

Processo: 0008626-53.2019.8.19.0061

Fls.

Processo Eletrônico

Classe/Assunto: Cumprimento de sentença - Água e/ou Esgoto / Concessão / Permissão / Autorização / Serviços

Exequente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (1ª PJTC)
Executado: COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS - CEDAE
Executado: MUNICÍPIO DE TERESOPOLIS

Nesta data, faço os autos conclusos ao MM. Dr. Juiz
Carlo Artur Basílico

Em 13/04/2023

Decisão

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, autor desta ação civil pública, e ora exequente do julgado, requereu a designação de uma audiência especial de conciliação com o seguinte propósito: "mediar o grave cenário de saneamento básico no Município de Teresópolis, haja vista que por meio da sentença proferida em 01/06/2015 (ID 558) restou declarado o fim do contrato de concessão do serviço público e a não prorrogação de suas cláusulas, além [de] determinar ao Município de Teresópolis a execução de processo licitatório para a regularização do serviço, mas passada quase uma década desde a decisão não houve qualquer efeito prático no território municipal" (ind. 002333).

Atendendo a esse requerimento, designei audiência de conciliação para o dia 13/04/2023. Nada obstante, entendi por bem cancelá-la (ind. 002990), considerando a necessidade de apreciar previamente duas questões que foram suscitadas após a designação do ato: (a) o pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade de norma de direito municipal, formulado pelo executado MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS (ind. 002958); (b) o requerimento formulado pelo SINDÁGUA-RJ (SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE PURIFICAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E TRATAMENTO DE ESGOTO DE NITERÓI E REGIÃO), na qualidade de terceiro, para intervir como assistente do executado COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS - CEDAE (ind. 002886).

(1) Breve consideração acerca da fase processual e do objeto da tutela jurisdicional.

O processo encontra-se em fase de cumprimento de sentença.

O título judicial é o V. Acórdão proferido no julgamento da apelação interposta nos autos da Ação Civil Pública (Proc. 0010981-80.2012.8.19.0061 - restauração dos autos do Proc. 0009706-09.2006.8.19.0061 - 19ª CCiv., rel. Des. Ferdinando Nascimento) (ind. 000726). Referido Acórdão confirmou o teor da R. Sentença (ind. 000558), que assim dispôs:

"[...] JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para: A) declarar o fim do contrato de concessão firmado entre os réus [MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS e CEDAE] e a não prorrogação de suas cláusulas;

B) condenar o município réu na forma dos itens 1.1.2 a 1.1.4 e 3.3 da petição inicial, no prazo de 60 dias; C) condenar a ré CEDAE na forma dos pedidos 3.4, 3.4.1 a 3.4.3 e 3.5, 3.5.1 a 3.5.6 da petição inicial, no valor total de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) a ser corrigido a contar desta data e com juros a contar da citação, com exceção do valor requerido no item 3.5.4, que deverá ser apurado em sede de liquidação de sentença. Na hipótese de descumprimento das obrigações de fazer, incidirá multa diária a ser fixada em sede de execução" [fls. 538].

A pretensão executiva do MINISTÉRIO PÚBLICO - como a própria instituição resume - focaliza a obrigação de tornar efetivo e adequado o serviço de abastecimento e, em especial, o serviço de esgotamento, até hoje não implementado no município, passados mais de vinte anos desde o ajuizamento da ação em 2006, assim como a efetiva recomposição do ecossistema fluvial do município no que tange ao Rio Preto, Rio Paquequer e respectivos afluentes.

O julgado decretou a resolução do contrato administrativo de concessão entre os executados, o MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS e a CEDAE.

O pedido de cumprimento das obrigações de fazer formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, com base na condenação, apresenta-se nos seguintes termos (ind. 000084):

(a) Obrigações do MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS: (i) apresentar edital e contrato de licitação, dos serviços de água e esgoto de Teresópolis, incluindo regras de universalização dos serviços, cronogramas de implantação e valores a serem cobrados pelo contrato; (ii) comprovar a realização de licitação dos serviços de água nas áreas urbanizadas não atendidas pela CEDAE; (iii) comprovar a realização da licitação dos serviços de captação e tratamento de esgoto sanitário em todo o Município; (iv) comprovar a realização da licitação dos serviços de fornecimento de águas domiciliares tratadas e captação e tratamento de esgotos sanitários, para atendimento a todos os domicílios da área territorial de Teresópolis.

(b) Obrigações solidárias do MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS e da CEDAE, com o objetivo de promover a recuperação ambiental do Rio Preto, do Rio Paquequer e de seus afluentes: (i) comprovar a retirada de todos os pontos de despejos de esgotos sanitários em suas águas; (ii) comprovar a implantação de medidas de recomposição das matas ciliares nas áreas não ocupadas por construções de alvenaria; (iii) comprovar a recomposição da fauna fluvial e ribeirinha com a apresentação de plano de manejo para a repovoação da área.

