

Decreto ilegal do governo ameaça a universalização do saneamento básico

Nota técnica 02/23 - Decreto 11.467/23

Em 05 de abril de 2023, o Governo Federal editou os Decretos 11.466/23 e 11.467/23. Tais atos normativos pretendem realizar uma ampla reforma na regulamentação da Lei Federal nº 11.445/07, recentemente alterada pela Lei Federal nº 14.026/2020 (Novo Marco do Saneamento Básico).

O Decreto 11.467/23 possui ilegalidades patentes, pois estabelece regras que estão em conflito evidente com o que foi fixado em Lei e ameaçam os avanços do Marco do Saneamento.

Sobre isso, o Livres:

1. Reafirma a **importância do Novo Marco do Saneamento** como política pública viabilizadora do acesso universal à água encanada e sistema de esgoto, hoje distante de metade da população;
2. Entende que o Decreto 11.467/23 possui **claras ilegalidades**, pois extrapola frontalmente o estabelecido na constituição, conforme demonstraremos na sequência;
3. Entende que a edição do Decreto com patentes ilegalidades **viola o debate democrático** próprio ao Congresso Nacional;
4. Defende, na forma do art. 49, V da Constituição Federal, que **o Congresso Nacional suste, através de Decreto Legislativo, o Decreto referido** ou, ao menos, os dispositivos patentemente ilegais;

1. Novo Marco do Saneamento: as diretrizes fundamentais

De acordo com dados do SNIS, 100 milhões de pessoas não tinham acesso ao saneamento básico em 2018.¹ Ou seja, quase metade dos brasileiros se livram de seus dejetos de formas antiquadas, como fossas, ou jogando o esgoto diretamente em rios e córregos.

Tal realidade causa inúmeras implicações sócio-ambientais, com danos à saúde que acarretam prejuízos ao desenvolvimento educacional das crianças e afetam a produtividade dos adultos, constituindo um fator de aprofundamento da pobreza e ampliação da desigualdade.

Na prática, sem um aumento expressivo nos investimentos em saneamento, o país não conseguiria cumprir as metas de ter 99% da população com acesso à água potável e 90% com coleta de esgoto até 2033.

O Novo Marco do Saneamento,² aprovado em 2020, tem como objetivo aumentar a competição e permitir uma maior participação da iniciativa privada no setor, a fim de auxiliar os governos na realização de investimentos necessários.

O governo argumenta que os decretos aumentariam os investimentos no setor em 120 bilhões de reais em 10 anos. Entretanto, segundo pesquisa da KPMG e ABCON, o

Brasil precisa investir R\$ 753 bilhões em saneamento até 2033 para universalizar o acesso ao serviço.³ Em outras palavras, a promessa de recursos feita pelo governo está muito aquém do efetivamente necessário para o Brasil incluir metade do país na rede de saneamento, o que reforça a importância dos princípios que regem o marco do saneamento, em conjunto com a segurança jurídica e previsibilidade regulatória, para viabilizar a atração de investimentos privados que sejam capazes de contribuir com a universalização do serviço.

1.1. O dever de licitar e o estímulo à competição

O setor de saneamento básico é, ainda hoje, operado majoritariamente por empresas estatais controladas pelos Estados-membros ou entidades ou órgãos dos próprios municípios. Essa realidade se impôs ao longo da década de 1960 e permaneceu assim mesmo após a edição da Lei Federal nº 11.445/07.

A prevalência da operação estatal no setor deixou muito a desejar, como é de conhecimento público e notório, dado que cerca de 50% da população brasileira não tem acesso ao sistema de coleta de esgoto e cerca de 30% não têm acesso ao sistema de fornecimento de água encanada.

Em 2020, foi aprovada a Lei Federal nº 14.026, que alterou a Lei Federal nº 11.445/07, e ficou conhecida como Novo Marco do Saneamento Básico - PMSB. Esta lei pretendeu instituir um quadro institucional que possibilitasse a efetiva universalização do

saneamento básico. O quadro institucional é marcado por três diretrizes fundamentais.

Uma delas é a criação de incentivos para a realização de licitação para se delegar a prestação dos serviços de saneamento básico, especialmente de fornecimento de água e coleta de esgoto.

Antes do NMSB, os Municípios estavam autorizados a celebrar contratos diretamente com as empresas estatais controladas pelos Estados, sem a necessidade de realizar licitação. A possibilidade de celebrar contratos diretamente gera ao menos dois problemas.

