

PARECER N° , DE 2011

Da COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 96, de 2010, da Comissão de Serviços de Infraestrutura, que *altera a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências, e a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências, para estabelecer a isonomia entre empresas públicas, sociedades de economia mista e empresas privadas para a prestação de serviços públicos.*

RELATOR: Senador **LINDBERGH FARIAS**

RELATOR “AD HOC”: Senador **BLAIRO MAGGI**

I – RELATÓRIO

Aproveita-se aqui, com poucos acréscimos, o Relatório apresentado pelo Governador Renato Casagrande, quando relator desta matéria nesta Comissão.

O Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 96, de 2010, de autoria da Comissão de Serviços de Infraestrutura, propõe modificar as Leis nº 8.987, de

13 de fevereiro de 1995, nº 11.107, de 6 de abril de 2005, e nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, com o objetivo de restabelecer a isonomia constitucional que deve existir, em especial no plano concorrencial, entre empresas estatais e empresas privadas prestadoras de serviços públicos.

Em especial, objetiva o projeto impedir que empresas estatais sejam contratadas por municípios sem exigência de licitação, por meio de um artifício conhecido como contrato de programa.

O PLS está dividido em cinco artigos. O art. 1º altera os arts. 1º e 14 da Lei nº 8.987, de 1995, para explicitar que: a) estão sujeitos à concessão ou permissão todos os serviços públicos sob qualquer forma remunerados pelos usuários, sempre que tais serviços públicos não forem prestados diretamente pelo ente federativo; e b) os critérios licitatórios para a concessão de serviços públicos devem dispor sobre o necessário tratamento isonômico entre empresas estatais e empresas privadas.

O art. 2º do PLS nº 96, de 2010, altera o art. 13 da Lei nº 11.107, de 2005, para explicitar que: a) não mais poderá ser celebrado contrato de programa para a prestação de serviços públicos, caso tais serviços sejam remunerados total ou parcialmente por tarifas cobradas dos usuários ou por receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados; e b) o contrato de programa não mais poderá ser celebrado por entidade privada.

O art. 3º do PLS nº 96, de 2010, altera os arts. 10, 11, 14 e 16 da Lei nº 11.445, de 2007, para: a) explicitar que fica vedada a prestação de serviços públicos por meio de contrato de programa, sendo exigido para a hipótese o contrato de concessão; b) exigir que a prestação regionalizada de serviços públicos seja prestada por consórcio público ou convênio de cooperação com o respectivo Estado; e c) exigir que a prestação regionalizada de serviço público, quando não operada por órgão, autarquia ou fundação de direito público estadual, municipal ou consórcio público, seja operada por empresa estatal ou privada que seja vencedora em processo licitatório para a obtenção do contrato de concessão.

O art. 4º do PLS nº 96, de 2010, encerra cláusula de vigência, contada a partir da publicação da lei em que se converter.

E o art. 5º do PLS nº 96, de 2010 revoga o inciso I do § 1º, o inciso VI do § 2º e o § 6º do art. 13 da Lei nº 11.107, de 2005, bem como o

inciso II do § 1º do art. 10 da Lei nº 11.445, de 2007, a fim de: a) extirpar do contrato de programa a cláusula relacionada exclusivamente à prestação de serviços públicos, qual seja, o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços; b) vedar a extinção automática do contrato de programa, caso o contratado não mais integre a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação; c) impedir a convalidação de contratos de prestação de serviços públicos celebrados até 6 de abril de 2005 por outro meio que não o contrato de concessão.

A Comissão autora justifica a proposição ao fundamento de que a contratação de empresa pública ou sociedade de economia mista vinculadas a outro ente federativo caracteriza uma autêntica concessão, o que, nos termos do art. 175 da Constituição, deve sempre ser precedida de licitação. Cita o autor, como exemplo, a prestação de serviços de saneamento básico por empresas estaduais em municípios que não integrem região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, ou seja, em municípios isolados.