Na ocasião (05/04/2019), o MINISTÉRIO PÚBLICO requereu a imposição de prazo de 60 (sessenta) dias aos executados para cumprimento das obrigações, sob pena de multa.

O MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS iniciou o cumprimento de suas obrigações requerendo a juntada de Termo de Referência (a ser anexado em época oportuna ao Edital de Licitação) e anunciou a realização de uma Audiência Pública em 18/07/2019 (ind. 000179). Requereu ainda a designação de audiência especial, que embora marcada na ocasião, foi sucessivamente adiada em razão do prolongamento da pandemia de Covid-19.

Em dezembro de 2022 o MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS informou que o certame licitatório para a concessão dos serviços de águas e esgotos tramitava junto à Secretaria de Administração, mas o pregão fora adiado em razão da necessidade do esclarecimento de questões relativas ao edital (ind. 002279).

Após incisiva promoção do MINISTÉRIO PÚBLICO pelo cumprimento do julgado (ind. 002292), o MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS requereu a juntada de cópia do Processo Administrativo 14742/2022, onde noticiou a paralisação do procedimento licitatório em razão da determinação contida no Acórdão 26009/2022 do E. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) (ind. 002310).

No referido processo administrativo na Corte de Contas foi proferida R. Decisão Monocrática (rel. Cons. Christiano Lacerda Ghuerrén) suspendendo o procedimento licitatório (Edital de Concorrência Pública nº 004/2021) e determinando ao Poder Executivo Municipal, dentre outras providências, que comprovasse, como requisito imprescindível ao prosseguimento do certame, a existência da autorização legislativa prevista no art. 99 da Lei Orgânica Municipal. Naquela mesma Corte foi deliberado em acórdão unânime, que o Chefe do Executivo Municipal promovesse a imediata anulação do procedimento licitatório e que, dentro da esfera de sua competência, adotasse as ações em favor de uma solução junto ao Poder Legislativo Municipal que permitissem a prestação dos serviços de forma legal (consoante o art. 99 da Lei Orgânica Municipal), e se abstivesse de lançar edital para concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário até que editada a referida lei autorizadora. Constou do mesmo Acórdão determinação de comunicação ao Presidente da Câmara Municipal de Teresópolis para que também adotasse, no âmbito de sua esfera de competência, as ações necessárias com vistas a um encontro de solução junto ao Poder Executivo Municipal que viesse a permitir a prestação dos serviços de forma legal (tendo em mira o disposto no art. 99 da Lei Orgânica Municipal).

Passados mais de um ano dessas recomendações (a sessão do TCE onde foi proferido o referido acórdão é datada de 02/03/2022), os Poderes Municipais não lograram uma solução que viabilizasse a promulgação do ato legislativo autorizativo previsto no art. 99 "caput" da Lei Orgânica do Município de Teresópolis. E o título judicial - o acórdão do TJRJ que julgou procedente os pedidos da ação civil pública - permanece descumprido.

Designada audiência especial de conciliação para tentar viabilizar o cumprimento do julgado e superar o impasse entre os poderes é que sobreveio o pedido do MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS no sentido da declaração de inconstitucionalidade do art. 99 "caput" da Lei Orgânica Municipal para afastar a exigência da aprovação de lei autorizadora pelo Poder Legislativo Municipal, ficando somente a cargo do Poder Executivo Municipal a condução do processo licitatório.

(2) Pedido incidental formulado pelo MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS para declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 99 "caput" da Lei Orgânica do Município de Teresópolis e consequente afastamento da exigência de autorização legislativa para realização/continuação do procedimento licitatório para a concessão do serviço de fornecimento de água e esgoto.

O MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS (ind. 002357), antes da realização da audiência de conciliação outrora designada, requereu autorização deste Juízo para prosseguimento do procedimento de licitação de água e esgoto (Processo 16.520/2019 - Edital de Concorrência Pública nº 004/2021) sustentando que, em princípio, o art. 99 "caput" da Lei Orgânica do Município de Teresópolis seria aplicável somente após encerrada a licitação e proclamado o vencedor do certame, mediante a minuta do contrato, e antes de sua assinatura, uma vez que o parágrafo 6º do mesmo artigo, que previa a autorização prévia da Câmara Municipal para lançamento dos editais de licitação para concessão havia sido declarado inconstitucional pelo TJRJ (Proc. 0047458-18.2017.8.19.0000). Aduziu também que o próprio "caput" do art. 99 da Lei Orgânica do Município de Teresópolis estaria em desacordo com a Lei 9.074/1995 (que regula a nível nacional a outorga e as prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos) uma vez que no seu artigo 2º há previsão expressa da dispensa de lei autorizativa nos casos de saneamento básico em limpeza urbana, como exceção à regra geral que exige autorização legislativa prévia para a execução de serviços públicos mediante concessão, e no caso em tela estar-se-ia justamente diante de um caso excepcionado pela regra geral, a concessão de serviço de saneamento básico.

