

Afrouxamento das regras favorece estatais e atrasa universalização de saneamento

Nota técnica 03/23 - Decreto 11.466/23

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).

Em complementação à [Nota Técnica 02/23](#), onde dissecamos o Decreto 11.467/23, agora analisaremos o Decreto 11.466/23, que estabelece a metodologia de comprovação da capacidade financeira dos prestadores de serviço de saneamento.

De maneira geral, verifica-se que o novo instrumento flexibiliza as regras determinadas pelo antigo Decreto 10.710/21 (revogado), por meio de:

- Prorrogação do prazo de envio dos dados financeiros e estudos de viabilidade pelos prestadores de serviço, bem como do ateste a ser realizado pelas Agências Reguladoras;
- Possibilidade de prestadores de serviços incluírem no processo de comprovação de capacidade 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 com a condição que os mesmos sejam

regularizados no futuro;

- Alteração de parâmetros mínimos para indicadores financeiros;
- Modificação das consequências para o não atingimento dos referenciais mínimos pelos prestadores, de modo a garantir um prazo de adequação;
- Retirada do limite financeiro para contratos de subdelegação;
- Possibilidade de revisão do ateste de capacidade financeira feito pela Agência Reguladora, no caso da observação de irregularidades posteriores (no decreto antigo o ateste era automaticamente cancelado);
- Supressão de dispositivos relacionados a competências de mediação de conflitos para a ANA;

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 11.466/23 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. Conclui-se que o decreto favorece a continuidade da existência de contratos irregulares de prestação de serviço;

5. 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

Em 2018, 100 milhões de pessoas no Brasil não tinham acesso ao saneamento básico,¹ o que representa quase metade da população. Essa realidade traz consequências socioambientais, como danos à saúde, prejuízos no desenvolvimento educacional e redução da produtividade, além de ser um fator que contribui para o aumento da pobreza e da desigualdade.

Para cumprir as metas de acesso à água potável e coleta de esgoto até 2033, é necessário aumentar significativamente os investimentos em saneamento. Embora o governo argumente que os decretos aumentarão os investimentos públicos em R\$ 120 bilhões em 10 anos, uma pesquisa da KPMG e ABCON indica que o país precisa investir R\$ 753 bilhões até 2033 para universalizar o acesso ao saneamento.²

Portanto, é fundamental aplicar os princípios que regem o marco do saneamento, juntamente com segurança jurídica e previsibilidade regulatória, para atrair investimentos privados que possam contribuir para a universalização do serviço.

Diante da necessidade de realização de grandes investimentos para o atingimento das metas previstas pelo Novo Marco, requer-se que as prestadoras de serviço apresentem uma boa saúde financeira. Portanto, a lei Nº 14.026/20 determinou a exigência de verificação da capacidade relacionada a este quesito, conforme expresso no art. 10-B:

*Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, **estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei.***

Parágrafo único. A metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada será regulamentada por decreto do Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias."

Diante disso, foi elaborado o Decreto 10.710/21 para estabelecimento da metodologia de aferição da capacidade financeira das prestadoras, sendo este substituído pelo Decreto 11.466/23, conforme mencionado anteriormente.

A seguir serão detalhadas as mudanças.

1.1. Alteração de prazo para envio de dados financeiros pelas prestadoras de serviço.

Conforme art. 10 do novo decreto, foi estendido prazo de envio dos documentos de capacidade financeira pelas prestadoras de serviço para até 31/12/23.

Em relação à avaliação e emissão de parecer por parte das Agências Reguladoras, alterou-se a data para até 31/03/24.

1.2. Flexibilização em relação aos contratos provisórios, instrumentos ou relações irregulares ou de natureza precária.

O novo decreto apresenta expressamente (conforme art. 1º, § 2º) a possibilidade de inclusão de contratos não formalizados, instrumentos ou relação irregulares ou de natureza precária nos estudos de comprovação da capacidade financeira, desde que os mesmos sejam regularizados junto ao titular do serviço até 31/12/25. *Prazo este estendido, uma vez que o antigo decreto exigia a regularização até 31/12/2023*, além de não permitir a utilização de receitas e despesas provenientes de relações jurídicas precárias nos estudos de viabilidade (conforme previsto no art. 7º, § 6º).

Mesmo que essa adequação seja complexa, principalmente para Estados que apresentam um grande número de Municípios com este tipo vínculo, considera-se que tal postergação é extremamente prejudicial, pois atrasaria ainda mais o estabelecimento de um ritmo adequado de investimentos necessários para

universalização dos serviços. Além disso, considera-se que tal medida favorece a ineficiência das estatais, uma vez que garante um maior prazo para sua regularização.

