

Em 27 de fevereiro de 2007

Termo de Reconhecimento de Direitos e Obrigações – Exame da Possibilidade de sua Adoção para a Gestão Compartilhada de Serviços Públicos de Distribuição de Água e Tratamento Primário de Esgotamento Sanitário – Legitimidade da Interpretação de Possibilidade de Composição de Conflitos quando não Há Definição Judicial da Competência Constitucional para a Prestação dos Serviços Públicos no Âmbito da Região Metropolitana – O Direito, Não Sendo Ciência Exata, Comporta Diversas Interpretações, mas a Dúvida Impede que sejam Executados os Investimentos Necessários ao Atendimento de Interesses Primários da Sociedade, Diretamente Ligados ao Direito à Vida, à Saúde e ao Meio Ambiente Equilibrado e Protegido.

Senhor Subprocurador-Geral,

I

Solicita-se, em regime de urgência, parecer sobre a legalidade do “Termo de reconhecimento recíproco de direitos e obrigações” que entre si celebram o Estado do Rio de Janeiro, a Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE) e o Município do Rio de Janeiro, tendo por objeto a viabilização da execução dos serviços de captação, tratamento, adução, distribuição de água potável, coleta, transporte e tratamento de esgotos, assim como a cobrança por tais serviços, tendo como base o território ocupado pelo *Município*.

O Termo considera que a persistência da incerteza jurídica acerca da titularidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário não pode prejudicar o atendimento à população da Cidade do Rio de Janeiro, sendo indispensável a segurança jurídica para a realização dos investimentos de grande monta necessários, em especial para garantir o direito à saúde e ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, buscando, inclusive, atender os princípios fundamentais do serviço público de saneamento básico, previstos no artigo 2º da Lei nº 11.445, de 5 de Janeiro de 2007, em especial a sua essencialidade, a universalização do acesso, a modicidade tarifária e a utilização de tecnologias apropriadas com a adoção de soluções graduais e progressivas.

Para conferir tal segurança jurídica, o *Estado*, a *Companhia* e o *Município* obrigam-se a respeitar e cumprir o *Termo*, independentemente da futura decisão pelo Supremo Tribunal Federal acerca da competência, integral ou parcial, dos Estados

ou aos Municípios para outorga dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Pelo instrumento, a partilha de atribuições contempla que a CEDAE permanecerá sendo a prestadora dos serviços de captação, tratamento, adução e distribuição de água potável e coleta, transporte e tratamento adequado dos esgotos sanitários e cobrança pela prestação desses serviços no Município do Rio de Janeiro, exceto na Área de Planejamento 5 (AP5)¹ e nas Áreas Faveladas, definidas no *Anexo I e II*, que, pelo instrumento, caberão ao Município.

O prazo de vinculação é de 50 (cinquenta), prorrogáveis por igual período, independentemente de notificação prévia.

A essência do instrumento se vislumbra na cláusula que prevê que as partes peticionarão ao Supremo Tribunal Federal nos autos dos processos judiciais que tramitam sob os números 1842 e 1843 informando acerca da sua celebração, bem como a apresentação de *pedido de desistência das ações envolvendo a discussão de competência para a prestação dos serviços*.

Para tanto, se estabelece que o descumprimento dessas obrigações acarretará para a parte infratora o dever de pagar, integralmente em moeda corrente do país, todos os investimentos que a outra Parte tiver realizado nas respectivas áreas de atuação, acrescido da atualização monetária, autorizada a retenção, pela Parte lesada, dos ativos empregados na respectiva prestação até o pagamento integral desses valores.

No mais, são estabelecidas linhas gerais para os critérios de cessão e instalação de bens, de execução dos serviços, com vistas ao atendimento da Lei nº 11.445/07, que trata do novo marco regulatório dos serviços de saneamento ambiental, de critérios de faturamento, segregação de faturas e cobrança, obrigações sobre o licenciamento ambiental e de compromissos com técnicas de aprimoramento na redução de ações potencialmente causadoras de poluição.

É o relatório sobre a minuta analisada, devidamente rubricada na versão encaminhada a exame, que, a esta altura, não se sabe ser a versão definitiva a ser firmada e ainda sem se ter notícia da formação de processo administrativo, já que o assunto tramita tanto no Estado como na CEDAE e no Município, cada qual com as suas formalidades e buscando a celeridade que atenda o cenário favorável de negociações políticas – há muito esperadas pela população em geral.

