

**Parecer nº 01/2001 – Paulo Henrique Spilotros Costa**

*Programa de Despoluição da Baía de Guanabara – Convênio entre o ERJ e o Município de Niterói já considerado nulo pela PGE – Impossibilidade de cumprimento de obrigação decorrente de vício insanável – Obrigação do Estado do Rio de Janeiro em cumprir contrato de empréstimo com o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID – Responsabilidade concorrente dos entes da Federação pela preservação do meio ambiente – competência dos Estados para executar funções de interesse comum.*

Senhor Procurador-Geral:

A consulta formulada pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saneamento e Recursos Hídricos tem por objeto o exame de dois ajustes: um é o **convênio** celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e o Município de Niterói, com intervenção da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE e da concessionária municipal Águas de Niterói, que objetivava “estabelecer procedimentos básicos para a concessão dos serviços de saneamento básico no Município”; outro é o respectivo **contrato** de concessão, realizado entre o Município de Niterói e Águas de Niterói.

Informando que a concessionária Águas de Niterói não vem cumprindo as obrigações estabelecidas no pré-falado convênio, em especial quanto aos “investimentos complementares” para a conclusão das obras e aquisições indispensáveis ao bom funcionamento da Estação de Tratamento de Esgoto de Icaraí, elabora os seguintes questionamentos:

*“a) é lícita, à luz da legislação dispendo sobre improbidade administrativa, responsabilidade fiscal e correlatas, a aplicação de recursos públicos estaduais para obras e equipamentos em ETE operada por concessionária privada que, ao final do prazo contratual, será revertida ao patrimônio do Município de Niterói?”*

*b) quais as implicações jurídicas e eventual tipificação penal da atitude da Concessionária de negar-se a assumir os compromissos estipulados na Cláusula Sexta, IV, ‘b’, bem como da atitude da Concessionária e da Prefeitura Municipal de Niterói de firmarem compromisso com o Governo do Estado em condições distintas das estabelecidas em instrumento que entre si celebraram?”*

*c) face à legislação ambiental, a quem atribuir a responsabilidade pelo fato da ETE Icaraí não estar operando nas condições ideais projetadas?”*

A questão, por demais tormentosa, eis que sobre ela incidem diversas ações judiciais, sem contar as que combatem a inconstitucionalidade de lei complementar

estadual, serão enfrentadas em conformidade com a situação atual, uma vez que o Judiciário ainda não emitiu pronunciamento definitivo sobre a titularidade do poder concedente para distribuição de água e esgotamento sanitário.

A Consulta vem instruída com dedicada apreciação exarada pelo ilustre Procurador do Estado em exercício na chefia da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Saneamento e Recursos Hídricos, Dr. Humberto Ribeiro Soares, cumprindo, desta forma, a legislação estadual.

Saliente-se, ainda em sede de relatório, que o presente foi redistribuído em 28.06.2001 – fls. 180 –, em caráter urgentíssimo.

Passo a opinar

Preliminarmente, e constituindo requisito indispensável para o deslinde do problema proposto, alerte-se que, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, já existe, como aponta a brilhante Procuradora do Estado Adriana de Biase Ninho – fls. 145/146 – pronunciamento sobre o convênio em tela, em parecer da lavra do ilustre Procurador do Estado Waldemar Deccache (Parecer nº 02/99), já vistado pelo Procurador-Geral do Estado – fls. 171/172.

Neste parecer, restou aprovado o entendimento de que o referido convênio é **nulo**, como se pode verificar *in verbis*:

*“Com efeito, a Lei Complementar nº 87/97, que criou a Região Metropolitana do Rio de Janeiro (CF/88, art. 25, §3º) deferiu ao Estado do Rio de Janeiro competência para, ‘conforme o disposto no art. 242, da Constituição do Estado, organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão e permissão, os serviços públicos de interesse metropolitano, previstos nos incisos II, III, IV e V do art. 3º desta lei’ (art. 7º), entre os quais se inclui o de distribuição de água e esgotamento sanitário (inciso II)*

...

*Pois bem. No que concerne ao poder administrativo de concessão de serviço público, a questão assume maior relevo na medida em que o art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, prescreve que o poder concedente será sempre o ente federativo ‘em cuja competência se encontre o serviço público’.*

*E, no caso do serviço público de distribuição de água e esgotamento sanitário, a competência administrativa para sua prestação ou concessão é do próprio Estado do Rio de Janeiro, ex vi do art. 7º c/c art. 3º, II, da Lei Complementar Estadual nº 87/97.*

...

