

PARECER JURÍDICO
MARÇAL JUSTEN FILHO

SUMÁRIO

I	A minuta encaminhada e os quesitos	197
	Primeira Parte - Considerações gerais sobre a Federação	198
II	As concepções clássicas sobre federação	198
III	A ausência de um modelo abstrato de federação	200
IV	A ausência de um modelo acabado de federação no Brasil	201
V	A sistemática de repartição de competências no Brasil	201
V.1.	A solução constitucional brasileira	201
V.1.1.	A distinção entre competências legislativas e competências administrativas	202
V.1.2.	A distinção entre competências comuns e privativas	202
V.1.3.	A discriminação das competências dos entes federativos	203
VI	A integração das competências	203
	Segunda Parte - A competência federativa atinente ao saneamento básico	206
VII	A questão da titularidade dos serviços públicos de saneamento	206
VII.1.	O conteúdo abrangente e compósito dos serviços de "saneamento básico"	206
VII.2.	A questão dos serviços públicos de saneamento	207
VIII	Saneamento básico e direitos fundamentais	207
VIII.1.	A relação direta entre o saneamento e as condições de vida digna	207
VIII.2.	O dever de atuação ativa do Estado na promoção dos direitos fundamentais	209
VIII.3.	A impossibilidade de restringir a competência federativa	210
IX	A distribuição de competências aos diversos entes federados	210
X	A extrapolação do interesse meramente local	211
X.1.	O conteúdo do critério geográfico	211
X.2.	A discriminação de competência por critério de titularidade de bens	212

X.3. A complexidade dos serviços de saneamento nas metrópoles	213
XI. A problemática econômica	215
XI.1. Monopólios naturais e custos decrescentes	216
XI.2. A solução dos subsídios cruzados	216
XI.3. Os efeitos jurídicos da integração	216
XII. A situação brasileira anterior e a solução jurídica adotada	217
XIII. A titularidade dos serviços públicos de saneamento	218
XIV. Síntese: Evolução em vista de um "princípio da subsidiariedade"?	219
XV. A minuta de Anteprojeto e os serviços públicos de saneamento básico de interesse local (art. 2º, incs. IX e X)	221
XV.1. A redação adotada na minuta de Anteprojeto	221
XV.2. A terminologia "serviços de interesse local - serviços integrados"	221
XV.3. Os serviços de interesse local	222
XV.3.1. A definição dos serviços de interesse local	222
XV.3.2. A avaliação da solução adotada	222
XV.3.3. A constitucionalidade da solução adotada	223
XV.4. Os serviços públicos integrados	223
XV.4.1. A definição adotada	223
XV.4.2. A ausência de definição do regime jurídico	223
Terceira Parte - O conceito de "diretriz" no art. 21, XX, da CC/88	224
XVI. A conceituação jurídica de "diretriz"	224
XVI.1. Acepção vulgar (ampla) e acepção técnico-jurídica (restrita)	224
XVI.2. Competência legislativa e competência para editar diretriz	224
XVI.3. Diretriz e norma geral	225
XVI.4. Diretriz e políticas públicas	226
XVII. A aceitação voluntária das políticas federais	227
Quarta Parte - As contratações entre sujeitos estatais	228
XVIII. A doutrina francesa	228
XIX. A distinção entre contratos comutativos e contratos organizacionais	229
XIX.1. A concepção desenvolvida por ASCARELLI	229
XIX.2. A relevância da distinção: diversidade de regimes jurídicos	230
XIX.3. A aplicação da distinção às contratações públicas	230
XX. O regime jurídico dos contratos administrativos plurilaterais	231

XX.1. A definição	231
XX.2. O regime jurídico dos contratos administrativos plurilaterais	231
XX.3. A observância dos requisitos de validade	231
XX.4. A ausência de "prerrogativas extraordinárias" implícitas	231
XXI. A delegação de serviços públicos e seu regime jurídico	232
XXI.1. A disciplina do art. 175 da Constituição	232
XXI.2. A obrigatoriedade da licitação nos casos de delegação própria	234
XXI.3. A concessão-descentralização	235
XXI.4. A concessão-convênio	235
XXII. Concessão imprópria e ausência de licitação	236
XXII.1. A não aplicação do art. 173, § 1º, da CF/88	236
XXII.2. A ausência de licitação	236
XXII.3. Irrelevância do nome adotado	237
Quinta Parte - Exame conjugado de dispositivos da minuta	237
XXIII. A natureza e o regime jurídico do contrato de fornecimento (arts. 10 a 12)	237
XXIII.1. A disciplina do art. 10	237
XXIII.1.1. As "relações de complementaridade"	237
XXIII.1.2. A regulação das relações de complementaridade	237
XXIII.1.3. O contrato de consórcio	238
XXIII.1.4. O contrato de fornecimento de serviços públicos	238
XXIII.1.5. A natureza do art. 10	238
XXIII.2. A disciplina do art. 11	238
XXIII.2.1. A natureza jurídica do contrato de fornecimento de serviços públicos	239
XXIII.2.1.1. A cautela quanto à expressão "fornecimento"	239
XXIII.2.1.2. O conteúdo da contratação	239
XXIII.2.1.3. A supressão de prerrogativas extraordinárias de origem legal	240
XXIII.2.2. Contrato de fornecimento e contrato de programa	240
XXIII.2.3. A natureza do art. 11	241
XXIII.3. A disciplina do art. 12	241
XXIII.3.1. A força não vinculativa do modelo	242
XXIII.3.2. A delegação ao regulamento	242

XXIII.3.3. A natureza do art. 12	242
XXIV. As regras sobre delegação de serviços públicos de saneamento	
(arts. 22 e 23)	243
XXIV.1. O art. 22 do Anteprojeto	243
XXIV.1.1. A diferenciação entre delegação própria e imprópria	243
XXIV.1.2. A solução adotada no Anteprojeto e sua inadequação	243
XXIV.1.3. Um efeito acessório indesejável e inconstitucional	244
XXIV.1.4. A solução proposta	244
XXIV.1.5. A justificativa para a proposta	245
XXIV.2. O art. 23 do Anteprojeto	246
XXIV.2.1. Ainda a distinção entre delegação própria e delegação imprópria	246
XXIV.2.2. A irrelevância da denominação	246
XXIV.2.3. A configuração de hipótese de inexigibilidade de licitação	246
XXIV.2.4. Os defeitos redacionais do art. 23	247
XXIV.2.5. A sugestão de redação	247
XXIV.3. A natureza dos arts. 22 e 23	248
XXV. A disciplina sobre o regime jurídico dos serviços (arts. 30 a 37)	248
XXV.1. A redação dos dispositivos referidos	248
XXV.2. A primeira crítica genérica: a Lei Geral de Concessões	252
XXV.3. A segunda crítica genérica: o detalhismo inútil	253
XXV.4. A terceira crítica genérica: a Lei Federal nº 11.079	253
XXV.5. A quarta crítica genérica: a questão da equação econômico- financeira	253
XXV.6. A primeira crítica específica: a taxa (art. 30, § 1º)	254
XXV.6.1. A questão da validade da regra	254
XXV.6.2. A exclusão da cobrança de taxa	255
XXV.7. A segunda crítica específica: os encargos do delegatário (art. 31, § 2º, inc. II)	255
XXV.8. A terceira crítica específica: delegação normativa (art. 31, § 4º)	256
XXV.9. A quarta crítica específica: direito de não pagamento (art. 33)	256
XXV.10. A quinta crítica específica: ainda a delegação (art. 34, inc. III)	257
XXV.11. A questão dos subsídios internos (art. 31, § 1º, dentre outros)	257
XXV.11.1. O art. 31, § 1º	258

XXV.11.2. O art. 31, § 3º	259
XXVI. A vedação à alocação de recursos públicos federais (art. 46, II)	260
XXVI.1. A disciplina adotada	260
XXVI.2. A proteção à equação econômico-financeira	261
XXVI.3. A eventual incompatibilidade com a figura da PPP	261
XXVI.4. A inconveniência do dispositivo	261
XXVI.5. A eventual inutilidade do dispositivo	262
XXVII. Conclusão	262
O Parecer Complementar	267

O PARECER

O Ministério das Cidades, por meio da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, honrou-me com a solicitação do fornecimento de parecer sobre algumas questões relacionadas com uma minuta de Anteprojeto de Lei de Saneamento Básico.

I. A minuta encaminhada e os quesitos

1. O Ministério Consultante encaminhou-me a minuta do Anteprojeto de Lei de Saneamento Básico. O documento dispõe sobre inúmeros temas, mas o exame deve centrar-se sobre os pontos objeto de explícito questionamento dos quesitos encaminhados, os quais estão abaixo transcritos:

a) A competência para prover os serviços públicos de saneamento básico é sempre municipal? É constitucionalmente possível que alguns dos serviços possam ser considerados como de competência estadual? O fato de o Município integrar região metropolitana, aglomeração urbana, microrregião ou região integrada de desenvolvimento (Ride) altera alguma das conclusões das questões anteriores?

b) Quais a natureza e o regime jurídico do contrato de fornecimento de serviços públicos previsto nos arts. 10 a 12 do Anteprojeto de Lei? As cláusulas necessárias previstas para esse contrato (no art. 11) são suficientes e atendem à boa técnica jurídica? É constitucional a previsão do art. 12, de que as cláusulas do modelo de contrato de fornecimento de serviços públicos disciplinarão as relações de complementaridade no que não dispuser em contrário contrato de fornecimento de serviços públicos celebrado pelos interessados?

c) É constitucional o disposto no art. 20 do Anteprojeto de Lei, que prevê como diretriz a obrigatoriedade de a delegação de serviços públicos de saneamento básico se efetivar por meio de contrato?

d) É constitucional o Poder Público outorgar concessão ou permissão de serviço público com dispensa ou inexigibilidade de licitação? Pode o instituto da concessão ou da permissão de serviços públicos ser utilizado para viabilizar a gestão associada de serviços públicos prevista no art. 241 da Constituição Federal? No que interfere na resposta da pergunta anterior a edição de lei que venha a disciplinar as normas gerais do contrato de programa?

e) As normas dos arts. 28 a 35 do Anteprojeto de Lei podem ser consideradas como diretrizes para os fins do inciso XX do art. 21 da Constituição Federal? Tais

normas, especialmente a do § 1º do art. 30 e a do § 1º do art. 31, atendem à boa técnica jurídica?

f) Tendo em vista o conceito de delegação onerosa adotado pelo Anteprojeto de Lei (art. 2º, XXIII), são constitucionais os dispositivos do inc. II do § 2º do art. 31 e do inc. II do caput do art. 46 do mesmo Anteprojeto?

g) A hipótese do inc. II do parágrafo único do art. 23 do Anteprojeto de Lei configura hipótese de dispensa ou de inexigibilidade de licitação?*

Passo a responder.

Primeira Parte – Considerações gerais sobre a Federação

II. As concepções clássicas sobre federação

3. A temática da federação é um dos pontos centrais da teoria geral do Estado. A contraposição entre Estado Unitário – Estado Federado revela uma dentre diversas possíveis formas de organização do poder político formal.

3.1. A configuração do Estado variou ao longo da história, ainda que se possa admitir que todo e qualquer Estado pressuponha a institucionalização do poder sobre um determinado território, traduzindo-se em organizações sociais dotadas de um grau de estabilidade e permanência.

A concepção de Estado com a qual a sociedade ocidental convive tem sua origem no Tratado de Westfalia (1648). Um dos traços característicos dessa idéia de Estado reside no monopólio da violência e na tendência à legitimação por meio da adoção de organismos burocráticos¹.

Não é excessivo afirmar que a concepção teórica e a implementação concreta do Estado são fenômenos de natureza cultural. A expressão indica a intervenção da criatividade humana (individual e coletiva) para interferir sobre o universo circundante e promover instrumentos para a concretização de determinados valores. Ou seja, o Estado não é um objeto dado ao ser humano, mas é uma instituição produzida pela vivência social e por um (longo) processo de experiência.

Bem por isso, a configuração do Estado não se põe como perfeita e acabada, mas se encontra em permanente evolução e suscetível à mutação futura.

¹ Confira-se WEBER, MAX. *Economy and Society*, (trad. da 4ª edição alemã de 1956). Berkeley and Los Angeles: University of California Press, vol. I, 1978, p. 26 e ss; p. 212 e ss. Vale considerar, ainda, o pensamento de Eisenmann em *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*. Paris: Ed. Panthéon-Assas, 2002, p. 307 e ss.

* N. do E.: Como consta na Advertência desta publicação, os artigos do Anteprojeto de Lei nem sempre corresponderão àqueles que figuram no texto do Projeto de Lei nº 5296/2005 e, na medida do possível, tentaremos informar ao leitor, em rodapé, ao longo do texto, a correspondência entre eles.

3.2. Por outro lado, a afirmação de um conceito razoavelmente definido de Estado não elimina a diversidade de modelos organizacionais. Existem diversas arquiteturas possíveis para o Estado. Ou seja, o modo como se institucionaliza o poder político pode variar de Estado para Estado.

3.3. Costuma-se aludir a Estado unitário para indicar o modelo de organização política caracterizado pela centralização e pela existência de uma única esfera de poder sobre certo território. Como ensinava Esmein, refletindo o pensamento jurídico clássico, “soberania não é nem dividida nem partilhada”².

Mas a existência do Estado comporta a multiplicação de esferas de poder sobre o mesmo território. A amplitude das competências dos diversos entes e a intensidade dos vínculos entre eles podem variar. A absoluta afirmação da autonomia de entes locais pode conduzir ao próprio desaparecimento de um único Estado. Mas é bastante problemático estabelecer um critério quantitativo ou qualitativo que permita determinar, com facilidade, o limite da existência de um Estado único³.

3.4. As diversas formas de Estado variam entre si em virtude do número de pólos formais de poder político e dos vínculos estabelecidos entre esses pólos formais.

Em princípio, um Estado unitário se caracteriza pela existência de um pólo único de poder. Mas não existe um único modelo de Estado unitário. Basta considerar, por exemplo, o caso da França. A França se auto-reconhece como um Estado unitário, não obstante a pluralidade de divisões e subdivisões administrativas. Apesar disso, a recente reforma constitucional de 2003⁴ promoveu um amplo processo de regionalização, com a ampliação das competências dos entes locais. A França permanece como um Estado unitário, mas com uma acentuada transferência de competências para órbitas locais, o que passou a constar do art. 1º da Constituição francesa.⁵

3.5. O Estado federal se diferencia do Estado unitário pela existência de um conjunto de entes dotados de poderes próprios e irredutíveis. Sob um mesmo e único território, coexistem diversas organizações políticas, a quem são atribuídas competências próprias e, em princípio, invioláveis.

Numa federação, cada órbita política configura-se como autônoma em relação às demais, ainda que não soberana. A soberania – entendida como o poder incondicionado de identificar os próprios interesses e de submeter outros entes à sua realização – é reconhecida ao Estado (entendido como o conjunto dos entes federados). Cada ente integrante do Estado federado é protegido em face dos demais – o que gera um efeito de equilíbrio entre todos. Nenhum dos

² *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. 6ª ed. Paris: Sirey, 1914, reimp. por Editions Panthéon-Assas, Paris, 2001, p. 4.

³ Ao longo da história, há inúmeros exemplos de associações entre Estados, em que a autonomia entre as diversas órbitas políticas gerava sérias dificuldades quanto à existência ou não de um Estado único. No passado, o exemplo clássico foi o da Alemanha de metade do séc. XIX. No presente, há uma situação emblemática envolvendo Sérvia e Montenegro.

⁴ Para uma ampla análise, consulte-se o *dossier* denominado “La révision constitutionnelle sur la décentralisation”, publicado no vol. 11/2003 da AJDA – Hebdo (p. 522-570).

⁵ A redação do dispositivo, em português, é a seguinte: “A França é uma República indivisível, laica, democrática e social. Ela assegura a igualdade perante a lei de todos os cidadãos sem distinção de origem, raça ou religião. Ela respeita todas as crenças. Sua organização é descentralizada”. Essa última frase foi introduzida pela reforma de 2003.

entes integrantes de uma federação é autorizado a identificar ou promover interesses próprios sem tomar em vista os interesses dos demais, sendo a cada um interdito estabelecer primazia em prol de si mesmo. Talvez o aspecto primordial seja o reconhecimento de que todos os entes integrantes da federação são co-titulares de interesses comuns, cuja promoção se desenvolve por meio da atuação conjunta e indissociável, assegurando-se a todos eles respeito recíproco. Os entes federativos são parcelas de um todo e o conjunto desses entes federativos não é uma simples soma de partes. O todo (a federação) é mais do que a mera soma das partes (entes federados).

Num Estado unitário, não existem partes se compondo para formar uma ordem total. Há apenas a ordem total. O Estado federado se caracteriza pela possibilidade de aludir-se a "ordens parciais". Assim se passa porque as partes (entes federados) são dotadas de uma margem de autonomia.

4. Essa autonomia reside na existência de interesses próprios, de poderes diferenciados e de competências privativas. A federação somente pode ser reconhecida quando essa autonomia local é afirmada, permitindo reconhecer diferentes ordens político-jurídicas convivendo sobre um mesmo e único território.

III. A ausência de um modelo abstrato de federação

5. Mas não existe um modelo abstrato – único, perfeito e acabado – de federação. Tal como exposto, a idéia de federação resultou da experiência civilizatória.

5.1. O conceito de federação se funda na coexistência de diversas ordens político-jurídicas autônomas sobre um mesmo território.

5.2. No entanto, cada Estado federado apresenta soluções organizacionais concretas diferentes. A extensão da autonomia dos entes federados depende da formação histórica e da relação de forças sócio-políticas concretamente existente. Os poderes de cada ente federado variam de Estado para Estado. Não há uma solução única e uniforme.

Para demonstrar o raciocínio, basta considerar os casos dos EUA e da Alemanha. São dois Estados federados cuja organização política é muito diferenciada.

Seguindo essa mesma linha, Vergottini afirma que "os vínculos de natureza federativa são compatíveis com diversas soluções organizacionais, sejam internas como externas ao Estado"⁶. Vedel fornece inúmeros exemplos práticos a propósito de Estados federados muito diversos entre si⁷.

5.3. Aliás, ainda quando uma determinada federação influenciou a organização de outro Estado, o resultado prático é bastante diverso. Assim se passa no caso brasileiro. A proclamação da República brasileira foi seguida da tentativa de implantação de uma federação calcada nos EUA. Logo se verificou, no entanto, a inviabilidade dessa pretensão. Por isso, foi necessária a emenda da Constituição de 1891: a alteração promovida em 1926 foi marcante. Ao longo do

⁶ *Diritto Costituzionale*, 3ª ed. Padova: Cedam, 2001, p. 103.

⁷ *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2002, reed. da versão de 1949, p. 108 e ss.

séc. XX, as sucessivas modificações e as permanentes mutações constitucionais conduziram à existência de uma federação inconfundível com a norte-americana.

Assim, para comprovar a tese, basta observar que a Constituição brasileira afirma que a federação é produzida pela união indissolúvel entre Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º) – solução absolutamente diferenciada daquela praticada em outras federações existentes no mundo.

IV. A ausência de um modelo acabado de federação no Brasil

6. Tanto bastaria para autorizar a conclusão de que a federação brasileira não pode ser identificada com nenhuma outra. É única e inconfundível, sendo o resultado de um processo histórico autônomo.

Mas há um outro dado a ser considerado. O modelo federativo brasileiro ainda não pode ser reputado como definitivo – diversamente do que ocorre com diversos outros Estados federados existentes no mundo ocidental.

Assim se passa em virtude do que se poderia denominar de “amadurecimento incompleto” do processo político brasileiro. Embora a Constituição de 1988 tenha representado um passo decisivo na modelagem da organização estatal brasileira, não se produziu uma organização política dotada de estabilidade definitiva. Somente a estabilidade democrática é que produzirá a estabilidade institucional.

7. Não se contraponha que o modelo federativo da Constituição é intangível, por força da determinação do art. 60, § 4º, inc. I – que proíbe até mesmo a apreciação de emendas constitucionais destinadas a suprimir a federação.

Não se cogita, no caso, de alteração formal da Constituição a propósito da disciplina da federação. O que se examina é a própria interpretação da Constituição quanto ao modelo de federação e quanto ao modo de relacionamento entre os entes federativos brasileiros.

Essa questão permanece em aberto, especialmente porque foi proscrita a solução praticada até 1988 – que consistia na imposição das determinações oriundas da União sobre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

V. A sistemática de repartição de competências no Brasil

8. Uma característica intrínseca do modelo federativo reside na pluralidade de entes políticos dotados de competências diferenciadas. Cabe examinar, por isso, o modelo consagrado entre nós para a discriminação das competências federativas.

V.1 A solução constitucional brasileira

9. A Constituição brasileira adotou uma sistemática peculiar para definir competências e atribuições dos entes federativos.

A solução consiste num elenco exaustivo das competências federais – o que não elimina a possibilidade de interpretação extensiva, eis que muitas das competências podem ser implícitas ou abrangidas nas determinações constitucionais expressas. A Constituição define algumas competências estaduais e municipais, sem qualquer pretensão de exaustividade. Não há propriamente uma regra de remanescência, que determine – à semelhança do que se passa nos EUA – que todos os poderes e competências não objeto de uma atribuição explícita na Constituição devem reputar-se de titularidade de determinada órbita federativa⁸.

10. Observe-se, ademais, que o critério de titularidade de competências não é uniforme e homogêneo. As competências atinentes a bens públicos são orientadas por critérios diversos daqueles que se relacionam com a discriminação de competências tributárias. A diferenciação de competências legislativas não observa critérios idênticos aos adotados para competências administrativas. A titularidade dos serviços públicos reflete parâmetros próprios.

Bem por isso, é perfeitamente possível que um ente político seja titular de certos bens mas não detenha competência integral para disciplinar normativamente a sua utilização.

V.1.1 A distinção entre competências legislativas e competências administrativas

11. É indispensável, ademais, acolher uma diferenciação fundamental. As competências administrativas e as competências legiferantes são inconfundíveis. Mais ainda, a sua titularidade não reflete soluções constitucionais idênticas.

11.1. A competência legislativa consiste no conjunto de poderes jurídicos de titularidade do Estado para produzir normas legislativas destinadas a disciplinar atividades públicas e privadas. A competência administrativa é o conjunto de poderes jurídicos para desenvolvimento das atividades administrativas.

11.2. O princípio da legalidade administrativa significa que a competência administrativa se funda numa lei (o que compreende a própria Constituição). Como regra, a Administração apenas pode fazer ou deixar de fazer aquilo que estiver previsto em lei.

11.3. Mas daí não se segue que a titularidade de competência administrativa importe a titularidade de competência legislativa. A Constituição pode dissociar a titularidade das competências legiferantes e administrativas – aliás, a Constituição produz essa dissociação com grande frequência.

Assim, para exemplificar, um Estado é titular da competência administrativa para produzir contratações públicas. Mas daí não se segue que o Estado, de modo isolado e autônomo, possa produzir normas legislativas disciplinando a matéria das contratações. A competência para editar “normas gerais” (figura à qual se retornará adiante) sobre contratações administrativas é da União (CF/88, art. 22, inc. XXVII).

V.1.2 A distinção entre competências comuns e privativas

12. Outro aspecto a ser considerado reside na existência de competências comuns e de competências privativas. Ou seja, há algumas competências que são reservadas exclusivamente a um determinado ente. E há aquelas que são atribuídas pela Constituição a uma pluralidade de entes federativos.

⁸ O texto não se referirá à situação do Distrito Federal, o qual é titular de competências próprias específicas, as quais são tanto aquelas reservadas aos Estados como aos Municípios. A omissão de referência deriva da impertinência do tema ao presente parecer e do interesse de evitar contínuas, repetidas e inúteis referências ao Distrito Federal.

Uma dificuldade adicional reside em que a Constituição não se preocupa em qualificar, de modo formal e preciso, as competências como comuns ou privativas. Ou seja, há competências privativas e comuns que foram explicitamente assim identificadas pela Constituição. Mas há casos em que a identificação se faz pelo intérprete a partir do sistema constitucional propriamente dito e da identificação dos interesses concretos envolvidos.

V.1.3 A discriminação das competências dos entes federativos

13. A Constituição produz a discriminação de competências dos entes federativos ao longo de suas diversas disposições. Não é possível restringir essa atuação discriminatória a determinados artigos. No entanto, há alguns dispositivos que se orientam, de modo específico, à função discriminatória.

13.1. Assim, o art. 21 contém um elenco de competências federais, entre as quais estão arrolados determinados serviços públicos. Os incs. X a XII daquele dispositivo enumeram os principais serviços públicos federais.

13.2. O art. 25, § 1º, dispõe incumbirem aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas constitucionalmente.

13.3. O art. 30, inc. V, determina que os Municípios organizem os serviços públicos de interesse local, fazendo alusão inclusive ao de transporte coletivo.

13.4. Outras passagens constitucionais aludem a serviços públicos de interesse comum, a serem organizados conjuntamente ou mediante atuação coordenada entre as diversas órbitas da Federação. Isso se passa com os serviços públicos de saúde, de assistência, de educação.

13.5. Mas o art. 25, § 3º, prevê que "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".

14. Apresenta relevância, ademais, o disposto no art. 241 da CF/88 (com a redação da E.C. nº 19), que estabeleceu que "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".

O dispositivo constitucional fima, de modo explícito, a necessidade de integração de competências e de atuação coordenada entre os entes federados para a satisfação de necessidades e interesses comuns.

VI. A integração das competências

15. A existência de uma federação significa o reconhecimento de interesses comuns e indissociáveis. A autonomia de cada ente federativo conduz à afirmação de interesses próprios insuprimíveis. Logo se vê que toda organização federativa envolve um complexo problema de composição e harmonização de interesses nacionais e locais.

Examinando o tema, Vedel indagava "Qual é, então, do ponto de vista político, o espírito do federalismo? É precisamente o espírito de associação. Ao se agrupar no seio de um Estado federal, os Estados associados aceitam uma autoridade comum para o seu bem para todos e para cada um, mas conservando um domínio próprio, que se manifesta pela sobrevivência de uma Constituição, de uma legislação, de uma administração e de uma justiça próprias"⁹.