Como a assinatura do documento está prevista para o dia 28.02.2007, dia seguinte ao do encaminhamento, já na tarde de 27.02.2007, impõe-se um relatório sintético e uma análise objetiva sobre o documento.

¹ Define-se a Área de Planejamento 5 (AP 5) como a área do território do Município do Rio de Janeiro ocupada pelos bairros de Deodoro, Vila Militar, Campo dos Afonsos, Jardim Sulacap, Magalhães Bastos, Realengo, Padre Miguel, Bangu, Gericinó, Senador Camará, Santíssimo, Campo Grande, Senador Vasconcelos, Inhoaíba, Cosmos, Paciência, Santa Cruz, Setpetiba, Guaratiba, Barra de Guaratiba e Pedra de Guaratiba, considerando a descrição do perímetro destes bairros constante do *Anexo I* do instrumento. Já as Áreas Faveladas são as oriundas de ocupações irregulares, de uso predominantemente habitacional, caracterizada por ocupação irregular de terra por população de baixa renda, normalmente dotadas de infra-estrutura urbana e serviços públicos precários, vias estreitas e de alinhamentos irregulares, lotes de forma e tamanhos irregulares e construções não licenciadas pelo Poder Público. A identificação ou exclusão de qualquer área só se realizará mediante Termo Aditivo.

1. O método

Dada a urgência da solicitação de manifestação deste órgão central do Sistema Jurídico do Estado do Rio de Janeiro, impõe-se centrar-se a análise sobre a forma pactual adotada, já que os demais aspectos envolvem questões técnicas e operacionais que não ensejam, s.m.j., maiores discussões jurídicas, sendo pontos que podem ser objeto de negociação – situada no plano da discricionariedade política e administrativa, já que não está envolvida alienação de patrimônio, mas mera cessão, durante a vigência do instrumento, o que dispensaria, em princípio, autorização legislativa. Ademais, há previsão da possibilidade de complementação e detalhamento – o que, aliás, é inerente aos contratos da Administração.

Aqui se tem um “Termo de reconhecimento recíproco de direitos e obrigações”, o que pode causar certa perplexidade inicial diante de um objeto que envolve uma forma de cooperação entre entidades federadas.

Isso porque, num primeiro momento, o formato ideal para esse tipo de pactuação envolveria o uso dos instrumentos previstos nos arts. 175 ou 241 da Lei Maior.

2. A legislação do Estado do Rio de Janeiro

No ano de 1995, na esteira de um conjunto de medidas constitucionais e legais que instituíram Programas de Reforma do Estado nos âmbitos federal e estaduais, foi editada, no Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 2470/1995, que instituiu o Programa Estadual de Desestatização - PED.

A norma contemplava autorização legal para que, mediante decreto, empresas sob controle acionário do Estado pudessem ser incluídas no programa e privatizadas, bem como serviços pudessem ser delegados à iniciativa privada mediante concessão ou permissão. Quando envolvidas empresas estatais prestadoras de serviços públicos, a lei prevê que, concomitantemente à privatização, dar-se-á a delegação do serviço ao vencedor da licitação na modalidade de leilão.

Assim, foi editado o Decreto que incluiu a CEDAE no PED, ao que se seguiu a publicação do Edital de Licitação PED/ERJ nº 03/98, no Diário Oficial de 04.08.1998, fixando as condições de venda das ações representativas do controle acionário do Estado e para a delegação dos serviços de saneamento básico.

Mister se faz esclarecer que para se chegar a esse estágio, a Lei nº 2470/95 exigia que se promovesse, mediante licitação, a contratação de consultorias para a definição da modelagem de desestatização, com a realização de audiências públicas e de *road shows*, além da abertura de salas de dados para o desenvolvimento de auditorias legais (*due diligences*).

Tudo isso já abria, transparentemente, o flanco para discussões judiciais, políticas e administrativas, que levaram aos impasses até hoje vivenciados.

Claro que para a delegação da prestação dos serviços públicos, havia necessidade de lei definidora dos critérios de sua prestação, editada no âmbito de cada entidade federada.

Para os serviços de saneamento básico, no âmbito do território do Estado do Rio de Janeiro, foi editada a Lei nº 2.869/1997, em especial nos artigos 8º a 21, que dispõe sobre o regime de prestação do serviço público de saneamento básico.

