

PARECERNº: 1490/08¹*Recebido pelo DPA
em 22/12/2008. J. P. S.*

- SP - Serviço público. Saneamento Básico. Projeto de lei, de iniciativa do Prefeito, que solicita autorização legislativa para firmar contrato de concessão com empresa pública estadual. Inconstitucionalidade material. Inobservância da regra geral de prévio processo licitatório (art. 175, da CRFB/88). Hipótese de adoção das medidas necessárias para regularizar a prestação desse serviço, inclusive com a possibilidade de prorrogação temporária do contrato de concessão embora vencido desde que na forma do disposto no art. 42, §3º a §6º, da Lei n.º 8.987/95. Comentários.

CONSULTA:

Trata-se de consulta formulada pela Presidência da Câmara, que requer parecer sobre a constitucionalidade do Projeto de Lei n.º ^{PL 60/2008} 126708, de iniciativa do Prefeito, que solicita autorização legislativa para celebrar contrato de concessão com a CESAN.

A consulta vem documentada.

RESPOSTA:

Diante das diversas questões jurídicas que envolvem a consulta, optamos por dividir o parecer em tópicos para, ao final, apresentar, de forma objetiva, a conclusão sobre a constitucionalidade do Projeto de Lei n.º ^{60/2008} 126708.

I - TITULARIDADE DO MUNICÍPIO NOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO: POSIÇÃO DO IBAM

Preliminarmente, cabe ressaltar que este Instituto, numa posição cautelosa, vem entendendo que enquanto não houver decisão definitiva do Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF, tendo em conta as manifestações

¹ Parecer solicitado pelo Vereador Moacyr Sélia Filho, Presidente da Câmara Municipal de Nova Venécia - ES

constantes das ADI's n.º2077/BA² e n.º1842/RJ³, em que se afere a titularidade dos serviços de saneamento básico (leia-se, abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, drenagem e manejo de águas pluviais, serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, nos termos do art. 3º, inc. I, alíneas "a" a "d", da Lei n.º11.445/07, Lei de Saneamento Básico - LSB) no âmbito das regiões metropolitanas, deve-se adotar a posição já consagrada em prol do Estado quando criar e gerir serviços de interesse comuns em sua região metropolitana.

Em outras palavras, caso o Município esteja fora da região metropolitana, os serviços de saneamento básico serão encartadas na sua regra de competência para geri-los. Contudo, se estiver dentro dessa região, os serviços de saneamento básico pertencerão ao Estado.

No caso em espécie, art. 2º, da Lei Complementar estadual n.º318/05, não arrola o Município consulente entre os integrantes da região metropolitana do Estado. Por isso, é forçoso concluir que ao Município consulente compete gerir os seus serviços de saneamento básico.

II – ASPECTOS FORMAIS DA PROPOSIÇÃO: INEXISTÊNCIA VÍCIO QUANTO À FORMA

Ao Prefeito, no exercício de sua competência privativa para gerir a máquina administrativa (art. 84, inc. II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) e dispor sobre os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta municipal que lhe são subordinados (art. 61, §1º, inc. II, alínea "e", da CRFB/88), cabe estabelecer normas sobre a forma de modelagem da prestação dos serviços de saneamento básico.

Nesse sentido, o Projeto de Lei n.º~~126~~¹²³/08, de iniciativa do Prefeito não apresenta vício quanto à forma. 6/2008

III – ASPECTOS MATERIAIS DA PROPOSIÇÃO: IMPOSSIBILIDADE PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Inicialmente, ressalta-se que, segundo se extrai da leitura da exposição de motivos do Projeto de Lei n.º123/08, o contrato de concessão dos serviços de água/esgoto firmado em 1972 com empresa estadual já findou. Daí porque, o Prefeito busca promover, por meio dessa proposição, o aditamento desse contrato, a fim de promover a sua prorrogação por mais 25 anos.

² Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADIMC n.º 2077/BA. Rel. Min. Ilmar Galvão. "Serviços de Água e Saneamento Básico" (título). *Informativo do STF*, Brasília, DF, n.º500, 31 de março a 4 de abril. Disponível em: www.stf.gov.br.

³ Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º1842/RJ. Rel. Min. Maurício Corrêa. "Estado-Membro: Criação de Região Metropolitana" (título). *Informativo do STF*, Brasília, DF, n.º500, 31 de março a 4 de abril. Disponível em: www.stf.gov.br.

Preliminarmente, vale frisar a total inviabilidade de prorrogação de contrato cujo prazo de vigência já se esgotou, visto que, após o decurso do prazo de vigência nada há a ser prorrogado. A prorrogação do contrato apenas é viável no curso da respectiva vigência.