15.1. A composição federativa significa a impossibilidade de prevalência absoluta dos interesses de qualquer uma das ordens jurídicas, se tal significar o completo sacrifício do interesse de uma delas.

15.2. Mais precisamente, isso indica a impossibilidade de reputar-se que cada ordem federativa é titular privativa e exclusiva de determinados interesses.

15.3. As diversas ordens são co-titulares dos diversos interesses, ainda que se possa reconhecer a uma delas a privatividade no exercício de determinadas competências. Ainda quando exista uma competência privativa para um determinado ente federado, deverá dita competência ser exercitada de modo a assegurar a realização dos interesses conjuntos de todos os demais entes federados.

Um exemplo simples permite compreender o raciocínio. Um Município é titular da competência para determinar o destino e a forma de utilizar seus próprios bens. Daí não se infere que possa o Município deliberar por soluções que produzam a contaminação de áreas de terra de sua propriedade adjacentes às nascentes de um rio, eis que tal afetaria o destino de todos os que dependam da utilização dele – o que abrangeria os habitantes de outros Municípios ou Estados¹⁰.

Ou seja, a privatividade de competências nunca pode ser afirmada como um postulado absoluto quando tal conduzir à inviabilização dos interesses comuns dos diversos entes federados.

16. Ademais disso, há inúmeros interesses comuns quanto aos quais é impossível determinar o limite da titularidade, inclusive por questões geográficas. Voltar-se-á ao tema adiante, mas basta considerar o clássico exemplo das regiões metropolitanas.

O desenvolvimento sócio-econômico produziu o surgimento de cidades que se vinculam entre si, ainda que formalmente diferenciadas como Municípios autônomos. Num caso desses, não é cabível afirmar que o sistema de transportes é da competência isolada de cada um dos Municípios. A evolução dos fatos torna superadas as concepções jurídicas construídas à luz de uma realidade social e econômica não mais existente – o que não significa, obviamente, eleger a realidade dos fatos como o critério da validade das construções jurídicas.

17. O que se afirma é o reconhecimento da integração de competências e da atuação conjunta e coordenada entre os diversos entes federativos.

⁹ *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. cit., p. 109.

¹⁰ Obviamente, o exemplo não se relaciona com a questão da titularidade propriamente dita do curso de água. Na maior parte dos casos, os cursos de água são de titularidade ou da União ou dos Estados (e Distrito Federal). O exemplo se reporta a áreas imóveis de domínio municipal, próximas aos cursos de água ou às suas nascentes.

17.1. Essa proposta não apresenta qualquer cunho de inovação. Sempre se reconheceu, entre nós, a realidade de interesses conjuntos de diversos entes federados no tocante à promoção de certos interesses. A conjugação de esforços entre entes federativos, por meio de convênio, não apresenta qualquer novidade no Brasil.

A CF/37 previa, no art. 29, a existência de agrupamentos de municípios de uma mesma região para a prestação de serviços públicos comuns, com a explícita previsão de que o agrupamento seria dotado de personalidade jurídica autônoma. A CF/67 determinava que os entes federados estavam autorizados a promover convênios para a execução das suas leis (art. 13, § 3º), disposição que foi mantida na CF/69 (ainda que o art. 13, § 3º, tenha recebido redação diversa).

17.2. O que se pode identificar, no entanto, é a necessidade da institucionalização da atuação conjunta e coordenada, de modo a produzir soluções dotadas de maior estabilidade.

17.3. Alternativas dessa ordem já vêm sendo praticadas largamente no tocante a atividades econômicas. Assim, é usual que os diversos entes federados participem de uma mesma sociedade de economia mista.

17.4. Aliás, essa solução se difundiu especialmente no tocante ao desempenho de determinados serviços públicos. As empresas estaduais de saneamento são um exemplo que não pode ser ignorado. Sua organização reflete a conjugação de esforços de Estados e de Municípios para superar dificuldades insuscetíveis de serem enfrentadas isoladamente.

18. A problemática mereceu uma interessante avaliação de um autor italiano. Examinando as concepções de associação entre entes governativos internos, Berti assinala que "Neste cenário, tal como nos modernos programas de reformas constitucionais, colhe-se provavelmente o eco de uma idéia quase federalística; mas o federalismo de moda antiga se atenua em nome daquele mesmo espírito de cooperação que é necessário para que as administrações funcionem e sejam a expressão de qualquer coisa de socialmente verdadeiro e não autoritariamente imposto... Os confins entre o Estado federal, o Estado regional e o Estado unitário presentemente não são mais assim nítidos e fortes como o eram no passado... Se se vai ver a literatura francesa, alemã e mesmo americana dos anos passados, encontram-se configuradas e analisadas, já no decênio de 1970 as mais variadas formas de associação, através das quais se realizam a inarredável tendência à cooperação entre o Estado e os departamentos, as regiões ou entre o Bund e os Länder, e assim por diante"¹¹.

Não são – ou melhor, não podem ser – diversas as considerações a propósito da República Federativa do Brasil. A estrutura federativa do Estado não pode importar a vedação à integração e à associação entre os entes federados, ainda (especialmente) quando tal se traduza no surgimento de organizações administrativas dotadas de autonomia subjetiva. A cooperação entre os entes federados é indispensável para a ampliação da legitimidade democrática e para a afirmação da eficiência da atividade administrativa do Estado brasileiro. O princípio federativo não se opõe, antes exige colaboração dessa ordem.

¹¹ Il principio collaborativo nell'amministrazione locale, em *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*. Milano: Giuffrè, 1993, vol. I, p. 206-207.

Segunda Parte - A competência federativa atinente ao saneamento básico

19. Adotados tais pressupostos, caba examinar a problemática do saneamento básico.

VII. A questão da titularidade dos serviços públicos de saneamento

20. Um ponto essencial, que permanece nublado no tratamento jurídico e que não encontrou solução adequada na legislação anterior, relaciona-se com a titularidade federativa dos serviços públicos de saneamento básico.

A dificuldade deriva, dentre outros fatores, da já apontada pluralidade de temas e encargos compreendidos no âmbito do saneamento básico.

VII.1 O conteúdo abrangente e compósito dos serviços de "saneamento básico"

21. Em primeiro lugar, é relevante observar que a expressão "saneamento básico" não foi produzida pela técnica jurídica. Foi cunhada no âmbito do conhecimento científico para indicar um conjunto de fatores e circunstâncias inerentes e indispensáveis à existência saudável.

O saneamento básico comporta diversas facetas, compreendendo tanto atuações privadas como atividades reservadas ao Estado. A promoção do saneamento básico por parte do Estado envolve, portanto, a regulação de atividades econômicas privadas e a prestação de serviços públicos. Mais ainda, não é possível aludir propriamente a "serviços públicos de saneamento básico" como um conceito jurídico unitário – eis que existem serviços públicos específicos que desempenham função relevante para a promoção de um saneamento básico adequado. Assim, pode aludir-se à captação, transporte, tratamento e distribuição de água, à coleta, interceptação, transporte, tratamento e destinação final, inclusive eventual reuso de dejetos líquidos, à coleta, transporte e processamento de dejetos sólidos e assim por diante. Até se poderia incluir, nesse conjunto, também os serviços relacionados ao manejo de águas pluviais.

É relevante, neste ponto, destacar que o signatário está adotando um conceito jurídico de serviço público. Esse conceito é inconfundível com aquele utilizado vulgarmente pelos não versados em Direito, que reflete apenas a prática administrativa ou critérios extrajurídicos da mais diversa natureza.

Sob o prisma jurídico, inúmeras dessas atividades estatais nem configuram um serviço público em sentido técnico-jurídico¹². Assim, por exemplo, o manejo de águas pluviais claramente não pode ser reconduzido ao instituto do serviço público. Por outro lado, o conjunto de atividades acima exposto não comporta um tratamento jurídico unitário. Não é correto referir-se a "serviço público de saneamento básico" – ao menos, não é correto imaginar que existiria um único serviço público nesse caso. Há inúmeras atividades estatais, subordinadas a regime jurídico diverso e cuja unidade resulta da vinculação comum ao "saneamento básico".

¹² Não cabe, neste parecer, dedicar atenção à questão do conceito jurídico de serviço público. De todo o modo, pode ser útil o estudo de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 619-628, que expõe as orientações mais clássicas sobre o tema. Para ter acesso ao pensamento do signatário, consulte-se *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 478-483.

Dito de outro modo, o Direito brasileiro não conhece, até o presente, um serviço público único e unitário de "saneamento básico". Há diversos serviços públicos, que apresentam identidade jurídica autônoma.

Mas é relevante destacar a integração entre os diversos serviços, eis que o resultado final satisfatório (o saneamento ambiental de qualidade adequada) depende da integração e harmonização no desenvolvimento dos diversos serviços referidos.

VII.2 A questão dos serviços públicos de saneamento

22. Era usual reputar-se, no passado, que os serviços pertinentes ao saneamento básico seriam de interesse local, do que se inferia a titularidade própria e exclusiva dos Municípios.

A interpretação decorria da concepção então prevalente quanto aos serviços e aos bens públicos na área de saneamento. Supunha-se, na maior parte dos casos, que o fornecimento de água tratada, a coleta de dejetos sólidos e líquidos e outras atividades relacionadas envolviam encargos puramente municipais, a serem resolvidos no âmbito de interesses de cada Município.

23. Mas esse enfoque não pode ser aceito em vista de argumentos de três ordens distintas.

Em primeiro lugar, os serviços de saneamento básico têm direta pertinência com os direitos fundamentais, o que impede a restringir a titularidade¹³ desses serviços exclusivamente a uma categoria de entes federativos.

Em segundo lugar, a própria Constituição Federal reservou competências explícitas para União e Estados atuarem no setor de saneamento básico.

Por fim, é muito freqüente que a prestação dos serviços relacionados ao saneamento básico produza a superação dos limites do interesse local.

Essas três questões serão abaixo melhor examinadas.

VIII. Saneamento básico e direitos fundamentais

24. O tratamento jurídico da questão do saneamento básico depende do reconhecimento de sua relevância na dimensão dos direitos fundamentais.

VIII.1 A relação direta entre o saneamento e as condições de vida digna

25. O fornecimento de água tratada e a coleta de dejetos líquidos e sólidos representam um instrumento indispensável para a superação de problemas extremamente sérios para a saúde individual e coletiva. Alguns dados são reveladores, tal como se extrai do texto abaixo reproduzido:

¹³ A expressão "titularidade" do serviço público deve ser entendida em termos. Relaciona-se com a distribuição de competências federativas e reflete as diversas dimensões que o fenômeno apresenta. Assim, a "titularidade" do serviço público envolve não apenas a distribuição de poderes para a sua prestação, mas também a atribuição constitucional de competência regulatória. Afirmar a ausência de titularidade privativa de um serviço público significa reconhecer a integração dos interesses entre diversas órbitas federativas. Não equivale a negar, por exemplo, que o interesse local produz a titularidade municipal sobre o serviço. O que se defende é que, havendo interesses não apenas locais, deverá ser reconhecida a ausência de uma titularidade, única, privativa dos serviços.

"Nos tempos pré-agrícolas dos caçadores-coletores, a expectativa de vida humana era cerca de vinte - trinta anos. Essa era também a expectativa de vida na Europa ocidental no final do Império Romano e na Idade Média. Ela só aumentou para quarenta por volta de 1870. Chegou a cinquenta em 1915, a sessenta em 1930, a setenta em 1955, e está se aproximando de oitenta hoje em dia... Qual a causa dessa transição humanitária espantosa e sem precedentes? A teoria microbiana das doenças, as medidas de saúde pública, os remédios e a tecnologia médica".¹⁴

O tratamento da água encanada impediu a difusão de epidemias e eliminou grande parte das doenças que minavam a saúde individual desde a tenra idade. Ademais disso, a dissociação entre o líquido fornecido e os esgotos evitou a proliferação de doenças fatais.

Lembre-se que o problema do saneamento agravou-se e tende a se agravar ainda mais com o passar do tempo. A fruição ilimitada e incondicionada do meio-ambiente pelo ser humano é causa da deterioração das condições ambientais.

26. A elevação da população multiplica a gravidade dos problemas sob inúmeros aspectos. Por um lado, amplia-se a demanda por utilidades indispensáveis à vida. Por outro, verifica-se o aumento da produção de dejetos líquidos e sólidos que destroem essas mesmas utilidades. A problemática da água tratada, dos esgotos, do lixo se inter-relaciona e produz problemas de elevada complexidade. Há inúmeros outros aspectos que poderiam ser lembrados, mas a exposição acima tem cunho meramente exemplificativo.

27. Nesse contexto, é evidente o vínculo indissociável entre saneamento básico e direitos fundamentais. Os direitos fundamentais se traduzem na atribuição a todo e qualquer indivíduo de condições de sobrevivência como "sujeito" (e não como "objeto") da vida. Isso envolve o fornecimento de utilidades materiais e imateriais que assegurem a existência saudável e a proteção possível contra os fatores nocivos do meio-ambiente circundante, de modo a propiciar o desenvolvimento de todas as potencialidades individuais e coletivas.

Por mais problemática que seja a definição do conteúdo dos direitos fundamentais, é inquestionável que um aspecto essencial envolve o que se poderia denominar de "direito à vida". Todos têm direito a ver respeitadas as condições necessárias à manutenção da própria existência.

Ademais disso, os direitos fundamentais abrangem o direito a uma existência "digna", o que significa a preservação das condições psicológicas inerentes à condição de ser humano, que dão a cada um a feição de sujeito das relações existenciais.

Como o saneamento básico é indispensável para assegurar o prolongamento da existência humana e a redução das doenças e outros sofrimentos materiais e psicológicos, resulta inquestionável que os direitos fundamentais compreendem a existência de condições saudáveis de meio-ambiente.

A universalização dos serviços relacionados ao saneamento básico é um compromisso com a Nação brasileira, cuja implementação envolve todas as esferas federativas. Aliás, até se pode invocar uma passagem do STJ, em julgado que concluiu pela compulsoriedade dos serviços de coleta de lixo. "Um país cujo preâmbulo constitucional promete a

disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais" (RESP nº 575.998-MG).

VIII.2 O dever de atuação ativa do Estado na promoção dos direitos fundamentais

28. Lembre-se que a concepção meramente passiva (omissiva) de Estado Democrático de Direito foi superada por um enfoque ativo e interventivo. Exige-se não apenas que o Estado se submeta ao Direito e se abstenha de promover atos abusivos e infringentes dos direitos individuais. Mais do que isso, exige-se uma atuação estatal ativa, consistentemente orientada a eliminar os obstáculos à plena fruição da condição humana. Como observa Eberhard Schmidt-Assmann, "junto à proibição de excesso – própria da dimensão defensiva dos direitos fundamentais – pode-se falar hoje também da proibição de omissão, que resulta da vertente protetora dos mesmos direitos"¹⁵.

Por isso, reconhecer que as condições satisfatórias do saneamento básico são essenciais e indispensáveis à dignidade humana e ao respeito aos direitos fundamentais produz um efeito jurídico-político inafastável. Trata-se de incluir a promoção do saneamento básico como um compromisso da Nação brasileira, abrangido nos arts. 1º, inc. III; 3º, incs. III e IV, da CF/88. Mais ainda, trata-se de um dever do Estado brasileiro, que recai sobre todas as manifestações político-organizacionais: União, Estados e Distrito Federal e Municípios.¹⁶

29. Uma constatação inquestionável é a insuficiência dos recursos e esforços isolados dos diversos entes federais locais para assegurar serviços satisfatórios nesse segmento. A dimensão dos investimentos necessários ultrapassa a capacidade econômica da esmagadora maioria dos Municípios brasileiros.

30. Aliás, a captação de empréstimos e recursos estrangeiros demanda a participação da União e dos Estados¹⁷.

31. Isso não equivale a afirmar que a titularidade dos serviços de saneamento seja diretamente da União ou dos Estados. O que se afirma é que o saneamento básico envolve questões de diversa ordem, que ultrapassam os limites do interesse local. Há interesse federal que justifica a transferência de recursos da órbita federal ou estadual para o âmbito municipal, de modo a assegurar a implantação de soluções adequadas a promover a dignidade humana, a preservar o meio-ambiente e a elevar o desenvolvimento social do Brasil.

32. Ou seja, a responsabilidade pela satisfação das necessidades coletivas e individuais, no âmbito do saneamento básico, não é exclusiva de cada Município. É compartilhada entre todos os entes federados – cabe à União e aos Estados assumirem uma parcela relevante dos encargos correspondentes, ainda que não seja de sua competência prover diretamente serviços em favor dos usuários.

¹⁵ *La teoría del derecho administrativo como sistema*. Madrid-Barcelona: INAP – Marcial Pons, 2003, p. 73.

¹⁶ O que não significa que seja apenas e exclusivamente um dever estatal. Trata-se de um dever que se impõe a todos. Bem por isso, poderá conduzir à imposição de obrigações a sujeitos privados, tanto quanto a entes estatais.

¹⁷ Isso não equivale a afirmar que os Municípios não disponham da possibilidade de tomar empréstimos internacionais. Como o texto aponta, isso não elimina a necessidade de participação pelo menos da União, por meio do Senado Federal (CF/88, art. 52, inc. V).

VIII.3 A impossibilidade de restringir a competência federativa

33. A relação direta e imediata entre saneamento básico e direitos fundamentais gera a impossibilidade de circunscrever competências federativas nesse tema. Não é cabível restringir exclusivamente a um dos entes federados a titularidade da competência para promover direitos fundamentais¹⁸. Ou seja, deve prevalecer uma interpretação sistemática no sentido de que todos os entes federados são titulares de competências relativamente a saneamento básico, ainda que a organização e a prestação dos serviços públicos possam ser da titularidade do ente local.

Portanto, a existência de dispositivos constitucionais indicando que certos entes federados são investidos em determinados poderes relativamente a atividades pertinentes ao saneamento básico não significa a exclusão da atuação dos demais entes no mesmo âmbito.

IX. A distribuição de competências aos diversos entes federados

34. Mas há regras específicas, que não podem ser ignoradas.

34.1. Assim, a disciplina e a atuação pertinentes a inúmeros setores diretamente relacionados à questão ambiental envolvem competências atribuídas conjuntamente à competência dos diversos entes federados.

É evidente que assim se passa com os objetivos fundamentais da República brasileira, referidos no art. 1º e no art. 3º.

Mas o art. 23 previu a competência comum entre todos os entes federados para cuidar da saúde e assistência pública (inc. II), para proteger o meio-ambiente e combater a poluição (inc. VI), para preservar as florestas, a fauna e a flora (inc. VII), para acompanhar e fiscalizar a exploração de recursos hídricos e minerais (inc. XI). De modo especial, do art. 23 aludiu à promoção da melhoria das condições de saneamento básico.

Esses mesmos temas, basicamente, estão sujeitos à competência legislativa comum do art. 24.

34.2 Por outro lado, a União recebeu certas competências normativas e regulatórias privativas, no art. 21. Assim, cabe a ela instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (inc. XIX), tal como instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive saneamento básico (inc. XX).

34.3 Existe, ademais, a regra do art. 25, § 3º, que dispõe acerca da competência estadual para implementar regiões metropolitanas, cogitando da integração da organização, planejamento e execução de "funções públicas de interesse comum". Esse dispositivo já demonstra como a Constituição reconhece a necessidade de articulação entre os diversos Municípios para cumprimento de funções de interesse supramunicipal.

¹⁸ Reconheço que o argumento pode provar demais. Partindo da concepção de que serviços públicos são aqueles necessários à promoção direta e imediata dos direitos fundamentais, o resultado seria a ausência de competências federativas privativas em matéria de serviço público. O signatário aceita integralmente esta última asserção, com a ressalva de que as competências ditas privativas apenas podem ser reconhecidas se o ente federativo dispuser de condições materiais e jurídicas para prover os serviços.

35. Portanto, não é correto ignorar as inúmeras passagens em que a Constituição reconhece que aspectos pertinentes ao saneamento básico são de titularidade também da União, dos Estados e do Distrito Federal.

X. A extrapolação do interesse meramente local

36. O argumento fundamental para reconhecer a competência municipal relativamente a inúmeros serviços públicos abrangidos no âmbito do saneamento básico reside na regra do art. 30, inc. V, da CF/88. Ali está previsto caber aos Municípios "organizar e prestar... os serviços públicos de interesse local...".

A identificação do interesse como local envolve, na tradição brasileira, um critério de natureza geográfica. O interesse local é aquele que se circunscreve aos limites do território municipal.

X.1 O conteúdo do critério geográfico

37. Se a prestação de um serviço público pressupuser o desempenho de atividades no âmbito de mais de um Município, então a titularidade do serviço não será exclusiva e privativa dele. Poderá reconhecer-se a competência conjunta dos diversos Municípios envolvidos. Se, no entanto, for impossível atingir-se a resultado satisfatório por meio da atuação concertada entre os Municípios, deverá reconhecer-se a competência do Estado em que esses Municípios se situarem – ainda que se deva reconhecer a co-existência de interesses entre Estado e Municípios.

Por igual, se a satisfação das necessidades envolver atuações no âmbito de mais de um Estado, a titularidade do serviço não poderá ser privativamente daquele Estado. Haverá interesses supra-estaduais, que recaem no âmbito da titularidade da União.

Quando se alude à necessidade de atuações no âmbito de mais de um Município ou Estado, está a referir-se à impossibilidade de prestação das utilidades em que se consubstancia o serviço público através da execução material de atividades na circunscrição territorial correspondente.

38. E assim se põe porque a titularidade do serviço público não poderá conduzir um ente político a exercer atividades materiais além dos limites de seu território. Como visto, ainda que não se possa aludir a alguma manifestação de soberania dos diversos entes políticos integrantes da federação brasileira, no seu relacionamento interno, é evidente que sua autonomia recíproca se traduz numa inviolabilidade territorial. Cada Município e cada Estado é titular da competência para exercer atividades no âmbito dos próprios territórios. A autonomia federativa de cada ente federativo significa que cada qual dispõe de competência sobre os próprios territórios. Essas competências apresentam uma vertente positiva e outra negativa.

A vertente positiva da competência equivale à afirmativa de que o território de um ente federativo pode (deve) ser utilizado para o desenvolvimento de atividades daquele ente.

A vertente negativa da competência corresponde à vedação de que um ente federativo desempenhe atividades no âmbito territorial de outro ente.

Talvez o exemplo mais evidente de utilização desse critério envolva as rodovias públicas. Podem diferenciar-se rodovias municipais, estaduais e federais. É evidente que todo e qualquer

trecho de rodovia estará localizado no território geográfico de um Município e de um Estado. A dissociação entre serviços públicos atinentes a rodovias municipais, estaduais e federais deriva, preponderantemente, da extensão física. Se a rodovia ultrapassar os limites de um único Município, deverá ser qualificada como estadual ou federal, conforme se mantenha no âmbito de um Estado ou ultrapasse seus limites.

39. Antes de tudo, cabe anotar que essa abordagem produz dificuldades. É muito difícil estabelecer um critério objetivo de delimitação geográfica dos interesses. Os interesses envolvem necessidades, as quais não se referem direta e imediatamente a uma circunstância geográfica. Basta considerar, por exemplo, o serviço público de cunho educacional. É impossível reconhecer um interesse público delimitável espacialmente. Não é casual a existência de instituições federais, estaduais e municipais, refletindo a pluridimensionalidade do interesse, mesmo sob o prisma geográfico.

Aliás e se assim não o fosse, a Constituição Federal nem teria estabelecido um elenco de serviços públicos federais. Bastaria recorrer à "natureza" do serviço para identificar sua titularidade. Essa solução seria juridicamente inviável e propiciaria uma enorme disputa de competências entre as diversas entidades federativas.

X.2 A discriminação de competência por critério de titularidade de bens

40. Mas há um outro critério de cunho objetivo que permite identificar a titularidade do serviço. Trata-se da titularidade dos bens públicos dos quais se extraem as utilidades materiais necessárias à prestação do serviço público. Se um serviço público envolver a exploração de bens públicos, a titularidade do serviço deverá reputar-se como pertencente ao ente público titular de seu domínio.

40.1. Essa solução deriva da sistematização constitucional. Se um ente federal necessitasse valer-se de bens de outro ente para prestar seus serviços públicos, estaria instaurado um potencial conflito entre eles¹⁹. Teria de resolver-se através da renúncia ou do ente federativo ao domínio de seu patrimônio ou de outro ente federativo a prestar serviços públicos. Ambas as alternativas são problemáticas e indesejáveis. Até se admite a possibilidade de eventual conflito entre os sujeitos da Federação a propósito da necessidade de apropriação de bens alheios, mas essa hipótese se reveste de absoluta excepcionalidade.

40.2. Para ratificar esse entendimento, pode verificar-se, além do mais, a solução constitucional adotada a propósito dos potenciais de energia hidráulica (CF/88, art. 20, inc. VIII). Foram eles enquadrados constitucionalmente como bens de propriedade da União. Essa alternativa derivou da circunstância de ser a União a titular da competência para prestar os serviços públicos de geração de energia elétrica. Para não deixar espaço a dúvidas, o dispositivo que define essa competência (CF/88, art. 21, inc. XII, al. "b") determina que a União exercitará suas atribuições "em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos".

Tal regra deriva de que o art. 26, inc. I, da CF/88 determina serem de domínio dos Estados "as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em

¹⁹ Em muitos casos, a utilização de bens de titularidade alheia é meramente acessória. Assim se passa, por exemplo, com os serviços públicos de telefonia ou de distribuição de energia elétrica. Esses serviços são federais, mas sua prestação envolve, em grande parte dos casos, a utilização das vias públicas de titularidade municipal. Nesse caso, há interesse municipal na questão, mas o serviço continua a ser federal. Mas isso não afasta o direito de o Município dispor sobre as condições de utilização de seu território.

depósito...". De modo geral e excluídas aquelas de domínio de terceiros, as águas são de propriedade dos Estados, ressalvadas aquelas de titularidade da União (art. 20, inc. III).