3. O histórico do problema na Região Metropolitana do Rio de Janeiro

Com a tentativa de privatização da CEDAE e concomitante delegação dos serviços, surgiu, entre outras, a discussão sobre os limites de competência estadual para a execução das ações de saneamento básico. Isto porque a Lei Maior previu a competência dos Estados para a instituição de regiões metropolitanas, conforme se vê do seu art. 25, § 3º:

Art. 25 § 3º - Os Estados poderão, mediante *lei complementar*, instituir *regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões*, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para *integrar a organização*, o planejamento e a *execução de funções públicas de interesse comum*.

Para atendimento de tal comando, foi editada a Lei Complementar nº 87/97, do Estado do Rio de Janeiro, que “*dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização e gestão, e sobre a Microrregião dos Lagos, define as funções públicas e serviços de interesse comum e dá outras providências*”.

Tal norma atribuiu aos Estados a competência para o desenvolvimento de todo o ciclo da água, a saber, a captação, o tratamento, o transporte e a distribuição, de modo semelhante ao que ocorreu, constitucionalmente, nos serviços de *eletricidade* e de *telecomunicações*, em que não houve partilha de competências (bem ao contrário do que ocorreu entre o transporte e a distribuição de *gás canalizado*, partilhado entre a União – CF, art. 177 – e os Estados – CF, art. 25, §2º).

Diante da inclusão dos serviços de *distribuição* da água aos *destinatários finais*, logo surgiu a alegação de usurpação de competências, em favor do Estado e em detrimento dos municípios que integram a Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

Aduziu-se que tal norma representaria ofensa aos princípios democrático e do equilíbrio federativo, com violação da autonomia municipal e do princípio da não intervenção dos Estados nos respectivos municípios.

Foi, então, ajuizada a ADIn nº 1842/RJ, que teve como Relator o Exmo. Sr. Min. Maurício Corrêa.

Desde 1998, ficou paralisada a tentativa de privatização da CEDAE e da delegação dos serviços por meio de concessão, e, o que é pior, a controvérsia afetou todas as entidades da Federação; afinal, aproximadamente, 85% da população vive em regiões metropolitanas. Todas as entidades e os investidores ficaram em compasso de espera para aguardar a definição sobre os limites da competência estadual em matéria de região metropolitana.

Havendo dúvidas sobre quem seria a parte legítima para firmar um contrato de concessão do serviço (nesse contexto de Reforma do Estado), os investimentos, simplesmente, deixaram de ocorrer por falta de credibilidade dos agentes financeiros e dos empresários especializados no ramo. Ninguém se meteria numa aventura de financiar ou se endividar para um contrato que poderia ser reputado nulo porque firmado por parte incapaz, não detentora da competência constitucional para delegar o serviço. Não é demais lembrar que um dos principais formatos de financiamentos de serviços públicos é o *project finance*, calcado nas receitas (recebíveis) que um projeto (serviço) pode gerar para satisfazer o direito de retorno dos investimentos (dos credores). Se o projeto não gerar receitas, por que o contrato não pode ser executado, se afasta, de plano, a chance de se obter o investimento.

Em 12.4.2004, pouco antes de passar à inatividade, o Exmo. Sr. Ministro MAURÍCIO CORREA proferiu voto concluindo ser legítima a reunião de municípios territorialmente próximos pelo Estado-membro, cujo objetivo é o de facilitar a busca de soluções que atendam à coletividade da região, e não apenas a cada um dos municípios isoladamente considerados, por meio de ações conjuntas e unificadas, prestigiando-se a concretização do pacto federativo e os princípios da eficiência e da economicidade. Entendeu o relator que decisões de interesse dessas áreas devem ser compartilhadas entre os municípios que as compõem e o Estado, assumindo, este último, responsabilidade pela adequada prestação dos serviços metropolitanos.

Concluiu que a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões depende apenas de lei complementar estadual (ADI 1841/RJ, DJU de 20.9.2002), confirmando a legitimidade da atuação legislativa do Estado do Rio de Janeiro, bem como pela mitigação da autonomia municipal nas matérias que a lei complementar transferiu para o Estado.