Em que pese esse fato, quanto ao mérito da consulta vale salientar que ressalvadas as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação para formalização de contrato de concessão (arts. 37, inc. XXI; 175, *caput*, da CRFB/88; art. 2º, 24; e, 25, da Lei n.º8.666/93, Lei de Licitações e Contratos Administrativos – LLCA; e, art. 1º, da Lei n.º8.987/95, Lei das Concessões e Permissões), assim como de realização de contrato de programa sem necessidade de licitação prévia no âmbito da gestão associação (art. 241, da CRFB/88 c/c art. 13, §5º, da Lei n.º11.107/05, Lei dos Consórcios Públicos – LCP c/c art. 24, inc. XXVI, da LLCA), é vedado no ordenamento jurídico constitucional pátrio a realização de contrato de concessão sem prévia licitação, ainda que seja firmado entre unidade da Federação e entidade administrativa de outro ente político.

Trata-se da aplicação, de forma objetiva e imperativa, da regra geral de prévio processo licitatório para delegação contratual de serviço público para terceiros (art. 175, *caput*, da CRFB/88), seja particular seja empresa pública ou sociedade de economia mista integrante da Administração Pública indireta de unidade da Federação, que concretiza os princípios da isonomia e da livre concorrência (arts. 5º; e, 170, inc. IV, da CRFB/88), possibilitando a todos que atendam aos requisitos legais a oportunidade de contratar com o Poder Público a prestação de serviço público.

Nesse sentido, não é lícito ao Município firmar contrato de concessão sem prévio processo licitatório, excluindo de forma indevida e imprópria participação de outros interessados. Daí porque, o Projeto de Lei n.º126/08 resta gravado de inconstitucionalidade material por violação da regra geral do processo licitatório, decorrente do princípios da isonomia e da livre concorrência, razão pela qual não pode prosperar.

IV – REGRAS DE TRANSIÇÃO APLICADAS AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO VENCIDOS, PRECÁRIOS, INDEFINIDOS OU COM CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

A Administração Pública municipal, à luz do princípio da continuidade do serviço público, não pode ficar sem fornecer, ainda que por terceiros, a prestação dos serviços de saneamento básico. Portanto, deverá adotar as medidas necessárias para regularizá-la.

O Município, portanto, deverá escolher, segundo as suas necessidades, a modelagem adequada para prestação dos serviços de saneamento, que poderá ser, direta ou indireta, por meio de concessão ou

permissão, sem prejuízo de buscar a via da gestão associada a ser concretizada por consórcio público ou convênio de cooperação⁴.

Caso a Municipalidade opte por realizar contrato de concessão ou de programa - este último firmado no âmbito da gestão associada - para a prestação desse serviço, deverá, ainda, observar as condicionantes determinadas pela LSB, a saber: (1) elaboração de plano de saneamento; (2) realização de estudo de viabilidade econômica; (3) edição de marco regulatório próprio; e, (4) designação de órgão regulador. Se não o fizer, o contrato administrativo respectivo restará nulo de pleno direito (art. 11, §2º, incs. I a III, da LSB)⁵.

Até a Municipalidade adotar essas medidas, recomenda-se que busque, ainda que de forma temporária, a excepcional "prorrogação" do seu contrato de concessão embora vencido, nos termos e na forma delineada, exclusivamente, pelo art. 42 e §3º a §6º, da Lei n.º8.987/95, com a redação dada pelo art. 58, da LSB. Com efeito, há três situações distintas transitórias para abranger os contratos antigos de concessão dos serviços de saneamento básico⁶.

Interessa-nos a terceira e última situação, que cuidou, depois de 22.02.2007 (data da vigência da LSB), das concessões precárias, vencidas, indefinidas ou, ainda, prorrogáveis que terão validade até 31.12.2010, em razão da alteração do art. 42, da Lei n.8.987/95 pela LSB. Para tanto, a Administração Pública deverá cumprir até 30.06.2009 as seguintes exigências, de forma cumulativa:

1. Levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infra-estrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos 20 (vinte) anos anteriores à vigência da Lei n.º8.987/95 (que se deu em 14.02.95);

⁴ Para um aprofundamento das diversas formas de prestação de serviço público, notadamente o de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, vale conferir: ARAÚJO, Marcos Paulo Marques. "Regulação Jurídica do Serviço de Limpeza Urbana à luz da Lei de Saneamento Básico; Regulação Jurídica e Concessão da Disposição Final de Lixo". Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 217/223.

⁵ Para uma análise das exigências instituídas pela LSB para realização de contrato de concessão, de permissão ou de programa para prestação do serviço de saneamento básico, ver: ARAÚJO, Marcos Paulo Marques. *Idem*, p. 231/233.

⁶ Para um aprofundamento sobre as diferentes situações que se enquadram os contratos antigos de concessão de serviços de saneamento básico que são abrangidas pelas regras de transição trazidas pela LSB, vale conferir: "A hora e a vez dos Prefeitos" (entrevista com Wladimir Antônio Ribeiro, Consultor Jurídico da Presidência da República). *Revista H2O Água*, ano 1, n.º3. São Paulo: Ávila Agnelo, julho/agosto de 2007. p. 20/21.