O primeiro deles é a não estruturação adequada de projetos e o baixo planejamento prévio do que a empresa vai fazer especificamente.

O segundo é o afastamento da iniciativa privada do setor. A desnecessidade de licitar para contratar uma empresa estatal estimula a não realização de licitação. Como não há licitação, não é possível que a iniciativa privada participe de concorrência para entrada no setor (art. 175, Constituição Federal).

A partir do NMSB a licitação passou a ser a regra. Para que a prestação do serviço seja delegada, o titular do serviço tem o dever de licitar. Poderão participar das licitações tanto empresas estatais quanto empresas privadas.

A única exceção a essa regra é a situação em que o titular do serviço passe a operação para uma entidade ou órgão que compõe a

sua estrutura administrativa. Ou seja, um Município pode, por exemplo, passar a operação do serviço para uma empresa ou autarquia do próprio Município. Nesse caso, não é necessário licitação.

O dever de licitar, portanto, resolve os dois problemas anteriormente destacados: obriga-se a estruturação adequada de projetos e permite/estimula a participação da iniciativa privada.

Além disso, a disputa na licitação gera concorrência pelo direito de prover o serviço, o que possibilita a captação de sinais de mercado.

1.2. A prestação regionalizada

A segunda grande diretriz do NMSB é a prestação regionalizada do serviço. Na conceituação legal, a prestação regionalizada é a prestação de um ou mais serviços de saneamento básico em uma determinada região formada por mais de um Município.

A ideia central da prestação regionalizada é o chamado modelo filé-com-osso. Em síntese, é necessário coordenar, em um mesmo contrato de delegação/execução dos serviços, Municípios que possuem alta rentabilidade financeira (alta demanda e/ou baixa necessidade de investimento) com Municípios que possuem baixa rentabilidade financeira (baixa demanda e/ou alta necessidade de investimentos).

Ao agregar essas duas realidades, garante-se a viabilidade econômico-financeira do projeto como um todo, além de possibilitar

a cobrança de tarifas mais acessíveis mesmo aos cidadãos que moram em municípios de baixa rentabilidade. Trata-se de mecanismo voltado a viabilizar o subsídio cruzado, uma forma de solidariedade social.

Esta diretriz é tão central que o NMSB, como forma de estimular a prestação regionalizada, condicionou o repasse de recursos federais apenas aos Municípios que façam parte de estruturas de prestação regionalizada (art. 50, VII do NMSB).

1.3. Uniformização regulatória

Embora a União tenha competência para definir diretrizes sobre saneamento básico, a competência para prestar os serviços de saneamento básico é dos Municípios ou, nos casos de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, dos Municípios em conjunto com os Estados.

A consequência imediata dessa determinação é a criação de uma diversidade regulatória extremamente elevada ao redor do país. Essa diversidade regulatória acaba por afastar ou diminuir o interesse da iniciativa privada em entrar no setor de saneamento. Afinal, para disputar contratos em todo o país as empresas precisam conhecer uma quantidade enorme de regulações específicas.

Reduzindo o excesso de diversidade regulatória e aumentando a uniformidade, o NMSB atribuiu à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA a competência para editar normas de referência sobre saneamento.

A ANA, portanto, não regula e não regulará diretamente os serviços de saneamento básico. Contudo, passou a ter poder para editar normas de referência para o setor. Como a ANA é uma agência reguladora efetivamente independente e o seu processo normativo é técnico e participado, há grandes chances de se aumentar a qualidade regulatória do setor.

Ademais, o NMSB já instituiu as diretrizes que devem guiar a ANA na edição dessas normas de referência. Ou seja, o Poder Legislativo já se manifestou sobre qual deve ser, no seu entendimento, o papel da ANA.

Essas normas de referência não são diretamente obrigatórias para os Municípios e Estados, mas se adaptar a essas normas - sempre considerando as realidades locais - é condição para o recebimento de recursos ou empréstimos federais.

Esse dispositivo de incentivo à padronização das normas é fundamental, portanto, dado que tal simplificação é um fator decisivo para atração de investimentos privados para o setor de saneamento.

2. Os retrocessos do Decreto 11.467/23

Alguns dos avanços possibilitados pelo NMSB estão sob ataque pelo Decreto 11.467/23. Há não apenas incompatibilidade com as diretrizes centrais do NMSB, mas conflito direto e explícito ao que se estabeleceu na Constituição. Ou seja, trata-se de afronta direta ao Poder Legislativo.