Em sentido diverso votou o Exmo. Sr. Ministro NELSON JOBIM, que, também às vésperas da inatividade, concluiu que as regiões metropolitanas não são entidades políticas autônomas; são entes com função administrativa sem competência política própria; a sua competência decorre do somatório de competências e atribuições dos municípios formadores; logo, as suas funções administrativas e executivas dependeriam de autorização e concessão dos municípios. Em matéria de região metropolitana, os Estados detêm competência procedimental para instituir a região, em função de identidade sócio-econômica, observando a viabilidade técnica das atividades e bacias hidrográficas e a viabilidade econômica (admitido o uso de subsídios cruzados e de tarifas sociais) podendo os Estados prever sua organização e funcionamento, com a representação dos municípios, a eles cabendo a indicação dos membros, dotados de competência deliberativa, podendo ser adotada a proporcionalidade em função das condições socio-econômicas.

Como a Lei Complementar n° 87/97 não preenchia tais requisitos, concluiu ser inconstitucional tal norma, bem como dispositivos da Lei n° 2.869/1997.

Também na linha da inconstitucionalidade da instituição de regiões metropolitanas atraindo competências municipais foi o voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU, na ADIN n° 2.077-3-BA, entendendo que, na região metropolitana, a competência para a prestação dos serviços comuns permanece com os Municípios; os serviços têm caráter interlocal, reclamando administração intermunicipal, como preservação da autonomia municipal; nessa linha, o Estado só teria competência executiva se recebesse delegação do município.

O problema é que o julgamento da ADIn n° 1842 ainda não se concluiu e, com isso, se retarda a solução do problema do saneamento básico, que coloca em risco a saúde da população e a preservação do meio ambiente, valores estes constitucionalmente tutelados na Lei Maior.

O reconhecimento da competência estadual atenderia o princípio da economicidade, com a desnecessidade de construção de várias estações de distribuição, a serem remuneradas pelos usuários mediante pagamento de tarifa módica; ademais, a gestão regional viabiliza atendimento de municípios menos desenvolvidos e populações de baixa renda; até porque há necessidade de controle de perdas para evitar desabastecimento, que poderia representar uma imposição de gestão regional, especialmente diante do fato de que o sistema de dutos existente não obedece à divisão política de territórios, mas, sim, à lógica da bacia hidrográfica. Não se deveria descartar, ainda, o aspecto histórico que atraiu a competência dos Estados, por meio da execução do PLANASA, que forneceu os recursos para a criação das estatais de saneamento.

Enfim, teses há para ambos os lados e, com isso, nada anda, em desproveito da população e do ambiente.

4. O modelo ideal

Foi nesse contexto de impasse que surgiram mecanismos adicionais de proposição de uma solução para o problema.

Além das concessões e permissões previstas no art. 175, CF, o art. 241 da Lei Maior, com a redação dada pela Emenda Constitucional n° 19/98, trouxe a seguinte redação:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Em outras palavras, a Constituição da República prevê os “consórcios públicos” e os “convênios de cooperação” como instrumentos para a execução

partilhada ou delegada de serviços públicos, tudo isso devidamente autorizado por lei.

Posteriormente a essa Emenda Constitucional nº 18, foi editada a Lei nº 11.107, de abril de 2005, que trata de disciplinar a celebração dos consórcios públicos, cuja mecânica para a celebração é a seguinte, devidamente explicitada no Decreto nº 6017, de 17 de janeiro de 2007, em especial, nos seus artigos 4º a 8º.

Inicialmente, é necessária prévia celebração de protocolo de intenções subscrito pelos representantes legais dos entes da Federação interessados. O protocolo deverá prever as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão, nos termos da Lei nº 9.649, de 1998, ou termo de parceria, na forma da Lei nº 9.790, de 1999, e, ainda, a autorização para a gestão associada de serviço público. O protocolo de intenções deverá ser publicado na imprensa oficial.

Com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções, poderá ser, finalmente, celebrado o contrato de consórcio público, que adquirirá personalidade jurídica, de direito público, mediante a vigência das leis de ratificação, ou de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos previstos na legislação civil.

O consórcio público será, então, organizado por estatutos cujas disposições, sob pena de nulidade, deverão atender a todas as cláusulas do seu contrato constitutivo e devem ser aprovados pela assembleia geral, para posterior publicação (que poderá dar-se de forma resumida, desde que a publicação indique o local e o sítio da rede mundial de computadores - internet em que se poderá obter seu texto integral).

Só aí o consórcio público poderá celebrar contrato de gestão, termo de parceria, ou contrato de programa para a gestão associada de serviço público.