Sobre esse pedido, manifestou-se o MINISTÉRIO PÚBLICO (ind. 002879), autor da ação, observando que por duas ocasiões o E. TJRJ não pronunciou de ofício (quando poderia fazê-lo) a inconstitucionalidade do art. 99 "caput" da Lei Orgânica do Município de Teresópolis no que tange à autorização legislativa para outorga da concessão:

(a) quando pronunciou a inconstitucionalidade do parágrafo 6º daquele mesmo artigo e não o fez, por "arrastamento" em relação ao "caput", ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 0047458-18.2017.8.19.0000 (Órgão Especial - Rel. Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes);

(b) quando, em Reexame Necessário, confirmou a sentença prolatada no Mandado de Segurança 0024825-24.2017.8.19.0061 (14ª Câmara Cível - Rel. Des. Francisco de Assis Pessanha Filho) que, tomando por base a revogação operada pela Lei Complementar Municipal 032/2017, anulou todos os atos relacionados à Lei Complementar Municipal 225 de 10/07/2017 (entre outras) que havia autorizado a concessão onerosa do serviço de saneamento básico do Município de Teresópolis.

Ainda em sua douda promoção, acentuou o Parquet que desconhecia qualquer iniciativa quanto ao controle de constitucionalidade do artigo 99 "caput" da Lei Orgânica do Município de Teresópolis, razão pela qual a norma se mantinha írrita.

Antes mesmo que o juízo se pronunciasse sobre a questão da exigibilidade da norma autorizadora prévia como prevista no art. 99 "caput" da Lei Orgânica Municipal, o MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS formula pedido novo, incidental, no sentido de que - em sede de controle difuso de constitucionalidade - seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 99 "caput" da Lei Orgânica Municipal e, em consequência da resultante nulidade dessa norma, seja autorizado o prosseguimento da licitação independentemente de autorização da Câmara Municipal de Vereadores (ind. 002958).

Relembrando que o Edital de Concorrência Pública 004/2021, que tinha por objeto a concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município de Teresópolis, foi anulado em cumprimento ao Acórdão 26009/2022 do E. TCE-RJ acentual, preliminarmente, que nenhum ato de processo administrativo licitatório foi praticado posteriormente com base na Lei Complementar Municipal 025/2017 revogada pela Lei Complementar Municipal 032/2017. Observa que, por essa razão, em nenhum momento violou o julgado contido no Mandado de Segurança 0024825-24.2017.8.19.0061, cujo dispositivo foi expresso em declarar nulos os atos administrativos decorrentes da Lei Complementar 025/2017. Aduz que apreciando recurso de embargos de declaração, o juízo sentenciante esclareceu que, por exemplo, a audiência pública realizada posteriormente à decisão não era atingida pelos efeitos do julgado. Por essa razão, não vê obstáculo do julgado derivado do mandado de segurança na pretensão de legitimar os atos que não foram praticados com base na referida lei complementar revogada.

No mérito do pedido de declaração de inconstitucionalidade sustenta que as mesmas razões que levaram o E. TJRJ a declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 6º do artigo 99 da Lei Orgânica do Município de Teresópolis aplicam-se à tese de inconstitucionalidade do "caput" daquele artigo, a saber: (a) submeter a concessão de um serviço público da competência do Poder Executivo à prévia autorização do Poder Legislativo viola o princípio da separação e harmonia entre os poderes previsto no artigo 2º da Constituição Federal; (b) a previsão de fiscalização das contratações de modo apriorístico não se compadece com o poder fiscalizatório do Poder Legislativo que deve ser exercido "a posteriori"; (c) a condição prévia estabelecida em nível municipal caracteriza violação de competência pelo Poder Legislativo Municipal, que não pode criar regra própria de procedimento licitatório em desacordo com norma geral editada pela União que regulamenta o tema de modo diverso.

Observa que além da inconstitucionalidade material da norma em comento, segundo as razões acima, deve ele ser pronunciada também em razão da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 6º do mesmo artigo pronunciada pelo E. TJRJ na Ação Direta de Inconstitucionalidade 0047458-18.2017.8.19.0000 (Órgão Especial - Rel. Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes).

Conclui pedindo que, declarada incidentalmente a inconstitucionalidade, seja autorizado ao MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS o prosseguimento da licitação de água e esgoto na forma do artigo 139 IV do Código de Processo Civil.