*Ora, não sendo o Município de Niterói titular da competência para a prestação do serviço público de distribuição de água e esgotamento sanitário no seu território, pelo menos enquanto não retirados de vigên-*

cia os dispositivos da Lei Complementar nº 87/97 que assim dispuseram (porque prevalece até então o princípio de presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público), não pode este Ente Federativo celebrar contrato de concessão relativamente aos mesmos serviços.

...

*Parece-nos, assim, que o expediente de que lançaram mão os signatários do citado Convênio em relação à quizila judicial em curso perante o Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar nº 87/97, é inteiramente inválida e inoperante, na medida que pretendem deslocar uma competência atribuída pela lei complementar ao Estado do Rio de Janeiro para outro ente da Federação através da celebração de um mero Convênio, o que importará inequivocamente na burla do próprio comando legal."*

Portanto, a opinião a ser emitida neste parecer está vinculada à idéia de nulidade do convênio celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e o Município de Niterói, a partir dos argumentos aprovados, e com os quais concordo. Note-se, ainda neste sentido, que o próprio consulente submete ao Exmo. Sr. Governador do Estado – cópia às fls. 148 –, a necessidade de anulação do convênio, obtendo a indispensável concordância. **Ressalte-se, no entanto, que o ajuste permanece em vigor, eis que não houve a rescisão ou denúncia unilateral devidamente formalizada.**

Considerando o dito acima, passa-se a responder objetivamente às questões formuladas.

Em primeiro lugar, não se vislumbra óbice em se alocar recursos públicos em obras que, mesmo ao final, revertam ao Município. A prática é comum, e geralmente é formalizada através de convênios, dependendo, no entanto, de previsão orçamentária (exemplificando, cite-se a construção de uma quadra poliesportiva numa praça municipal, com recursos repassados pelo Estado ao Município, que ficaria responsável por licitar a empresa que executará a obra). A cooperação entre os entes em diversos assuntos é imperativa, para atingir-se o interesse público<sup>1</sup>.

Saliente-se que na hipótese em tela sequer pode-se falar em reversão dos bens ao Município, que, diante da nulidade do convênio celebrado com o Estado, não detém a titularidade de qualquer concessão nesta área. Sendo assim, aplica-se o disposto no artigo 35, §1º da Lei nº 8.987/95, onde os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário retornam ao poder concedente (que só poderia ser o Estado do Rio de Janeiro)<sup>2</sup>.

1 Por outro lado, a Improbidade, conceito jurídico indeterminado intimamente ligado ao conceito de honestidade, ocorre se houver ação ou omissão que possa ensejar perda patrimonial, desvio ou dilapidação dos bens públicos estaduais, ou mesmo atentar contra os deveres de imparcialidade, legalidade, lealdade, entre outros; na hipótese de repasse de recurso público, a probidade verifica-se na correta formalização do que se pretende, sob pena de, verificada a incorreção – seja formal ou material –, incidir o agente em ato de improbidade administrativa.

2 Lembre-se, no entanto, que, produzida a anulação do convênio, a "concessionária", se provada a

E mais: se os recursos foram disponibilizados pelo Estado, a este cabe o bem ao final da concessão, ou na anulação desta (em decorrência da nulidade do convênio), sob pena de **enriquecimento ilícito**. (mais uma vez alerte-se que o entendimento presume a nulidade do convênio, e, em consequência, da outorga de concessão realizada pelo Município de Niterói, sem prejuízo ainda da discussão da constitucionalidade da Lei Complementar Estadual nº 87/97 na esfera do Poder Judiciário).

Ademais, parece-me que o Estado do Rio de Janeiro, exatamente por haver firmado contrato de empréstimo com o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID – conforme informação do próprio consulente –, deve assumir tais obras e aquisições, independentemente da colaboração municipal ou de sua concessionária.