Note-se, mais uma vez, que tudo isso leva tempo, enquanto a população não é atendida, agravando a situação, especialmente para as camadas de baixa renda, que o instrumento visa a atender. O tempo também põe em risco o bom clima de relações políticas que reina entre os signatários, ideal almejado pelo Federalismo cooperativo que concretiza as democracias.

Ademais, de sua parte, no plano jurídico, os Estados poderiam questionar a constitucionalidade de tal norma federal.

Afinal, a União invocou, para a edição da Lei, a competência *privativa* que lhe confere o art. 22, XXVII da Constituição Federal para legislar sobre normas gerais de contratações:

Art. 22 – Compete *privativamente* à União:

(...)

XXVII – normas gerais de *contratação*, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Ora, o conceito de norma geral pressupõe que a competência legislativa não se esgote, deixando alguma coisa a ser preenchida pelas demais entidades federadas, já que se trata de competência *concorrente*, que, para seu exercício, reclama uma lei *complementar* e não *ordinária*, consoante o art. 23, parágrafo único da Lei Maior:

Art. 23, Parágrafo único: Lei *complementar* fixará normas para a *cooperação* entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Parece evidente que a União tentou obter no Legislativo a solução de um problema já submetido ao Judiciário: a competência das regiões metropolitanas – esvaziando os Estados, os municípios se consorciavam e passam a resolver a gestão de problemas regionais. Para tanto, chegou a dar nova redação à Lei de Repressão à improbidade administrativa, (Lei nº 8249/91), instituindo um novo tipo: *celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei*.

Ocorre que a ninguém aproveitaria a tese da inconstitucionalidade da lei, que buscou propiciar uma segurança jurídica às relações entre o consórcio e terceiros, não viabilizada pelos tradicionais convênios e consórcios administrativos, denunciáveis unilateralmente, sem previsão de cláusula penal.

Uma solução para tanto seria reconhecer a presunção de constitucionalidade, que poderia levar à interpretação de que o modelo de consórcio público não afasta o uso das demais formas de cooperação previstas na legislação dos Estados e Municípios. Apenas a União estaria obrigada aos comandos ali traçados. Logo, outros formatos poderiam ser previstos, como é o caso do presente termo.

5. A motivação para a não adoção do modelo ideal

Ora, descrito que o modelo ideal pressupõe uma autorização legislativa para a delegação ou gestão associada do serviço, qual seria o motivo de se adotar uma forma atípica, como o tal “Termo de reconhecimento recíproco de direitos e obrigações”?

A resposta é simples!

Tais formatos pressupõem que não haja qualquer dúvida sobre quem é o competente para prestar o serviço e que, diante de tal competência, poderia delegá-lo, total ou parcialmente, para outra entidade federada ou para particulares.

Isso, como visto, não ocorre na hipótese em exame, em que cada uma das entidades federadas se julga competente para a prestação dos serviços, invocando, para tanto, dispositivos constitucionais que estão sendo interpretados pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que tal definição de competências parece ser questão de relevância secundária diante do bem jurídico maior que é a preservação da vida, da saúde e do meio ambiente. Foram estes os valores que se procurou reconhecer com a positivação de princípios orientadores das ações voltadas ao saneamento ambiental, consagrados no art. 2º da Lei nº 11.445, de 5.01.2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e altera outras leis:

Art. 2ª Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

I - universalização do acesso;

II - integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;

IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;

V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;

VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;

VII - eficiência e sustentabilidade econômica;

VIII - utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas;

IX - transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados;

X - controle social;

XI - segurança, qualidade e regularidade;

XII - integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos.

Não poderia tal lei federal solucionar o conflito, já que o problema da definição constitucional de competências é matéria atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

A lei federal deve se limitar a definir “diretrizes”.

Daí ter o artigo 8º da norma explicitado o óbvio, que é o reconhecimento de que os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da polêmica Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

É bem verdade que o art. 14 da Lei nº 11.445/07 procurou se ocupar da prestação regionalizada, definindo a obrigatoriedade de um único prestador do serviço para vários Municípios, contíguos ou não, bem como uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive de sua remuneração, o que não é livre das grandes discussões sobre os limites da lei federal sobre o exercício das competências estaduais e municipais.

Aqui, mais uma vez, não se tem certeza jurídica sobre o titular da competência.