Ouvido novamente o nobre MINISTÉRIO PÚBLICO, reiterou (ind. 003000) sua manifestação no sentido de que, diante do pedido expresso de declaração de inconstitucionalidade do "caput" do artigo 99 da Lei Orgânica do Município de Teresópolis no que tange à exigência de autorização legislativa prévia, deve ser ele deferido uma vez que em conformidade com a jurisprudência reiterada do Colendo Supremo Tribunal Federal como se lê no julgamento em 1997 da ADI 472/BA (Rel. Min. Moreira Alves) e no julgamento em 2013 do AI 755058/MG (Rel. Min. Gilmar Mendes).

(3) Requerimento de intervenção do SINDÁGUA-RJ - SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE PURIFICAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E TRATAMENTO DE ESGOTO DE NITERÓI E REGIÃO na qualidade de assistente da executada CEDAE - COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS e pedido de extinção da execução por perda superveniente do seu objeto (ind. 0028886)

O SINDÁGUA-RJ declara ter interesse em intervir no processo diante da possibilidade de que, realizado o processo licitatório, o regime de trabalho dos atuais servidores públicos da atual concessionária, muitos deles integrantes de seu quadro associativo, passe a ser privado e eventualmente muitos postos de trabalho venham a ser extintos. Requer sua admissão na qualidade de assistente da concessionária.

Manifestando-se sobre o objeto da execução, requer seja reconhecida a perda do interesse no prosseguimento da execução diante da sobrevinda alteração no marco legal do saneamento pela publicação do Decreto 11.467 de 05/04/2023, que autorizou a regularização, até 2025, dos contratos vencidos, precários ou irregulares das concessionárias no momento em que publicado o marco legal original (Lei 14.026/2020). Destaca o julgamento do TCE que reputou indispensável a autorização legislativa prévia prevista no artigo 99 "caput" da Lei Orgânica do Município de Teresópolis, sustentando, forte em lição de Hely Lopes Meirelles, que a exigência de autorização prévia não fere o equilíbrio entre os poderes locais. Alerta para a existência de outras exigências impostas pelo TCE que devem ser cumpridas pelo MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS. Sustenta que que a retomada da operação depende do pagamento de indenização referente aos investimentos ainda não amortizados pela concessionária ao longo dos anos do contrato, requisito que não estaria atendido na hipótese. Por fim, defende que tendo em mira o princípio da economicidade a continuação da prestação do serviço pela CEDAE é o que melhor atende à realidade financeira da população no que respeita à fixação tarifária porque desatrelada da "ideia de lucro".

O MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS requer o indeferimento do ingresso do terceiro (SINDÁGUA-RJ) alegando que o sindicato não tem interesse jurídico que o legitime a participar como assistente da concessionária, uma vez que não lhe compete a defesa da relação contratual, o que não se confunde com o interesse econômico dos funcionários que podem oscilar em razão da futura contratação cujo direito venha a ser adjudicado após a licitação. Rebatendo as questões de mérito, observa o MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS que não se aplica ao caso a medida sanatória prevista no artigo 11 do Decreto 11.467/2023, porque não se trata de caso de contrato irregular, mas de contrato extinto por decisão judicial. Pontua que a decisão do TCE-RJ está superada pelo debate acerca da constitucionalidade do artigo 99, "caput" da Lei Orgânica do Município de Teresópolis sobre o qual ela foi proferida. Em relação à indenização dos investimentos, observa que a matéria está preclusa e, ademais, os investimentos já teriam sido amortizados, contribuindo também para isso a não prestação do serviço de esgotamento sanitário (ind. 002983).

Colhida nova a promoção do MINISTÉRIO PÚBLICO (ind. 003000), manifesta-se o ilustre órgão pela rejeição da intervenção do terceiro na esteira das alegações do MUNICÍPIO, destacando ainda que o contrato foi extinto, entre outros fundamentos, pelo descumprimento do contrato por

parte da CEDAE, inclusive mediante prática de ilícitos penais, como foi o caso da não cloração das águas em 2005, com grave lesão à saúde da população teresopolitana. Entende presente o interesse processual no seguimento do cumprimento de sentença sublinhando que o Decreto 11.467/2023 prevê a possibilidade de o ente federado manter a prestação do serviço por meio de sociedades com participação estatal, sendo essa uma faculdade do ente federado e não uma imposição.

O SINDÁGUA-RJ protocolou petição posterior à promoção do MINISTÉRIO PÚBLICO (pendente de juntada) no sentido de insistir nos argumentos de seu requerimento de ingresso.

É O RELATÓRIO.

(1) Questão preliminar. Indeferimento do ingresso do SINDÁGUA-RJ na qualidade de assistente da executada CEDAE - COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS.