Logo, há interesse imediato dos Estados a propósito do destino que se derem aos rios, especialmente quando houver a captação de água para prestação de serviços públicos.

40.3. Até podem existir águas de domínio municipal²⁰. Mas, na maior parte dos casos, essas hipóteses corresponderão a correntes de água de dimensão e relevância mais reduzida.

40.4. Não se argumente que os rios e as águas são bens públicos de uso comum do povo (Cód. Civil, art. 99, inc. I). O Direito não assegura que uma pessoa qualquer (pública ou privada) possa apropriar-se, por vontade própria e isolada, do bem público de uso comum para utilização de modo privativo. Se alguém pretender valer-se de modo privativo de um bem público de uso comum, deverá obter a concordância do sujeito titular desse bem.

Logo, a empresa privada que necessitar apropriar-se da água de um rio para produzir refrigerantes não estará legitimada a captar o quanto necessitar, sem outras formalidades. O mesmo raciocínio se aplica a propósito da prestação de serviços públicos. Ainda que a água seja necessária à prestação dos serviços públicos essenciais, o Município não estará liberado para pura e simplesmente apropriar-se dos recursos hídricos de titularidade alheia.

É evidente que a exposição acima não reflete a concepção de que a União ou o Estado dispõem de alguma espécie de competência discricionária para opor-se à utilização da água para satisfação das necessidades essenciais. O que se afirma é que União e Estado manterão a titularidade sobre a água e disporão de competência para regular a sua utilização por parte dos Municípios.

41. Os pressupostos acima delineados, ainda que não se prestem a compor uma teoria completa acerca da titularidade dos serviços públicos, são suficientes para demonstrar algumas teses essenciais para o presente parecer.

X.3 A complexidade dos serviços de saneamento nas metrópoles

42. Há uma tendência a reputar que inúmeros serviços públicos pertinentes ao saneamento básico seriam de interesse meramente local, do que derivaria a titularidade municipal para a sua prestação.

42.1. Afinal, o fornecimento de água, a coleta de esgotos, a limpeza pública interessam, em princípio, aos habitantes de cada cidade. Mais ainda, é possível imaginar que cada Município se valeria de seus exclusivos recursos para promover o fornecimento de tais serviços.

42.2. Ocorre que a evolução sócio-econômica, o crescimento das grandes metrópoles e a multiplicação de Municípios produziu um fenômeno muito peculiar a propósito dos serviços públicos de saneamento.

43. Verificou-se uma ampliação enorme das populações das cidades brasileiras.

43.1. O êxodo rural produziu a transferência do habitante do campo para a cidade. Intensificou-se um processo de migração populacional das regiões mais carentes.

²⁰ Os desavisados poderiam supor que todos os cursos de água seriam de titularidade federal ou estadual, em virtude da redação da CF/88. Essa orientação deve ser adotada com cautela. Reputo que há a possibilidade de domínio municipal nas hipóteses em que o Direito admite o domínio não público. Ou seja, nos casos em que se admite o domínio privado sobre um determinado curso de água é perfeitamente possível que a titularidade seja do Município.

43.2. Isso gerou o surgimento de carências nos mais diversos setores.

44. Considere-se a questão dos serviços de água tratada, por exemplo. As dimensões quantitativas da população inviabilizaram, na maior parte das grandes cidades, a obtenção nos próprios limites geográficos do Município das quantidades necessárias ao fornecimento de água tratada no âmbito local.

Os maiores Municípios brasileiros não são auto-suficientes em matéria de água, dependendo da captação de recursos hídricos existentes nos territórios de Municípios vizinhos. Aliás, em muitos casos, essa captação faz-se em locais muito distantes, com transporte do líquido por dezenas ou centenas de quilômetros.

45. As quantidades de dejetos líquidos e sólidos gera problemas que somente podem ser solucionados em locais especializados, que utilizem técnicas adequadas para preservar o meio-ambiente. A dimensão do problema – as enormes quantidades de dejetos sólidos, por exemplo – demanda soluções compatíveis.

46. Por outro lado, a própria extensão territorial das grandes cidades tornou impossível delimitar o fornecimento dos benefícios do saneamento aos domiciliados em Município determinado e específico.

46.1. Mais precisamente, as grandes metrópoles passaram a se estender pelo território geográfico de diversos Municípios. Surgiram as chamadas conurbações, cidades de dimensões extraordinárias, em que a configuração urbana se prolonga por vários Municípios. O tema já era vislumbado de há muito, no cenário brasileiro, o que conduziu à introdução das já referidas regiões metropolitanas.

46.2. Lembre-se que essas características foram acentuadas em virtude da multiplicação de Municípios no Brasil. Verificou-se ao longo dos últimos dez anos um processo de segmentação dos Municípios maiores, de modo que o território de cada ente municipal foi reduzido para a criação de outro(s).

46.3. O resultado prático é uma ausência de diferenciação física no tocante aos diversos Municípios. Os habitantes circulam, de modo indistinto, pelo território dos diversos Municípios contíguos, usufruindo indistintamente dos serviços públicos prestados²¹.

Há uma dificuldade material insuperável para diferenciar os habitantes de cada Município para efeito da identificação da titularidade da competência para prestação do serviço público.

47. Como resultado, as soluções no tocante ao saneamento dependem, especialmente nas grandes cidades, de atuação conjunta, integrada e harmônica de diversos entes políticos. Considere-se, ainda outra vez, a questão do fornecimento de água tratada.

47.1. Em grande parte dos casos, a água necessária ao abastecimento é obtida de cursos de água de propriedade federal ou estadual ou, mesmo, de outros Municípios. O transporte do líquido faz-se através do território de outros entes políticos autônomos.

47.2. Como decorrência, verifica-se uma espécie de sistema interligado de abastecimento de água. Os dutos de transporte do líquido permitem o fornecimento do líquido

²¹ O saneamento básico produz reflexos positivos sobre o conjunto da população, ainda quando seja possível reconhecer que algumas utilidades são prestadas diretamente a pessoas específicas. Considere-se, no entanto, o exemplo da varrição das ruas: não há pessoa determinada que se beneficie. A saúde de todos os passantes é protegida, mesmo quando habitem o Município vizinho.

para uma pluralidade de Municípios vizinhos. É inviável diferenciar materialmente as infra-estruturas de propriedade de cada Município. Também é problemático determinar a titularidade do domínio do líquido transportado²².

Ou seja, se fosse possível supor que a água a ser fornecida para os habitantes de um determinado Município seria aquela de propriedade dele, ter-se-ia um impasse insuperável. Não há forma material de diferenciar a água que será consumida por um Município específico.

47.3. Situação similar se verifica no tocante aos dejetos líquidos, especialmente em virtude do interesse de eventual reaproveitamento do líquido submetido a processos físicos e químicos de tratamento.

47.4. Até para fins de ampliação da escala de atuação econômica, acaba por se integrar também o sistema de coleta de esgotos. Desse modo, pode obter-se inclusive uma redução de custos.

48. Esse panorama permite compreender, de todo o modo, a dimensão enorme dos investimentos necessários à operacionalização do sistema de saneamento básico em uma grande metrópole.

Surgem grandes dificuldades, na medida em que a implementação do sistema pressupõe montantes de recursos superiores aos disponíveis nos diversos Municípios, isoladamente considerados.

49. Como resultado material, torna-se impossível promover a prestação dos serviços de saneamento básico, nas metrópoles, a partir da concepção da titularidade municipal. Se cada Município for titular dos serviços na área de seu território, então será possível a cada qual adotar solução técnica e jurídica diversa. Isso significará a pluralidade de soluções conflitantes entre si, com enorme risco de colapso no fornecimento de um serviço essencial – talvez o mais essencial de todos os serviços públicos.

Basta imaginar a eventual existência de divergências políticas entre dois Municípios vizinhos, que conduzam à recusa de um em permitir a captação de água em seu território para abastecimento da população do outro. Haveria o risco de proibição da utilização do território municipal para implantação de sistemas de transporte de água.

50. Não se olvide, no entanto, que o art. 26 da CF/88 atribuiu à União e aos Estados a titularidade da maior parte das águas existentes no Brasil. Isso significa a impossibilidade de apropriação dessas águas por ato unilateral dos Municípios²³. É evidente que o argumento de que as águas se encontram no território municipal não é prestável.

XI. A problemática econômica

51. Há um outro fator, cuja relevância prática nem sempre é reconhecida. Trata-se da dimensão econômica do problema. Ainda quando possa ser reconhecida a existência de um

²² A razão é evidente: as águas transportadas pelos tubos não podem ser diferenciadas, a não ser por ocasião da sua destinação final.

²³ O que, repita-se, não significa reconhecer que União e Estados poderiam, de modo arbitrário, impedir a utilização das águas de sua titularidade para satisfação de necessidades dos habitantes de um Município.

serviço público cuja prestação se circunscreva aos limites do território municipal, há situações em que o Município não dispõe de condições econômicas para promover as atividades pertinentes.

XI.1 Monopólios naturais e custos decrescentes

51.1. Os serviços públicos pertinentes a saneamento envolvem, usualmente, monopólios naturais. Vale dizer, são serviços cuja prestação exige custos fixos extremamente elevados, envolvendo custo marginal decrescente à medida que a escala da atividade se eleva.

Para utilizar linguagem mais próxima dos juristas, o monopólio natural se verifica quando o custo econômico de certa atividade é necessariamente inferior se houver um único prestador do serviço. A duplicação de operadores produzirá a duplicação de custos – com resultado prático tão elevado que será impossível a ambos os competidores obterem lucro ou oferecerem vantagens maiores para os usuários²⁴.

51.2. Mas uma outra característica relevante do monopólio natural se relaciona com a dimensão da escala. Quanto maior a escala de prestação da atividade, tanto menor o custo individual das unidades fornecidas. Assim o é porque a implantação da atividade envolve custos muito elevados.

É evidente que se faz necessário determinar, em cada caso, os limites econômicos da escala. É perfeitamente possível que, além de determinada dimensão da escala, produza-se a redução da eficiência econômica da atividade.

51.3. Ora, inúmeros Municípios brasileiros não dispõem ou de recursos financeiros para implantar as infra-estruturas necessárias à prestação dos serviços públicos pertinentes ao saneamento ou a escala de consumidores suficiente para produzir resultados satisfatórios.

Portanto e sem a participação²⁵ de outros entes federados, o resultado prático seria a insuficiência dos serviços de saneamento básico no âmbito desses Municípios. Isso infringiria, evidentemente, a sistemática constitucional vigente.

XI.2 A solução dos subsídios cruzados

52. Uma das soluções econômicas mais razoáveis para hipóteses dessa ordem são os chamados subsídios cruzados. Isso se produz por meio da integração do Município carente numa estrutura de prestação de serviços mais abrangente.

Isso equivale à diluição dos custos entre uma quantidade maior de usuários, transferindo-se os resultados econômicos satisfatórios obtidos em certa região para os usuários de áreas mais carentes.

XI.3 Os efeitos jurídicos da integração

53. É evidente, no entanto, que a integração do Município num sistema de serviços mais amplo produz efeitos jurídicos diferenciados. Não é cabível o Município pretender disciplinar a exploração do serviço tal como se fosse o titular único dos interesses envolvidos.

Os exemplos práticos para confirmação dessa tese podem ser multiplicados. A integração impõe o surgimento de um pólo central de gestão e orientação dos serviços. Não será cabível

²⁴ Sob a questão dos monopólios naturais, confira-se o entendimento do signatário em *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 179-180.

²⁵ A construção não significa defender a centralização dos serviços, mas apenas reconhecer que a articulação entre as diversas órbitas federativas se afigura necessária em inúmeras situações.

que cada Município pretenda impor soluções isoladas e desconexas no tocante aos diversos aspectos dos serviços.

Portanto, a integração produzirá benefícios econômico-sociais significativos, mas acarretará inevitável restrição à autonomia local no tocante à concepção, gestão e exploração dos serviços.

XII. A situação brasileira anterior e a solução jurídica adotada

54. É necessário observar que sempre houve plena consciência de que os encargos estatais atinentes ao saneamento básico tinham de ser assumidos pelos diversos entes federativos.

54.1. No início dos anos 70, a situação do saneamento básico em todo o Brasil era caótica e se agravava de modo crescente em face das perspectivas de transferência das populações rurais para o ambiente urbano. Verificou-se que a elevação dos níveis básicos de dignidade da pessoa humana demandava esforços coordenados entre todas as esferas de governo para superar as deficiências estruturais no setor. Os Municípios não dispunham nem de tecnologia, nem de recursos humanos, nem de capitais suficientes para promover uma verdadeira revolução, necessária e impostergável.

54.2. Implantou-se, em virtude disso, um programa de dimensão nacional, em que União e Estados assumiam relevantes atribuições para assegurar a universalização do fornecimento de água tratada e de coleta de esgotos domiciliares. Surgiu, desse modo, o Plano Nacional de Saneamento – Planasa.

54.3. Sob o ponto de vista jurídico, a existência do Planasa não significava a supressão da titularidade da competência municipal para a prestação dos serviços públicos de saneamento. Mas facultava aos Municípios participar de projetos comuns entre todas as órbitas da Federação, que lhe assegurariam investimentos e tecnologias indispensáveis à superação das dificuldades locais.

Talvez se pudesse configurar o Planasa como uma grande manifestação de convênio entre a União, os Estados e os Municípios, tendo por objeto o desenvolvimento das políticas e das intervenções indispensáveis à implantação de infra-estruturas fundamentais no tema do saneamento.

54.4. Como toda manifestação dotada dessa natureza jurídica, o Planasa não apresentava cunho compulsório. Nenhum Município seria constrangido a participar desse Programa. Aliás, a intrínseca autonomia política das entidades federativas era incompatível com a concepção da compulsoriedade.

Mas a recusa de participação no aludido convênio dificultaria ou, mesmo, impediria a transferência de recursos financeiros, de tecnologia e de mão-de-obra especializada.

55. Essa solução de cunho associativo se traduziu na implantação de entidades administrativas dotadas de autonomia formal. Foram as companhias estaduais de saneamento, estabelecidas como sociedades de economia mista sob controle estadual, mas vocacionadas à prestação de serviços públicos de titularidade municipal.

Observe-se que a assunção dos serviços públicos de saneamento por parte das companhias estaduais dependia da adesão dos Municípios ao projeto comum, retratando uma forma de participação no convênio interfederativo. Tanto assim que a decisão do Município em outorgar

a prestação dos serviços de saneamento à companhia estadual conduzia à aquisição de sócio da aludida entidade. Portanto e embora sob controle estadual, a companhia de saneamento tem entre seus sócios todos os Municípios no âmbito dos quais presta os serviços de saneamento²⁶.

Através da companhia estadual, cada Estado captou (e continua a fazê-lo) empréstimos e investimentos nacionais e internacionais, o que tem propiciado as inversões em montantes correspondentes à dimensão das necessidades públicas.

56. Ocorre que as concepções econômicas, políticas e jurídicas atinentes ao antigo Planasa refletiam a situação existente nos anos 70. Afigura-se como muito relevante a revisão das políticas públicas atinentes ao saneamento básico, inclusive com a sua adequação à Constituição de 1988. Esse é o fundamento para o encaminhamento de um anteprojeto de lei disciplinando a matéria.

XIII. A titularidade dos serviços públicos de saneamento

57. Todas essas considerações fundamentam algumas conclusões.

58. A primeira reside em que todos os entes federados estão comprometidos a aplicar seus recursos e seus poderes na promoção das atividades necessárias ao saneamento básico.

Por outro lado, a Constituição distribui competências, especialmente legislativas, entre os diversos entes federados no tocante à questão do saneamento básico.

Isso significa que existem competências privativas da União e dos Estados atinentes ao saneamento básico, tal como também há competências comuns.

Portanto é necessário reconhecer que as competências da República brasileira relativas ao saneamento básico não se restringem à titularidade para organizar e prestar serviços públicos.

59. Mesmo no tocante à organização e prestação de serviços públicos pertinentes a saneamento básico, pode ou não haver competência municipal privativa.

Em determinados casos, as condições físico-sociais podem permitir que o Município, de modo isolado e autônomo, desempenhe todos os serviços correspondentes.

Mas, em um grande número de casos, a situação será diversa. Poderá verificar-se a impossibilidade de uma atuação auto-suficiente do Município. Será necessária a integração entre diversos Municípios, com participação eventual do próprio Estado para propiciar o desempenho satisfatório e adequado dos aludidos serviços públicos.

60. Nas hipóteses em que um determinado Município não dispuser de condições materiais para satisfazer as necessidades pertinentes à prestação dos serviços de saneamento básico, haverá interesse e titularidade comuns entre o Município e o Estado.

²⁶ É desnecessário destacar que o exame acima realizado apresenta natureza puramente jurídica. Não é o caso de examinar o modelo anterior sob o prisma político ou gerencial – até porque essas questões são alheias ao presente estudo. Em outras palavras, a exposição acima não importa nem aplauso nem reprovação ao modelo anterior.

60.1. A co-titularidade estadual e municipal do serviço supramunicipal é uma solução jurídica derivada diretamente da Constituição. Sempre que um determinado serviço ou bem não se contiver no âmbito de um Município único, configurar-se-á um interesse conjunto entre dito Município e outros entes federativos. Poderá haver uma composição de interesses entre diversos Municípios, como também será possível a atuação cooperativa com o Estado.

No caso específico, o que se verifica é que o Estado será co-titular de interesse para prestação do serviço público de saneamento básico, quando se verificar a impossibilidade de um único e determinado Município desempenhar as atividades indispensáveis à satisfação das correspondentes necessidades e se for impossível aos diversos Municípios atingirem a uma solução de comum acordo e amigavelmente.

60.2. Isso não significa a transformação do serviço público em estadual. Permanece existindo o interesse caracteristicamente local, concomitantemente com a titularidade estadual. Passa a haver uma comunhão de interesses, que permite qualificar o serviço como de titularidade comum. Ou seja, tanto Estado como Município serão titulares daquele interesse público, tornando-se imperiosa a atuação conjunta e harmônica entre eles para desenvolvimento das atividades correspondentes.

61. Por outro lado, é perfeitamente possível que a dimensão dos interesses envolvidos ultrapasse os limites de um Estado. Isso produzirá a federalização da questão, com as mesmas restrições e características anotadas no item imediatamente anterior.

62. Ressalte-se que tais considerações não se traduzem na pura e simples faculdade da intervenção estadual para a prestação do serviço público de saneamento, nas hipóteses cogitadas. Ao se afirmar que a titularidade para a prestação dos serviços públicos é de competência conjunta, pretende-se imputar ao Estado e à União o dever de atuar para satisfazer certas necessidades que um ente federado, isoladamente, não dispõe de condições para solucionar.

Trata-se de reconhecer, portanto, que a titularidade de um serviço público configura uma função, o que equivale a afirmar a existência de um dever-poder de um ente estatal.

XIV. Síntese: Evolução em vista de um "princípio da subsidiariedade"?

63. O pensamento jurídico constatou que "a tendência em direção a uma acentuação progressiva das competências federais parece ser um fenômeno irresistível em todas as federações, nas quais as forças centrípetas prevalecem sobre aquelas centrífugas"²⁷.

Essa tendência foi traduzida, no âmbito do Direito europeu, pela afirmação do chamado princípio da subsidiariedade²⁸.

²⁷ LUCIFREDI, Pier Giorgio. *Appunti di Diritto Costituzionale Comparato, 4. Il Sistema Tedesco*. 6ª ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 31.

²⁸ Portanto, o princípio da subsidiariedade é um critério de definição de competências em Estados federados.

Esse princípio encontra suas raízes na doutrina católica. Reconhece-se a sua primeira formulação na Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 1931²⁹. Esse princípio foi incorporado no art. 72 da Lei Fundamental alemã, que estabeleceu uma cláusula geral reservando a competência federal quando (a) uma questão não possa ser regulada eficazmente pela legislação isolada dos *Länder*, (b) a regulação de uma questão por lei de um *Land* poderia lesar os interesses de outros *Länder* ou da coletividade; ou (c) tal seja exigido para tutelar a unidade jurídica ou econômica³⁰.

O princípio da subsidiariedade foi adotado pelo então artigo 3b do Tratado da Comunidade Européia (Maastricht), que passou a ser o art. 5º (em virtude das alterações de Amsterdã, em 1998):

"Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objectivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam, pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário"³¹.

O Tratado de Amsterdã contém, ainda, um Protocolo atinente aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Ali se estabeleceu (no item 3) que "A subsidiariedade constitui um conceito dinâmico.... Permite alargar a ação da Comunidade, dentro dos limites das suas competências, se as circunstâncias o exigirem e, inversamente, limitar ou pôr termo a essa acção quando esta deixe de se justificar"³².

O princípio da subsidiariedade é, atualmente, um dos alicerces sobre os quais se baseia a União Européia³³, tal como expressamente reconhecido pela Corte de Justiça das Comunidades Européias, no julgamento do Caso 2 BvR 2134 e 2159/92, envolvendo a República Federal da Alemanha e a Corte Constitucional Federal³⁴. Isso não significa que seja pacífica a interpretação do significado e da extensão da subsidiariedade³⁵.

A aplicação formal no Brasil do princípio da subsidiariedade, como instrumento de legitimação da competência da União, dependeria de uma alteração do texto constitucional.

Mas isso não impede a adoção de uma interpretação constitucional norteadada pelo princípio da subsidiariedade, especialmente nas hipóteses em que a discriminação constitucional de competências federativas se afigurar dúbia. É inafastável o reconhecimento de que a federação não pode significar a vedação à atuação da União ou dos Estados em hipóteses em que tal for indispensável para assegurar providências indispensáveis à promoção dos direitos fundamentais.

²⁹ Confira-se VAN KERSBERGEN, Kees; BERTJAN-VERBEEK. The Politics of Subsidiarity in the European Union, *Journal of Common Market Studies*, vol. 32, n. 2, june 1994, p. 221.

³⁰ LUCIFREDI, Pier Giorgio. *Appunti di Diritto Costituzionale Comparato*, 4. *Il Sistema Tedesco*, cit., p. 30-31.

³¹ VILAÇA, José Luís; GORJÃO-HENRIQUEZ, Miguel. *Tratado de Amesterdão*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 37. O dispositivo não sofreu alteração por efeito do Tratado de Nice de 2001.

³² VILAÇA, José Luís; GORJÃO-HENRIQUEZ, Miguel. *Tratado de Amesterdão*, cit., p. 264.

³³ Confira-se HARLEY, T. C. *The Foundations of European Community Law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 111 e ss. Esse autor anota que a primeira aplicação do princípio da subsidiariedade no nível europeu remonta a questões ambientais, na década de 1970.

³⁴ Confira-se *The Relationship between European Community Law and National Law: the Cases* (ed. by OPPENHEIMER, Andrew), Cambridge: Grotius Publications, 1994, p. 573.

³⁵ Conforme KERSBERGEN; BERBEEK, *The Politics of Subsidiarity...*, cit., p. 227 e ss.

Por outro lado, não se pode interpretar o federalismo brasileiro como uma forma de Estado em que os Municípios seriam legitimados a exercer competências ignorando as necessidades dos habitantes de outros Municípios.

A federação brasileira pressupõe, como dito, a integração e a colaboração entre os entes federados. Isso autoriza conceber o federalismo brasileiro à luz do princípio da subsidiariedade, o que conduz à rejeição de competências federativas absolutamente estanques. Isso deve ser aplicado especialmente a propósito dos serviços de saneamento básico.

XV. A minuta de Anteprojeto e os serviços públicos de saneamento básico de interesse local (art. 2º, incs. IX e X)

64. O Consultante estruturou a minuta de Anteprojeto sobre uma distinção entre serviços públicos de saneamento básico de interesse local e serviços públicos de saneamento básico integrados.

XV.1 A redação adotada na minuta de Anteprojeto

65. A distinção consta da definição contemplada no art. 2º, incs. IX e X, que apresentam as seguintes definições para as duas hipóteses:

"IX - serviços públicos de saneamento básico de interesse local:

a) o sistema de manejo de águas pluviais, ou a parcela dele que receba contribuições exclusivamente de um Município;

b) quando destinado a atender exclusivamente um Município, qualquer dos seguintes serviços:

1) a captação, a adução de água bruta ou tratada, o tratamento de água e a reservação para abastecimento público;

2) a interceptação e o transporte, o tratamento e a destinação final de esgotos sanitários; e

3) o transbordo e transporte, o tratamento e a disposição final de resíduos sólidos urbanos;

c) em qualquer caso: a distribuição de água, a coleta de esgotos sanitários, a varrição, a capina, a limpeza e a poda de árvores em vias e logradouros públicos, a coleta, a triagem, o reaproveitamento, o reúso e a reciclagem de resíduos sólidos urbanos e a microdrenagem;

X - serviços públicos de saneamento básico integrados: os serviços públicos de saneamento básico não qualificados como de interesse local".

XV.2 A terminologia "serviços de interesse local - serviços integrados"

66. Antes de qualquer outra consideração, é necessária uma advertência relativamente à terminologia adotada. A minuta de Anteprojeto utilizou a fórmula serviços públicos de saneamento básico "integrados" para indicar aqueles que não são de interesse local. Em princípio, não há nenhum problema quanto à terminologia, mas cabe uma advertência.

Os serviços ditos "integrados" são aqueles que não se inserem na competência municipal privativa. Portanto, pode-se cogitar que sua prestação far-se-á por meio de atuação "integrada" de diversos entes federados. Mas até se pode admitir que o serviço seja prestado mediante atuação isolada de um ente federado distinto do Município.

67. Ou seja, a expressão "serviços públicos integrados" gera a idéia – que não é necessariamente correta – de uma atuação conjugada e integrada de diversos entes federados.

É imperioso ter em mente que o Anteprojeto utiliza a expressão "serviços públicos integrados" em contraposição àqueles "de interesse local". Portanto, trata-se de uma expressão terminológica para indicar os serviços públicos de saneamento básico cuja prestação não é de titularidade privativa de um determinado Município – podendo envolver a atuação conjunta e concertada de diversos Municípios, com ou sem a participação estadual (ou, mesmo, federal).