Como não pode adentrar na solução da polêmica, o art. 15 prevê, também, o óbvio, no sentido de que as atividades de regulação e fiscalização poderão ser exercidas por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal ou por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços.

Como o art. 16, I, prevê que a prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico poderá ser realizada por órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, do Distrito Federal, ou municipal, na forma da legislação, tranquila a atribuição de poderes à CEDAE, que foi criada com autorização em lei para a personificação de tais serviços, o que não afasta, também, a alternativa de se delegar o exercício a empresa a que se tenham concedido os serviços. O instrumento prevê ambas as possibilidades, no âmbito de cada entidade federada.

Diante dos impasses e do dever de todos de zelarem por tais valores, é legítimo pretender compor litígios – e é disso que trata o “Termo de reconhecimento recíproco de direitos e obrigações”, para, assim, viabilizar que o serviço seja colocado à disposição da população em áreas ainda não atendidas adequadamente.

Poder-se-ia alegar que o prazo de cinquenta anos é por demais longo para uma situação transitória, que pode, a qualquer momento, ser resolvida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre, no entanto, que é preciso que se faça um exame das potencialidades econômicas de tratamento da situação.

Num contexto de notórias dificuldades financeiras por parte de todos os poderes públicos, é imperioso, em função dos princípios da subsidiariedade e da economicidade, não só privilegiar o investimento privado (decorrência lógica do princípio da livre iniciativa – fundamento da República, como se vê do art. 1º, IV), como não alocar recursos públicos onde podem ser obtidos investimentos privados, para que os recursos públicos sejam afetados a situações onde o capital privado não é admitido ou nos setores onde não haja lucratividade a oferecer.

Só que para captar o capital privado, é fundamental oferecer não só segurança jurídica como um prazo adequado para a recuperação de um investimento, que, por sua vez, deve ser colocado à disposição da população a custos módicos.

Foi em nome dessa segurança que o artigo 10 da Lei nº 10.445/2007 vedou a utilização de instrumentos de natureza precária:

Art. 10. A prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

Daí se justificarem não só o prazo, neutralizador dessa precariedade, como o compromisso de preservar o termo e os contratos dele decorrentes, qualquer que seja a decisão do Supremo Tribunal Federal, encerrando os litígios já existentes, que estão ao alvedrio das partes compor.

Também é fundamental esclarecer que não se dá nem alienação ou renúncia, tanto de competências quanto de bens ou receitas. Há, frise-se, composição de conflitos, para viabilizar o serviço, cessão não definitiva de bens e atribuição do direito de auferir a receita a quem fizer o investimento (dentro do princípio de que não se abona o enriquecimento sem causa).

Como o instrumento prevê a possibilidade de aditamento, para o atendimento de outras especificidades que darão execução ao objetivo maior aqui traçado de composição de litígios para viabilizar o serviço, haverá espaço, ainda, para a sua complementação para atendimento de outros comandos da Lei de Saneamento Ambiental, como, por exemplo, os requisitos exigidos pelo seu art. 11:

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

I - a existência de plano de saneamento básico;

II - a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico;

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

§ 1º Os planos de investimentos e os projetos relativos ao contrato deverão ser compatíveis com o respectivo plano de saneamento básico.

§ 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever:

I - a autorização para a contratação dos serviços, indicando os respectivos prazos e a área a ser atendida;

II - a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados;

III - as prioridades de ação, compatíveis com as metas estabelecidas;

IV - as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo:

a) o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas;

b) a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas;

c) a política de subsídios;

V - mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços;

VI - as hipóteses de intervenção e de retomada dos serviços.

§ 3º Os contratos não poderão conter cláusulas que prejudiquem as atividades de regulação e de fiscalização ou o acesso às informações sobre os serviços contratados.

§ 4º Na prestação regionalizada, o disposto nos incisos I a IV do caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá se referir ao conjunto de municípios por ela abrangidos.

Igualmente relevante é a previsão do art. 12 do mesmo diploma legal, que prevê que nos serviços públicos de saneamento básico em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade *única* encarregada das funções de regulação e de fiscalização, a quem caberá definir as normas técnicas, econômicas e financeiras relativas às tarifas, aos subsídios e aos pagamentos por serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos, garantia de pagamento de serviços prestados entre os diferentes prestadores dos serviços, mecanismos de pagamento de diferenças relativas a inadimplemento dos usuários, perdas comerciais e físicas e outros créditos devidos, quando for o caso, sistema contábil específico para os prestadores que atuem em mais de um Município.