Não há interesse jurídico que legitime o ingresso do SINDÁGUA-RJ como assistente da concessionária ora executada. A se admitir a intervenção de um sindicato de trabalhadores de uma sociedade na discussão judicial da relação contratual entre ela e o outro contratante, estar-se-ia confundindo o interesse [jurídico] da pessoa jurídica com o interesse [econômico ou social] das pessoas físicas que de alguma forma participam na atividade empresarial. Com efeito, a CEDAE é uma sociedade de economia mista, sujeita ao regime próprio das empresas privadas. As pessoas físicas que integram sua estrutura organizacional, sejam elas os empregados ou os sócios, são titulares de direitos privados próprios decorrentes do contrato de trabalho ou do contrato social, e estão sujeitos às vicissitudes da atividade empresarial, não tendo qualquer ingerência na formulação de políticas públicas determinadas pelo Estado que, de alguma forma, integrem em seu planejamento e execução a atividade daquela empresa.

Em homenagem à decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5.683-RJ (Rel. Min. Roberto Barroso) observo que a hipótese em tela é distinta daquela em que, perante o STG, o SINDÁGUA-RJ foi admitido a ingressar no feito, porque lá a admissão se deu na qualidade de "amicus curiae", que ocorre segundo juízo discricionário do julgador, constatada a relevância da questão debatida e a representatividade do postulante. Aqui, o requerimento de intervenção foi na qualidade de assistente, fundada em pressupostos distintos, não preenchidos em relação jurídica entre esse terceiro e objeto da causa.

INDEFIRO o pedido de ingresso do SINDÁGUA-RJ na qualidade de assistente da CEDAE.

(2) Questão preliminar. Permanência do interesse de agir.

Em que pese a inadmissão do ingresso do SINDÁGUA-RJ como assistente da CEDAE no processo, impõe-se a análise da questão por ele suscitada pertinente ao interesse de agir, uma vez que se trata de questão de ordem pública, conhecível de ofício.

A preliminar não merece acolhimento. A sobrevinda do Decreto 11.467/2023 que regulamentou a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico, incluindo um regime de transição temporária com aporte de recursos e estabelecimentos de condições para a prorrogação de contratos de concessão irregulares não se aplica ao presente caso. Com efeito, o contrato de concessão em tela foi resolvido judicialmente com fundamento em descumprimento contratual por parte da concessionária. Não é o caso de irregular, porque a irregularidade pressupõe a existência de uma contratação, e aqui não há mais contrato, apenas uma situação de fato que se sustenta somente devido aos impasses jurídicos e institucionais que têm obstado o efetivo cumprimento do julgado que decretou a resolução do contrato e impôs a realização da licitação do serviço para a contratação futura.

Ademais, a norma superveniente não poderia prejudicar a coisa julgada (artigo 5º XXXVI da

Constituição Federal).

REJEITO a preliminar de falta superveniente de interesse de agir.

(3) Questão preliminar. Ineficácia da decisão do TCE-RJ (Acórdão 26009/20220).

A decisão pronunciada pelo TCE-RJ no Acórdão 26009/2022 não produz efeitos se o seu dispositivo for suplantado por decisão judicial em sentido diverso, ou cuja disciplina a torne prejudicada. Na presente hipótese, a decisão administrativa do Tribunal de Contas do Estado entendeu por anular o processo licitatório por entender indispensável a autorização legislativa prevista no artigo 99 "caput" da Lei Orgânica do Município de Teresópolis, recomendando aos Poderes Executivo e Legislativo o concerto de solução político-institucional que viabilizasse a realização do certame. Se a parte da norma que impõe a autorização legislativa prévia for declarada inconstitucional, a eficácia daquela r. decisão colegiada fica prejudicada, razão pela qual a decisão administrativa não impede o conhecimento da questão em tela.

REJEITO a preliminar de prejudicialidade da decisão administrativa do TCE-RJ.

(4) Mérito. A inconstitucionalidade da expressão "com autorização legislativa" contida no "caput" do artigo 99 da Lei Orgânica do Município de Teresópolis.

Dispõe o artigo 99 "caput" da Lei Orgânica do Município de Teresópolis:

"Art. 99. A permissão de serviços públicos a título precário, será outorgada por decreto do Prefeito, após edital de chamamento de interessados para escolha do melhor pretendente, sendo que a concessão só será feita COM AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA, mediante contrato, precedido de concorrência pública."

A expressão em destaque, "COM AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA" é posta em confronto com a Constituição Federal sob os seguintes fundamentos:

(a) a submissão da concessão de um serviço público da competência do Poder Executivo à prévia autorização do Poder Legislativo viola o princípio da separação e harmonia entre os poderes previsto no artigo 2º da Constituição Federal, mesmo porque a previsão de fiscalização das contratações de modo apriorístico não se compadece com o poder fiscalizatório do Poder Legislativo que deve ser exercido "a posteriori";

(b) a condição prévia estabelecida em nível municipal caracteriza violação de competência pelo Poder Legislativo Municipal, que não pode criar regra própria de procedimento licitatório em desacordo com norma geral editada pela União que regulamenta o tema de modo diverso.

(A) Violação do princípio da separação dos poderes.