Chama também a atenção, já no Capítulo I – Disposições Preliminares (Art. 1º: caput, §1º, §4º) a supressão, em relação ao Decreto 10.710/21, das referências e vinculações aos dispositivos da própria Lei 11.445/07. O que acaba possibilitando evasão da obrigação de cumprir os comandos legais determinados pelo Poder Legislativo.

Na prática, a mudança favorece as empresas estatais sem condições de cumprirem as metas legais e com atividades em relação jurídica precária.

1.2 Alteração de parâmetros dos indicadores financeiros da primeira etapa de aferição de capacidade financeira e flexibilização para o seu atingimento.

Conforme previsto na *Seção I - Das diretrizes* e na *Seção II - Dos requisitos para a comprovação da capacidade - financeira* do decreto, são apresentados especificamente as fases necessárias e quais os dados financeiros analisados para a verificação da capacidade financeira das prestadoras de serviço.

Em relação a primeira etapa, obriga-se a apresentação do cálculo (com base na mediana dos últimos 5 exercícios financeiros) e comprovação do atingimento dos seguintes indicadores financeiros:

- Índice de margem líquida sem

depreciação e amortização, calculado por meio da divisão do lucro líquido (sem depreciação e amortização) pela receita operacional, devendo seu valor ser maior do que zero;

- Grau de endividamento, calculado pela soma entre o passivo circulante e passivo não circulante, dividido pelo ativo total, sendo necessário um valor menor que um;
- Retorno sobre patrimônio líquido (conhecido pela sigla inglesa ROE), equivalente a divisão do lucro líquido pelo patrimônio líquido, sendo necessário que seu valor seja maior que zero;
- Índice de suficiência de caixa, calculado pela divisão entre arrecadação total e a soma das despesas operacionais, juros, encargos, amortização da dívida e impostos. Necessário um valor maior que um;

Observa-se que a lista de indicadores avaliados e os valores mínimos exigidos são iguais aos do decreto anterior. Porém, vale salientar que outros parâmetros poderiam ser adicionados na avaliação, a fim de se determinar com maior precisão a saúde financeira da empresa.

Por exemplo, o grau de endividamento é um bom índice. Porém, por si só não é suficiente para avaliar as características da dívida. A empresa pode apresentar um valor aceitável para o indicador, mas ao mesmo tempo ter grande parte suas obrigações de pagamento concentradas no curto prazo (menos de um ano), o que prejudica sua liquidez. Por isso,

poderia se recomendar, por exemplo, a utilização também do Índice de Liquidez Corrente - ILC, calculado pela divisão do Ativo Circulante pelo Passivo Circulante. Este indicador mostra a capacidade da empresa de honrar com suas dívidas de curto prazo, somente com seus ativos de maior liquidez, sendo indicado valores maiores que um.

Outro indicador, como a Composição do Endividamento - CE, que revela o quanto a dívida da empresa está concentrada no curto prazo (por meio da divisão do Passivo Circulante pela soma do Passivo Circulante mais Passivo não circulante) poderia ser analisada.

A respeito do atendimento dos valores referenciais mínimos para os indicadores anteriores, o novo decreto apresenta mudanças substanciais. Primeiramente, retirou-se a previsão expressa no art. 4º, parágrafo único, do antigo decreto (10.710/21), que dispensava a exigência de análise do estudo de viabilidade (segunda etapa da avaliação da capacidade financeira) em caso de não aprovação na primeira.

Além disso, inclui-se um novo dispositivo, por meio do artigo 5º, § 4º e §5º, que permite aos prestadores que não atinjam os requisitos mínimos tenham um novo prazo para se readequarem, conforme expresso abaixo:

§ 4º Caso os referenciais mínimos não sejam atendidos nos termos do disposto no § 2º, o prestador apresentará um plano de metas para o atingimento, no prazo máximo de cinco anos, dos referenciais mínimos

dispostos no **caput**, o qual deve ser detalhado ano a ano e conter metas intermediárias, bem como demonstrar a viabilidade de seu atingimento e a sua compatibilidade com os estudos de viabilidade e com o plano de captação de que trata o art. 6º.

§5º Caberá à entidade reguladora competente verificar anualmente o atingimento dos referenciais mínimos previstos no plano de metas a que se refere o § 4º.

Há então um grande “afrouxamento” das regras até então vigentes, que permite que empresas que não apresentem capacidade de investimento para o atingimento das metas do novo marco continuem operando por **pelo menos mais 5 anos**.