O Estado do Rio de Janeiro dispõe de entidade reguladora dotada de autonomia administrativa e de independência técnica, que atende as diretrizes contidas no marco regulatório setorial, a saber, a Agência Reguladora de Energia e Saneamento do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, autarquia criada pela Lei nº 4.556, de 06 de junho de 2005.

Igualmente poderá ser prevista a competência para os controles sociais, nos diversos âmbitos federativos, outra diretriz constante da Lei nº 11.445/07.

III

Por todo o exposto, pode se concluir no sentido de que não é livre de dúvidas e polêmicas que o instrumento a ser firmado possa ser outro que não o consórcio público ou o convênio de cooperação, devidamente precedidos de autorização legislativa.

No entanto, não é menos exato que é legítima a interpretação adotada na concepção do “Termo de reconhecimento recíproco de direitos e obrigações”, cujo objetivo maior é a composição de litígios judiciais. É esta composição que vai viabilizar o atendimento mais célere da população, colocando à sua disposição os serviços que não têm merecido maiores investimentos em função da insegurança jurídica que se instaurou por conta das discussões sobre a partilha constitucional de competências.

Como não há renúncia ao exercício de competências, que, de resto, ainda não foram confirmadas, nem, tampouco, alienação de bens ou direitos, é legítima a interpretação adotada, no sentido de possibilidade de celebração do termo sem prévia autorização legislativa, já que a competência para composição de conflitos seria tipicamente administrativa.

Claro que, frise-se, o Direito, não sendo ciência exata, pode comportar diversas interpretações e, de fato, estas têm convivido no cenário judicial, em desprezo da população, que não vê aportados novos recursos diante da dúvida que se pretende, aqui, amenizar, pelo menos entre os signatários.

Eram estas, pois, as considerações que poderiam ser apresentadas em face do caráter urgente da consulta.

É o parecer, s.m.j.

Atenciosamente,

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

VISTO

Aprovo o excelente Parecer n.º 06/2007-MJVS, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. Marcos Juruena Villela Souto, que opina no sentido de não haver óbices à adoção da interpretação de que o Estado, a CEDAE e o Município do Rio de Janeiro possam compor litígios por meio de um “termo de reconhecimento de direitos e obrigações”. Registre-se que o instrumento em exame não contempla alienação de bens ou renúncia a competências.

A interpretação adotada é uma das juridicamente possíveis, não sendo obrigatório que apenas pela via do art. 241 da Constituição Federal – fruto do Poder Constituinte derivado – se possa estabelecer a cooperação entre entidades federadas,

sobretudo tendo em vista o disposto no art. 23 parágrafo único da mesma Carta. Em outras palavras, não é apenas o consórcio que viabiliza a gestão compartilhada de serviços públicos.

O parecer também destaca como justificativa para o termo em questão a necessidade de atacar a grande incerteza jurídica decorrente da demora na decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre a titularidade dos serviços de saneamento, sendo certo que a principal ação onde a questão está sendo discutida (ADI n. 1842) foi distribuída em 10 de julho de 1998.

Ademais, é cada vez maior a consciência da importância crucial da universalização dos serviços de saneamento como condição sine qua non para a redução de doenças de impacto devastador na população mais pobre, em especial nas crianças e adolescentes, que tem sua saúde, sua dignidade - e por vezes sua vida - atingidas, em violação aos comandos dos artigos 1º, III, 3º, III, 6º e 227 da Constituição Federal e do art. 8º e seu parágrafo único da Constituição do Estado. Isto, por óbvio, sem esquecer o impacto ambiental negativo da ausência de saneamento.

Assim, nos parece que a necessidade de implementação de políticas públicas tão cruciais para o atendimento de objetivos fundamentais da República não pode ficar indefinidamente aguardando uma decisão do STF que, como se sabe, pode demorar muito.

Ora, havendo mais de uma interpretação legítima, configura-se competência privativa e indelegável do Chefe do Poder Executivo definir qual deve ser adotada na busca do interesse público.

À Casa Civil.

Rio de Janeiro, 27 de fevereiro de 2007.

RODRIGO TOSTE DE ALENCAR MASCARENHAS
Subprocurador-Geral do Estado