XV.3 Os serviços de interesse local

68. Os serviços de saneamento básico de interesse local são aqueles cuja prestação incumbirá de modo privativo a um determinado Município.

XV.3.1 A definição dos serviços de interesse local

69. Segundo o anteprojeto, existem três categorias de serviços de saneamento básico de interesse local.

69.1. A primeira categoria de serviços é composta pelos serviços de interesse local "por natureza e custeio econômico" (art. 2º, inc. IX, al. "a"), em que há um critério material conjugado a um critério de financiamento. Essa categoria é composta pelos serviços de manejo de águas pluviais mantidos por um determinado Município.

69.2. A segunda categoria é a dos serviços de interesse local "por natureza e destinação espacial" (art. 2º, inc. IX, al. "b"). Adota-se um critério material relacionado com o âmbito espacial de sua prestação.

69.3. A terceira categoria, na verdade, confunde-se com a segunda. Os serviços referidos no art. 2º, inc. IX, al. "c", também são identificados pela conjugação de um critério material (natureza da atividade) com um critério geográfico (local onde se desenvolvem).

A distinção entre a segunda e a terceira categoria deriva de uma presunção absoluta adotada no Anteprojeto. Trata-se da suposição de que os serviços referidos na al. "c" nunca poderão interessar senão ao Município em cujo território se promove a sua prestação. Já os serviços indicados na al. "b" poderão ou não afetar um único Município, a depender das circunstâncias.

A presunção do art. 2º, inc. IX, "c", é de correção duvidosa. Poderá haver situação em que os serviços ali indicados afetarão os interesses de mais de um Município. Isso poderá ocorrer, por exemplo, no tocante a "triagem, reaproveitamento, reuso e reciclagem de resíduos sólidos urbanos". Poderá produzir-se, quanto a essas hipóteses, a configuração de serviços de saneamento básico integrados, especialmente nas grandes metrópoles.

XV.3.2 A avaliação da solução adotada

70. O Anteprojeto adotou, basicamente, o critério geográfico para a identificação dos serviços de saneamento básico de interesse local. Trata-se de uma solução bastante conservadora, sob o prisma jurídico.

70.1. A ponderação não equivale a reprovar a solução como inválida, mas a apontar sua eventual insuficiência.

70.2. Tal como já exposto, a estrita delimitação da área geográfica da prestação de um serviço público não é suficiente para promover a discriminação de competências.

Um exemplo simples é a utilização de águas de domínio estadual ou federal para o atendimento das necessidades de um específico e determinado Município.

XV.3.3 A constitucionalidade da solução adotada

71. Como dito, as ponderações acima não se destinam a negar a validade de uma tese fundamental do Anteprojeto e que está no núcleo de um dos quesitos apresentados. Não é juridicamente correto afirmar que todo e qualquer serviço público de saneamento básico se configura necessariamente como de interesse local. Ou seja, há serviços públicos de saneamento básico que não são de titularidade privativa de um único Município, o que se passará quando os serviços envolverem o interesse conjunto de diversos entes federativos.

O que se afirma é que a discriminação da titularidade dos serviços de saneamento básico abrange critérios geográficos, mas também critérios de outra ordem, antes indicados.

XV.4 Os serviços públicos integrados

72. O art. 2º, inc. X, adota uma definição por exclusão, bastante sumária, para os serviços públicos de saneamento básico integrados.

XV.4.1 A definição adotada

73. O dispositivo restringe-se a afirmar que, não estando presentes os requisitos indicados nas três alíneas do inc. IX do art. 2º, haverá um serviço público integrado.

É possível, então, afirmar a existência de serviços integrados em situações bastante diversas. Há pelo menos duas situações inconfundíveis, cuja diferenciação pode ser feita em vista das condições estabelecidas nas als. "a" e "b" do inc. IX do art. 2º.

Consideram-se serviços integrados, em primeiro lugar, aqueles de manejo de águas pluviais (ou a parcela dele) que receba contribuições de mais de um Município.

Por outro lado, também serão considerados como serviços públicos integrados aqueles indicados no elenco da al. "b" do inc. IX quando forem destinados ao atendimento de mais de um Município.

XV.4.2 A ausência de definição do regime jurídico

74. O Anteprojeto não definiu o regime jurídico dos serviços públicos integrados. Ou seja, não há regras sobre o modo de sua prestação ou de explicitação do regime jurídico correspondente. O ponto mais sensível reside na ausência de indicação da titularidade da competência para dispor sobre os serviços públicos integrados. Existem referências aos planos de saneamento, mas há dificuldade em identificar, no corpo do Anteprojeto, a titularidade para estabelecer as condições da efetiva prestação dos serviços integrados. É evidente que não teria cabimento a lei infraconstitucional instituir regras inovadoras sobre o tema, cabendo-lhe tão-somente dar aplicação às soluções comportadas pela Constituição.

Presume-se que as condições atinentes à prestação dos serviços integrados será definida por via de leis locais ou de instrumentos de atuação integrada entre os diversos entes federados. Inúmeros dispositivos fazem referência ao tema, sem apresentar uma solução cristalina e precisa. Voltar-se-á à análise da questão a propósito do art. 10 e seguintes do Anteprojeto, que serão examinados abaixo.

Terceira Parte - O conceito de "diretriz" no art. 21, XX, da CC/88

75. Como dito acima, a competência atinente aos serviços de saneamento básico não se restringe à questão da titularidade para a prestação dos serviços públicos propriamente ditos. Há competências de outra ordem, tal como aquelas de natureza regulatória.

Nesse cenário, é relevante examinar o conceito de "diretriz", tal como contemplado no art. 21, inc. XX, da CF/88, dispositivo que atribui à União competência para "instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos".

XVI. A conceituação jurídica de "diretriz"

76. A expressão "diretriz" tem ampla significação semântica, o que deve ser reconhecido como pressuposto da interpretação jurídica.

XVI.1 Acepção vulgar (ampla) e acepção técnico-jurídica (restrita)

77. O vocábulo diretriz indica a "direção" para algo, o que compreende, inclusive, as normas de conduta. Em uma acepção ampla, todas as normas de conduta (jurídicas ou não) podem ser qualificadas como diretrizes.

Mas, sob o prisma jurídico, a expressão apresenta significado mais restrito.

78. A expressão "diretriz" foi utilizada pela Constituição em inúmeras outras oportunidades.

Assim, o próprio art. 21, inc. XXI, também contempla a competência federal para editar diretrizes para o sistema nacional de viação.

O art. 22 atribui à União competência para editar leis sobre diretrizes da política nacional de transportes (inc. IX) e diretrizes e bases da educação brasileira (inc. XXIV).

O art. 48, inc. II, prevê a competência do Congresso Nacional para editar lei sobre diretrizes orçamentárias. Há inúmeros dispositivos constitucionais sobre diretrizes orçamentárias.

O art. 182 prevê que a política de desenvolvimento urbano será executada segundo as diretrizes fixadas em lei.

Essa breve exposição já evidencia que a expressão "diretriz" não pode ser interpretada como sinônimo de norma jurídica, no contexto da CF/88.

XVI.2 Competência legislativa e competência para editar diretriz

79. É fundamental destacar que a disciplina constitucional pertinente ao tema das "diretrizes" não foi incluída no dispositivo relativo à competência legislativa.

A competência legislativa da União está prevista no art. 22, enquanto a alusão a diretriz consta do art. 21. Não se trata de um argumento meramente topológico, mas envolve a constatação de que a CF/88 distinguiu, de modo sistemático e racional, as competências legislativas daquelas de outra ordem. Essa distinção conduz ao reconhecimento de que as referências a "diretrizes" não foram contempladas no conjunto das competências legislativas da União.

80. O art. 21 – no qual se encontra a referência a diretrizes sobre saneamento básico – não disciplina competência legislativa, mas competências de diversa natureza. Assim, esse dispositivo atribui à União o poder para emitir moeda – o que envolve tanto uma competência regulatória como também material. A especificação dos serviços públicos de titularidade da União consta do art. 21.

81. Ou seja, a Constituição previu a competência para editar diretriz como algo substancialmente diverso da competência para editar lei. Isso fica cristalinamente evidente nos casos em que a Constituição impõe que as diretrizes deverão ser veiculadas por meio de lei. Em tal hipótese, a União recebe a competência para editar lei dispondo sobre diretrizes – é o que se passa no tocante às diretrizes da política nacional de transportes e do sistema educacional (art. 22, incs. IX e XXIV).

Esse argumento evidencia, de modo cabal, que diretriz não é sinônimo de lei, no contexto da Constituição.

XVI.3 Diretriz e norma geral

82. É relevante observar que o art. 21, inc. XX, aludiu a diretriz sobre saneamento básico, mas não se valeu da fórmula clássica das “normas gerais”.

83. Como se sabe, a CF/88 sempre se preocupou, nas hipóteses de competências legislativas concorrentes, em assegurar à União a competência para editar “normas gerais”. A regra geral sobre o tema está contemplada no art. 24, § 1º.

Assim, a União tem competência para veicular normas gerais sobre direito urbanístico, meio-ambiente (na ampla acepção contemplada no art. 24, inc. VI, da CF/88), controle de poluição, proteção e defesa da saúde – setores que se relacionam, de algum modo, com o saneamento básico.

84. Pode presumir-se, então, que a diretriz não se confunde com uma norma geral. A União até pode dispor de competência para editar normas gerais em matérias pertinentes a saneamento. Mas, além disso, também dispõe do poder de editar diretrizes para o desenvolvimento urbano.

84.1. Embora as dificuldades atinentes ao conceito de “norma geral”³⁶, é evidente que se trata de uma regra editada legislativamente, destinada a dispor sobre determinado tema, vinculando os diversos entes da federação. Mais ainda, a própria solução contemplada no art. 24, § 2º, da CF/88 já indica que a norma geral é um esquema normativo amplo e abstrato, contendo as regras básicas sobre determinado tema. Em princípio, a norma geral comporta complementação por meio de normas específicas editadas por meio de cada ente federado.

84.2. A diretriz consiste, por sua natureza, numa disciplina de conduta. Mas a diretriz não se confunde com uma norma geral por se configurar com a eleição de fins e a escolha de soluções para solução de questões práticas. A fixação de diretrizes consiste na determinação das políticas a serem adotadas a propósito de certa atividade (estatal e privada).

84.3. A evidência concreta da distinção reside em que o mesmo art. 22, que atribui à União competência para editar diretrizes sobre o sistema nacional de transportes e a educação,

³⁶ O que se evidenciou no julgamento pelo STF da ADIN 927-3/RS, em que se questionava a validade de dispositivos da Lei nº 8.666. Sobre o tema específico, confira-se MARTINS, Ricardo Marcondes. As Normas Gerais de Direito Urbanístico. *Revista Brasileira de Direito Público*, nº 5, abr/jun-2004, p. 167 e ss.

determina também a competência federal para editar normas gerais em contratações administrativas (inc. XXVII). Ou seja, o art. 22 não utilizou as expressões *diretriz* e *norma geral* como sinônimas.

XVI.4 Diretriz e políticas públicas

85. Essas ponderações conduzem à orientação de que a figura da "diretriz" consiste, na terminologia constitucional, no veículo para a implementação de políticas públicas.

O tema foi versado com profunda acuidade por Maria Paula Dallari Bucci, que anotou que "Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados"³⁷.

A riqueza do conceito de política pública reside na incorporação da atuação política no âmbito jurídico. A política pública reflete uma concepção política sobre o modo de promover o bem-comum e contempla instrumentos de intervenção na realidade.

86. A diretriz consiste numa manifestação de intervencionismo estatal. Contempla a eleição de fins a serem atingidos tanto pela iniciativa privada como pelo aparato estatal, com a seleção dos meios admissíveis e não admissíveis para tanto. A diretriz é o meio pelo qual se traduz o planejamento estatal³⁸.

87. É evidente que a diretriz apresenta uma dimensão normativa, a qual pode ser mais extensa ou menos extensa. Determinar se uma diretriz é vinculante ou não para o Poder Público depende da determinação do próprio conteúdo da diretriz. Mas isso equivale a reconhecer que uma diretriz pode ser vinculante.

88. Essa orientação reflete a solução imposta, por exemplo, no art. 174 da CF/88, que determina que, "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

Aliás e não casualmente, o § 1º do mesmo art. 174 prevê que a lei disporá sobre diretrizes e bases do desenvolvimento nacional equilibrado.

89. Essa solução constitucional permite compreender a figura da diretriz como uma seleção quanto aos fins a serem atingidos e aos meios de seu atingimento, traduzindo a definição de uma política pública, que pode apresentar cunho vinculante preponderantemente para o Estado e será dotada de cunho preponderantemente indicativo para o setor privado.

89.1. As ressalvas incluídas na definição acima derivam de uma advertência arguta de Luiz Roberto Barroso, ao examinar o mesmo tema. Assevera, a propósito do art. 21, inc. XX, que "A União, portanto, poderá fixar parâmetros nacionais do que diz respeito à prestação do serviço de saneamento, como, e.g., de qualidade ou técnicos, de modo inclusive a inserir o saneamento na política nacional de gerenciamento de recursos hídricos. Não custa lembrar que 'instituir diretrizes' não autoriza a União a exaurir o tema, de modo a esvaziar a autonomia dos entes federativos competentes para prestar os serviços"³⁹.

³⁷ *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

³⁸ Nesse sentido, cf. PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. I, p. 574.

³⁹ Saneamento Básico: Competências Constitucionais da União, Estados e Municípios. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, tomo II, p. 125.

Ou seja, não se admite que, a pretexto de exercitar sua competência para planejar, a União elimine a autonomia federativa. Mas a eliminação da autonomia federativa apenas se produz quando o planejamento produzir a absorção de todos os poderes para decidir, com a imposição unilateral e isolada de decisões e soluções.

89.2. Por outro lado, também é inquestionável que as diretrizes federais poderão apresentar certa vinculatividade perante a iniciativa privada, tema que escapa aos limites do presente parecer e que não será aqui versado.

XVII. A aceitação voluntária das políticas federais

90. Além das diretrizes e normas gerais veiculadas pela União, é perfeitamente possível que os demais entes federais aceitem voluntariamente certas políticas delineadas na órbita central.

90.1. É muito problemático estabelecer um critério distintivo preciso e exato entre atos federais vinculantes e não vinculantes para os demais entes federativos. É fato que a Constituição reconhece à União a competência para emitir diretrizes e normas gerais, cuja adoção se imporá como obrigatória para Estados, Distrito Federal e Municípios. Mas a Constituição não fornece um critério distintivo cristalino nesse setor.

90.2. A problemática não é particular ao Brasil. Nos EUA, dificuldades semelhantes são enfrentadas por meio de uma prática consistente na voluntária adesão dos Estados às soluções concebidas pela União.

Anote-se que, nos EUA, a adesão voluntária dos Estados é incentivada pela obtenção de recursos públicos federais. Como ensina um estudioso, "Um dos mais poderosos instrumentos para a uniformidade na América é a autoridade do Congresso, suportada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, para oferecer fundos aos governos estaduais em troca da aceitação por eles de regras e standards federais, a famosa técnica da 'cenoura e da vara'"⁴⁰.

90.3. Daí se segue que, em grande parte dos casos, é desnecessário determinar se as diretrizes e normas editadas pela União devem ser compulsoriamente respeitadas pelos entes federativos. A adesão voluntária a programas e a políticas federais elimina a dificuldade prática. Ainda que a matéria se inserisse na competência privativa do Estado ou do Município, a participação no programa instituído pela União conduz à incidência das regras comuns por ela editadas.

90.4. Não existe, nessa prática, qualquer espécie de vício. Afinal, cabe à União a competência privativa para estabelecer critérios destinados a nortear a aplicação de seus recursos. Não teria cabimento submeter a União a promover transferências não compulsórias de recursos para que Estados e Municípios os aplicassem sem necessidade de observância de políticas de atuação comum.

Idênticas considerações podem ser adotadas relativamente às transferências voluntárias dos Estados aos Municípios que o integram.

⁴⁰ STEIN, Eric. *Thoughts from a Bridge – a retrospective of writings on New Europe and American Federalism*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2003, p. 309-310.

Quando não se trata dos recursos de transferência compulsória (assim qualificados pela Constituição), a União e os Estados dispõem de poderes para estabelecer políticas gerais, cuja observância poderá ser exigida como condição de participação.

Quarta Parte – As contratações entre sujeitos estatais

91. Uma outra manifestação da tendência à atuação coordenada entre entes federados autônomos é o incremento de avenças convencionais.

XVIII. A doutrina francesa

92. A experiência é largamente estudada na França, berço da concepção sobre o contrato administrativo.

Laubadère, Moderne e Devolvé lembram precedentes antigos, ocorridos ao longo do Séc. XIX⁴¹, mas com inovações significativas em tempos mais recentes. Surgiram contratações entre pessoas públicas tendo por objeto o exercício de competências, a disciplina de instituições e a programação concertada⁴².

Outro autor observou que "Incontestavelmente 'na moda', a parceria contratual entre entidades públicas existe hoje tanto no domínio da descentralização, entre coletividades de mesmo nível – fala-se nesse caso de cooperação horizontal – ou de posição desigual – a cooperação é dita então vertical –, como nos setores de equipamento, transportes, moradia, de meio-ambiente, de emprego, da cidade, da cultura, da juventude e dos esportes ou do ensino"⁴³.

Dreyfus lembra decisão do Conselho Constitucional, proferida em 19 de julho de 1983, no sentido de que "nenhum princípio ou regra de valor constitucional se opõe a que o Estado pactue convenções com as diversas coletividades territoriais da República, tais como as comunas, os departamentos, as regiões ou os TOM (Territórios Ultramarinos)"⁴⁴.

O "objeto das convenções não era definir essas competências mas de lhes 'harmonizar' (termo interessante porque ele subentende que os dois parceiros eram desde logo titulares de competências próprias e não que se produzia uma transferência de competências de um – que as tinha todas – em prol do outro – que não dispunha de nenhuma) as condições de exercício"⁴⁵.

⁴¹ LAUBADÈRE; MODERNE; DEVOLVÉ. *Traité des contrats administratifs*, 2ª ed. Paris: L.G.D.J, 1983, t. 1, p. 442.

⁴² Ob. cit., p. 448 e ss.

⁴³ DREYFUS, Jean-David. *Contribution a une theorie generale des contrats entre personnes publiques* Paris: L'Harmattan, 1997, p.11v

⁴⁴ DREYFUS, Jean-David. *Contribution a une theorie generale des contrats entre personnes publiques*. Paris: L'Harmattan, 1997, p. 47.

⁴⁵ DREYFUS, Jean-David. *Contribution a une theorie generale des contrats entre personnes publiques*. Paris: L'Harmattan, 1997, p. 53.

Mas há problemas que não podem deixar de ser superados, relativamente à questão das prerrogativas extraordinárias. Dreyfus lembra os contratos de plano entre o Estado e as coletividades territoriais, previstos na Lei n. 82-563, de 1982. Ali se determinou que a rescisão do contrato pelo Estado, antes do termo final previsto, apenas poderia ocorrer nas formas e condições expressamente estipuladas entre as partes⁴⁶.

O problema já fora considerado por Laubadère, Moderne e Devolvé, a propósito da dificuldade de aplicar o regime jurídico dito "exorbitante" a propósito de contratações em que ambas as partes compõem a Administração Pública⁴⁷.

XIX. A distinção entre contratos comutativos e contratos organizacionais

93. A dificuldade da doutrina francesa em vista dos contratos entre entidades administrativas deriva, ao ver do signatário, da ausência de consideração aos chamados "contratos organizacionais".

XIX.1 A concepção desenvolvida por Ascarelli

94. A figura foi delineada por Ascarelli⁴⁸, cujo pensamento influenciou fortemente (e por razões óbvias) ao Direito brasileiro. Tal como exposto em outra oportunidade⁴⁹, as pessoas integrantes da Administração Pública podem comprometer-se a conjugar esforços e recursos para o atingimento de fins de interesse comum. Nesses casos, existe uma contratação, na acepção da configuração de um acordo de vontades apto a gerar direitos e obrigações para as partes. Mas não é possível reconhecer-se um contrato exatamente idêntico àquele que é instrumento das trocas econômicas.

Ascarelli observou que a contratação clássica envolvia duas partes, cada qual com interesse contraposto ao da outra. O contrato oneroso ou comutativo, conhecido desde o Direito Romano, identificava-se pela função de troca. Cada parte era titular de determinados bens econômicos. O contrato era a via jurídica para que os bens de uma das partes fossem transferidos para o patrimônio da outra. Executada a prestação que incumbia a cada parte, estava exaurido o contrato. Ascarelli denominou a isso de contrato de escambo (ou contrato bilateral), cujo exemplo mais característico é a compra e venda.

Essa categoria não se confunde com os acordos que se destinam a promover uma estrutura de bens e a organização do esforço de pessoas para o desempenho de atividades de interesse comum. Esses contratos vinculam pessoas que não pretendem, de modo imediato, incorporar em seu patrimônio pessoal uma prestação que está no patrimônio do outro contratante. Há um interesse comum das partes, que é desenvolver de modo conjugado certas atividades – que propiciarão resultados que interessam de modo homogêneo a todos os contratantes. Ascarelli

⁴⁶ DREYFUS, Jean-David. *Contribution a une theorie generale des contrats entre personnes publiques*. Paris: L'Harmattan, 1997, p. 26.

⁴⁷ LAUBADÈRE; MODERNE; DEVOLVÉ. *Traité des contrats administratifs*. 2ª ed., Paris: L.G.D.J., 1983, t. 1, p. 448.

⁴⁸ Para aprofundar o exame, consultem-se *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1945, p. 257 e ss.

⁴⁹ Confira-se a obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 640.

adotou a terminologia “contrato plurilateral” para indicar uma característica marcante dessa espécie de avença. Contrariamente ao que se passa com os contratos de escambo, os contratos plurilaterais comportam uma pluralidade indeterminada de participantes. Mas esse tipo de contratação se diferencia não apenas em vista do número de participantes – até porque é possível uma contratação dessa ordem ser pactuada entre apenas duas pessoas. O aspecto fundamental é a natureza organizacional desses contratos. O exemplo mais evidente é o contrato de sociedade.

XIX.2 A relevância da distinção: diversidade de regimes jurídicos

95. A distinção entre essas duas categorias de contratos é relevante porque o regime jurídico clássico do Direito Civil foi construído em vista dos contratos bilaterais. Os contratos plurilaterais não podem ser subordinados, de modo automático e ilimitado, às regras apropriadas para os bilaterais.

Assim, não há limite (em princípio) ao número de partes num contrato plurilateral. Mas há diferenças significativas especialmente no tocante ao prazo de vigência, aos direitos e obrigações das partes, ao regime do inadimplemento e da rescisão.

Em outras palavras, o regime jurídico dos contratos plurilaterais não é idêntico àquele aplicável aos contratos bilaterais.

XIX.3 A aplicação da distinção às contratações públicas

96. Ascarelli se preocupava com os contratos organizacionais ou plurilaterais do Direito Privado. Mas é evidente que a construção é plenamente aplicável também ao Direito Público.

96.1. Usualmente, as contratações administrativas se configuram como contratos bilaterais ou de escambo. Quando a Administração Pública contrata com um particular a compra ou alienação de bens, a prestação de serviços ou a execução de obras, configura-se um contrato bilateral. O regime jurídico da Lei nº 8.666 é orientado, de modo quase exclusivo, à disciplina de contratos administrativos bilaterais ou de escambo.

96.2. Mas é perfeitamente possível que uma pessoa administrativa participe de um contrato plurilateral, subordinado a regime jurídico próprio do Direito Público.

Os exemplos mais evidentes se relacionam com as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Há a perspectiva da consagração dos consórcios públicos. Em todos esses casos, há contrato plurilateral ou organizacional, que se traduz no surgimento de uma nova pessoa jurídica.

96.3. É viável, no entanto, que um contrato administrativo plurilateral não produza o nascimento de uma pessoa jurídica autônoma. Existirá uma relação jurídica de que participa uma ou mais pessoa administrativa, sem o surgimento de um sujeito de direito distinto das partes.

96.4. Em essência, isso se produzia a propósito dos convênios, disciplinados basicamente no art. 116 da Lei nº 8.666, que assim dispunha:

“Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Essa disposição legal apresenta uma grande relevância também por eliminar a proeminência da “denominação” adotada. O fundamental reside na natureza da avença, não no nome que foi para ela adotado.

XX. O regime jurídico dos contratos administrativos plurilaterais

97. É necessário identificar o regime jurídico dos contratos administrativos plurilaterais.

XX.1 A definição

98. O contrato administrativo plurilateral ou organizacional se configura como um acordo de vontades de que participa uma ou mais pessoa administrativa, por meio do qual os contratantes se obrigam reciprocamente a promover condutas ativas ou omissivas, visando à obtenção de certo resultado de interesse conjunto.

XX.2 O regime jurídico dos contratos administrativos plurilaterais

99. Os contratos administrativos plurilaterais costumam, no Brasil, ser denominados de "convênios". Prevaleceu o entendimento, no passado, de que somente pessoas administrativas poderiam participar de convênios. E, considerando o princípio da isonomia dos entes federados, chegou-se a reputar que o convênio não apresentava natureza obrigatória.

Ambos os preconceitos devem ser afastados.

99.1. Por um lado, é perfeitamente possível contratação plurilateral de que participem entidades privadas, não integrantes da estrutura administrativa do Estado. O fundamental não é a qualidade subjetiva da parte, mas a finalidade buscada e a natureza das obrigações assumidas. Mas essa é uma questão que ultrapassa os limites deste parecer.

99.2. Por outro lado, a impossibilidade de exercício das chamadas "prerrogativas extraordinárias da Administração Pública" em relação a entes federados não elimina a natureza vinculativa do ajuste.

Dito de outro modo, se um Estado-membro assume uma obrigação perante outro Estado-membro, surge uma relação jurídica. Não se trata de uma mera questão política, na acepção de inexistência de deveres jurídicos de natureza compulsória.