Em que pese as opiniões em contrário, dentre elas a do eminente publicista Hely Lopes Meirelles (citada no ind. 002894), é inegável que o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que condicionar a realização da concessão de serviços à prévia autorização legislativa viola o princípio da separação de poderes. O entendimento esposado em 1997 na ADI 472/BA (Rel. Min. Moreira Alves) foi confirmado por meio do mais recente julgamento (2013) do AI 755058/MG (Rel. Min. Gilmar Mendes), dele se podendo transcrever o excerto da decisão do eminente relator, que aborda semelhante controvérsia (como assinalado nas percuientes promoções do MINISTÉRIO PÚBLICO):

"Quanto ao mérito, melhor sorte não assiste à agravante. No julgamento da ADI 676, Rel. Min. Carlos Veloso, DJe 1º.7.1996, esta Corte firmou o entendimento de que malfez o princípio da

separação de poderes dispositivo de legislativo local que atribua ao Poder Legislativo a competência para autorização de convênios, convenções ou acordos celebrados pelo Poder Executivo. Eis a ementa do referido julgado: "CONSTITUCIONAL. CONVÊNIOS, ACORDOS, CONTRATOS E ATOS DE SECRETÁRIOS DE ESTADO. APROVAÇÃO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA: INCONSTITUCIONALIDADE. I. - Norma que subordina convênios, acordos, contratos e atos de Secretários de Estado à aprovação da Assembleia Legislativa: inconstitucionalidade, porque ofensiva ao princípio da independência e harmonia dos poderes. C.F., art. 2º. II. - Inconstitucionalidade dos incisos XX e XXXI do art. 99 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente". Nesse mesmo sentido, o julgamento da ADI 472, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.8.1997, oportunidade em que esta Corte assentou que a exigência de prévia autorização legislativa para a realização de contratos de concessão de serviços públicos viola o art. 2º da Constituição Federal. Confira-se a ementa do aludido julgado: "Ação direta de inconstitucionalidade. Incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e § 1º do artigo 15, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989. - Os incisos XIII e XIX do artigo 71 da Constituição do Estado da Bahia são ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal) ao darem à Assembleia Legislativa competência privativa para a autorização de convênios, convenções ou acordos a ser celebrados pelo Governo do Estado ou a aprovação dos efetivados sem autorização por motivo de urgência ou de interesse público, bem como para deliberar sobre censura a Secretaria de Estado. - Violam o mesmo dispositivo constitucional federal o inciso XXX do artigo 71 (competência privativa à Assembleia Legislativa para aprovar previamente contratos a ser firmados pelo Poder Executivo e destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos) e a expressão "dependerá de prévia autorização legislativa e" do § 1º do artigo 25 (relativa à concessão de serviços públicos), ambos da Constituição do Estado da Bahia. Ação julgada procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e a expressão "dependerá de prévia autorização legislativa e" do § 1º do artigo 25, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989". Destaque-se, ainda, excerto do voto do Min. Moreira Alves, Relator da ADI 472: "Dispõem, respectivamente, o inciso XXX do artigo 71 e o § 1º do artigo 25 da Constituição do Estado da Bahia: 'Artigo 71 - Além de outros casos previstos nesta Constituição compete privativamente à Assembleia Legislativa: [...] XXX - aprovar previamente contratos a serem firmados pelo Poder Executivo, destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos, na forma da lei'; e 'Artigo 25 [...] § 1º - A concessão de serviços públicos dependerá de prévia autorização legislativa e far-se-á sempre mediante licitação pública, ressalvados os casos previstos em lei'. Também com relação a esses dois dispositivos tenho-os por inconstitucionais, uma vez que ofendem o artigo 2º da Constituição Federal. Com efeito, em ambos se estabelece uma autorização prévia do Poder Legislativo - à semelhança do que ocorre com os convênios, convenções ou acordos celebrados pelo Poder Executivo - que se torna um pressuposto de validade das concessões ou permissões para a exploração de serviços públicos, e, portanto, uma forma de participação na formação desses atos, o que, evidentemente, não se compadece com o poder de fiscalização 'a posteriori' que, pela Constituição Federal, incumbe ao Poder Legislativo com relação ao exercício da direção da administração que cabe ao Poder Executivo. Observo, apenas, que a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 25 abarca somente a expressão 'dependerá de prévia autorização legislativa', porquanto a exigência da licitação pública para a concessão de serviços públicos decorre do artigo 175, caput, da Constituição Federal. 3. Em face do exposto, julgo procedente, em parte, a presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e a expressão 'dependerá de prévia autorização legislativa' do § 1º do artigo 25, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989. Dessa forma, verifico que a orientação adotada pelo Tribunal de origem não destoia da jurisprudência desta Corte."