2.1. Ilegalidade do art. 6º, §16 e §17 do Decreto 11.467/23

Os parágrafos 16 e 17 do art. 6º do Decreto 11.467/23 são direta e explicitamente ilegais, por contrariarem frontalmente o art. 8º, II e art. 10 do NMSB.

Em síntese, os dispositivos do Decreto permitem que os Municípios que fazem parte de uma unidade de prestação regionalizada deleguem às empresas estatais controladas pelos respectivos Estados a execução dos serviços de saneamento básico sem licitação.

O raciocínio **errado** dos dispositivos é o seguinte:

i) o art. 10 do NMSB estabelece que a licitação é a regra se o prestador não for integrante da estrutura administrativa do titular.

ii) Por sua vez, o art. 8º, II do NMSB estabelece que, nos casos de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, a titularidade dos serviços de saneamento é dos Municípios em conjunto com o respectivo Estado.

iii) Dessa forma, os dispositivos do Decreto pretendem fixar que seria lícita a atribuição da prestação às empresas estatais controladas pelos Estados, pois a titularidade do serviço também é dos Estados.

Ocorre que o art. 8º, II **não atribuiu aos Estados a titularidade dos serviços** de saneamento, mesmo nas situações de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões!

O art. 8º, II **atribuiu a titularidade aos Municípios** em conjunto com os Estados.

Logo, uma vez que as empresas estatais controladas pelos Estados só integram a administração dos próprios Estados e não dos Municípios, permitir que elas sejam contratadas sem licitação, como permitem os parágrafos 16 e 17 do art. 6º do Decreto XXX, é uma **afrenta direta ao art. 10 do NMSB**.

O fato de a estruturação de uma unidade de prestação regionalizada criar uma pessoa jurídica nova não muda essa conclusão. A empresa estatal controlada pelo Estado continuará pertencendo apenas à estrutura administrativa do Estado, não da nova pessoa jurídica ou dos Municípios. Logo, continua em violação ao art. 10 do NMSB.

A ilegalidade é visível até mesmo pela literalidade do próprio parágrafo 16 do art. 6º do Decreto. Diz o dispositivo que a atribuição do serviço a empresa controlada pelo Estado é “equiparada à prestação direta”. Ora, se é “equiparada” é porque não é! **O Decreto criou uma “equiparação” que a Lei não previu. Logo, o Decreto foi além e contra a Lei.**

Os dispositivos do Decreto, além de conflitarem explicitamente com a Lei, desincentivam a realização de licitações e, por isso, o ingresso dos investimentos privados no setor.

Assim, **embora o governo alegue que o Decreto veio para “destravar investimentos”, o que os parágrafos 16 e 17 do art. 6º fazem é o exato oposto.** § 2º O prestador poderá incluir no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira eventuais situações de prestação dos serviços, por meio de contratos provisórios não

formalizados, ou de contratos, instrumentos ou relações irregulares ou de natureza precária, hipóteses em que a prestação deverá ser regularizada junto ao titular ou à estrutura de prestação regionalizada, até 31 de dezembro de 2025, e a regularização estará condicionada à efetiva comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador.

2.2. Possível tentativa de minimizar o papel da ANA

O art. 13, §1º, I do Decreto 11.467/23 estabelece que, na edição das Normas de Referência, a ANA deverá observar as diretrizes de política de saneamento estabelecidas pelo Ministério da Cidade.

Este dispositivo extrapola as competências reservadas ao Governo fixadas pela Lei. O NMSB não apenas **já fixou as diretrizes que devem guiar a atuação da ANA** na edição das Normas de Referência, mas também **indicou expressamente quais são os Ministérios** que devem se engajar na execução das políticas de saneamento básico.

Ao acrescer novos deveres de respeito às diretrizes estabelecidas pelo Ministério das Cidades, o Decreto pode findar por legitimar o **esvaziamento da regulação técnica a ser exercida pela agência autônoma em favor de uma normatização dirigida por critérios prioritariamente políticos.**

2.3. A prorrogação de prazos para adequação ao NMSB

O art. 50 do NMSB estipulou uma série de condicionantes para o repasse de recursos federais ou realização de empréstimos por entidades financeiras controladas pela União para políticas de saneamento básico.

Dentre esses condicionantes, estão a estruturação de prestação regionalizada, a adesão, pelos titulares, à estrutura de prestação regionalizada e a criação da entidade de governança dessa estrutura.