Justamente por não contar com cópia do referido contrato de empréstimo nestes autos, vale a citação da obrigação aceita pelo Estado do Rio de Janeiro no Anexo A, que trata do programa:

*"2.02 – Sub-projeto de coleta e tratamento de esgoto*

*(a) Este projeto de responsabilidade da CEDAE compreende as obras, fornecimentos e montagens necessárias para a coleta, transporte e tratamento dos efluentes líquidos (domésticos e industriais) da área do Programa e disposição final dos resíduos produzidos nas plantas de tratamento.*

*(b) Em síntese, as atividades previstas neste componente são:*

*(i) Como obras de saneamento: (1) a construção de 4 estações de tratamento de água residuais, a nível primário, para tratar uma vazão total de 6,6 m<sup>3</sup>/s; (2) 2 estações a nível secundário para as Ilhas do Governador e Paquetá, para tratar uma vazão adicional de 0,25 m<sup>3</sup>/s; (3) melhorias nas estações de Icaraí e Penha para tratar a nível secundário 2,23 m<sup>3</sup>/s e um emissário submarino de 3,9 km;..." ( grifos nossos ).*

Verifica-se, a toda evidência, que houve uma obrigação assumida pelo Estado do Rio de Janeiro<sup>3</sup>, e que não pode depender – sequer há previsão contratual desta hipótese – de "investimentos complementares" (expressão utilizada na consulta) de responsabilidade do Município de Niterói, ou de sua concessionária<sup>4</sup>, haja vista a

boa-fé, poderá invocar argumento de indenização por perdas e danos decorrentes de eventual investimento na Estação de Tratamento. Todavia, não há nos autos elementos suficientes a indicar tal possibilidade, valendo a reflexão do administrador.

3 A cláusula 1.04 do Capítulo I da Primeira Parte do Contrato de empréstimo estabelece que "a execução do Programa e a utilização dos recursos do Financiamento serão efetuadas, em sua totalidade, pelo Mutuário, por meio da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro - CEDAE..."

4 Em que pese a orientação de nulidade do convênio, vale ressaltar que o próprio edital de concorrência para a concessão municipal estabelece a possibilidade de repasse de recursos pela concessionária para a contrapartida do Estado, mas não há um critério objetivo.

interpretação de nulidade do repasse de tais obrigações. Em suma, se não existe o convênio, o Estado também não reconhece a concessão municipal, de modo que prevalece a obrigação assumida em contrato de empréstimo **válido**, que, se não cumprida, outorgará direito ao BID em não repassar mais recursos<sup>5</sup>, prejudicando o Programa de Despoluição da Baía de Guanabara.

Observe-se, por oportuno, que ao Poder Público está vedado deixar de exercer o poder-dever de sua competência com vistas a prestar serviços públicos aos cidadãos, sob pena de configurar falta grave.

Como se não bastasse a obrigação contratual a ser devidamente cumprida pelo Estado, ao celebrar o contrato de empréstimo com o BID, e ao criar a região metropolitana – como no caso da vigente Lei Complementar nº 87/97 –, o Município não fica obrigado a participar ativamente no processo decisório. Tratando-se de matéria que envolve interesse comum, e não meramente local, o Município deve tolerar a execução do programa em seu território, não podendo sofrer solução de continuidade, sob pena de prejuízo ao Estado e a Municípios limítrofes<sup>6</sup>.

Por outro lado, no que se refere ao segundo questionamento, assumindo a posição de nulidade do convênio já exaustivamente mencionada neste parecer, não há que se obrigar a “concessionária” em cumprir com algo que não existe, que jamais deveria surtir efeitos no mundo jurídico. Ocorrendo a nulidade do convênio, não se cogita das obrigações lá estampadas, seja para o Estado, seja para o Município e sua concessionária.

Quanto ao terceiro questionamento, valem as considerações supra, onde restou demonstrada a responsabilidade do Estado em implementar as obras na ETE Icaraí. Observe-se, no entanto, que a competência administrativa para a proteção do meio ambiente é atribuída aos três níveis federativos (artigo 23, VI da CF), sendo que aos Estados compete executar funções públicas de interesse comum (artigo 25, §3º da CF), que, no caso, foi materializada na Lei Complementar nº 87/97.

Relativamente à eventual dificuldade oferecida pelo Município na realização das obras na Estação de Tratamento de Icaraí (tendo em vista, ainda, a existência de decisão judicial, mesmo que não definitiva, que outorgou à concessionária a operação da ETE), a cargo do Estado, vale mencionar que o próprio contrato de concessão (ainda em vigor) confere obrigação para a concessionária em suportar atividades desenvolvidas pelo Estado na referida ETE<sup>7</sup>.