A medida é extremamente prejudicial à população. Em nome de dar mais prazo para as empresas se adequarem, o acesso ao saneamento vai sendo postergado. Também vai na contramão das premissas necessárias para universalização do serviço, pois dificulta a realização de novas licitações para a substituição de prestadores deficitários.

1.3. Segunda etapa e estudo de viabilidade.

O art. 6º e 7º do novo decreto determinam os requisitos necessários para a segunda etapa de avaliação da capacidade financeira dos prestadores de serviços, por meio da apresentação de um estudo de viabilidade que contenha, dentre outras informações: um fluxo de caixa global com um valor presente

líquido - VPL igual ou superior a zero, estimativa de investimentos necessários para o atingimento das metas para universalização, estimativa de receitas tarifárias, aportes etc.

Em relação aos incisos I, II e III do art. 7º observa-se a substituição dos termos “Município com contrato regular em vigor” para “Município com contrato ou com prestação em vigor”, de forma a permitir que que cidades que não apresentem situações jurídicas regulares para prestação do serviço possam ser utilizadas na avaliação do estudo de viabilidade. Isso fica mais claro ainda, quando se verificou a supressão no novo decreto do seguinte dispositivo presente no art. 7º, § 6º do decreto 10.710/21:

§ 6º Os estudos de viabilidade não deverão considerar receitas e despesas provenientes de relações jurídicas precárias, observado o disposto no inciso V do caput do art. 18.

Além disso, verificou-se que o parágrafo 1º, Inciso IV do art. 7º, acerca das premissas a serem utilizadas no estudo de viabilidade, alterou-se o valor mínimo para o Índice de Cobertura do Serviço da Dívida - ICSD de 1,2 para 1,0. O ICSD representa a capacidade de pagamento da dívida da empresa e é calculado como a geração de caixa operacional líquida de impostos dividido pelo serviço da dívida da empresa.

Portanto, a redução do valor exigido permite que prestadores que apresentem mais dificuldade para a geração de caixa necessário para o pagamento de suas dívidas possam ser aprovados em seus estudos de

viabilidade. Vale destacar ainda que para projetos de concessão estruturados pelo BNDES nos últimos anos, o valor mínimo de ICSD exigido era de 1,2.

Ainda para o mesmo parágrafo, observa-se que o inciso III mantém a mesma previsão em relação ao parâmetro da taxa de desconto a ser utilizada no fluxo de caixa e cálculo de VPL, sendo necessário que se reflita no mínimo a Taxa de Desconto de Longo Prazo - TLP divulgada pelo Banco Central do Brasil.

Considerando que a TLP é utilizada para as linhas de financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento - BNDES, e portanto reflete apenas a taxa associada ao capital de terceiros, acredita-se que seu uso como parâmetro mínimo é errado. Para isso, recomenda-se a utilização da metodologia do Custo Médio Ponderado de Capital – CMPC, conhecido pela sigla inglesa WACC (*Weighted Average Cost of Capital*).

Para o cálculo do WACC, deve-se considerar que o capital a ser investido no projeto apresenta dois custos:

i - Custo de Capital de Terceiros (Kd), que é associado ao dinheiro captado no mercado por meio de financiamentos ou outros instrumentos;

ii - Custo de Capital Próprio (Ke), relacionado ao dinheiro desembolsado pelos acionistas da empresa (Capital Social).

Considerando que as agências reguladoras de outros setores como ANEEL, ANTT e ANAC se utilizam dessa metodologia para a

determinação da taxa de desconto regulatória, é razoável esperar que o setor de saneamento deveria seguir padrões semelhantes. E uma vez que o Art. 4º-A, § 1º da Lei Nº 14.026/20 referente ao novo marco determina que a ANA deve estabelecer as normas de referência do setor (inclusive relacionadas a contabilidade regulatória), caberia ao órgão determinar o estabelecimento de parâmetros mínimos de uniformização a serem seguidos para o cálculo de WACC pelas agências estaduais e municipais.

Para o parágrafo 3º do art. 7º, referente à listagem de quais dados não se pode prever no estudo de viabilidade, verificou-se que o novo decreto suprime a proibição relacionada a ampliação de prazo de vigência para contratos de programa (conforme era previsto no inciso I do antigo decreto), o que viola novamente as premissas determinadas na lei do NMDS. Além disso, retira-se a vedação (prevista no § 4º do antigo decreto) relacionada ao limite ao limite de 25% para contratos de subdelegação definidos pelo art. 11-A da Lei nº 11.445, de 2007.

