

Entendendo o Marco Regulatório do Saneamento Básico

Vitor Rhein Schirato* – vitor.schirato@rheinschiratomeireles.com.br
Julio César M. Barboza† – julio.barboza@rheinschiratomeireles.com.br

Depois de quase um ano de tramitação, o Projeto de Lei 4.162/2019, que atualiza o marco regulatório do saneamento básico no Brasil (Lei Federal nº 11.455/2007 – “Marco Regulatório do Saneamento Básico”), foi aprovado no Senado Federal e encaminhado para sanção presidencial. Por sua extensão, complexidade e relevância para o desenvolvimento do setor e para a atração de investimentos, passamos a discutir e explicar seus principais aspectos.

O ponto mais controverso do projeto dizia respeito aos contratos de programa. Figura criada pela Lei Federal nº 11.107/2005 (“Lei dos Consórcios Públicos”), os contratos de programa são o instrumento pelo qual um ente federativo constitui obrigações para com outro, a fim de realizar a gestão associada de um serviço público ou delegar, total ou parcialmente, sua prestação. Os contratos de programa firmaram-se como um dos pilares do setor de saneamento por uma contingência histórica: na década de 70, o Plano Nacional do Saneamento Básico incentivou a criação de companhias estaduais para a prestação desses serviços, consolidando com o tempo a posição dessas empresas como figuras chave do setor. Com a Constituição Federal de 1988, porém, os municípios tiveram sua autonomia reforçada, recebendo a titularidade dos serviços públicos de interesse local, o que levou à criação de um imbróglio jurídico: o que fazer com as companhias estaduais já à frente da prestação dos serviços, muitas vezes sem qualquer formalização jurídica? Os contratos de programa, então, caíram como uma luva para o setor.

Ocorre que a Lei dos Consórcios Públicos também acrescentou à Lei Federal nº 8.666/1993 (“Lei de Licitações”) seu artigo 24, inc. XXVI, hipótese de dispensa de licitação para celebração de contrato de programa com ente federativo ou suas entidades, tais quais as empresas estatais, para gestão associada de um serviço público. Daí um dos grandes gargalos do setor: atualmente, cerca de 70% dos municípios brasileiros contratam a prestação dos serviços com as companhias estaduais de saneamento básico diretamente, sem licitação.

A questão, vale ressaltar, não é a pessoa da contratada, mas a forma da contratação. Diversas companhias estaduais de saneamento são não apenas competentes, mas também competitivas. Como instrumentos estatais para a atuação na economia e promotoras do desenvolvimento, foram

e seguem sendo *players* importantes para o setor. Acontece que a ausência de um procedimento competitivo, notadamente em um serviço com características de monopólio natural, cria condições para práticas abusivas – no pior dos cenários – ou ineficientes – no melhor deles. E incentivos ruins devem ser coibidos pela legislação.

Por essas razões, vê-se com bons olhos a alteração promovida pelo PL 4.162/2019: a licitação para escolha do prestador dos serviços públicos de saneamento básico passa a ser obrigatória, com a formalização de uma concessão, nos termos do art. 175 da Constituição, inclusive para contratação de entidade administrativa integrante de outro ente da Federação. Uniformiza-se, assim, as condições de entrada no mercado.

Quanto a isso, dois apontamentos devem ser feitos, diante dos debates que seguirem a aprovação do projeto. Primeiro, o Marco Regulatório do Saneamento Básico não exclui a participação das companhias estaduais de saneamento, mas apenas sujeita sua contratação à seleção em regular procedimento licitatório. Segundo, que apesar de proibir expressamente a disciplina dos serviços públicos de saneamento básico mediante contratos de programa e outros instrumentos precários, o PL 4.162/2019 reconhece a validade dos contratos de programa existentes e autoriza o reconhecimento e formalização das situações de fato – isto é, dos casos em que os serviços estejam sendo prestados sem um contrato assinado – até 31 de março de 2022, além de possibilitar a renovação desses ajustes por mais 30 anos, mediante acordo das partes.

Há que se conter, portanto, a desinformação acerca do Marco Regulatório do Saneamento Básico. Expressar a obrigatoriedade de licitação para conceder os serviços públicos de saneamento básico nada mais é do que atender ao que determina a Constituição, e se o argumento contrário é uma eventual dificuldade que as companhias estaduais teriam para obter a outorga em um processo licitatório, ele certamente não se aplica às empresas que há anos vêm construindo sua expertise, consolidaram sua posição no mercado e têm plenas condições de serem contratadas por municípios Brasil afora, colaborando com o acesso da população a um saneamento básico de qualidade. De outro lado, o reconhecimento dos ajustes vigentes protege situações jurídicas consolidadas, ainda que precárias, e isso deve ser visto com bons olhos, pela lente da segurança jurídica. Rupturas contratuais e institucionais, ainda que supostamente bem-intencionadas, causam insegurança e afastam investimentos no longo-prazo, exatamente o oposto do que o setor precisa para atingir as ainda longínquas metas de universalização e qualidade.