O art. 15 do Decreto 11.467/23 estipulou novo prazo para que esses três condicionantes sejam cumpridos. A partir de agora, os recursos federais poderão ser repassados e emprestados sem esse atendimento até 31 de janeiro de 2025.

Embora não se desconheça as dificuldades de se implementar exigências legais, o NMSB já está vigente há quase três anos. O decreto prorroga uma das principais virtudes do NMSB - a prestação regionalizada - por quase três anos.

Essa postergação também poderá implicar a realização de menos licitações e, conseqüentemente, a entrada de menos recursos privados no setor, além de seguir prejudicando os cidadãos que dependem da estrutura de prestação regionalizada para que o serviço passe a, efetivamente, existir.

Mais do que isso, essas postergações implicam a continuação indevida do paradigma instalado no setor desde os anos

1960, onde há **uma priorização do interesse político no comando das empresas estatais em detrimento da prestação do serviço fundamental aos brasileiros que mais precisam.**

Nesse sentido, **a prorrogação de prazos por meio de decreto do poder executivo constitui uma afronta direta aos objetivos explícitos do NMSB e à própria criação da legislação pelo Congresso Nacional, uma vez que boicota a meta de universalização do acesso aos serviços até 2033.**

3. Decreto causará retrocessos no acesso ao saneamento

Um avanço significativo alcançado através do Marco do Saneamento é que finalmente havia prazos e horizontes para o cumprimento das metas de universalização do serviço de água e esgoto.

Nesse contexto, a prorrogação do prazo para a regionalização dos serviços até 2025 é um enorme retrocesso. Ela cria o incentivo para o atraso da realização de licitações e concessões. Por sua vez, significa a manutenção do monopólio das estatais que, há décadas, não consegue produzir avanços rumo à universalização do serviço.

Além disso, a permissão para que empresas estaduais prestem serviços sem licitação em municípios que não aderirem à regionalização é outro ponto de retrocesso. Tal mecanismo cria um sistema permeável a maior corrupção. A ausência de licitação impede que empresas mais capacitadas e com melhores preços prestem serviços em

determinadas regiões.

Prejudicar a concorrência reduz a eficiência do setor, fortalecendo grupos políticos e organizações ineficientes, em detrimento dos interesses legítimos dos cidadãos brasileiros que seguem sem acesso à dignidade do saneamento básico.

Recomendações:

O acesso adequado ao saneamento básico é crucial para o desenvolvimento social, uma vez que contribui para a promoção da saúde e do pleno exercício das potencialidades humanas. Desse modo, o acesso ao saneamento básico é um direito humano essencial e uma condição indispensável para o desenvolvimento sustentável.

Assim, **o Livres recomenda a sustação do decreto 11.467/23 pelo poder legislativo através de Projeto de Decreto Legislativo no Congresso Nacional.**

O decreto referido afronta diretamente o artigo 84, IV e VI da Constituição Federal, que apresenta um rol taxativo de possibilidades de decreto, além de dispositivos do NMSB. Além disso, os regramentos estabelecidos pelo Decreto estão em clara dissonância com as diretrizes do NMSB.

A Constituição Federal, em seu artigo 49, V, estabelece que o Congresso tem competência privativa para *sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*; - é exatamente o caso.

Ressalta-se, por fim, que estamos diante da tentativa de estabelecer, na prática, um decreto-lei. Esta seria a criação de um perigoso precedente no país, em afronta direta ao Poder Legislativo e seu papel essencial para a Democracia, configurando um atropelo do Executivo sobre o rito legislativo.

Recomendamos, portanto, com toda ênfase, a sustação do decreto 11.467/23 pelo Legislativo.

Com a colaboração de:

Vitor Soliano

Professor universitário, advogado e associado da setorial de Infraestrutura do Livres

Mano Ferreira

Jornalista, analista de políticas públicas e diretor de Comunicação do Livres

Marina Zonis

Advogada e coordenadora de Ação Política do Livres

Referências

1. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). snis.gov.br acesso em 05/04/23;
2. Ministério do Meio Ambiente. Governo Federal. Acesso em 14/03/23.
3. KPMG; ABCON. Panorama da participação privada no saneamento 2020: universalização depende de R\$ 753 bilhões em investimentos. São Paulo: KPMG; ABCON, 2020. Disponível em: <https://abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Panorama-ABCON-SINDCON-2020.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2023