666, de 1993, na Lei nº 8.987, de 1995, e na Lei nº 11.079, de 2004.

§ 3º O contrato de subdelegação poderá ter por objeto serviços públicos de saneamento básico que sejam objeto de um ou mais contratos.” (NR)

Além do mais, a tarifa dessas áreas subdelegadas seria alvo de mudanças, já que não mais levaria em conta toda a área de concessão, mas tão somente uma parte da mesma, o que poderia acarretar em encarecimento indevido das tarifas e oneração excessiva, principalmente para as áreas mais carentes.

É importante salientar que a tarifa diminui à medida que se aumenta a quantidade de usuários que tem condição de arcar com as mesmas. Portanto, a subdelegação deve ser vedada.

II.5- DA IMPOSSIBILIDADE DE CRIAR RESTRIÇÕES DE ACESSO AOS RECURSOS DO FGTS (Competência exclusiva do Conselho Curador do FGTS)- QUEBRA DO PACTO FEDERATIVO

No artigo 25-A, o Governo federal, sabidamente o Ente mais rico da Federação, faz chantagem com Estados e Municípios ao condicionar o acesso a recursos federais ao cumprimento de normas gerais a serem estabelecidas pela ANA.

“Art. 25-A. A Agência Nacional de Águas - ANA instituirá normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico e por seus titulares e suas entidades

reguladoras e fiscalizadoras, observada a legislação federal pertinente.

§ 1º O acesso aos recursos públicos federais ou à contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, quando destinados aos serviços de saneamento básico, será condicionado ao cumprimento das normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico estabelecidas pela ANA, observado o disposto no art. 50 desta Lei e no art. 4º-B da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000.

§ 2º A restrição ao acesso de recursos públicos federais e de financiamento prevista no § 1º somente produzirá efeitos após o estabelecimento, pela ANA, das normas de referência nacionais, respeitadas as regras dos contratos assinados anteriormente à vigência das normas da ANA.

É de clareza solar a inconstitucionalidade do referido artigo já que acarreta em quebra do pacto federativo por condicionar o acesso aos recursos federais quando a Constituição não coloca nenhuma restrição nesse sentido.

Ademais, os recursos do FGTS estão excluídos do referido artigo, já que a sua disposição é de competência exclusiva do Conselho Curador do FGTS e não podem ser condicionados por outras limitações que não estejam na lei nº 8.036/90.

II.6- DA DESNECESSIDADE DE PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO PARA MUNICÍPIOS MENORES QUE 20 MIL HABITANTES

A medida provisória tenta consertar um erro histórico, porém o faz de maneira tímida, que diz respeito a necessidade de os municípios com menos de vinte mil habitantes terem planos municipais de saneamento, conforme se afere do §9º do artigo 19, abaixo transcrito:

“Art. 19.

.....

§ 1º Os planos de saneamento básico serão aprovados por ato do Poder Executivo dos titulares e poderão ser elaborados com base em estudos fornecidos pelos prestadores de cada serviço.

.....

§ 9º Os Municípios com população inferior a vinte mil habitantes poderão apresentar planos simplificados com menor nível de detalhamento dos aspectos previstos nos incisos I a V do caput, conforme regulamentação do Ministério das Cidades.” (NR)

Entendemos que essa necessidade é um fardo muito grande para municípios que não possuem estrutura administrativa, financeira e técnica para poder sequer contratar uma consultoria para realizar os estudos necessários para elaborar um plano municipal de saneamento básico.

Para esses casos, a lógica deveria ser a análoga a constante na lei 10.257 (Estatuto das Cidades) que prevê que o Plano Diretor dos municípios somente é obrigatório para municípios com mais de 20 mil habitantes:

Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

I – com mais de vinte mil habitantes;

Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo:

I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5o desta Lei;

II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei;

III – sistema de acompanhamento e controle.

Essa ausência de obrigatoriedade para elaborar um plano diretor já leva em conta a falta de capacidade desses municípios em realizar estudos mais complexos. Além disso, não faz sentido o município não possuir um plano diretor, que entre outros aspectos, disciplina o crescimento urbanístico e de habitações e possuir um plano municipal de saneamento básico.

II.7- DA AUSÊNCIA DE URGÊNCIA (Violação ao artigo 62 da CF)

Por fim, analisa-se o artigo 8º, I da MP em questão na qual assenta que o artigo 10-A, incluso na Lei nº 11.445 de 2007 somente entrará em vigor após três anos da data da sua publicação, sendo que nesse caso a MP descumpre um dos requisitos para sua edição que é a existência de urgência.

A urgência é um elemento essencial à medida provisória, portanto o prazo concedido é absolutamente inconstitucional, devendo ser rechaçada completamente à MP quanto a tal ponto.

III- CONCLUSÃO

Após essa breve análise, a Medida Provisória possui muito mais defeitos que virtudes, sendo um mero instrumento para contemplar o capital privado, todavia não gera a segurança jurídica propalada, nem apresenta as soluções necessárias para o setor, mas tão somente procura desestruturar o mesmo.

Por fim, é sempre importante ressaltar que não existe livre-concorrência em sede dos serviços públicos de saneamento básico, pois trata-se sempre de monopólio natural a ser exercido exclusivamente por um único prestador, ante a inviabilidade fática de outros concorrentes prestarem simultaneamente o serviço.

O saneamento básico é uma atividade indispensável para a saúde da população e acarreta em coesão social, sendo que a lógica privada nem sempre se encaixa perfeitamente nesse contexto.



José Vicente Portella Eufrásio
Presidente da APS

Rodrigo Santos Hosken
Diretor Jurídico da APS