Isso não significa, contudo, que as renovações dos contratos de programa vigentes e dos novos que forem formalizados devam ocorrer de maneira irrestrita e sem a devida ponderação. O projeto – e nisso merece críticas – apenas condiciona a renovação à previsão de metas de expansão, à inclusão no contrato de algumas cláusulas obrigatórias e à comprovação de capacidade econômico-financeira da contratada para atender a meta de universalização dos serviços até 31 de dezembro de 2033. Se o racional do novo Marco Regulatório do Saneamento Básico era

assegurar a competição pelos serviços, garantir mercado para as estatais, sem considerar os efeitos benéficos que a introdução da competição seria capaz de trazer, não se justifica. Mais uma vez, a questão não é a pessoa da contratada, mas a forma da contratação, que deve assegurar condições de seleção da melhor proposta, como manda a legislação. Com o PL 4.162/2019 aprovado nos termos descritos, será necessário reforçar a regulação setorial e os mecanismos de controle – inclusive social, princípio fundamental do setor – para que a decisão sobre a estrutura adequada não penda, por inércia, em favor de uma que, em muitos lugares, não foi capaz de entregar resultados satisfatórios.

Além da questão contratual, o PL 4.162/2019 traz disposições relevantes do ponto de vista da regulação. A Agência Nacional de Águas (“ANA”) passa a ser responsável pela instituição de normas de referência, que deverão ser observadas pelos titulares dos serviços e pelos responsáveis diretos pela fiscalização, com relação à qualidade, eficiência, política tarifária, universalização, governança, entre outras. Apesar de não ser essa a atual atribuição da ANA – responsável pela implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos – nada impede sua qualificação para o setor, sendo positiva a criação de um espaço de coordenação das políticas setoriais.

Outro ponto que merece destaque é a previsão no Marco Regulatório do Saneamento Básico da prestação regionalizada dos serviços, que poderá ser feita no âmbito de regiões metropolitanas, unidades regionais de saneamento básico e blocos de referência. A prestação no âmbito de regiões metropolitanas não é novidade, caracterizada pelo interesse comum, e não meramente local, entre os municípios integrantes, que devem organizar, planejar e operar os serviços de maneira integrada entre si e com o Estado. A inovação fica por conta das outras possibilidades. Por meio das unidades regionais, municípios, limítrofes ou não, podem se agrupar para viabilizar economicamente a prestação dos serviços e atender às exigências de higiene e saúde pública, demandando lei ordinária estadual para sua criação. Já os blocos de referência podem ser estabelecidos pela União, caso os Estados não o façam, e serão formalizados pela associação voluntária dos municípios, sem a necessidade de lei.

O projeto, assim, amplia as possibilidades de associação para prestação dos serviços de saneamento básico, indo além das regiões metropolitanas e dos consórcios públicos, de difícil implementação para os municípios menores. Promover a cooperação interfederativa é essencial para viabilizar economicamente a prestação dos serviços, propiciando ganhos de escala aos investimentos, e é um dos pontos do projeto que mais pode beneficiar o setor

Como dito, trata-se de projeto complexo e extenso, que aborda e detalha muitos outros pontos além dos aqui mencionados. Não obstante, são esses seus aspectos mais relevantes para compreender a reforma que se pretende implementar. O desenvolvimento do saneamento básico no Brasil é assunto urgente, e o PL 4.162/2019 é, no geral, positivo por criar melhores condições

para o atingimento das metas de universalização, por meio de medidas como a abertura do mercado, coordenação entre políticas setoriais e locais, e o aumento das possibilidades de atuação cooperativa entre União, Estados e Municípios. Enquanto política pública, parece abrir o caminho para a implementação de mudanças necessárias, que o modelo antigo não teve condições de trazer.

* * *



RHEIN
SCHIRATO
MEIRELES

Publicado em 30 de junho de 2020, Rhein Schirato Meireles Advogados, todos os direitos reservados.

* **Vitor Rhein Schirato** é sócio de Rhein Schirato Meireles Advogados e Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP

† **Julio Barboza** é advogado de Rhein Schirato Meireles Advogados, Doutorando em Direito Administrativo (USP) e LL.M. pela University of Chicago.