No art. 8º, que determina como deve ser estabelecido o plano de captação de recursos (por meio de financiamento ou integralização de capital) necessários para o cumprimento das metas de universalização, o novo decreto altera a forma de faseamento, determinando que a prestadora faça essa previsão para cada exercício, de forma que entidade reguladora deverá acompanhar anualmente, a partir do segundo ano, a seu cumprimento.

1.4. Dos procedimentos e prazos para apresentação e análise dos documentos

necessários.

O novo decreto apresenta a mesma exigência de documentos a serem entregues pelo prestador do serviço à entidade reguladora. Em relação aos prazos, no entanto, houve um afrouxamento conforme previsto no artigo 12:

- Prazo de entrega dos documentos de capacidade financeira pelas prestadoras do serviço: prorrogação de 31/12/21 para 31/12/23;
- Prazo de envio de parecer da entidade reguladora acerca da aprovação dos documentos: 31/03/22 para 31/03/24.

1.5. Da decisão das entidades reguladoras e do papel de fiscalização e do papel da ANA.

O artigo 14º do novo decreto apresenta alterações em relação às consequências para o não cumprimento dos parâmetros apresentados pelo prestador de serviço em seus documentos de comprovação de capacidade financeira. Enquanto o antigo instrumento apresentava a perda automática dos efeitos do parecer positivo proferida pela entidade reguladora, o atual apresenta a possibilidade de revisão da decisão, ao qual deve ser comunicada para a ANA.

Verifica-se também que alguns requisitos do mesmo artigo foram flexibilizados como, por exemplo, prazo para constituição de Sociedade de Propósito Específico - SPE, que ficou em aberto. Ou mesmo em relação a outros pontos, como relacionados a projetos que envolvam aportes públicos ou contraprestação pecuniária, conforme

previsto no inciso II. Neste caso, verificou-se a alteração do texto de “caso seja descumprido o cronograma de pagamentos previstos” para “não seja realizado tempestivamente”, o que abre margem para que o Estado incorra em atrasos.

No tocante ao papel da ANA, vale destacar que a lei do novo marco dá a possibilidade de o órgão atuar em ação mediadora ou arbitral (conforme Art. 4º-A, § 5º) em conflitos entre titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos. Embora não crie um conflito de normas, o novo decreto suprime todos os dispositivos (art. 15, § 2º e art. 25 do antigo decreto) relacionados a essa possibilidade do papel do órgão para eventuais divergências em relação ao entendimento e ateste da capacidade financeira das empresas.

Por si só, essa medida já evidencia o esvaziamento do papel do órgão que deveria ser a entidade responsável pelas metas e pela fiscalização de seu cumprimento, longe da interferência político-partidária.

1.4. Dos efeitos da comprovação da capacidade financeira e dos dispositivos finais do decreto

Em relação, ao capítulo III do ato normativo, referente aos efeitos da comprovação da capacidade financeira das prestadoras de serviço, verificou-se a supressão da seguinte previsão expressa no art. 21 do decreto antigo:

Art. 21. A eventual comprovação da capacidade econômico-financeira do

prestador, em nenhuma hipótese, justificará convalidação dos contratos, instrumentos ou relações irregulares ou de natureza precária

Considera-se que essa medida, em conjunto com as especificadas no item 1.2 da nota técnica, contribuem para a continuidade da prestação de serviços de saneamento de forma irregular por empresas estatais.

E finalmente, para as disposições finais do decreto, altera-se o prazo associado a presunção de capacidade econômico-financeira para empresas públicas ou sociedades de economia mista que venham sofrer processo de desestatização, conforme abaixo:

- Apresentação de requerimento pelo controlador para decidir sobre a capacidade financeira da empresa acompanhado de comprovação de contratação de estudos e de atos necessários para a desestatização junto a empresa financeira: postergação de 31/12/22 para 31/03/2024
- Autorização legislativa: postergação de 31/12/22 para 31/03/2024
- Conclusão da desestatização: postergação de 31/03/2024 para 31/12/2024.

Recomendações:

O acesso adequado ao saneamento básico é fundamental para o desenvolvimento social, uma vez que tem impacto direto na promoção da saúde e na realização das potencialidades humanas. Assim, mudanças que retardem os

investimentos necessários para a universalização do saneamento vão contra o interesse da população.

Assim, o Livres recomenda a sustação do decreto 11.466/23 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, ao esvaziar o papel da agência reguladora e afrouxar as regras do setor.

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.

Recomendamos, portanto, com toda ênfase, a sustação do decreto 11.466/23 pelo Legislativo.

Com a colaboração de:

Lucas Pinheiro

Mestrando em economia e coordenador do setorial de Infraestrutura do Livres

Mano Ferreira

Jornalista, analista de políticas públicas e diretor de Comunicação 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: a 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