Pelo mesmo fundamento, o TJRJ declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 6º do mesmo artigo 99 da Lei Orgânica do Município de Teresópolis que estabelecia que os editais de licitação para concessão, privatização e terceirização deveriam se analisados pela Câmara Municipal e ter

sua efetiva autorização (Ação Direta de Inconstitucionalidade 0047458-18.2017.8.19.0000 - Órgão Especial - Rel. Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes). Na oportunidade, a norma do "caput" não foi pronunciada inconstitucional por reflexo (ou "arrastamento"), o que não impede o exame de sua inconstitucionalidade em controle difuso, porque o TJRJ poderia ou não declarar sua inconstitucionalidade, apenas não decidiu a questão (a norma questionada agora não fora objeto da questão posta na referida ADI). As razões expostas no referido acórdão têm plena aplicação à questão

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA A LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS QUE DETERMINA PRÉVIA ANÁLISE E AUTORIZAÇÃO PELA CÂMARA MUNICIPAL DE EDITAIS PARA CONCESSÃO, PRIVATIZAÇÃO OU TERCEIRIZAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS. 1) A norma impugnada deixou de observar a competência legislativa para a elaboração do ato, uma vez que a Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII), cabendo aos Municípios, apenas, à luz da competência legislativa suplementar, nos moldes do artigo 30, da Carta Magna, engendrar regras de caráter especial, de modo a atender às suas peculiaridades e interesses locais. 2) Por esta forma, é inconstitucional a norma que, a pretexto do poder fiscalizatório do Poder Legislativo, traça diretrizes inovadoras, que refletem regras de caráter procedimental das licitações promovidas pela Administração Municipal, em confronto com aquelas traçadas ordinariamente pela Lei 8.666/93, em flagrante ofensa ao previsto no artigo 358, incisos I e II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. 3) Quando, a pretexto de legislar, o Poder Legislativo administra, editando leis que equivalem, na prática, a verdadeiros atos de administração, viola a harmonia e independência que deve existir entre os poderes estatais, materializada no Princípio da Separação dos Poderes. 4) A forma de controle de um Poder sobre o outro, à luz do sistema de "freios e contrapesos", deve limitar-se ao modelo traçado na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, sendo vedado o desbordo, ainda que lastreado em legislação infraconstitucional, pena de caracterizar ingerência e ofensa ao decantado Princípio da Separação dos Poderes, previsto no artigo 7º, da Carta Estadual. 5) Procedência da Representação."

Efetivamente, compete ao Poder Legislativo Municipal a função de elaborar as leis e fiscalizar a execução das funções do Poder Executivo Municipal. As condições de execução das funções executivas ele as estabelece de antemão mediante a elaboração da moldura legal e o controle das funções a exerce mediante processo de fiscalização e sanção política dos ocupantes de cargos do Poder Executivo. Em nenhum momento o Poder Legislativo assume o controle de execução das políticas públicas próprias do Poder Executivo, sob pena de violação do princípio da separação de poderes prevista no artigo 2º da Constituição Federal e no artigo 7º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

A previsão de uma "autorização legislativa" da Câmara Municipal de Vereadores para a concessão de serviços públicos viola o princípio da separação de poderes, porque os limites da concessão devem estar definidos em lei e, se atendidos, não devem depender de autorização de outro poder para que o Poder Executivo a execute. Por esse fundamento o trecho da norma em tela se revela inconstitucional.

(B) Violação de regra de competência legislativa.

Ao criar uma exigência de autorização legislativa prévia para a deflagração de concessão de serviço público, e no caso se trata da concessão de serviço de saneamento básico (água e esgoto), a Lei Orgânica Municipal invade esfera de competência privativa da União.

Dispõe o artigo 37 XXVII da Constituição Federal que compete privativamente à União legislar sobre "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios [...]". Não pode o Município modificar as normas gerais de licitação, ou seja, não pode criar condições

de procedibilidade de processos administrativos de licitação, o que se daria neste caso em que a licitação seria obstada pela prévia aprovação do Legislativo Municipal.

A propósito, o artigo 2º da Lei 9.074/1995, norma de caráter geral que regula a outorga de concessões e permissões de serviços públicos estabelece no caso das execução de obra e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público é dispensada lei que lhes autorize o fixe os respectivos termos em se tratando de saneamento básico e saneamento urbano.

Portanto, o artigo 99 "caput" da Lei Orgânica do Município de Teresópolis, nesse particular caso que versa sobre a concessão do serviço e das obras de saneamento básico, não só extrapola sua competência constitucional com dispõe de maneira diversa ao que está disposto na lei geral que afere validade e eficácia plena no âmbito do assunto na própria constituição federal. Viola, assim, o disposto no artigo 37 XXVII da Constituição Federal e, "contrario sensu", o disposto no artigo 358 II da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Também por esse fundamento deve ser proclamada a sua inconstitucionalidade, no que tange à exigência da autorização legislativa para realização da licitação.