Por isso, se a União se vincular perante um Estado, assumindo o dever de realizar determinadas transferências voluntárias de recursos, existirá um dever jurídico cujo adimplemento será protegido pelo Direito.

XX.3 A observância dos requisitos de validade

93. É evidente, no entanto, que a obrigatoriedade de um contrato administrativo plurilateral dependerá da sua validade. Isso significa o respeito às exigências constitucionais e legais pertinentes.

Daí se segue a existência de limites às contratações dessa ordem. Nenhum ente federativo poderia, por meio de uma contratação, eliminar a sua própria existência ou assumir obrigações que desnaturassem a sua autonomia intrínseca.

Além disso, há certas exigências quanto à assunção de determinadas obrigações. Por força do princípio da legalidade, será indispensável a autorização legislativa específica para a válida assunção de obrigações ou transferência de bens ou recursos, quando tal apresentar um cunho de extraordinariedade.

XX.4 A ausência de "prerrogativas extraordinárias" implícitas

94. Mas o aspecto mais relevante atinente ao regime jurídico das contratações administrativas plurilaterais de que participem apenas entes administrativos é a não incidência

de "prerrogativas exorbitantes" implícitas. Essa é uma questão fundamental, que já fora objeto de consideração por parte da doutrina francesa.

94.1. Quando duas pessoas administrativas avençam um contrato administrativo plurilateral, ambas ingressam na avença em uma situação de equivalência jurídica. Não é possível afirmar que qualquer uma delas dispõe de superioridade jurídica em relação à outra. E o princípio da isonomia dos entes federados exclui o cabimento de uma produzir intervenções na órbita da outra – ao menos, elimina a viabilidade de invocar o clássico "interesse público" como fundamento para tanto. Afinal, todas as entidades envolvidas buscam, de modo equivalente, realizar as diversas manifestações de interesse público.

94.2. Pode afirmar-se, então, que o regime jurídico das prerrogativas exorbitantes foi desenvolvido específica e exclusivamente para disciplina das avenças administrativas de que participam os particulares. A idéia de supremacia estatal em vista do particular é que justifica e autoriza a aplicação de poderes tais como os previstos no art. 58 da Lei nº 8.666.

95. O relacionamento entre pessoas administrativas envolve, portanto, uma dimensão de equivalência e igualdade. As partes encontram-se em situação semelhante, o que exclui a aplicação automática dos poderes exorbitantes.

Isso não exclui a possibilidade de as partes determinarem, de modo preciso e minucioso, as condições de seu relacionamento. É perfeitamente possível que determinados poderes anômalos sejam reconhecidos a uma das partes em face da outra – mas tal dependerá da observância dos requisitos apropriados (usualmente, a autorização mediante lei específica), disciplinados de modo expresse no instrumento contratual.

XXI. A delegação de serviços públicos e seu regime jurídico

96. Cabe, então, examinar a delegação de serviços públicos, especialmente em vista do art. 175 da CF/88.

XXI.1 A disciplina do art. 175 da Constituição

97. O art. 175 da CF/88 determina que "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

A referência formal e expressa à necessidade de licitação prévia para delegação dos serviços à iniciativa privada deve ser (data venia) interpretada em termos.

97.1. Sob um prisma, a disciplina contemplada no art. 175 se relaciona com aquela delineada, em termos muito mais genérico e amplos, no art. 37, inc. XXI, também da CF/88. Ali se determina que os contratos administrativos serão pactuados mediante licitação pública, mas "ressalvados os casos especificados na legislação".

Portanto, deve reputar-se que a exigência prevista no art. 175 contempla atenuação em face das circunstâncias e das necessidades – tal como se passa com qualquer outra contratação administrativa.

97.2. Não se contraponha que o dispositivo referido (art. 37, inc. XXI) alude apenas a "obras, serviços, compras e alienações", daí se inferindo a não abrangência a concessões

e permissões. Esse tipo de abordagem privilegia a letra sobre o espírito do dispositivo, conduzindo a resultados descabidos.

Interpretação literal restritiva resultaria em submeter à disciplina do inc. XXI do art. 37 da CF/88 apenas as modalidades contratuais explicitamente ali referidas. Ora, isso significaria, por exemplo, que concessões e permissões de bens públicos poderiam ser contratados sem licitação – na exata medida em que nenhum dispositivo constitucional submete tais figuras ao regime genérico das contratações administrativas.

Como resultado, ter-se-ia de convir, inclusive, com a dupla inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.666, que determina que as “obras, serviços..., compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, ... serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

Haveria primeira inconstitucionalidade pela submissão das concessões e permissões de bens públicos e de locações ao regime de licitação – algo não contemplado explicitamente na Constituição.

E haveria um segundo vício por se facultar a contratação direta de concessões e permissões, sem licitação, em virtude da mesma ausência de previsão constitucional.

97.3. Mais consistente se afigura, no entanto, o argumento de que o espírito do art. 37, inc. XXI, da CF/88 necessariamente abrange toda e qualquer contratação administrativa. É que existem situações em que a licitação se configurará como impossível (por ausência de viabilidade de competição), tal como existirão casos em que a licitação ofenderia ao princípio da proporcionalidade. São as situações de inexigibilidade e de dispensa, sistematizadas pela Lei nº 8.666 para as contratações em geral, mas cuja ocorrência pode perfeitamente ocorrer em relação às hipóteses de delegação de serviços públicos para a iniciativa privada.

Ou seja, os mesmos fundamentos pelos quais se admite contratação direta em relação a obras, serviços, compras e alienações podem verificar-se no tocante à concessão ou permissão de serviço público.

O caso mais evidente envolveria a existência de um único particular em condições de ser contratado. Suponha-se, por exemplo, a escolha pelo Estado da utilização de certa tecnologia para serviços de telecomunicações e se imagine a existência de uma patente que assegura a uma determina empresa sua utilização exclusiva. Estar-se-ia diante de uma situação de inviabilidade de competição para outorga do serviço e caberia contratação direta.

97.4. O signatário já assim se posicionava há longa data. Em 1997, exteriorizou esse entendimento a propósito do art. 14 da Lei nº 8.987/1995. E afirmava que, “Embora o silêncio da Lei nº 8.987, é admissível a contratação direta, sem prévia licitação, para concessões e permissões”.⁵⁰

97.5. Portanto, o art. 175 da CF/88 não importa vedação à delegação de concessões e permissões sem prévia licitação, nas hipóteses em que tal se afigure inviável ou que tal seja imposto em vista do princípio da proporcionalidade.

⁵⁰ *Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 167. Esse entendimento foi reiterado mais recentemente em *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 284.

XXI.2 A obrigatoriedade da licitação nos casos de delegação própria

98. A temática da concessão de serviços públicos vem sendo objeto de reiterada manifestação por parte da esmagadora maioria da doutrina, no sentido de pressupor a outorga em favor de um sujeito integrante da iniciativa privada.

99. Por isso, Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que, "Quando o serviço é desempenhado pelo próprio poder público, por meio de suas empresas, o dinheiro é total ou majoritariamente público. O Estado assume, na mesma proporção, todos os riscos do empreendimento; a empresa não é movida pelo objetivo de lucro; os prejuízos são assumidos pelos cofres públicos; o mau funcionamento da empresa penaliza a própria coletividade".⁵¹

Geraldo Ataliba se manifestara precursoramente sobre o tema.⁵² Afirma ainda que "parece forçado considerá-las como concessionárias, quando forem formadas exclusivamente por recursos oriundos da mesma esfera governamental que as criou com o fito de secundá-la na prestação de serviço público de sua própria alçada".⁵³ Já Eros Grau pondera que não é possível cogitar de situações idênticas, quando a Administração concede serviço público de sua alçada e quando atribui seu desempenho a entidade da Administração indireta: "São situações jurídicas inteiramente distintas, pois, a do concessionário de serviço público e a da empresa estatal que tenha por objeto a sua prestação".⁵⁴

Na mesma linha de entendimento, Adílson Abreu Dallari assevera que "não tem qualquer sentido falar-se em concessão de serviço público quando o Poder Público cria, ele mesmo, um seu prolongamento personalizado, uma entidade de sua administração indireta, para executar serviço de sua alçada".⁵⁵

É a mesma opinião que adotam José Afonso da Silva⁵⁶ e Torquato Jardim.⁵⁷

100. A opinião do signatário, emitida desde há muito, coincide com a de outros administrativistas. Trata-se de reconhecer que a transferência da prestação de serviços públicos para entidade integrante da Administração Pública não configura uma concessão de serviço público⁵⁸.

Somente num sentido impróprio é que se pode aludir a concessão em tais hipóteses. Existem duas modalidades de concessões impróprias, que são a concessão-descentralização e a concessão-convênio.

⁵¹ *Parcerias na Administração Pública*. 4. edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 57.

⁵² SABESP – Serviço Público – Delegação a empresa estatal - imunidade a impostos - regime de taxas, RDP 92:70-95. Pode ser examinado, do mesmo autor, Patrimônio Administrativo – Empresas Estatais Delegadas de Serviço Público – Regime de seus Bens – Execução de suas Dívidas, RTDP 7:21-40.

⁵³ Apud Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 184/185.

⁵⁴ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 9. ed., 2004, p. 129.

⁵⁵ Empresa estatal prestadora de serviços públicos - Natureza jurídica – Repercussão tributária, RDP 94/94. No mesmo sentido, Licitação – Consórcio – Construção e exploração de usina elétrica, RTDP 10/70 e ss., e Contrato Interadministrativo: inexigibilidade de licitação, *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Genesis, 8:160-168.

⁵⁶ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 22. ed., 2003, p. 777 e ss.

⁵⁷ Pasep, PIS e Concessionária de Serviço Público, RTDP 10:103-114.

⁵⁸ Sobre o tema, confira-se *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 117 e ss.

XXI.3 A concessão-descentralização

101. Na hipótese da descentralização, não se efetiva a atribuição do serviço a setores privados ou a terceiros, para desempenho por conta e risco alheios. O titular da competência mantém os serviços em sua órbita jurídica, mas sob modelo descentralizado. Cria pessoa "administrativa", com personalidade de direito própria, a quem incumbe o desempenho do serviço público. Também é claro que a gestão dos serviços não se faz sob conta e risco de terceiros nem se sujeita ao integral regime jurídico de direito privado. Afinal, quem presta o serviço é a própria Administração, apenas que Administração indireta.

A descentralização não configura concessão do serviço, já que os recursos aplicados continuam a ter origem pública, o regime jurídico não se altera e não se transfere a prestação do serviço para órbita estranha à da Administração Pública.

XXI.4 A concessão-convênio

102. Situação distinta se verifica nos casos de cooperação entre entidades políticas diversas. Duas ou mais pessoas políticas podem disciplinar o exercício conjugado de atribuições, definindo fins comuns a serem atingidos por meio da aplicação coordenada de recursos próprios. Não há interesses contrapostos entre os partícipes. A atuação jurídica não se consubstancia em permuta de bens. Ao contrário, verifica-se homogeneidade de interesses. Cada associado colabora para obtenção do fim comum, exercitando atividades que se enquadram na própria competência ou desempenhando atribuições que, teoricamente, enquadrar-se-iam em competência alheia. Enfim, diversas pessoas estatais reúnem esforços e recursos para prestação de determinado serviço que interessa a todas elas.

Essa situação pode ser reconduzida à idéia de convênio. Todas as hipóteses de conjugação de esforços administrativos entre entes políticos federais distintos pressupõem uma espécie de convênio, ainda que implícito.

103. A associação de esforços e recursos dilui os riscos de insucesso, mas não os retira da órbita das entidades políticas titulares da competência para prestação dos serviços. A pessoa política tem amenizado seu poder de controle sobre a gestão, mas ele continua sob controle do poder estatal. Ocorrendo a frustração das expectativas, o prejuízo será absorvido pelos cofres públicos. O titular da competência para prestação dos serviços arcará com as consequências do insucesso, na proporção em que participar do empreendimento. Não haverá transferência integral dos riscos para a órbita alheia, o que é da essência da figura da concessão.

104. Há, ainda, outra característica que torna a situação inconfundível com uma concessão. O princípio da Federação impede a aplicação das regras peculiares à concessão. Não se poderia admitir que um Município, concedente de serviço público a uma empresa pública federal, promovesse intervenção na entidade. O exercício desse poder seria inerente ao contrato de concessão, mas representaria forma indireta de intervenção do Município na União, incompatível com a Constituição. O mesmo se daria relativamente a todas as hipóteses de relacionamento entre entes federais. O vínculo de concessão é juridicamente impossível entre entidades federais de órbitas distintas, por importar poderes incompatíveis com a autonomia de cada partícipe do pacto federativo.

105. Portanto, as concessões sob as quais se oculta um convênio não se subordinam ao modelo próprio correspondente, delineado a partir do art. 175 da Constituição Federal.

XXII. Concessão imprópria e ausência de licitação

106. É necessário acrescentar que a atribuição do serviço público a entidade da Administração indireta não se sujeita ao princípio da isonomia com os particulares, exercentes de atividade econômica, e não exige prévia licitação.

XXII.1 A não aplicação do art. 173, § 1º, da CF/88

107. O art. 173, § 1º, da CF/88 prevê que as entidades da Administração indireta "que explorem atividade econômica" sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Nessa acepção é que se deve interpretar o inc. II do mesmo dispositivo: são negados privilégios à Administração indireta quando envolvida no desempenho de atividade econômica.

As regras do art. 173, caput e §§ 1º e 2º, apenas adquirem sentido em face do princípio da livre concorrência, com o qual são estritamente relacionadas. Devem ser enfocadas como obstáculo à auto-atribuição estatal de privilégios e benefícios, que impediriam competição honesta e equilibrada com as empresas particulares. Se o Estado é titular do poder jurídico para instituir benefícios e privilégios, não pode exercer tal poder em benefício próprio quando se dispuser a competir com os particulares. Sempre que certo setor de atividades encontrar-se aberto à disputa entre agentes econômicos privados, a participação do Estado (se constitucionalmente permitida) deverá fazer-se em circunstâncias jurídicas de estrita igualdade.

108. Em suma, quando há prestação de serviço público mediante entidade da Administração indireta não há exercício de atividade econômica em sentido estrito, nem há concessão, nem se aplica (de regra) a obrigatoriedade da submissão da atividade ao regime de direito privado.

XXII.2 A ausência de licitação

109. A não configuração de uma concessão conduz à ausência de obrigatoriedade de licitação para atribuição de serviços públicos a ente integrante da Administração Pública – que atue como tal.

109.1. Quando o ente federado promove a sua descentralização, não existe transferência do serviço público para um particular. Tudo se passa tal como se o serviço público fosse prestado diretamente pelo próprio ente estatal. Ou seja, não há diferença substancial entre o desempenho do serviço pelo próprio ente federado (por meio de um órgão próprio), por via de uma autarquia ou por meio de uma entidade integrante de sua administração indireta.

Não há concessão e nem se põe o princípio da isonomia, no sentido de que a iniciativa privada disporia da garantia de competir pela outorga.

109.2. Raciocínio similar se põe quando uma pluralidade de entes federados promove convênio para melhor desenvolver as atividades administrativas. Como não há concessão, é inaplicável o princípio da isonomia e não se aplica a obrigatoriedade da licitação.

109.3. Diversa será a situação quando uma entidade administrativa desempenhar atividade econômica e pretender a prestação do serviço público tal como se fosse um particular qualquer. Nesse caso, incidirá a disciplina do art. 173 e de seu § 1º da CF/88, tornando indispensável a licitação.

XXII.3 Irrelevância do nome adotado

110. Apenas por cautela, afaste-se o argumento de que, em grande parte dos casos, é usual adotar-se a denominação "concessão de serviço público" em hipóteses dessa ordem. Uma vez mais, cabe insistir em que o nome adotado no caso concreto é um rótulo, que não condiciona a natureza jurídica da figura.

Quinta Parte – Exame conjugado de dispositivos da minuta

111. Diversos quesitos envolvem a análise de alguns tópicos da minuta de Anteprojeto, para avaliar a compatibilidade, sob diversos aspectos, das proposições ali contempladas com a Constituição.

XXIII. A natureza e o regime jurídico do contrato de fornecimento (arts. 10 a 12)

112. A minuta de Anteprojeto disciplinou a figura do contrato de fornecimento de serviços públicos, nos arts. 10 a 12. Cabe examinar a proposta contemplada nas referidas disposições.

XXIII.1 A disciplina do art. 10*

113. A redação do art. 10 é a seguinte:

"Art. 10. As relações de complementaridade entre os serviços públicos de saneamento básico locais e os serviços públicos de saneamento básico integrados serão estabelecidas pelos entes da Federação mediante contrato de consórcio público ou de fornecimento de serviços públicos, observadas a regulação dos serviços e as disposições de plano regional aprovado pelos contratantes.

XXIII.1.1 As "relações de complementaridade"

114. Não existe, no texto do Anteprojeto, uma definição precisa do conceito de "relações de complementaridade" entre serviços locais e serviços integrados. As regras de hermenêutica autorizam a pressupor que a expressão indica as situações em que a satisfação das necessidades atinentes ao saneamento básico municipal produzem a conjugação de serviços locais e de serviços integrados.

Em outras palavras, trata-se dos casos em que a prestação dos serviços de saneamento básico envolve interesses que ultrapassam a titularidade de um único e determinado Município. Portanto, configuram-se serviços públicos de titularidade não apenas de um determinado e único Município.

Produz-se, nesses casos, uma relação de complementaridade na acepção de haver uma complementação e uma integração entre serviços da titularidade de sujeitos diversos.

XXIII.1.2 A regulação das relações de complementaridade

115. A disciplina dessas relações de complementaridade far-se-á por meio das normas legislativas genericamente aplicáveis ao tema. Ademais disso, deverão ser consideradas as normas previstas nos planos de saneamento básico objeto de disciplina no Anteprojeto.

* N. do E.: O art. 10 do APL corresponde ao art. 11 do PL 5296/2005.

Mas haverá um instrumento jurídico específico, consistente ou no contrato de consórcio ou no "contrato de fornecimento" de serviços públicos.

XXIII.1.3 O contrato de consórcio

116. O Anteprojeto não disciplina o consórcio público, que é objeto de outro anteprojeto (já em trâmite perante o Poder Legislativo).

116.1. Como sabido, prevê-se que o consórcio público será uma pessoa jurídica de direito público, constituída por entes federados para promover a realização de interesses de natureza comum.

116.2. Nas hipóteses de relações de complementaridade entre serviços locais e integrados, os entes federados poderão avançar a constituição de um consórcio público. Nesse caso, surgirá uma pessoa jurídica de direito público autônoma, que será incumbida da prestação dos serviços públicos e do desempenho de outras competências pertinentes.

116.3. A constituição do consórcio dependerá da observância de diversas formalidades. Haverá um ato de natureza convencional entre os entes federados. Esse "contrato de consórcio" disciplinará as relações interfederativas, os direitos e obrigações das partes e assim por diante.

XXIII.1.4 O contrato de fornecimento de serviços públicos

117. Mas os entes federativos envolvidos poderão optar pela não constituição de uma nova pessoa jurídica. A complementaridade poderá ser promovida por meio da atuação direta dos entes federados interessados. Nesse caso, surgirá um "contrato de fornecimento de serviços públicos".

118. O contrato de fornecimento de serviços públicos é uma alternativa prevista na minuta de Anteprojeto para disciplinar as "relações de complementaridade" entre serviços públicos locais e serviços públicos integrados.

XXIII.1.5 A natureza do art. 10

119. O art. 10 encontra seus fundamentos constitucionais nos arts. 21, inc. XX; 22, inc. XXVII; e 241.

Existem diretrizes a propósito de saneamento básico, ao se disciplinar os instrumentos para regulação das relações de complementaridade entre serviços locais e integrados.

Há norma geral sobre contratação pública, prevendo-se duas figuras até então não contempladas de modo explícito na legislação infraconstitucional (contratos de consórcio e de fornecimento de serviço público de saneamento).

Enfim, existe a regulamentação da disciplina constitucional pertinente à prestação de serviços públicos de modo associado por entes federativos diversos.

XXIII.2 A disciplina do art. 11*

120. O art. 11 disciplina de modo mais minucioso o contrato de fornecimento de serviço público. A sua redação está abaixo reproduzida:

"Art. 11. São cláusulas necessárias do contrato de fornecimento de serviços públicos as que estabeleçam:

- I - os serviços integrados objeto de fornecimento;
- II - as condições e garantias recíprocas de fornecimento e de acesso aos serviços integrados;
- III - o prazo de vigência, compatível com as necessidades de amortização de investimentos, e as hipóteses de sua prorrogação;
- IV - procedimentos para articulação da implantação, ampliação, melhoria e gestão operacional dos serviços;
- V - regras para fixação, reajuste e revisão da remuneração do prestador dos serviços integrados, observado o disposto nos arts 28 a 35 desta Lei;
- VI - condições e garantias de pagamento ao fornecedor dos serviços;
- VII - os direitos e os deveres sub-rogados, ou os que se autoriza a sub-rogação, a entes da administração indireta dos contratantes;
- VIII - as hipóteses de extinção, inadmitida a rescisão administrativa unilateral;
- IX - as penalidades a que estão sujeitas as partes em caso de inadimplemento.

Parágrafo único. Nos casos de relação de complementaridade entre serviços integrados e serviços locais remunerados por tarifa, inclui-se dentre as garantias previstas no inciso VI do caput deste artigo a obrigação do prestador local de destacar nos documentos de cobrança o valor da remuneração dos serviços integrados, bem como a de realizar a respectiva arrecadação e entrega dos valores arrecadados."

A aplicação do art. 11 deverá tomar em vista as circunstâncias do caso concreto.

XXIII.2.1 A natureza jurídica do contrato de fornecimento de serviços públicos

121. O elenco contido no art. 11 propicia uma análise mais aprofundada sobre o contrato de "fornecimento" de serviços públicos.

XXIII.2.1.1 A cautela quanto à expressão "fornecimento"

122. Antes de tudo, cabe renovar a advertência quanto à irrelevância dos nomes adotados. A doutrina jurídica conhece a figura do "contrato de fornecimento", que usualmente indica uma contratação de execução continuada, que impõe a uma parte a obrigação de realizar prestação de dar (e, eventualmente, de fazer) que se prolonga e renova no tempo.

Aludir a contrato de fornecimento de serviços públicos não significa necessariamente consagrar uma modalidade de contrato reconduzível às espécies já conhecidas. Ou seja, é perfeitamente possível que o contrato de fornecimento de serviço público não seja uma manifestação similar aos contratos de fornecimento até então conhecidos. Até porque, aliás, o contrato de fornecimento já conhecido envolve, usualmente, obrigação de dar. Já a figura disciplinada nos arts. 10 e 11 tem por objeto uma prestação de fazer (serviço público).

XXIII.2.1.2 O conteúdo da contratação

123. O elenco do art. 11 contempla um conjunto de direitos e obrigações assumidos pelos entes participantes.

123.1. O inc. I alude aos serviços integrados objeto de fornecimento. Essa disposição reflete a idéia de que os serviços locais permanecem na titularidade do Município, sendo juridicamente descabido cogitar de alguma interferência externa ao Município.

Essa regra deve ser entendida em termos, eis que a complementaridade entre os serviços pode impor a obrigatoriedade da adoção de soluções específicas quanto aos serviços locais. Dito de outro modo, o contrato de fornecimento de serviços públicos pode acarretar efeitos sobre os serviços de interesse local que eventualmente permaneçam existindo.

123.2. O mesmo inc. I faz referência aos serviços "objeto de fornecimento". A expressão também deriva de uma concepção limitada relativamente ao tema. Uma interpretação literal induz à idéia de que a contratação teria por objeto a prestação de serviços por um ente federado externo ao Município em que serão tais serviços fruídos.

Mas essa solução não é obrigatória. É perfeitamente possível que o Município continue titular da prestação do serviço, mas com apoio e subsídios a ele externos.

Enfim, a determinação do conteúdo preciso e exato do conteúdo e da extensão do contrato de fornecimento dependerá das circunstâncias e poderá variar em face do caso concreto.

XXIII.2.1.3 A supressão de prerrogativas extraordinárias de origem legal

124. Um dado fundamental reside na supressão das prerrogativas extraordinárias típicas das contratações administrativas com particulares. O inc. VIII indica a necessidade de a contratação prever os casos de extinção contratual, sendo vedada a rescisão administrativa unilateral.

Assim se impõe porque os entes federados contratantes se encontram em situação de igualdade político-jurídica. Portanto, nenhum deles disporá da faculdade de invocar a titularidade de um "interesse público" apto a justificar o sacrifício do interesse do co-contratante. Portanto, a extinção do contrato poderá (deverá) ser disciplinada contratualmente, sem que sejam aplicáveis as regras pertinentes às contratações administrativas comuns.

O silêncio do art. 11 não significa que outras prerrogativas extraordinárias, não explicitamente por ele proscritas, seriam aplicáveis. Todas as prerrogativas extraordinárias são inaplicáveis. Assim, por exemplo, nenhuma das partes dispõe de competência para promover modificação unilateral da contratação - a não ser nos limites autorizados contratualmente.*

XXIII.2.2 Contrato de fornecimento e contrato de programa

125. Uma questão não solucionada expressamente pelo Anteprojeto reside na possível relação entre contrato de programa e contrato de fornecimento de serviços públicos.

O art. 2º, inc. XXII, do Anteprojeto dispõe sobre o "contrato de programa", que é definido como o "instrumento pelo qual são constituídas e reguladas obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro, ou para com consórcio público, no âmbito de gestão associada que se refira a: a) prestação de serviços públicos; b) transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos".**

* N. do E.: O artigo 11 do APL corresponde ao artigo 12 do PL 5296/2005. Ademais, a redação do art. 12, inc. VIII, do Projeto de Lei levou em consideração as observações deste parecer.

** N. do E.: O contrato de programa foi disciplinado pela Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, pelo que os dispositivos a ele referentes não fazem parte do PL 5296/2005.