A Comissão autora critica, ainda, o uso do contrato de programa como artifício para burlar a exigência constitucional de licitação para a outorga de concessão, *in verbis*:

Por meio desses contratos [de programa], atribui-se, sem licitação, a empresas estatais alheias ao ente federativo titular, a competência para a prestação dos serviços públicos; a própria Lei determina, entretanto, que se aplique ao contrato de programa o regime jurídico da concessão (art. 13, § 1º, I). Evidencia-se, assim, tratar-se de um artifício destinado exclusivamente a contornar a exigência constitucional de licitação para a concessão de serviços públicos.

O PLS nº 96, de 2010, também será analisado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Não foram apresentadas emendas.

II – ANÁLISE

O projeto de lei analisado versa sobre direito econômico e sobre diretrizes para o saneamento básico, matérias de competência da União (art.

21, inciso XX, e art. 24, inciso I, da Constituição), compreendida entre as atribuições do Congresso Nacional (*caput* do art. 48 da Constituição).

A iniciativa parlamentar é legítima, por força do *caput* do art. 61 da Constituição e porque a matéria não se inclui entre as reservas do § 1º do mesmo artigo. Trata-se, portanto, de proposição legislativa formalmente constitucional.

Sob o enfoque da constitucionalidade material, o projeto apresenta vícios, porque viola o princípio constitucional da busca do pleno emprego dos fatores de produção (Constituição, art. 170, inciso VIII), como adiante será visto.

A análise deste projeto pela Comissão de Assuntos Econômicos está em consonância com o art. 99 do Regimento Interno desta Casa (incisos I e IV), segundo o qual compete a esta Comissão opinar sobre aspectos econômicos e financeiros de qualquer matéria que lhe seja submetida, bem com sobre normas gerais de direito econômico, assuntos que compõem o objeto do projeto em análise.

Quanto à juridicidade, observa o projeto os aspectos de: *a*) inovação, dado que veda o uso do contrato de programa para fins de dispensa de licitação, exigível para a concessão de serviços públicos; *b*) efetividade, porque impede a contratação, sem licitação, de empresas estatais vinculadas a outros entes federados; *c*) veiculação normativa adequada, já que o tema deve ser disciplinado por lei ordinária; *d*) coercitividade, já que vincula empresas estatais e empresas privadas; e *e*) generalidade, porquanto as normas do projeto se aplicam, indistintamente, a todas as empresas estatais ou privadas.

A boa técnica legislativa foi observada: não há inclusão de matéria diversa ao objeto das Leis que modifica, e as expressões utilizadas preenchem os requisitos de redação das disposições normativas. Há um ponto que mereceria correção, entretanto, que é a desnecessária revogação do inciso I do § 1º do art. 13 da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, prevista no art. 5º do PLS nº 96, de 2010, já que o art. 2º do PLS em referência confere nova redação ao dispositivo que se quer revogar.

No mérito, entretanto, o PLS nº 96, de 2010, não merece ser aprovado, já que o sistema de saneamento básico é desenvolvido na forma de monopólio natural, isto é, não há viabilidade econômica para a existência de duas empresas concorrentes no setor.

Considera-se monopólio natural por impossibilidade econômica de concorrência a atividade econômica na qual as economias de escala são substancialmente crescentes ao longo da faixa relevante de produção, reduzindo-se o *custo total médio*, com o aumento da quantidade produzida, em relevante proporção.

As economias de escala decorrem de diversos fatores, tais como custos fixos elevados, custos irrecuperáveis, demanda variável e retornos crescentes de escala. Nesse contexto, ocorre o fenômeno da *escala mínima de eficiência*, a qual impõe a instalação de uma unidade mínima de produção, sob pena de inviabilidade econômica da empresa.

Acaso tal dimensão mínima seja suficiente ao atendimento de todo o mercado, a existência de dois competidores não lhes possibilitará auferir recursos suficientes à manutenção da atividade.

Nessa hipótese, a existência de mais de um agente econômico a prestar o serviço, o que representa o caso do saneamento básico, produziria efeitos danosos ao mercado, tais como a concorrência predatória e a eliminação de empregos.

Por isso é que existe o contrato de programa, dispensado de licitação e estabelecido no âmbito do saneamento básico, como delineado na Lei nº 11.445, de 2007, o qual garante a prestação do serviço de saneamento básico a municípios que, de outra forma, não teriam condições de prover o próprio saneamento.

