

# Análise da MP 868/2018

**Prof. Rodrigo Pagani de Souza**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo  
Doutor e Mestre pela USP, *Master of Laws* pela *Yale Law School* (EUA)

Brasília, 11 de abril de 2019

# Fins e meios da MP 868 (e da MP 844)

## **Objetivo 1: fomentar a participação da iniciativa privada na prestação dos serviços públicos de saneamento básico no País**

- Principal estratégia: adequar as regras da lei de consórcios públicos ao setor de saneamento

## **Objetivo 2: promover a segurança jurídica no setor de saneamento básico**

- Principal estratégia: atribuir à ANA competência para elaborar “normas nacionais de referência regulatória para o setor”

# Problema

- Central: embora ambos os objetivos nos pareçam **louváveis** – maior segurança jurídica e mais investimentos privados –, **as principais estratégias** adotadas pelas MPs 844 e 868, **tal como** estão **articuladas**, **não servem para atingi-los**. Antes, tendem a se afastar deles.
- Específicos: a seguir, os quatro problemas principais que minam a busca por mais segurança e mais investimentos

# Problema 1. Medida provisória: veículo inadequado para “atualização” do marco legal

- **Exposição de Motivos da MP 844/2018**

“...fica explícita na proposta a relevância do tema para o País e a sua urgência caracterizada pela imperiosa necessidade de maiores investimentos nesse setor, garantindo maior qualidade de vida e saúde à população brasileira”.

- **Exposição de Motivos da MP 868/2018**

“...fica explícita na proposta a relevância do tema para o País e a sua urgência caracterizada pela imperiosa necessidade de maiores investimentos nesse setor, de reverter uma realidade de baixos índices de cobertura desses serviços, garantindo redução significativa nos custos de Saúde e melhoria da qualidade de vida da população brasileira”.

# Indubitável a necessidade de investimentos, mas a base jurídica (medida provisória) é questionável

- **Desacerto:** o encaminhamento do tema por medida provisória parece ter comprometido, na proposição, o equilíbrio dos diplomas prévia e amplamente debatidos com a sociedade, como é o caso da própria Lei 11.445/2007 que se pretende “atualizar” (fruto das discussões do PLS 219/2006 e do PL 7361/2006)
- **Inconstitucionalidade:** urgência não demonstrada para dispositivo de medida provisória com *vacatio legis*

# *Vacatio legis* em medida urgente?

- **MP 844/2018:**

“Art. 8º. Esta Medida Provisória entra em vigor: I – quanto ao art. 5º, na parte em que inclui o art. 10-A na Lei nº 11.445, de 2007, **três anos após a data de sua publicação**; e II – quanto aos demais dispositivos, na data de sua publicação”.

- **MP 868/2018:**

“Art. 9º. Esta Medida Provisória entra em vigor: quanto ao art. 5º, na parte em que acrescenta o art. 10-C à Lei nº 11.445, de 2007, **doze meses após a data de sua publicação**; e II – quanto aos demais dispositivos, na data de sua publicação”.

## Problema 2. “Normas de referência nacionais” são meras recomendações e não devem esvaziar papel dos Estados

- ANA editará “normas de referência nacionais” sobre saneamento
- Mas União não pode legislar sobre saneamento em lugar dos titulares; somente “*instituir diretrizes*” (CF, art. 21, XX) e, em campo conexo, legislar sobre águas (art. 22, IV)
- Prescrever sobre águas (sua gestão, prioridades de destinação) não é prescrever sobre serviços de saneamento básico (que têm na água, insumo)
- É desejável expurgar a expressão “normas” de referência, utilizando-se em seu lugar outra mais precisa, como “**recomendações nacionais**”

# Problema não é só de nomenclatura; há também que respeitar o papel constitucional dos Estados

- “Normas de referência nacionais” não são normas; é preciso chamá-las pelo que são, meras **recomendações**
- O avanço federal via instituição de recomendações da ANA não deve ser feito em detrimento do papel padronizador dos **Estados-membros da federação, principais responsáveis** sob a Constituição de 1988 **pela integração das funções públicas de interesse comum nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (art. 25, § 3º)**
- Estados poderão adotar soluções normativas diversas das recomendações

# Solução “ANA” deixa duas questões em aberto

- Terá sido correto centrar o esforço padronizador exatamente na esfera federativa à qual cabe estabelecer meras referências sem força cogente?
- Terão mesmo as referências nacionais um caráter não cogente na prática? Abusará a União do seu *spending power*, ao condicionar transferências de recursos federais aos demais entes de federação à adoção, por esses entes, das “referências nacionais”?

# Problema 3. Definição de titularidades que não cabe à União, ainda mais com exclusão de possível titular

- **Lei 11.445/2007, conforme alterada pela MP 868/2018**

“Art. 8º-A. Os Municípios e o Distrito Federal são os titulares dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 1º. Na hipótese de interesse comum, o exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico será realizado por meio:

I – de colegiado interfederativo formado a partir da instituição de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; ou

II – de instrumentos de gestão associada, por meio de consórcios públicos ou de convênios de cooperação, nos termos estabelecidos no art. 241 da Constituição.