2. Celebração de acordo entre o Poder Concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos feitos nos moldes acima e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes;

3. Se não houver acordo entre o Poder Concedente e o concessionário sobre a indenização, o seu cálculo será feito com base nos critérios previstos no instrumento de concessão antes celebrado ou, na omissão deste, por avaliação de seu valor econômico ou reavaliação patrimonial, depreciação e amortização de ativos imobilizados definidos pelas legislações fiscal e das sociedades por ações, efetuada por empresa de auditoria independente escolhida de comum acordo pelas partes. Nesse caso, o pagamento de eventual indenização será realizado, mediante garantia real, por meio de 4 (quatro) parcelas anuais, iguais e sucessivas, da parte ainda não amortizada de investimentos e de outras indenizações relacionadas à prestação dos serviços, realizados com capital próprio do concessionário ou de seu controlador, ou originários de operações de financiamento, ou obtidos mediante emissão de ações, debêntures e outros títulos mobiliários, com a primeira parcela paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão. Nada impede, ainda, que o Poder Concedente e o concessionário acordem que o pagamento da indenização seja realizado com as receitas do novo contrato que venha a disciplinar a prestação do serviço; e,

4. Publicação na imprensa oficial de ato formal de autoridade do Poder Concedente, como, por exemplo, decreto, autorizando a prestação precária dos serviços por prazo de até 6 (seis) meses, renovável até 31.12.2008, mediante comprovação do cumprimento das exigências anteriores.

Em síntese, a partir da vigência da LSB (em 22.02.2007), as concessões, que forem precárias, vencidas, indefinidas ou prorrogáveis e realizadas antes de 14.02.95 (data da vigência da Lei n.º8.987/95), serão consideradas válidas até 31.12.2010. Para tanto, a Administração Pública deverá adotar até 30.06.2009 todas as providências colacionadas acima, dentre elas, a publicação de decreto que autorize a prestação do serviço por sucessivas prorrogações de 6 meses até a data limite de 31.12.2008.

Assim, se, por exemplo, o contrato de concessão findou em 20.06.2007 e vem sendo prestado de forma irregular desde então, será considerado válido até 31.12.2010, sendo necessário, porém, que a Administração Pública cumpra as exigências positivadas nos §3º a §6º, do art. 42, da Lei n.º8.987/95 até 30.06.2009. Caso, porém, a Administração Pública se mantenha inerte até esta data estará obrigada a regularizar a prestação do serviço nos termos da LSB e da Lei n.º8.987/95, sob pena de responsabilização civil, penal, política e administrativa do agente público que agir com desídia em suas funções.



No caso em exame, o contrato de concessão firmado entre a Municipalidade consulente e a empresa pública estadual concessionária venceu este ano. Tudo indica que, desde então, o serviço vem sendo prestado de forma irregular, isto é, sem contrato administrativo. Trata-se, assim, de contrato de concessão vencido, que poderá ser considerado válido até 31.12.2010, desde que o Município cumpra as exigências dos §3º a §6º, do art. 42, da Lei n.º8.987/95 até 30.06.2009, sob pena de responsabilidade do gestor.

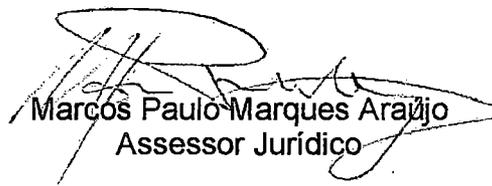
Após dezembro de 2010, a Municipalidade, que tem competência para instituir, organizar e prestar os serviços de saneamento básico por não estar arrolada dentre os Municípios integrante da região metropolitana do Estado (art. 2º, da Lei Complementar estadual n.º318/05, que dispõe sobre as região metropolitana do Estado), deverá promover as medidas necessárias para prestá-lo, de forma direta, indireta ou mediante gestão associada, nos moldes expostos anteriormente.

V - CONCLUSÃO

Em suma, concluímos que o Projeto de Lei n.º126/07, ao promover a concessão do serviço de saneamento sem prévio processo licitatório por mais de 25 anos para empresa estadual, resta gravado de inconstitucionalidade material por violação da regra geral do processo licitatório, decorrente do princípios da isonomia e da livre concorrência, razão pela qual não pode prosperar.

De qualquer forma, cabe ao Prefeito adotar as medidas necessárias, previstas pelo art. 42, §§3º a 6º, da Lei n.º8.987/95, , referidas acima para regularizar a prestação do serviço de saneamento básico local, nos moldes expostos.

É o parecer, s.m.j.


Marcos Paulo Marques Araújo
Assessor Jurídico

Aprovo o parecer.


Rachel Farhi
Consultora Jurídica

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2008.