Em outras palavras, é meritória a escolha da companhia estadual de saneamento por municípios que possuam estrutura econômica diminuta. Exigir licitação na hipótese é desnecessário, mesmo porque o setor privado, em regra, não possui condições de formular investimentos suficientes para o desenvolvimento do saneamento básico em municípios ou bairros menores e de economia debilitada.

Como explica Vinicius Marques de Carvalho¹, “o caminho da transformação do saneamento básico em negócio, seja pela venda do controle das companhias estaduais, ou pela concessão privada dos serviços pelo município pode comprometer na prática a provisão de infra estrutura nos bairros pobres das cidades. (...) Uma ênfase acentuada na prestação privada

¹ CARVALHO, Vinícius Marques de. *O Direito do Saneamento Básico*, Ed. Quartier Latin, 2010, p. 414,

leva a uma fragmentação da oferta de serviços outrora integrados em sistemas mais abrangentes, que garantiam a viabilidade econômica dos sistemas menores e o acesso da população de baixa renda por meio de subsídio cruzado e tarifação progressiva ou social.”

A solução aventada pela Lei nº 11.445, de 2007, em vigor, é meritória, porque via contrato de programa, dispensada a licitação, estimula-se a companhia estadual de saneamento a prestar os serviços básicos de água e esgoto em municípios que ofertam pouca ou nenhuma atratividade ao capital privado.

Ao banir o contrato de programa para a execução de serviços públicos, em especial o de saneamento básico, e ao exigir licitação em todos os casos, o PLS nº 96, de 2010, contribuirá, inevitavelmente, para a ineficiência econômica e para a ociosidade, com o possível risco de se fomentar a ausência de prestadores do serviço de saneamento básico em municípios carentes, a concorrência predatória e a eliminação de empregos, tudo isso de forma a violar o princípio constitucional da busca do pleno emprego, previsto no art. 170, inciso VIII, da Constituição.

Nesse contexto, o PLS nº 96, de 2010, alcança um cenário indesejável, qual seja, o de desestruturar toda a prestação de serviços de saneamento executada pelas companhias estaduais de saneamento, através do modelo de prestação regional dos serviços via contrato de programa.

Hoje, o saneamento brasileiro se perfaz de forma geral pela prestação regionalizada e pela prestação individualizada dos sistemas de saneamento. O primeiro atende ao conjunto dos municípios, independente do tamanho dos sistemas de água e esgotos operados ou da capacidade de pagamento da população, e o segundo se presta aos municípios superavitários de médio e grande porte.

Por meio da prestação regional dos serviços, é possível aplicar o subsídio cruzado e com isso levar o saneamento a municípios inviáveis econômica e financeiramente. Na hipótese da desmontagem do modelo regional e não estando equacionada a forma de apoio administrativo, técnico e financeiro necessário para que os municípios menores possam operar e manter seus sistemas de saneamento em condições de qualidade mínimas, toda a estrutura institucional dos serviços de saneamento estará comprometida.

Ao propor a alteração da Lei de Concessões, da Lei de Consórcios e da Lei de Diretrizes para o Saneamento, o objetivo claro do PLS nº 96, de 2010, é o de impor o procedimento licitatório às empresas estaduais e municipais, o que não se justifica, pois ambas são braço da administração pública e foram criadas com esse exclusivo propósito.

Desconsidera o PLS nº 96, de 2010, a realidade de que as companhias estaduais, diferentemente das empresas privadas, prestam serviços à população independentemente do fator lucro, mesmo porque quando o auferem, buscam reinvesti-lo na própria atividade fim.

Em conclusão, a desestruturação das companhias de saneamento representaria um retrocesso sem precedentes para um país que ainda sofre com as altas taxas de mortandade em razão da ausência do saneamento.

III – VOTO

A Diante do exposto, voto pela inconstitucionalidade e, no mérito, pela rejeição do PLS nº 96, de 2010.

Sala da Comissão, em 6 de dezembro de 2011.

, Presidente

, Relator