Ao ver do signatário, não existe incompatibilidade absoluta entre as figuras. O contrato de programa apresenta uma natureza mais abrangente, envolvendo uma articulação interfederativa no tocante à prestação de serviços integrados.

O contrato de programa envolve a gestão associada de serviços públicos, enquanto o contrato de fornecimento de serviço público pode ocorrer em hipóteses em que não haja gestão associada.

126. Há pelo menos duas situações em que o contrato de programa não apresentará maior similitude com o contrato de fornecimento de serviços públicos. Isso se passará quando for pactuado um contrato de programa com um consórcio público. A segunda alternativa ocorrerá quando o contrato tiver por objeto a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens.

127. O cotejo entre os dispositivos induz que, na sistemática do Anteprojeto, a figura do contrato de programa está para o contrato de fornecimento como um contrato plurilateral se põe em relação a um contrato bilateral.

Ou seja, o contrato de programa seria uma via de concertação entre entidades estatais, de modo a permitir a conjugação de esforços e recursos para a prestação de serviços públicos. Já o contrato de fornecimento seria um vínculo por meio do qual dois entes federativos assumem direitos e obrigações recíprocos para a prestação de serviços por um deles em favor do outro.

Assim, suponha-se a hipótese em que, diante da carência de recursos hídricos em seu território, um Município promovesse a "aquisição de água" de titularidade do Estado. Caberia a este, então, promover todas as atividades necessárias a assegurar a entrega, nas condições previstas, da água e a execução de outras atividades inter-relacionadas. A contrapartida seria o pagamento de um determinado preço.

O contrato de programa poderá prever obrigações de aporte de recursos em favor de um projeto de interesse conjunto dos contratantes. Mas, um contrato de programa não contemplará obrigações de pagamento por uma das partes em favor da outra, como instrumento de contrapartida de execução de prestação contratual.

Já o art. 11, inc. VI, expressamente alude à hipótese de pagamento em prol do prestador do serviço.

Em suma, o contrato de programa propicia a conjugação de esforços, enquanto o contrato de fornecimento de serviço traduz uma relação de troca de benefícios e vantagens entre dois entes federados.

XXIII.2.3 A natureza do art. 11

128. Aplicam-se ao art. 11 as considerações realizadas a propósito do art. 10. No entanto, é evidente que o art. 11 veicula, com muito maior intensidade do que o art. 10, normas gerais de contratação administrativa.

XXIII.3 A disciplina do art. 12*

129. O art. 12 apresenta a seguinte redação:

* N. do E.: O art. 12 do APL corresponde ao art. 13 do PL 5296/2005.

"Art. 12. O regulamento desta Lei disporá sobre modelos de contratos de fornecimento de serviços públicos, cujas cláusulas disciplinarão as relações de complementaridade no que não dispuser em contrário o contrato de fornecimento de serviço público celebrado pelos interessados."

Ao ver do signatário, a solução contemplada no art. 12 apresenta elevado risco de inconstitucionalidade.*

XXIII.3.1 A força não vinculativa do modelo

130. O ponto fundamental reside em determinar se o "modelo" previsto no art. 12 terá natureza vinculativa ou não para os entes federativos. Se não houver natureza vinculativa, a adoção do modelo será meramente facultativa. Logo, a regra não apresentará maior relevância.

O problema surgiria se houvesse imposição da observância compulsória do modelo editado pela União. Em princípio, afigura-se que o art. 12 contempla solução supletiva ou dispositiva⁵⁹. Ali se determina que as regras do modelo sejam aplicadas naquilo em que não tenha sido determinado em contrário pelos interessados. Portanto, os entes federativos exercitarão a sua própria autonomia e as regras do modelo editado pela União serão aplicadas somente se houver expressa ou implícita aceitação deles.

XXIII.3.2 A delegação ao regulamento

131. A maior dificuldade reside na delegação à disciplina por meio de regulamento. A regra de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se aplica também às pessoas estatais. É muito problemático estabelecer que um ente federativo estará obrigado a realizar uma prestação prevista num regulamento federal. A previsão legislativa indireta não legitima a criação de uma competência normativa permanente, de hierarquia equivalente à legiferante⁶⁰.

Portanto e nessa passagem, há um sério risco de inconstitucionalidade, na medida em que o regulamento pretenda inovar o universo normativo estabelecido por meio de lei. Em tal hipótese, o único modo de evitar a inconstitucionalidade será a explícita aceitação pelos entes federados da disciplina constante do regulamento.

XXIII.3.3 A natureza do art. 12

132. A regra do art. 12 apresenta natureza de norma geral sobre contratação pública, cujo fundamento de validade se encontra no art. 22, inc. XXVII, da CF/88.

⁵⁹ Os conceitos de supletividade e de dispositividade não são idênticos. A norma supletiva é aquela que se aplica na omissão da vontade das partes. A norma dispositiva é aquela que estabelece uma solução que pode ser afastada pela vontade das partes – o que significa, portanto, uma atuação ativa das partes no sentido de afastar a aplicação da regra. No caso concreto, parece que a solução do Anteprojeto tanto poderá encaminhar-se para uma como para outra solução.

⁶⁰ O tema foi versado pelo signatário a propósito da delegação de competência para agências reguladoras independentes. Para uma análise mais aprofundada da questão, confira-se *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 511 e ss.

* N. do E.: Este aspecto foi mais minuciosamente analisado no parecer complementar (resposta ao quesito 4), que também integra esta publicação.

XXIV. As regras sobre delegação de serviços públicos de saneamento (arts. 22* e 23**)

133. A propósito da temática da delegação de serviços públicos de saneamento básico, o Consultante formulou questionamento quanto à disciplina prevista nos arts. 22 e 23.

XXIV.1 O art. 22 do Anteprojeto

134. O art. 22 disciplina a delegação de serviço público de saneamento básico e tem a seguinte redação:

"Art. 22. A prestação de serviços públicos de saneamento básico por meio de delegação depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

§ 1º. Não são considerados como delegados os serviços prestados por pessoa jurídica que integra a administração indireta do titular e tenha recebido a outorga desta atribuição mediante lei.

§ 2º. ...".

§ 3º. ...".

XXIV.1.1 A diferenciação entre delegação própria e imprópria

135. O art. 22 consagrou, no caput e no § 1º, uma diferenciação de grande relevância. Prevê-se que todas as delegações de serviços de saneamento básico deverão fazer-se por meio de contrato, ressalvadas as hipóteses de atribuição dos serviços diretamente por lei⁶¹.

Parece-me que a disciplina ora examinada se relaciona com uma distinção admitida de modo generalizado pela doutrina e objeto de comentários acima. Trata-se do reconhecimento de que a concessão de serviço público apenas se configura de modo perfeito e completo quando se produz a delegação do serviço em prol da iniciativa privada - ressalvadas hipóteses muito peculiares de exploração econômica por entes administrativos.

XXIV.1.2 A solução adotada no Anteprojeto e sua inadequação

136. O art. 22 reconhece, então, que a delegação em sentido próprio deverá fazer-se por via contratual, diversamente da delegação imprópria, que se subordinará a regime jurídico diverso.

No entanto, a solução adotada pelo Anteprojeto não parece a mais feliz e adequada. As duas hipóteses são distintas e inconfundíveis, mas o núcleo da diferenciação não reside no "instrumento" de delegação - a lei ou o contrato. O ponto nodal está na natureza jurídica das figuras, de que deriva o regime jurídico diverso.

Dito de outro modo, a utilização da via contratual é uma consequência da diferença, não é a causa que lhe dá razão de ser. Utilizar o critério consagrado no Anteprojeto conduzirá

⁶¹ O § 2º prevê duas exceções, que envolvem situações de menor relevância e que dispensam análise.

* N. do E.: O art. 22 do APL corresponde ao art. 23 do PL 5296/2005.

** N. do E.: O disposto no artigo 23 do APL, no que se refere ao contrato de programa, não foi incorporado pelo PL 5296/2005 porque este contrato foi disciplinado pela Lei de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005). Na parte remanescente, sua não-inclusão se deve às opiniões do parecerista, que é contrário à exigência peremptória de licitação, bem como porque, por questão de sistematicidade, a matéria foi tratada no art. 66 do PL 5296/2005.

a problemas de difícil solução. Basta um exemplo para demonstrar a deficiência da solução imaginada. Suponha-se que um Município resolva promover uma concessão em sentido próprio por meio de lei, que pretenderia atribuir diretamente uma concessão de serviço público a um particular. É evidente que essa solução seria despropositada e infringiria o espírito e a razão de ser da disciplina prevista no Anteprojeto. Mas haveria possibilidade de surgir o problema porque o Anteprojeto não indica os casos em que caberá a atribuição da delegação diretamente por lei.

XXIV.1.3 Um efeito acessório indesejável e inconstitucional

137. Como se não bastasse, a solução prevista no art. 22 acaba por produzir efeitos descabidos. Na tentativa de evitar distorções, o dispositivo estabelece a impossibilidade de delegação de serviços públicos por meio de convênios ou outros instrumentos equivalentes.

Ora, essa regra é inconstitucional. Cada ente federado dispõe da competência para deliberar sobre o modo de prestação de seus serviços públicos. No âmbito da autonomia inerente à federação, os diversos entes federados podem avençar convênios versando sobre a prestação de serviços públicos. Lembre-se que o chamado "contrato de consórcio público" tem a natureza de convênio.

Nenhuma lei federal pode suprimir a autonomia federativa atinente à pactuação de convênios.

138. Aliás, a regra tende a gerar um conflito aparente com o disposto no art. 23, § 1º, adiante examinado, no qual há referência a convênios.

139. Parece-me evidente que a finalidade da disposição é muito diversa. Trata-se, primeiramente, de evitar a utilização de "convênios de fachada" para mascarar situações antijurídicas e violadoras da obrigatoriedade de licitação. Em segundo lugar, busca-se afastar o risco da ausência de fixação de obrigações e direitos para as partes, durante período determinado.

Mas o dispositivo acaba afirmando mais do que o desejava o legislador, gerando situação de inconstitucionalidade.

XXIV.1.4 A solução proposta

140. Parece-me, por isso, que a redação do art. 22, caput e § 1º, deve ser retificada, para melhor disciplinar a matéria. Sugere-se a seguinte redação:

"Art. 22. A prestação de serviços públicos de saneamento básico por meio de delegação à iniciativa privada depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

§ 1º Não se configura a delegação à iniciativa privada quando os serviços de saneamento básico forem prestados por meio de ente da Administração Pública indireta ou por meio da atuação conjunta de diversas pessoas administrativas, hipótese em que a outorga deverá fazer-se diretamente por meio de lei.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não será aplicável quando se configurar a hipótese do art. 173, § 1º, da Constituição Federal, o que ocorrerá nos casos em que a pessoa administrativa explorar os serviços públicos como uma atividade econômica, devendo subordinar-se ao mesmo regime jurídico reservado para a iniciativa privada.

§ 3º. ...".

XXIV.1.5 A justificativa para a proposta

141. Propõe-se, então, que haja a distinção entre as hipóteses de concessão de serviço público própria e de concessão de serviço público imprópria. Aquela se deverá ser instrumentalizada por contrato, enquanto esta será produzida diretamente por via legislativa.

A concessão própria será aquela produzida em prol da iniciativa privada ou de uma pessoa administrativa exploradora de atividade econômica. A concessão imprópria se verificará quando o ente federativo titular do serviço atribuí-lo a um ente integrante de sua administração indireta ou quando diversos entes federados se conveniarem para tanto.

A hipótese mais problemática é aquela do sujeito administrativo explorador de atividade econômica. A situação nem era cogitada no passado e seu surgimento derivou da constatação da atuação empresarial e competitiva de entes da Administração indireta no âmbito dos serviços públicos. A temática não apresenta, até o momento, maior relevância no âmbito dos serviços de saneamento básico – mas nada impede que venha a surgir futuramente.

Atualmente, o tema tem surgido no âmbito dos serviços de energia elétrica. Existem inúmeras empresas estatais sob controle de Estados-membros que atuam no setor de geração, transporte, distribuição e comercialização de energia. Em inúmeras situações, essas empresas disputam o mercado com a iniciativa privada, atuando não como “empresas estatais concessionárias de serviço público” (CF/88, art. 175), mas como “empresas estatais exploradoras de atividade econômica” (CF/88, art. 173, caput e § 1º).

Um exemplo permite compreender a situação. Suponha-se que a União pretenda outorgar concessão para geração de energia elétrica a partir de potencial hidráulico situado no Estado do Rio Grande do Sul. Imagine-se que uma empresa estatal vinculada ao Estado do Paraná resolva disputar a referida outorga, visando a ampliar a sua própria lucratividade. Nesse exemplo, a empresa estatal não atuará como um instrumento da União para desempenho de serviço público federal. Nem funcionará como uma manifestação de um Estado da federação para o desempenho de atividades estaduais relevantes. A atuação dela será similar à de qualquer outra empresa privada – o que conduzirá à sua submissão ao regime jurídico próprio da iniciativa privada.

Um outro exemplo pode ser ainda mais elucidativo. Considere-se a hipótese de uma empresa estadual de saneamento pretender assumir a prestação de serviço público de água e esgoto de titularidade de um Município situado no território de outro Estado. Essa situação, absolutamente anômala, não pode ser reputada como absolutamente antijurídica. O que se imporá, num caso desses, será considerar a empresa estadual como exploradora de atividade econômica, disciplinada pelo art. 173 e seu § 1º da CF/88⁶².

O núcleo da distinção reside em que, nesses casos, não há uma atuação conjugada e harmônica entre integrantes da Administração Pública. O sujeito administrativo visará desempenhar o serviço delegado tal como o faria qualquer outro sujeito privado. Ou seja, não haverá um convênio entre sujeitos administrativos, mas uma situação de contratação em sentido restrito e próprio.

⁶² Não se contraponha que as estatais estaduais poderiam atuar somente no âmbito do território dos Estados a que se vinculam. Bastaria lembrar o exemplo dos antigos bancos estaduais para demonstrar a improcedência da tese. O que se pode afirmar é que uma empresa estatal concessionária de serviços públicos apenas pode atuar no território do Estado a que se vincula, mas tal não se aplica às exploradoras de atividade econômica – asserção que reforça a orientação acima indicada.

XXIV.2 O art. 23 do Anteprojeto

142. A regra do art. 22 tem íntima relação com a do art. 23. O regime jurídico da atribuição do serviço será variável em vista da diferenciação entre delegação própria (contratual) e imprópria (não contratual).

O art. 23 tem a redação adiante reproduzida:

"Art. 23. A celebração de contrato que tenha por objeto a prestação de serviço público de saneamento básico, inclusive por delegação, dependerá de prévia licitação.

Parágrafo único. Excetua-se do disposto no caput deste artigo:

I - os contratos de programa para a prestação dos serviços celebrados entre entes federativos consorciados ou conveniados, ou com entes de sua administração indireta, no âmbito de gestão associada de serviços públicos;

II - ...".

XXIV.2.1 Ainda a distinção entre delegação própria e delegação imprópria

143. A distinção entre delegação própria e imprópria é relevante por inúmeras razões. Assim, uma delegação imprópria não comporta a aplicação do regime das "prerrogativas extraordinárias". Mas uma outra diferenciação essencial se põe com relação à temática da licitação.

A obrigatoriedade constitucional da licitação apenas se aplica quando o Estado realiza contratação com um particular (ou com um ente administrativo que explora atividade econômica em competição com particulares).

Se o ente federativo titular da competência atribuir a prestação do serviço a uma pessoa integrante de sua Administração indireta, haverá uma mera técnica de descentralização. Não existirá "delegação" do serviço para terceiros alheios à Administração. O mesmo se passará quando houver uma conjugação de esforços e recursos de diversos entes federados para produzir a satisfação de necessidades de interesse comum.

Em ambos os casos, não se aplicará a regra da obrigatoriedade da licitação, mesmo que haja a outorga de uma "concessão de serviço público" - denominação incorreta e insuficiente para produzir o surgimento de uma concessão real.

Esse entendimento tem sido adotado pelo signatário desde há longa data⁶³.

XXIV.2.2 A irrelevância da denominação

144. É relevante destacar, ainda outra vez, a irrelevância da "denominação" adotada para formalizar o vínculo jurídico entre as partes. Havendo convênio entre as partes, traduzido numa articulação que preencha os requisitos previstos no anteprojeto para um "contrato de programa", caberá a contratação direta.

O que não é possível é imaginar que "contrato de programa" seria uma espécie de expressão mágica, cuja utilização bastaria para produzir certos efeitos jurídicos.

XXIV.2.3 A configuração de hipótese de inexigibilidade de licitação

145. O caso examinado corresponde a um caso de ausência de obrigatoriedade de licitação. Trata-se, rigorosamente, de uma situação que não se configura nem como dispensa

⁶³ Confira-se, por exemplo, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, cit., p. 192.

nem como inexigibilidade (tomando em vista os conceitos consagrados nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666). É que a obrigatoriedade da licitação existe apenas quando o Estado contratar com particulares (ou com entes administrativos que atuam em igualdade de condições com particulares).

No entanto, essa categoria não foi estudada pela doutrina até o presente. Por isso, o signatário tem optado por qualificar o caso como de inexigibilidade de licitação, partindo do pressuposto da ausência de viabilidade de competição. Não é incorreto afirmar que, quando o Estado realiza avença interna aos próprios limites, não há viabilidade de competição dos particulares⁶⁴.*

XXIV.2.4 Os defeitos redacionais do art. 23

146. Mas o art. 23, tal como redigido, poderá gerar efeitos muito nocivos. A regra da obrigatoriedade absoluta da licitação, estabelecida de modo muito amplo, é incorreta.

Afigura-se evidente que nem a Constituição pretende impor a obrigatoriedade da licitação em hipóteses de inviabilidade de competição. Quando não for viável a competição, configurar-se-á a inexigibilidade de licitação. Nenhuma lei pode prever, de antemão e abstratamente, todos os casos em que ocorrerá a inviabilidade de competição. Justamente por isso, o art. 25 da Lei nº 8.666 apresenta um elenco meramente exemplificativo das hipóteses de inexigibilidade.

Ora, podem ocorrer situações de inviabilidade de competição a propósito de contratação de serviços de saneamento básico com terceiros. Um exemplo simples comprova a procedência da asserção. Suponha-se que um particular seja titular de uma patente de invenção versando sobre determinada técnica essencial e indispensável à prestação do serviço público de saneamento básico. Nesse caso, o Estado somente poderá contratar com aquele sujeito – desde que pretenda aplicar a solução protegida pela patente de invenção.

Tal como se encontra redigido o art. 23, surgiria dúvida sobre o cabimento da contratação direta. Por certo, a atuação hermenêutica conduziria a superar a dificuldade, mas isso não eliminaria inúmeras dificuldades e contratempos.

XXIV.2.5 A sugestão de redação

147. Propõe-se, por isso, a adoção da redação seguinte para o art. 23:

"Art. 23. A celebração de contrato com a iniciativa privada, que tenha por objeto a prestação de serviço público de saneamento básico, inclusive por delegação, dependerá de prévia licitação, ressalvados os casos previstos em lei.

Parágrafo único. Não será obrigatória a licitação para:

I – os contratos de programa para a prestação dos serviços celebrados entre entes federativos consorciados ou conveniados, ou com entes de sua administração indireta, no âmbito de gestão associada de serviços públicos;

⁶⁴ O signatário assim se manifestou, de modo formal, em *Comentários à Lei de Licitações...*, cit., p. 249, a propósito da hipótese qualificada legalmente de dispensa no art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666.

* N. do E.: A Lei de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005) alterou a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993) e incluiu a celebração de contrato de programa como hipótese de dispensa de licitação.

II - ...".*

XXIV.3 A natureza dos arts. 22 e 23

148. Os arts. 22 e 23 contêm normas gerais de contratação pública - ressalvadas as críticas apontadas.

XXV. A disciplina sobre o regime jurídico dos serviços (arts. 30 a 37)**

149. Os arts. 30 a 37 do Anteprojeto dispõem sobre o regime jurídico da prestação dos serviços públicos de saneamento básico, com especial preocupação com a disciplina da delegação a terceiros.

XXV.1 A redação dos dispositivos referidos

150. Os referidos dispositivos têm a seguinte redação:

"Art. 30. Os serviços públicos de saneamento básico deverão ter a sustentabilidade econômico-financeira assegurada mediante, tanto quanto possível, receitas provenientes de preços públicos ou de taxas, nos termos da legislação do titular.

§ 1º. A prestação de serviço público de saneamento básico delegado será remunerada por tarifas e outras espécies de preço público.***

§ 2º. Os entes federados poderão, mediante lei, instituir fundo especial constituído com recursos provenientes de preços públicos, de taxas e de subsídios, simples ou cruzados externos, com a finalidade de custear, na conformidade do disposto em plano de saneamento ambiental, a universalização dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 3º. Os recursos do fundo especial referido no § 2º deste artigo poderão ser utilizados como fonte ou garantia em operações de crédito para financiamento dos investimentos necessários à universalização dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 4º. Os recursos de outorga onerosa do direito de construir, de cobrança pelo uso de recursos hídricos e os recursos transferidos como incentivos ambientais poderão integrar o fundo especial mencionado no § 2º deste artigo.

Art. 31. Os preços públicos ou as taxas dos serviços de saneamento básico devem:

I - proporcionar o acesso universal ao serviço, mediante adoção de subsídios aos usuários que não tenham capacidade econômica de pagá-los integralmente;

II - garantir a recuperação dos custos e gastos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência e eficácia, incluindo provisões para a sua manutenção, melhoria, atualização, reposição e expansão;

* N. do E.: O Governo Federal, atento às observações do parecerista, suprimiu o dispositivo.

** N. do E.: Os arts. 30 a 37 do APL correspondem aos arts. 29 a 36 do PL 5296/2005.

*** N. do E.: Em homenagem às opiniões do Professor Marçal, o §1º do art. 30 do APL não foi incorporado ao texto do PL 5296/2005.

III - assegurar remuneração adequada do capital investido pelas empresas prestadoras dos serviços;

IV - inibir o consumo supérfluo e o desperdício dos recursos;

V - induzir a maximização da eficiência dos prestadores dos serviços;

VI - privilegiar o consumo de água e o uso dos serviços destinados à subsistência humana, assegurando o atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde individual e coletiva;

VII - não inibir o desenvolvimento e o exercício de atividades econômicas;

VIII - facilitar a consecução das diretrizes de integralidade e equidade;

IX - adotar estrutura estratificada por categorias de usuários e tipos de uso, e progressividade dos valores com o aumento das quantidades fruídas, como instrumento de:

- a) acesso dos cidadãos de baixa renda aos serviços;
- b) gestão da demanda em situações de escassez dos recursos hídricos;
- c) medida compensatória ou de contenção de agravos ambientais.

§ 1º. Os preços públicos ou as taxas dos serviços poderão incorporar os custos relativos aos recursos destinados a integrar o fundo especial previsto no § 2º do artigo 30.

§ 2º. Os preços públicos ou as taxas dos serviços não poderão incorporar parcelas de custos ou despesas:

I - de investimentos que não estejam em conformidade com o respectivo plano de saneamento ambiental, salvo quando decorrentes de fato imprevisível justificado nos termos da regulação;

II - relativas ao ônus suportado pelo prestador para receber a delegação ou para celebrar contrato de prestação dos serviços;

III - com multas legais ou contratuais e com doações realizadas pelo prestador do serviço;

IV - dos encargos sobre financiamentos de investimentos e de capital de giro do prestador que excederem a taxa de retorno ou de remuneração do capital investido fixada no contrato, salvo se este expressamente estabelecer de outra forma;

V - relativas à participação nos lucros e resultados, pagas aos empregados ou aos dirigentes da entidade prestadora dos serviços;

VI - com publicidade, exceto a de caráter oficial e a institucional de interesse público, autorizada pela regulação;

VII - decorrentes da prestação dos serviços em condição que não atenda os níveis de eficiência e eficácia estabelecidos na regulação;

VIII - relativas à amortização e remuneração dos investimentos realizados:

- a) diretamente pelo titular do serviço, qualquer que seja a fonte dos recursos;
- b) por particulares, pessoas físicas ou jurídicas, que resultem em bens doados ou transferidos em decorrência de exigência legal aplicável à implantação de empreendimentos imobiliários;
- c) pelo prestador do serviço, diretamente ou sob sua responsabilidade;

1. com recursos provenientes de subsídios simples ou cruzados externos;
2. com recursos pagos pelos usuários por meio de preço público não tarifário, ainda que antecipados pelo prestador.

§ 3º. Para cumprimento da diretriz prevista no inciso IX do caput deste artigo, o sistema de remuneração dos serviços poderá prever:

I - valores unitários estabelecidos de forma progressiva para cada uma das categorias de usuários de determinado serviço, distribuída por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo, tendo como referência o valor médio que possibilite o equilíbrio econômico-financeiro;

II - valores unitários diferenciados, para uma mesma categoria ou entre distintas categorias de usuários, estabelecidos em razão das características de complementaridade dos serviços, da finalidade da utilização, dos padrões de qualidade, ou dos danos ou impactos negativos evitados ao meio ambiente;

III - alternativamente:

a) valor mínimo, fundamentado no custo fixo mínimo necessário para a disposição do serviço em quantidade e qualidade adequadas;

b) valor básico, baseado no custo do fornecimento de quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, fundamentados em razões de saúde pública;

IV - valores sazonais, para as localidades sujeitas a ciclos significativos de variação da demanda dos serviços, em períodos distintos do ano, fixados mediante critérios e regras que protejam os usuários permanentes dos impactos dos custos adicionais.

§ 4º. Os parâmetros de quantidade e de qualidade para a fixação do valor mínimo e do valor básico mencionados no inciso III do § 3º deste artigo serão fixadas em instrução do Ministro da Saúde.

§ 5º. Para grandes usuários comerciais, industriais e condomínios residenciais, bem como para os usuários temporários de qualquer categoria, poderão ser firmados contratos de prestação de serviços com preços e condições especiais, que objetivem maior racionalidade na gestão e preservem o equilíbrio econômico-financeiro, respeitando os usos essenciais.