§ 2º. Na hipótese prevista no inciso I do § 1º, o exercício da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico observará o disposto na Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015.

§ 3º. O exercício da titularidade na forma prevista no § 2º 1º [sic] poderá ter como objeto a prestação conjunta de uma ou mais atividades previstas no inciso I do **caput** do art. 2º.

§ 4º. Nas hipóteses de consórcio público ou de convênio de cooperação, nos termos do disposto no inciso II do § 1º, os entes federativos estabelecerão a agência reguladora que será responsável pela regulação e pela fiscalização dos serviços prestados no âmbito da gestão associada.

§ 5º. Os serviços públicos de saneamento básico nas regiões metropolitanas, nas aglomerações urbanas e nas microrregiões serão fiscalizados e regulados por entidade reguladora estadual, distrital, regional ou intermunicipal, que observará os princípios estabelecidos no art. 21.”

# A distribuição constitucional de competências e a “jurisprudência” do STF

- Não compete à União, a pretexto de “instituir diretrizes” (art. 21, XX, da CF), definir a titularidade dos serviços de saneamento
- Estados podem ser reconhecidos, sim, titulares desses serviços quando predominar o interesse regional (CF, art. 25, §§ 1º e 3º)
- ADI 1.842/RJ não é amparo suficiente à “síntese” pretendida na MP 868/2018; quadro jurisprudencial ainda indefinido
- P.ex., ainda está pendente de julgamento a ADI 4.028/SP ajuizada em face da Lei complementar paulista 1.025/2007, que reconhece situações de titularidade estadual

## Problema 4. Criação de mercado de concessões ao setor privado, em detrimento da autonomia dos entes da federação e do princípio da autoridade pública

- **Lei 11.445/2007, com artigo incluído pela MP 868/2018**

“Art. 10-C. 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.

§ 4º. 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...”

## Solução “dever de chamamento público” implica supressão da autoridade pública, de sua autonomia e discricionariedade

- Os textos normativos intentados pelas MPs obrigam-no (o gestor público) a colher manifestações do setor privado, mediante impositiva publicação de “edital de chamamento público” para coleta de manifestações de interesse privado (ainda que avalie, com boas razões, que isto não seria conveniente nem oportuno); e obrigam-no, caso a precipitada ingerência resulte em singela “manifestação de interesse” de um único *player*, que abra processo licitatório
- A autoridade pública e sua importante discricionariedade é, desse modo, duplamente violada, ficando a administração pública refém da agenda ditada pelo interesse particularístico de um único agente do setor privado na área de saneamento

# Diagnóstico inadequado do problema jurídico

## **Exposição de Motivos da MP 868/2018**

- “A Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, traz regras gerais para os entes federados se associarem, contudo algumas dessas regras não se mostram adequadas ao setor de saneamento. Destacadamente, a dispensa de licitação para a celebração de contratos de programa reduziu em demasiado a concorrência no setor de saneamento onde, por se tratar de um monopólio natural, os concorrentes competem pelo mercado e não no mercado”.

## Hipótese de inexigibilidade de licitação para a cooperação interfederativa, ao amparo dos arts. 241 e 23, IX da Constituição

- é com total amparo na Constituição de 1988 (art. 241 c/c art. 23, IX) e na legislação nacional (Leis 11.107/2005 e 11.445/2007) que contratos de programa têm sido celebrados, sem licitação, no setor de saneamento básico
- são assim celebrados não porque a licitação tenha sido “dispensada”, mas porque é inexigível para fins de cooperação interfederativa
- a decisão deve ser do gestor público, não do mercado, sobre valer-se ou não do setor privado para prestar os serviços públicos de saneamento
- não se aplica ao saneamento a cláusula constitucional de equiparação entre empresas estatais e não estatais (CF, art. 173, § 1º, II); o regime aplicável é o de serviço público (art. 175)

# Síntese da análise crítica

Estratégia que mina a segurança jurídica

1. “Atualização” de marco legal amplamente debatido por medida provisória a que falta o equilíbrio dos diplomas bem debatidos, ainda eivada por previsão de *vacatio legis* incompatível com o requisito da urgência (CF, art. 62)
2. “Normas de referência nacionais” não são normas e, mesmo como recomendações, não podem mitigar papel constitucional de integração e padronização confiado aos Estados (CF, art. 25, §§ 1º e 3º)
3. Definição de titularidades não cabe à União, ainda mais com exclusão de possíveis situações de titularidade estadual (CF, art. 25, §§ 1º e 3º)

# Síntese da análise crítica

Estratégia que mina o incentivo aos investimentos e à presença do setor privado

4. Vulneração da autoridade pública e da autonomia dos entes da federação para a promoção da cooperação interfederativa (CF, arts. 18, 175 e 241), pressupondo-se indevida equiparação entre empresas estatais e do setor privado (CF, art. 173, § 1º, II, impertinente ao caso)

Obrigado!

rodrigo.pagani@usp.br