5 Veja-se, para tanto, a cláusula 5.01, “b”, do Capítulo V, do contrato de empréstimo: “O Banco, mediante aviso escrito ao Mutuário, poderá suspender os desembolsos se ocorrer e enquanto subsistir qualquer das seguintes circunstâncias

...  
(b) Inadimplemento, por parte do Mutuário, de qualquer outra obrigação estipulada neste Contrato ou contratos subscritos com o Banco para financiamento do Projeto.”

6 Quanto a esta questão, parece não haver maiores problemas, haja vista a correspondência da concessionária Águas de Niterói - fls. 05/06.

7 Esta a dicção do item 10.4.1.3 do contrato de concessão municipal: ...

E mais: como alerta Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>8</sup>,

*“Porém, se existir tal lei complementar, seja ela federal recepcionada, seja já de elaboração estadual, o interesse local cede ao interesse comum, pois se não fora assim, como se demonstrou, o dispositivo constitucional do art. 25, §3º seria letra morta, inefetiva, inútil, condenando a ficar sem serviços de abastecimento de água, ou a tê-los, de modo precário ou muito menos onerosos, justamente as regiões mais populosas do País.*

*Não poderá, por conseqüência, qualquer município que integrar região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, recusar-se a dela participar ou subtrair-se a seus jurídicos efeitos, pois não lhe compete constitucionalmente considerar e muito menos definir qualquer outro nível de interesse que não o local. Se isto ocorrer, estarão sendo violados princípios que, indicados na Constituição Estadual, poderão ensejar intervenção do Estado no Município recalcitrante, após provimento de representação específica do Estado a seu respectivo Tribunal de Justiça (art. 35, IV, CF)”. (os grifos não são do original).*

Conclui-se, desta forma, que o Estado do Rio de Janeiro deve, por força de existência de contrato de empréstimo com o BID, providenciar as obras e serviços indispensáveis para o bom funcionamento (meta de eficiência consubstanciada no projeto técnico) da Estação de Tratamento de Esgotos de Icaraí.

As obrigações decorrentes do convênio celebrado com o Município, e do contrato de concessão realizado não prevalecem, dada a nulidade de tais ajustes, de modo que não há que se obrigar a algo que não existe no mundo jurídico.

Se, por outro lado, houver empecilho causado pelo Município, ou por sua concessionária, o Estado deve promover medidas, até de cunho judicial, para fazer valer sua titularidade na função pública aqui discutida.

As instalações físico-operacionais do sistema de esgotos sanitários deverão ser enfocadas segundo as seguintes partes componentes:

O sistema de coleta, interceptação e transporte dos esgotos;

O sistema de tratamento dos esgotos.

A Licitante deverá levar em consideração que, no âmbito do Programa de Despoluição da Baía de Guanabara, estará sendo feita a ampliação da Estação de Tratamento de Esgotos de Icaraí (tratamento primário) para uma vazão de 750 l/s, cujo projeto e execução se excluem das obrigações a serem observadas pela Licitante vencedora.”

8 Poder concedente para abastecimento de água, in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. I, Direito Ambiental, p. 75.

Tudo, porém, dependerá da formalização da nulidade já apontada em 1999 pela PGE, e suas conseqüências nas ações em andamento junto ao Poder Judiciário.

Eram estas as considerações que, dada a urgência solicitada, poderiam ser feitas.

**Paolo Henrique Spilotros Costa**

Procurador do Estado

De acordo com o Parecer 01/2001 – PHSC.

Ao Gabinete.

Em 05.07.2001

**João Manoel de Almeida Velloso**

Respondendo pela Chefia da Procuradoria de Serviços Públicos

### VISTO

Aprovo o Parecer nº 01/2001 – PHSC, de 03.07.2001, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. PAULO HENRIQUE SPILOTROS COSTA (fls. 181/189), acolhido pelo Procurador JOÃO MANOEL DE ALMEIDA VELLOSO (fls. 190), respondendo pela Chefia da Procuradoria de Serviços Públicos.

Encaminhe-se ao Gabinete Civil, com vista à Secretaria de Estado de Saneamento e Recursos Hídricos.

Em 05 de julho de 2001

**Francesco Conte**

Procurador-Geral do Estado

Proc. nº E-30/200.079/2001