§ 6º. Em situação crítica de escassez de recurso hídrico que obrigue o racionamento temporário do fornecimento de água, o sistema de remuneração poderá prever mecanismos de contingência com objetivo de implementar a gestão da demanda e garantir o equilíbrio financeiro da prestação do serviço.

Art. 32. Os bens vinculados à prestação dos serviços integram automaticamente o patrimônio do titular e, no caso de delegação, estarão onerados por direitos de exploração no prazo fixado no contrato.

§ 1º. No caso de reversão, será devida ao prestador dos serviços a indenização relativa à parcela não amortizada pela tarifa ou por outras receitas emergentes da delegação.

§ 2º. Não será devida a indenização em razão da reversão dos bens mencionados no inciso VIII do § 2º do art. 31 desta Lei.

§ 3º. Os registros contábeis do prestador dos serviços deverão evidenciar de forma precisa os valores da parcela não amortizada dos bens reversíveis, os quais serão anualmente auditados e homologados pelo órgão ou entidade reguladora.

§ 4º. O descumprimento do disposto no § 3º deste artigo, tornará exigível a indenização somente após procedimento de prestação de contas.

Art. 33. É direito do usuário não pagar preços públicos ou taxas de serviços públicos de saneamento básico cujos critérios de fixação e de cálculo de valores não tenham sido prévia e adequadamente estabelecidos pela legislação do titular.

§ 1º. O titular deverá dar publicidade aos valores das taxas ou dos preços públicos dos serviços pelo menos trinta dias antes de sua entrada em vigor.

§ 2º. Considera-se adequado o estabelecimento de critérios de fixação e de cálculo dos valores de preços públicos ou de taxas, quando evidenciadas suas estrutura e composição de forma clara, objetiva e acessível ao entendimento comum.

§ 3º. Os documentos de cobrança pela prestação dos serviços devem discriminar a categoria do usuário, os valores e quantidades correspondentes ao uso do serviço prestado e, pelo menos, os valores relativos a eventuais:

- I - tributos incidentes diretamente sobre o valor faturado do serviço;
- II - encargos de regulação e de fiscalização;
- III - valores de remuneração de prestadores de serviços integrados com os quais tenham relações de complementaridade;
- IV - ônus pelo uso de recursos hídricos;
- V - subsídios diretos concedidos ao usuário.

Art. 34. Os critérios de fixação e de cálculo de valores dos preços públicos ou de taxas de serviços públicos de saneamento básico deverão:

- I - considerar as condições de eficiência e eficácia estabelecidas para a prestação dos serviços;
- II - descrever de forma detalhada os conceitos e a metodologia adotados na formulação da equação econômico-financeira, inclusive para os reajustes e revisões;
- III - observar as definições conceituais e os critérios técnicos estabelecidos nesta Lei e em seu regulamento;
- IV - ser fundamentados em regimes contábeis e em sistemas de registro e apuração de custos reconhecidos e adotados pelos órgãos e entidades públicas e privadas;
- V - explicitar as parcelas dos custos dos serviços cobertas por subsídios simples e por subsídios cruzados externos recebidos, bem como o custo de subsídios cruzados transferidos;
- VI - identificar os aspectos fiscais e tributários e os respectivos regimes a que estão sujeitos;
- VII - permitir a sua aplicação de forma estável ao longo do tempo, em especial nos casos de serviços delegados.

Parágrafo único. Nos casos de serviços delegados, os resultados financeiros de projetos associados à prestação de serviço público de saneamento básico devem ser contabilizados separadamente, e somente poderão ser considerados na equação econômico-financeira adotada para o cálculo dos preços públicos do serviço delegado se excederem a respectiva taxa de retorno ou de remuneração.

Art. 35. O órgão ou entidade reguladora promoverá reajustes e revisões periódicos dos preços públicos.

§ 1º. Não se admitirá reajuste antes que decorrido um ano da data-base do preço ajustado ou da data do último reajuste ou revisão ordinária, salvo nos casos de aplicação de reajustes parcelados autorizados pelo titular ou em razão de disposição diversa estabelecida em lei federal. As revisões serão promovidas pelo menos a cada cinco anos.

§ 2º. A legislação do titular estabelecerá os indicadores de preços, simples ou compostos, que melhor reflitam os custos dos serviços e que deverão ser utilizados como referência para os reajustes.

§ 3º. As revisões, mediante reavaliação da estrutura e composição dos custos dos serviços, visam recompor as condições econômico-financeiras inicialmente estabelecidas e garantir aos usuários a participação nos ganhos de eficiência, de produtividade ou de externalidades relacionadas à prestação.

§ 4º. O órgão ou a entidade reguladora instaurará os processos ordinários de reajuste e de revisão de preços públicos na periodicidade prevista na legislação do titular.

§ 5º. O órgão ou a entidade reguladora deliberará no prazo máximo de trinta dias sobre o conhecimento de solicitação de revisão extraordinária apresentada pelo titular ou pelo prestador do serviço, fundamentada na ocorrência de fatos relevantes e imprevistos.

§ 6º. Os processos de revisão de tarifas devem ser submetidos, antes da deliberação de mérito do órgão ou entidade reguladora, à manifestação do Conselho da Cidade ou de órgão colegiado equivalente ou, na sua ausência, do Conselho Municipal de Saúde - COMUS, que deverá se pronunciar no prazo fixado na legislação do titular e, caso seja esta omissa, no prazo máximo de trinta dias.

Art. 36. Os prestadores de serviços públicos de saneamento básico que atuem em mais de um Município, ou que prestem serviços de diversas naturezas em um mesmo Município, devem possuir sistema contábil que permita:

I - registrar e demonstrar, separadamente, os custos e resultados econômicos e financeiros de cada serviço em cada um dos Municípios atendidos e, se o caso, no Distrito Federal;

II - identificar e registrar as origens e aplicações dos recursos provenientes de subsídios simples ou cruzados externos.

Parágrafo único. O órgão ou entidade reguladora deverá instituir, ouvido o prestador dos serviços, regras e critérios de estruturação de sistema contábil e do respectivo plano de contas, de modo a garantir que a apropriação e a distribuição de custos indiretos dos serviços de que trata o caput deste artigo estejam conforme os parâmetros estabelecidos nesta Lei e em seu regulamento.

Art. 37. Os critérios técnicos para a execução das diretrizes relativas aos aspectos econômico-financeiros serão disciplinados por regulamento, que também instituirá modelos de sistemas de composição e estruturação dos preços públicos, diferenciados em função da natureza do serviço, da escala de sua prestação e de outros critérios, observados no que não contrariarem a legislação do titular dos serviços"

XXV.2 A primeira crítica genérica: a Lei Geral de Concessões

151. A solução contemplada no Anteprojeto comporta uma crítica genérica atinente à tentativa de redefinir a teoria geral das concessões de serviço público, cuja disciplina foi

consagrada na Lei Federal nº 8.987/1995. Melhor seria reconhecer a aplicação das normas gerais pertinentes a concessões de serviços públicos e estabelecer, se fosse o caso, normas específicas relacionadas com as peculiaridades de serviços públicos de saneamento básico privativos e integrados.

Assim, por exemplo, os arts. 32 e 35 não têm razão de existir, na quase totalidade de seus dispositivos.

XXV.3 A segunda crítica genérica: o detalhismo inútil

152. Por outro lado, há a preocupação em editar normas detalhadas e desnecessárias, cuja existência é rigorosamente inútil.

Assim, por exemplo, considere-se o disposto no art. 30, § 2º, que faculta a instituição de fundos especiais por via legislativa. Ora, a existência do referido dispositivo não produz efeito jurídico concreto, eis que a efetiva criação dos fundos dependerá da observância das formalidades apropriadas.

XXV.4 A terceira crítica genérica: a Lei Federal nº 11.079

153. Indo avante, o Anteprojeto ignora a existência das "parcerias público-privadas", tal como disciplinadas na recente Lei Federal nº 11.079.

153.1. Reconheça-se que, à época da elaboração do Anteprojeto, o tema das parcerias público-privadas ainda se encontrava sob debate.

153.2. No entanto, a sistemática consagrada na parceria público-privada é afastada pela disciplina consagrada no Anteprojeto. Lembre-se que uma das finalidades visadas pela Lei das PPPs foi propiciar investimentos na área de saneamento básico, que se caracteriza, em grande parte dos casos, pela ausência de auto-suficiência econômica.

153.3. Para os efeitos dos arts. 30 e seguintes do Anteprojeto, é relevante anotar que a Lei nº 11.079 previu a existência de "concessões patrocinadas". Essa figura, que o signatário reputa ser plenamente compatível com o próprio regime da Lei nº 8.987, peculiariza-se pela participação do poder concedente no custeio das atividades delegadas ao particular.

Ora, o art. 30, § 1º, aparentemente exclui a possibilidade de uma concessão patrocinada.* Mesmo o § 2º do mesmo art. 30 não se compatibiliza com a figura da PPP.

154. Portanto, é aconselhável uma significativa redução da disciplina contemplada no Anteprojeto, inclusive para propiciar a direta aplicação das regras pertinentes às PPPs no âmbito do saneamento básico.

XXV.5 A quarta crítica genérica: a questão da equação econômico-financeira

155. Um outro problema relevante se relaciona com a concepção de equação econômico-financeira adotada no Anteprojeto, a propósito da delegação de serviços públicos.

155.1. O conceito de equação econômico-financeira e a sua disciplina estão incorporados na disciplina jurídica brasileira. Têm fundamento constitucional e infraconstitucional.

155.2. O Anteprojeto não formula uma disciplina própria sobre o tema. No entanto, é evidente que o Anteprojeto pretende inovar a matéria. Há inúmeras referências à figura da equação econômico-financeira, algumas das quais bastante problemáticas.

* N. do E.: Como mencionado em nota anterior, o disposto do §1º do art. 30 do APL, em homenagem às opiniões do parecerista, não foi incorporado no PL nº 5296/2005.

156. Assim, por exemplo, o art. 35, § 5º, determina que a revisão extraordinária se fundará na ocorrência de "fatos relevantes e imprevistos". Essa solução envolve uma evidente simplificação da matéria. Basta comparar essa regra com aquela do art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666 para comprovar a procedência da asserção.

Em outras palavras, o estabelecimento de inovações dessa ordem dependeria da adoção de regras completas e detalhadas, sob pena de geração de discussões e impasses. O Anteprojeto não esclarece se as concepções gerais sobre o tema deverão ou não prevalecer.

157. Numa outra passagem (art. 35, § 3º), o Anteprojeto prevê que as revisões extraordinárias se destinam a assegurar a recomposição das condições econômico-financeiras inicialmente estabelecidas e garantir aos usuários a participação em ganhos de eficiência, de produtividade e de externalidades.

A determinação envolve uma inovação significativa nas práticas estatais brasileiras e conta com integral simpatia do signatário⁶⁵. Mas a sua aplicação depende da adoção de um arsenal completo de providências, especialmente no corpo do edital de licitação. As frustrantes experiências na área de energia evidenciam a procedência do raciocínio do signatário.

Ou seja, não basta formular regra genérica tal como aquela ora examinada. É necessário impor a adoção no contrato de mecanismos destinados a avaliar os ganhos de eficiência e outros fatores. Mais ainda, é indispensável acrescentar que perdas de eficiência atribuíveis culposamente ao particular não poderão ser ignoradas em vista do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira.

XXV.6 A primeira crítica específica: a taxa (art. 30, § 1º)

158. O art. 30, § 1º, prevê que os serviços públicos delegados serão remunerados mediante tarifas e outros "preços públicos".

XXV.6.1 A questão da validade da regra

159. A temática da remuneração dos serviços públicos concedidos envolve, na verdade, uma longa disputa doutrinária e jurisprudencial⁶⁶.

Uma das correntes adotadas se funda na previsão do art. 145, inc. II da CF/88, que estabelece que as taxas serão cobradas em virtude da prestação de serviços públicos específicos e divisíveis. Daí extraem alguns o entendimento de que somente a taxa poderia ser utilizada em tais situações.

Para os defensores desse entendimento, nenhuma lei infraconstitucional poderia autorizar a cobrança de tarifas em face da prestação de serviços públicos. Essa corrente é minoritária – mas, por certo, opor-se-á à validade da regra do art. 30, § 1º.

No entanto, a totalidade dos administrativistas reconhece o pleno cabimento da cobrança de tarifa pela prestação de serviços públicos, especialmente nas hipóteses de delegação. Logo, o signatário não reputa que a alusão à exigência de tarifa apresente algum problema.

⁶⁵ O signatário tem-se referido à necessidade da substituição de um conceito estático de equação econômico-financeira por um conceito dinâmico. Sobre o tema, confira-se *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 361.

⁶⁶ Para uma resenha da questão, confira-se a exposição do signatário em *Teoria Geral da Concessão de Serviço Público*, cit., p. 340-350.

XXV.6.2 A exclusão da cobrança de taxa

160. No entanto, há um problema de outra ordem. A regra examinada não se restringe a autorizar a cobrança de tarifa, mas também exclui a possibilidade da instituição de taxas. Ora, o signatário tem sérias dúvidas sobre a validade dessa solução, eis que há situações em que, embora existindo a delegação, far-se-á necessária a utilização da taxa.

Ora, se a Constituição assegura aos entes federados a opção pela taxa, não se afigura constitucionalmente possível que uma lei federal exclua seu cabimento. Talvez até se pudesse admitir uma solução dessa ordem por via de lei complementar (na medida em que a CF/88 previu que as normas gerais de Direito Tributário seriam editadas pela União por meio de lei complementar – art. 146, inc. III).

Portanto, é mais aconselhável autorizar explicitamente a remuneração dos serviços públicos delegados por via tanto de preços públicos como de taxas.*

XXV.7 A segunda crítica específica: os encargos do delegatário (art. 31, § 2º, inc. II)

161. O art. 31, § 2º, contém diretrizes (e normas gerais) atinentes à composição dos preços públicos ou taxas de serviços. Impõe certas vedações, entre as quais desperta a atenção aquela constante do inc. II, que alude ao ônus suportado pelo prestador para receber a delegação ou para celebrar o contrato de prestação dos serviços.

161.1.A preocupação do legislador federal é extremamente relevante e procedente. O signatário tem manifestado sua reiterada oposição à sistemática adotada nos últimos anos no tocante à delegação dos serviços públicos⁶⁷. Foi usual a prática de licitações de tipo maior lance, o que propiciava ao Poder Concedente a obtenção de receitas elevadas. O licitante vencedor se obrigava ao pagamento de ônus de valor elevado. Esse ônus repercutia sobre a tarifa, produzindo um efeito indireto de tributação. Assim, a tarifa destinava-se não apenas a assegurar o custeio dos serviços propriamente ditos mas também refletia os custos financeiros extremamente elevados do prestador do serviço.

161.2.Por tudo, é imperioso que a delegação de serviço público seja vinculada ao critério de menor tarifa. O Poder Concedente deve buscar assegurar o melhor serviço pelo menor preço possível – sem transformar a outorga num instrumento de abastecimento dos cofres públicos.

161.3.A regra ora examinada se encaminha nesse sentido, mas adotando uma solução indireta – o que poderá propiciar dificuldades mais sensíveis.

O dispositivo examinado não veda a utilização da licitação de maior lance nem obriga a busca da menor tarifa. Estabelece, isto sim, que os ônus do licitante não poderão ser repassados para a tarifa.

A regra minimiza os problemas, mas não os resolve do modo mais satisfatório. Um exemplo permite compreender o problema. Suponha-se que um ente federativo promova licitação de maior oferta para delegação de serviço de saneamento básico à iniciativa privada. O particular tem ciência de que não poderá repassar o custo da oferta para a tarifa. No entanto, ele examina a situação e verifica a possibilidade de grandes ganhos de produtividade. Isso permite a ele formular uma oferta elevada, cujo custeio se fará não propriamente pela

⁶⁷ Confira-se em *Teoria Geral da Concessão de Serviço Público*, cit., p. 71/72.

* N. do E.: Ver Nota do Editor na página 253.

tarifa, mas pela ampliação da eficiência da gestão. Nesse caso, a regra ora examinada foi respeitada.

Imagine-se, no entanto, que a mesma situação envolvesse uma licitação de menor tarifa. Nesse caso, o particular transferiria os ganhos de eficiência para a tarifa. Portanto, ofertaria uma tarifa mais reduzida, eis que não haveria ônus a ser pago. Logo, a regra legal ora examinada também seria respeitada.

A diferença entre ambos os casos reside em quem se apropria dos ganhos de eficiência⁶⁸. Num caso, os benefícios são transferidos para os cofres públicos. No outro, o benefício é repassado para a tarifa.

O signatário reputa que os princípios constitucionais atinentes à supremacia dos direitos fundamentais vedam ao Estado valer-se da oportunidade da prestação de serviços de saneamento básico para captar recursos. Ou, mais precisamente, os serviços de saneamento básico devem conduzir à arrecadação dos recursos necessários estritamente à sua prestação⁶⁹.

Por isso e ao ver do signatário, a solução mais compatível com a Constituição exige que, ademais da regra ora examinada, seja imposta uma determinação no sentido de que a licitação para delegação de serviços de saneamento básico em prol da iniciativa privada seja de menor preço (ainda que conjugada a critérios de qualidade).

162. Apenas de passagem, anote-se que essa solução se aplica inclusive nos casos de convênios inter-administrativos.

163. Por fim, ressalte-se que a União dispõe de competência para disciplinar o tema, que se enquadra no âmbito das normas gerais sobre licitação e contratação pública.

XXV.8 A terceira crítica específica: delegação normativa (art. 31, § 4º)

164. O art. 31, § 4º, remete à competência do Ministro da Saúde a fixação de parâmetros de quantidade e de qualidade para a determinação do valor mínimo e do valor básico, para efeito de adoção de estrutura estratificada por categorias de usuários e tipos de uso.

Reputa-se que, na parte final, o dispositivo extravasa os limites da competência federal. O art. 200, inc. VI, da CF/88 prevê a competência do sistema único de saúde para fiscalizar e inspecionar bebidas e águas para o consumo humano. Logo, a União não dispõe de competência para fixar parâmetros relacionados com a determinação de valor mínimo e de valor básico, para efeito de adoção de estrutura estratificada por categorias de usuários e tipos de uso.*

XXV.9 A quarta crítica específica: direito de não pagamento (art. 33)

165. O art. 33 institui o "direito" de não pagamento por parte do usuário da taxa ou do preço público de serviço público de saneamento básico quando os critérios de fixação e de cálculo de valores não tiverem sido prévia e adequadamente estabelecidos na legislação do titular.

⁶⁸ É evidente que em ambos os casos haverá perspectiva de apropriação de ganhos por parte do empresário (mas no segundo exemplo os ganhos não são transferidos para a tarifa, implicando em sua redução). Mas essa é outra questão, que não se resolve na dimensão do problema ora examinado.

⁶⁹ Isso não significa negar a possibilidade de que a prestação exigida de cada usuário seja proporcional à sua capacidade contributiva. O que não se admite é que o total arrecadado *a propósito* dos serviços seja superior ao necessário à sua prestação, transferindo-se uma parcela para os cofres públicos.

* N. do E.: A matéria foi mais minuciosamente analisada no parecer complementar (resposta ao quesito 5), que integra esta publicação.

A disposição não merece ser consagrada. A eventual boa-intenção que a ela se relaciona acabará por gerar tamanha ordem de problemas que será inevitável sua derrogação.

166. Em primeiro lugar, há um grave equívoco no reconhecimento de um "direito de não pagamento". É evidente que todos têm direito de fruir das utilidades necessárias à realização da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Até é possível reconhecer que a fruição desse direito poderá fazer-se sem remuneração, quando o sujeito carecer de recursos para tanto. No entanto, ninguém pode ter o "direito" de não pagar por aquilo que frui.

167. Observe-se que se pode assegurar ao usuário o direito de conhecimento às informações necessárias e pertinentes, tal como o direito de pagar o valor justo pelo serviço fruído. Isso em nada se confunde com a atribuição de um "direito de não pagamento" acompanhado pelo "direito à fruição do serviço".

168. O resultado prático da regra será equivalente a um incentivo ao questionamento por parte dos usuários, que invocarão o dispositivo mesmo quando houver o atendimento às exigências ali referidas. Poderá imaginar-se a multiplicação da tantas vezes referida "indústria de liminares", em que associações serão criadas apenas para promover medidas judiciais orientadas a pleitear a fruição gratuita de serviços básicos de saneamento (mesmo para os sujeitos que detêm capacidade econômica para o pagamento correspondente).

169. A questão é agravada porque o art. 33 faz referência a um conceito jurídico indeterminado: "adequação". É impossível definir, com precisão, o limite mínimo da adequação.

169.1. Veja-se que o art. 33, § 2º, alude a critérios e indicações claros, objetivos e acessíveis ao entendimento comum. Isso também envolve conceitos jurídicos indeterminados. É problemático reconhecer quando um demonstrativo matemático será "acessível ao conhecimento comum".

169.2. Mais grave é que, em inúmeros casos, os critérios poderão ser cientificamente inquestionáveis, mas sua exposição não se fará de modo acessível ao conhecimento comum. Aliás, uma equação matemática qualquer – por mais básica que o seja – dificilmente será acessível ao conhecimento comum. Se dúvida houver, poderá ser eliminada mediante a experiência de explicar o "Teorema de Pitágoras" para um público leigo.

XXV.10 A quinta crítica específica: ainda a delegação (art. 34, inc. III)

170. O art. 34, inc. III, determina que a fixação dos preços públicos ou taxas de serviços de saneamento básico deverão observar "as definições conceituais e os critérios técnicos estabelecidos nesta Lei e em seu regulamento".

Até seria possível reputar que critérios e regras contemplados em lei federal teriam a natureza de normas gerais de contratações públicas e de diretrizes no tocante ao saneamento básico. Mas não se afigura cabível uma lei promover a delegação dessa competência para um regulamento.

Portanto e nessa passagem, há um sério risco de inconstitucionalidade, na medida em que o regulamento pretenda inovar o universo normativo estabelecido por meio de lei.

XXV.11 A questão dos subsídios internos (art. 31, § 1º, dentre outros)

171. Uma importante inovação trazida pelo Anteprojeto envolve a temática dos subsídios internos. O tema está disciplinado em diversas disposições, entre as quais avulta de importância o art. 31, § 1º.

XXV.11.1 O art. 31, § 1º

172. A compreensão do art. 31, § 1º*, é dificultada por sua redação algo complexa.

O dispositivo prevê que os preços públicos e as taxas "poderão incorporar os custos relativos aos recursos destinados a integrar o fundo especial previsto no § 2º do art. 30".

O referido art. 30, § 2º, prevê a criação de um fundo destinado a custear a universalização dos serviços públicos de saneamento básico. Anote-se que esse dispositivo já determina que o fundo será composto por verbas provenientes (inclusive) de tarifas e de taxas.

Ora, o art. 31, § 1º, apenas pode apresentar algum conteúdo normativo próprio se for orientado a assegurar que as tarifas e as taxas sejam norteadas a promover a universalização dos serviços. Afinal, não teria sentido que o art. 31, § 1º, apenas reiterasse o que já consta do art. 30, § 2º.

A referência à universalização equivale a reconhecer que a composição da tarifa e da taxa não será destinada exclusivamente a remunerar os benefícios fruídos pelo devedor – ademais disso, haverá uma parcela destinada ao fundo de universalização. Assim, o fruidor dos serviços pagará também um montante orientado a assegurar que a população carente receba serviços de saneamento básico.

Essa solução equivale a uma modalidade subsídio interno, em que o custo dos serviços é dividido entre o universo do usuário segundo critérios diversos da mera repartição aritmética. Os mais abastados custearão a oferta dos serviços de saneamento para os sujeitos carentes.

173. O signatário sempre defendeu o cabimento dessa solução em vista do sistema constitucional vigente. O tema foi objeto de considerações explícitas⁷⁰. A dificuldade maior se relaciona às taxas, que tradicionalmente são tratadas na doutrina pátria como vinculadas exclusivamente ao princípio do custo do serviço.

Mas o signatário entende que mesmo as taxas devem ser submetidas ao princípio da capacidade contributiva, de modo a assegurar que os usuários dotados de maior riqueza arquem com parcela mais substancial e relevante do custo relativo aos serviços. Aliás, existe passagem em um julgado do STF em que essa tese é explicitamente acatada. Reputou-se válida a adoção de base impositiva vinculada à riqueza do contribuinte de uma taxa e se consignou que "A presunção é razoável e, de certa forma, realiza, também, o princípio da capacidade contributiva do art. 145, § 1º, da C.F. que, sem embargo de ter como destinatário os impostos, nada impede que possa aplicar-se, na medida do possível, às taxas" (RE nº 232.393-1-SP).

A questão dos serviços públicos essenciais se vincula ao princípio da solidariedade, que está estabelecido diretamente no art. 3º, incs. I e III, da CF/88. Esse princípio se relaciona com a supremacia da dignidade humana e significa que os mais abastados e privilegiados têm deveres em face dos carentes – e tal se aplica não apenas em uma dimensão puramente econômica.

O princípio da capacidade contributiva, afirmado no âmbito do Direito Tributário, é uma mera decorrência desse princípio da solidariedade. A incidência tributária deve ser

⁷⁰ Confira-se *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, cit., p. 375 e ss.

* N. do E.: O artigo 31, §1º, do APL corresponde ao artigo 30, §1º do PL 5296/2005, com acréscimo de texto.

proporcionada à intensidade da riqueza exteriorizada pelo contribuinte. Esse postulado se aplica especificamente em vista dos impostos, mas não pode deixar de reger também as demais espécies tributárias.

E assim se impõe porque não é constitucional que os serviços públicos – especialmente aqueles mais intensamente vinculados aos direitos fundamentais – deixem de ser prestados aos carentes ou que sejam condicionados ao pagamento de valores monetários. A supremacia dos direitos fundamentais acarreta a necessidade de que a sociedade custeie os serviços mais essenciais. Esse custeio faz-se por meio de “subsídios” diversos. Uma das soluções reside em transferir para os usuários mais abastados o custo correspondente aos serviços ofertados aos carentes.

XXV.11.2 O art. 31, § 3º

174. Mas a temática dos subsídios internos é também enfocada no art. 31, § 3º, que enumera diversas soluções orientadas a assegurar a viabilidade econômica da prestação universal do serviço. O dispositivo legitima formalmente inúmeras soluções indicadas pela Ciência da Economia em vista da disputa sobre o critério de fixação da remuneração do serviço público.

174.1. Como já apontado acima, os serviços de saneamento básico se configuram, usualmente, como monopólios naturais. Isso significa a existência de elevados custos para implantação da infra-estrutura necessária à prestação do serviço e a configuração de uma economia de escala. Isso significa que, à medida que se eleva o número de consumidores do serviço, reduz-se o custo unitário de sua prestação.

174.2. Daí se segue a impossibilidade econômica da fixação da tarifa pelo critério do chamado “custo marginal” – que consiste no custo necessário a produzir uma unidade a mais. Na situação examinada, cada unidade de utilidade a mais tem custo menor do que a anterior – mas isso somente tomando em vista o custo isolado de produção, que não compreende a amortização do valor necessário à implantação do empreendimento.

174.3. Como decorrência, a tarifa deve ser fixada pelo critério do “custo médio”. Isso significa considerar todos os custos (inclusive de implantação da infra-estrutura) e repartir pelas unidades fornecidas.

174.4. Ocorre que a Ciência Econômica observou que, adotado esse critério, o fornecedor de serviço nunca obterá uma remuneração suficiente, porque a redução crescente do custo reduz o valor da tarifa média.

174.5. Por isso, a única solução para tornar viável economicamente a exploração de um monopólio natural remunerado por tarifa pelo custo médio é a existência do subsídio – que pode ser externo ou interno.

O subsídio externo corresponde, basicamente, a um aporte de recursos públicos em favor do prestador. Essa solução é, geralmente, repudiada como indesejável.

O subsídio interno consiste em mecanismos de fixação de tarifas que permitam a ampliação da remuneração. Dentre esses mecanismos se encontra, por exemplo, a fixação de um valor mínimo a ser pago por cada usuário, independentemente inclusive do efetivo consumo.

175. Essas soluções são praticadas em todos os países do mundo. Não há como delas fugir, por se tratar de uma necessidade econômica. São praticadas também no Brasil, mas sua implementação costuma despertar discussões que deságuam no Poder Judiciário.

O Anteprojeto legitima, de modo explícito, a adoção desses mecanismos, o que amplia o nível de segurança jurídica. São diretrizes e normas gerais de contratação que se inserem na competência da União.

XXVI. A vedação à alocação de recursos públicos federais (art. 46, II)*

176. O art. 46, II, contempla vedação à alocação de recursos de origem federal para empreendimento resultante de outorga onerosa. A redação do dispositivo está abaixo reproduzida:

"Art. 46. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgão ou entidade da União devem estar conformes as prioridades definidas no Plano Nacional de Saneamento Ambiental e nos planos municipais, regionais e estaduais de saneamento ambiental, e condicionados:

I - ... (omissis);

II - a que o empreendimento beneficiário não integre serviços delegados de saneamento básico mediante outorga onerosa celebrada após a vigência desta Lei;⁷¹

... (omissis)"

XXVI.1 A disciplina adotada

177. Rigorosamente, a disposição não se afigura inconstitucional. Afinal, cabe à União disciplinar o destino dos recursos federais. No exercício dessa competência, a União pode estabelecer condições e vedações, desde que não infrinja o sistema constitucional.

No caso, a vedação prevista reflete a concepção do descabimento de alocar recursos públicos federais em favor de empreendimentos que foram objeto de delegação onerosa. São os casos em que o particular obtém a delegação mediante a formulação de uma proposta de pagamento em prol do Poder Concedente ou em que há subscrição pelo Poder Concedente do capital da empresa concessionária (Anteprojeto, art. 2º, inc. XXIII).

Pode-se supor que a vedação se orienta a impedir o rompimento da comutatividade inicial da contratação. Afinal, se o particular assumiu certas obrigações ou foi beneficiado por obrigações assumidas pelo Poder Público, a transferência de recursos públicos poderia representar uma frustração à solução originalmente prevista - o que poderia ser ainda mais grave em virtude da existência (presumida) de uma licitação.

⁷¹ Dispõe o art. 2º, inc. XXIII*, do Anteprojeto que, para os efeitos do diploma, considera-se "delegação onerosa de serviço público de saneamento básico a que inclui: a) qualquer modalidade de pagamento ao titular pela outorga da concessão de serviço público de saneamento básico, direito de uso ou pela transferência de bens e instalações reversíveis, exceto no caso de ressarcimento de eventuais obrigações vinculadas ao serviço que permaneça na responsabilidade do titular; ou b) subscrição de participação societária e integralização, pelo titular, de capital da empresa concessionária, lastreada na conferência de qualquer dos bens ou direitos mencionados na alínea "a" deste inciso, salvo quando a participação societária estiver gravada por vínculo de inalienabilidade pelo prazo mínimo de 20 anos". (* N. do E.: O art. 2º, inciso XXIII do APL corresponde ao art. 2º, inciso XXIV do PL 5296/2005.)

* N. do E.: O art. 46, II do APL corresponde ao art. 43, II do PL 5296/2005.

Mas a vedação, tal como adotada no Anteprojeto apresenta inúmeros problemas e dificuldades.

XXVI.2 A proteção à equação econômico-financeira

178. Em primeiro lugar, o problema essencial reside na intangibilidade da equação econômico-financeira da avença. O que se pretende evitar é que as obrigações assumidas pelo particular sejam custeadas (ainda que indiretamente) por via de recursos públicos federais.

Ora, isso significa que a definição de delegação onerosa, contida no art. 2º, inc. XXIII, é excessivamente restrita para assegurar a realização da vontade normativa. Toda e qualquer delegação à iniciativa privada produz a configuração de uma equação econômico-financeira, que merece proteção. Isso se passa mesmo nos casos em que o particular não tiver assumido obrigação de pagamento em prol do Poder Concedente.

Assim, suponha-se uma delegação produzida por uma licitação de menor preço. Imagine-se que um particular se sagre vencedor por oferecer a tarifa mais reduzida. Segundo a definição do art. 2º, inc. XXIII, não haveria uma delegação onerosa, mas estariam presentes todos os motivos justificadores da vedação à transferência de recursos de origem pública. Ou seja, ofenderia à ordem jurídica que a União promovesse subsídio para a satisfação das obrigações assumidas pelo particular.

Sob esse ângulo, o problema não reside na norma do art. 46, II, mas na definição à qual ela se reporta e que está consagrada no art. 2º, inc. XXIII. A delegação será onerosa não apenas quando o particular assumir o dever de realizar pagamentos em prol do Poder Público ou quando este aplicar recursos na subscrição do capital de uma concessionária. A onerosidade é uma decorrência da assunção de direitos e obrigações por ambas as partes.

XXVI.3 A eventual incompatibilidade com a figura da PPP

179. Observe-se que a solução consagrada no dispositivo examinado apresenta potencial incompatibilidade com a solução das PPPs. Assim o é porque é perfeitamente possível que uma concessão subsidiada ou administrativa configure-se como uma outorga onerosa. E é da essência da PPP a alocação de recursos públicos para o empreendimento. Aliás, tal como disciplinada a questão, sequer seria possível promover financiamento com recursos geridos pela União ou por empresas a ela vinculadas (o que abrange o BNDES).

Logo, não se afigura que a solução contida no art. 46, inc. II, seja adequada e satisfatória.

XXVI.4 A inconveniência do dispositivo

180. Mas a inconveniência da disposição se exterioriza sob outro ângulo.

É possível imaginar situações em que a alocação de recursos, supervenientemente a uma delegação onerosa, revele-se como necessária para a realização de determinações emanadas da ordem jurídica pátria.

Basta considerar a ocorrência de eventos supervenientes imprevisíveis ou de conseqüências inevitáveis, que provoquem o rompimento da equação econômico-financeira. As hipóteses são inúmeras e largamente conhecidas na experiência prática. São os casos de cataclismos naturais, de alterações significativas das circunstâncias econômicas, da ampliação das necessidades coletivas. Assim, por exemplo, imagine-se uma concessão outorgada com o prazo de trinta anos e se suponha que, decorridos vinte anos, tenha ocorrido um acréscimo extraordinário da população municipal. A ampliação das infra-estruturas de saneamento básico

dependerá do suporte da União e seria descabido impedir que tal ocorresse em virtude do argumento de que a “delegação foi onerosa”⁷².

XXVI.5 A eventual inutilidade do dispositivo

181. Por outro lado, o dispositivo pode revelar-se inútil. Assim o é porque a alocação de recursos públicos depende, em grande parte dos casos, da disciplina orçamentária. Ora, a lei orçamentária tem a natureza de lei ordinária, tal como se passará com a lei que vier a resultar do Anteprojeto examinado. Logo, a vedação contida no art. 46, inc. II, do Anteprojeto não impedirá que disposições legislativas supervenientes autorizem aquilo que ali está vedado.

XXVII. Conclusão *

182. Em face do exposto, formulo as seguintes respostas para os quesitos apresentados:

a) A competência para prover os serviços públicos de saneamento básico é sempre municipal? É constitucionalmente possível que alguns dos serviços possam ser considerados como de competência estadual? O fato de o Município integrar região metropolitana, aglomeração urbana, microrregião ou região integrada de desenvolvimento (Ride) altera alguma das conclusões das questões anteriores?

Resposta: A competência para prover os serviços públicos de saneamento básico nem sempre é exclusivamente de um único Município, eis que não há um critério constitucional único para tanto.

Em princípio, o Município é sempre titular da competência para organizar e prestar os aludidos serviços públicos. Mas existem inúmeras hipóteses em que se configuram interesses supra-locais ou conjuntos de diversos entes federados. Bem por isso, é possível considerar que, dependendo das circunstâncias, configurem-se interesses municipais e estaduais – refletindo-se na titularidade conjunta dos serviços. A integração do Município em uma região metropolitana é um forte indício de que os serviços de saneamento básico devem ser considerados como de interesse supramunicipal. Haverá casos em que será impossível dissociar o interesse dos diversos municípios, o que redundará na existência de serviços públicos a serem prestados de modo articulado pelos diversos Municípios. Pode-

⁷² Não cabe rebater o raciocínio mediante o argumento de que o problema poderia ser resolvido por meio da “extinção” da concessão, com devolução pelo titular da receita auferida. Essa proposta é radicalmente incompatível com o regime jurídico da extinção das concessões de serviço público. A situação narrada conduziria a um caso de caducidade, que não se confunde com o puro e simples “desfazimento” da contratação. Aliás, o desfazimento da contratação apenas pode ocorrer nos casos de vício na outorga. Ainda nesses casos, assegura-se ao particular o direito de indenização tanto pelo que já realizou como pelos lucros cessantes.

* N. do E.: Como consta na Advertência desta publicação, os artigos do Anteprojeto de Lei nem sempre corresponderão àqueles que figuram no texto do Projeto de Lei nº 5296/2005 e, na medida do possível, tentaremos informar ao leitor, em rodapé, ao longo do texto, a correspondência entre eles.

se cogitar, inclusive, do surgimento de interesse estadual na medida em que os diversos Municípios não atinjam uma solução convencional satisfatória. E não seria descabida a própria atuação federal em hipóteses em que os diversos Municípios estivessem sediados em Estados diversos.

b) Quais a natureza e o regime jurídico do contrato de fornecimento de serviços públicos previsto nos arts. 10 a 12 do Anteprojeto de Lei? As cláusulas necessárias previstas para esse contrato (no art. 11) são suficientes e atendem à boa técnica jurídica? É constitucional a previsão do art. 12, de que as cláusulas do modelo de contrato de fornecimento de serviços públicos disciplinarão as relações de complementaridade no que não dispuser em contrário contrato de fornecimento de serviços públicos celebrado pelos interessados?

Resposta: É problemático determinar em tese a natureza jurídica do contrato de fornecimento de serviços públicos. Em princípio, no entanto, admite-se que se tratará de um contrato administrativo bilateral, comutativo e oneroso entre duas pessoas federativas, ao qual não se aplica o regime das prerrogativas extraordinárias. Aplica-se o regime jurídico de Direito Público, na acepção de que essa contratação é um instrumento para a realização de interesses coletivos. Mas ambas as partes se vinculam compulsoriamente ao cumprimento das obrigações ali previstas. Em princípio, o art. 11 contempla um elenco das cláusulas necessárias à contratação. É evidente que nenhum rol dessa ordem é exaustivo, sempre se fazendo necessária a adequação da contratação às circunstâncias concretas. É válida uma previsão tal no sentido de que, naquilo em que não for incompatível com a vontade dos entes estatais contratantes, prevalecerão regras de natureza supletiva-dispositiva. As regras sobre o tema, veiculadas por regulamento, apenas serão válidas se respeitarem os limites legislativos.

c) É constitucional o disposto no art. 22 do Anteprojeto de Lei, que prevê como diretriz a obrigatoriedade de a delegação de serviços públicos de saneamento básico se efetivar por meio de contrato?

Resposta: É constitucional a solução, na medida em que se aceite a diferenciação entre delegação propriamente dita e delegação imprópria. Ou seja, não será constitucional estabelecer, por meio de lei, uma vedação à autonomia federativa para promover convênios. O que se afigura como constitucionalmente viável é estabelecer que somente por contrato poderá fazer-se a delegação de serviço público à iniciativa privada ou a empresas estatais que explorem atividade econômica. Essa regra apresenta não apenas um cunho de diretriz mas se configura também como uma norma geral sobre contratação pública.

d) É constitucional o Poder Público outorgar concessão ou permissão de serviço público com dispensa ou inexigibilidade de licitação? Pode o instituto da concessão ou da permissão de serviços públicos ser utilizado para viabilizar a gestão associada de serviços públicos prevista no art. 241 da Constituição Federal? No que interfere na resposta da pergunta anterior a edição de lei que venha a disciplinar as normas gerais do contrato de programa?

Resposta: A resposta à questão pressupõe um esclarecimento terminológico. Reputa-se que a regra da obrigatoriedade da licitação, contida no art. 175 da CF/88, abrange apenas as concessões ou permissões propriamente ditas. Não alcança as hipóteses antes denominadas de "concessões impróprias", em que a prestação do serviço público é atribuída a um sujeito integrante da Administração Pública. A esmagadora maioria da doutrina tem reconhecido que a gestão associada de serviços públicos por entes estatais não configura uma concessão de serviço público em sentido próprio. Assim, o consórcio público não receberá uma "concessão", porque o regime jurídico aplicável não se confundirá com aquele incidente nas concessões próprias. O mesmo ocorre nos casos de convênios. A resposta acima não será em nada afetada pela eventual futura disciplina de normas gerais dos contratos de programa. Até se admite a possibilidade de que uma Lei estabeleça, ao dispor sobre os contratos de programa, que a delegação para consórcio público configurará uma "concessão" – mas será inevitável o estabelecimento de um regime jurídico próprio, compatível com a própria natureza do consórcio público. Em suma, a mera denominação "concessão" não é suficiente para determinar a natureza jurídica de um vínculo jurídico. Observe-se, ademais, que o art. 175 deve ser interpretado de modo conjugado com o art. 37, inc. XXI, o qual prevê que a lei disciplinará as hipóteses de contratação direta (sem licitação). As hipóteses de dispensa dependem de uma previsão legislativa explícita, a qual apenas será constitucional quando compatível com os princípios e valores consagrados na CF/88. Os casos de inexigibilidade envolvem a inviabilidade de competição. Os casos de dispensa e de inexigibilidade para contratação de concessão e de permissão deverão respeitar as peculiaridades desses institutos e do serviço público enfocado. Para permitir uma avaliação objetiva da resposta, reputa-se que não há obrigatoriedade de licitação para (a) prestação dos serviços pelo ente político que é seu titular (por sua Administração direta ou indireta) e (b) gestão associada, em que o serviço público for prestado por via da cooperação federativa. Haverá obrigatoriedade da licitação nos casos de concessão ou permissão outorgadas em prol da iniciativa privada ou de um ente estatal atuando em competição com os particulares.

e) As normas dos arts. 30 a 37 do Anteprojeto de Lei podem ser consideradas como diretrizes para os fins do inciso XX do art. 21 da Constituição Federal? Tais normas, especialmente a do § 1º do art. 30 e a do § 1º do art. 31, atendem à boa técnica jurídica?

Resposta: Sim, a quase totalidade das disposições contidas nos referidos dispositivos se configura ou como diretriz atinente a serviços de saneamento ou normas gerais de contratação administrativa. No corpo do texto, acima, constam as indicações específicas, inclusive no tocante às ressalvas e às sugestões apresentadas.

f) Tendo em vista o conceito de delegação onerosa adotado pelo Anteprojeto de Lei (art. 2º, XXIII), são constitucionais os dispositivos do inc. II do § 2º do art. 31 e do inc. II do caput do art. 46 do mesmo Anteprojeto?

Resposta: O conceito de delegação onerosa é reputado como defeituoso. Quanto aos dispositivos referidos, admite-se a sua constitucionalidade, mas com fortes ressalvas quanto à conveniência de sua adoção. Mais precisamente, a solução consagrada nos dispositivos pode produzir efeitos não satisfatórios e frustradores do interesse coletivo.

g) A hipótese do inc. II do parágrafo único do art. 23 do Anteprojeto de Lei configura hipótese de dispensa ou de inexigibilidade de licitação?

Resposta: Trata-se de uma situação de não obrigatoriedade de licitação. Em vista da ausência de desenvolvimento dessa categoria pela doutrina nacional, opta-se pela sua qualificação como um caso de inexigibilidade de licitação.

É o parecer.

Curitiba, fevereiro de 2005.

Marçal Justen Filho

Professor Titular da UFPR

Doutor em Direito pela PUC/SP

O PARECER COMPLEMENTAR

O Ministério das Cidades, por meio da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, honrara-me com a solicitação do fornecimento de parecer sobre o Anteprojeto de Lei sobre a Política Nacional de Saneamento Básico. Em vista de algumas dúvidas geradas pelos entendimentos firmados, o Consulente apresentou quesitos complementares, tal como abaixo exposto.

1. Em sua resposta ao quesito 1 do parecer anterior, há a afirmação de que "Em princípio, o Município sempre é o titular da competência para prover os aludidos serviços públicos. Mas existem inúmeras hipóteses em que se configuram interesses supra locais ou conjuntos de diversos entes federados. Bem por isso, é possível considerar que, dependendo das circunstâncias, configurem-se interesses municipais e estaduais - refletindo-se na titularidade conjunta dos serviços. (...) E não seria descabida a própria atuação federal em hipóteses em que os diversos Municípios estivessem sediados em Estados diversos." Indagamos: reconhecida a titularidade conjunta dos serviços, seria possível a um Estado ou à União prestar os serviços em determinado Município independente deste, ou seja, sem travar qualquer relação jurídica contratual com ele?

Resposta: Não. Parece-me juridicamente impossível que os serviços em tela sejam considerados como de titularidade privativa de Estados e (ou) União. O eventual reconhecimento de interesses que ultrapassem a órbita municipal não conduz à afirmação da existência de interesses estaduais ou municipais privativos. Assim se passa porque, nas hipóteses cogitadas, a existência de interesses de outros entes federativos não significa a ausência de interesse insuprimível do próprio Município. Assim, por exemplo, o fato de o fornecimento de água tratada ou de destinação de dejetos afetar outro Município não conduz ao desaparecimento do interesse local. É que sempre haverá interesse local (e competência para a regulação e prestação dos correspondentes serviços públicos) no tocante ao fornecimento de água tratada e à destinação de dejetos. Isso torna impossível assemelhar a situação jurídica examinada à de, por exemplo, transportes públicos intermunicipais. No caso de transportes, é possível diferenciar os transportes públicos municipais dos intermunicipais. Isso é impossível de se fazer no tocante aos serviços de saneamento básico. Portanto, poderá haver interesses e competências compartilhadas entre diversos entes federativos. Mas a competência municipal é insuprimível. Como decorrência, qualquer articulação interfederativa para prestação de serviços de saneamento básico pressupõe a participação (pelo menos) do Município em cujo território as utilidades serão prestadas.

2. Nos itens 64 a 74 do Parecer, são analisados os conceitos de serviços públicos de saneamento básico de interesse local e serviços públicos de saneamento básico integrados, quando se afirma que: "A presunção do art. 2º, inc. IX, c, é de correção duvidosa. Poderá haver situação em que os serviços ali indicados afetarão os interesses de mais de um Município. Isso poderá ocorrer, por exemplo, no tocante a 'triagem, reaproveitamento, reuso e reciclagem de resíduos sólidos urbanos'. Poderá produzir-se, quanto a essas hipóteses, a configuração de serviços de saneamento básico integrados, especialmente nas grandes metrópoles", mas acrescenta que suas ponderações "não se destinam a negar a validade de uma tese fundamental do Anteprojeto."

Indagamos:

a) a definição dos conceitos acima aludidos em lei federal exorbitaria o campo das diretrizes previstas no inciso XX do art. 21 da Constituição Federal?

Resposta: Não. A afirmativa contida no parecer envolveu muito mais uma questão de fato do que direito. Na tarefa de aplicação do Direito, o aplicador poderá deparar-se com uma constatação fática que, eventualmente, não corresponderá à presunção albergada no texto legislativo. A atividade hermenêutica propiciará a solução correta em face da realidade. Enfim, tratou-se de um comentário adicional, sem qualquer relevância no tocante à constitucionalidade ou validade da disciplina normativa adotada.

b) a previsão de que os serviços públicos de saneamento básico de interesse local, e não apenas os integrados, possam ser prestados mediante colaboração federativa voluntária atenderia às preocupações expostas no parecer?

Resposta: Sim. Parece-me que qualquer serviço público (seja de interesse local ou integrado) pode ser prestado mediante colaboração federativa voluntária. Portanto, a consideração referida não importou qualquer restrição quanto a esse tema.

3. No item 137 do Parecer, está registrado que "Nenhuma lei federal pode suprimir a autonomia federativa atinente à pactuação de convênios.", pelo que entenderia a redação do art. 22 como inconstitucional. Porém, tendo em vista a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que instituiu os contratos de consórcio público e de programa, mesmo a cooperação federativa prevista no art. 241 da Constituição deve atender a normas gerais de contratação.

Indagamos: é constitucional exigir que haja contrato para a prestação dos serviços por órgão ou entidade estranhos ao titular, entendendo-se por contrato não só os comutativos, mas também os de organização ou colaboração?

Resposta: Sim. O núcleo da questão reside em que os entes federativos dispõem de autonomia para organizar os serviços de sua competência (privativa ou conjunta). No caso da articulação interfederativa, a avença será traduzida em um "contrato" – entendida a expressão em acepção ampla, para indicar as diversas espécies existentes.

4. Em diversos momentos do Parecer, se chama a atenção para o cuidado que se deve ter ao se manejar o poder regulamentar, para não se incorrer em inconstitucionalidade. Os dispositivos mais criticados são aqueles que, prevendo a omissão regulatória do titular, entende como aplicável o estatuído no regulamento que, a princípio – principalmente ao instituir modelos de contratos e normas – serviriam apenas para orientação. Porém, ao recebermos o parecer do Professor Benedicto Porto Neto, notamos que ele coloca a questão de uma forma nova, entendendo que nessas hipóteses haveria integração jurídica, e não a emanção do poder regulamentar.

Em vista que o quesito anteriormente elaborado somente se referia ao poder regulamentar, indagamos: a opinião emanada no parecer de V.Exa. inadmitte também a hipótese de integração jurídica mencionada no parecer do Prof. Benedicto Porto Neto?

Resposta: Não. A definição exata dos limites da competência regulamentar é um dos tópicos mais árdios do Direito Constitucional-Administrativo. Em princípio, é impossível uma avaliação teórica e abstrata sobre os limites da atividade de regulamentação e da atividade de integração da vontade legislativa. É muito possível, portanto, que qualquer avaliação apenas possa ser realizada em vista do caso concreto, examinando-se a efetiva solução consagrada no ato administrativo.

5. Em alguns dispositivos do Anteprojeto foi mencionada a competência do Ministério da Saúde em definir a qualidade da água para consumo humano, bem como quais quantidades mínimas de água para a preservação da saúde, especialmente em escolas, estabelecimentos de saúde e de internação coletiva. Dentre estes dispositivos figura o que define que a quantidade mínima a que o usuário teria que pagar independentemente de consumo ("tarifa mínima") não poderia ultrapassar essa quantidade mínima fixada pelo Ministério da Saúde. Porém, o parecer ao mesmo tempo que acolhe a necessidade de se fixar a tarifa mínima (item 175), criticou tal uso do poder regulamentar (por ex., no item 164). Infelizmente, os dispositivos do Anteprojeto sobre o assunto não possuíam redação clara e precisa, mais parecendo que se referiam aos poderes para definir a tarifa do que as atividades hoje já exercidas (v. Portaria MS nº 518, de 25 de março de 2004, e Decreto nº 5.440, de 4 de maio de 2005).

Com pedido de desculpas pela inicial falta de clareza, indagamos:

(a) é constitucional que o Ministério da Saúde, fundamentado na preservação e promoção da saúde, fixe a qualidade e a quantidade mínimas de água para consumo humano?

Resposta: Sim. A crítica à regra se relacionou à sua aparente vinculação a questões tarifárias.

(b) são constitucionais as diretrizes para o saneamento básico que determine que essa qualidade e quantidade mínima devam ser referência para a continuidade dos serviços, ou para a cobrança de consumo obrigatório ("tarifa mínima")?

Resposta: Sim, é possível reconhecer que, identificados parâmetros mínimos indispensáveis à manutenção da vida e da saúde, daí derivem consequências jurídicas pertinentes à manutenção do serviço ou de remuneração por consumo obrigatório.

É o parecer.

Curitiba, maio de 2005.

Marçal Justen Filho

Doutor em Direito pela PUC/SP