(5) Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma tem o efeito de proclamar a sua nulidade, ou seja, infirma a sua validade na origem e produz efeitos "ex tunc", de modo que se deve considerar como se a norma jamais tivesse existido. Seria a hipótese de declarar ineficazes todas as exigências e decisões tomadas com fundamento no requisito de autorização legislativa previsto no artigo 99 "caput" da Lei Orgânica do Município de Teresópolis.

Portanto, ineficaz a decisão colegiada proclamada pelo Acórdão 26009/2022 do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ).

O amplo espectro de efeitos que deriva da sanção de nulidade da norma em tela, contudo, não se pode aplicar em relação à coisa julgada formada no âmbito do Mandado de Segurança 0024825-24.2017.8.19.0061 (Reexame Necessário - 14ª Câmara Cível - Rel. Des. Francisco de Assis Pessanha Filho). Portanto, todos os atos da fase de licitação que foram anulados por determinação daquele julgado não podem ser revalidados, sob pena de ofensa à coisa julgada.

Há de se observar, porém, que todos os eventuais atos preparatórios que não dependiam de autorização legislativa, como eventuais audiências públicas (que a própria sentença proferida no Mandado de Segurança excluiu da pecha de nulidade quando aclarou o julgado), devem ser preservados, até mesmo por economia, de modo que o MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS não seja obrigado a despender recursos para sua nova realização. Encontram-se nessa hipótese específica não só as consultas públicas como os estudos técnicos que porventura tenham sido realizados para municiar o ente público de elementos científicos para realização do certame. Com certeza, trata-se aqui de atos de inteligência e não de manifestação de vontade do Poder Executivo, que não perdem seu aproveitamento, desde que, evidentemente, não superados pelo estado da arte. Nesse contexto se encontra, inclusive, o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), que se traduz em procedimento auxiliar destinado à "realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública" (artigo 81 "caput" da Lei 14.133/2021) e que não gera qualquer direito ao realizador do estudo, apenas a expectativa de eventualmente ter o trabalho científico remunerado pelo vencedor do eventual certame. Preserva-se, assim, a validade do PPI e de todos os eventuais estudos e consultas em procedimentos auxiliares.

Esta decisão de controle de constitucionalidade de norma municipal está sendo tomada em fase de cumprimento de sentença, ou seja, mediante cognição de matéria de ordem pública de modo incidental, a pedido do executado MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS, com o objetivo de afastar

impedimento legal para o cumprimento do julgado que deseja realizar. Com efeito, tal cognição é plenamente possível porque essa questão constitucional (no dizer de Alfredo Buzaid, citado por Gimar Mendes e Gonet Branco, "in" Curso de Direito Constitucional, 18ª ed. 2023, p. 1345) "configura 'antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica", que no caso se revela na agora inexistência de exigibilidade da mencionada autorização legislativa. Observo ainda que não se está a declarar a inconstitucionalidade na norma em tela senão para os efeitos de desembargo do prosseguimento do cumprimento de sentença. São os mesmos autores, na mesma obra (Gimar Mendes e Gonet Branco, "in" Curso de Direito Constitucional, 18ª ed. 2023, p. 1345), que citando o clássico monografista do tema, Lúcio Bittencourt, observam que o controle difuso de constitucionalidade se exerce em relação a uma "controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva".

POSTO ISSO:

1. AUTORIZO o MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS a realizar a LICITAÇÃO DOS SERVIÇOS E OBRAS DE SANEAMENTO BÁSICO (ÁGUA E ESGOTO) E DEMAIS OBRIGAÇÕES a ele cominadas no julgado Ação Civil Pública 0010981-80.2012.8.19.0061 (Restauração dos autos do Proc. 0009706-09.2006.8.19.0061) independentemente da "autorização legislativa" prevista no artigo 99 "caput" da Lei Orgânica do Município de Teresópolis, e para os efeitos do cumprimento do julgado, DECLARO A INCONSTITUCIONALIDADE da expressão "COM AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA" contida no "caput" do artigo 99 da Lei Orgânica do Município de Teresópolis.

2. Ressalvo que a declaração de nulidade resultante da declaração de inconstitucionalidade, no âmbito deste processo, que opera efeitos desde a promulgação da norma declarada inconstitucional, não impede a eficácia do julgado proferido nos autos do Mandado de Segurança 0024825-24.2017.8.19.0061, no que tange aos atos ali anulados. Ressalvo ainda que, por força da declaração de inconstitucionalidade e dos limites do decidido no citado mandado de segurança, PERMANECEM VÁLIDOS TODOS OS PROCESSOS AUXILIARES pertinentes à matéria da concessão de saneamento básico, entre eles as audiências públicas, estudos, e Procedimento de Manifestação de Interesse (PPI).

3. Declaro PREJUDICADA A EFICÁCIA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TCE-RJ) NO ACÓRDÃO 26009/2022 para todos os fins, ressalvados os atos jurídicos perfeitos já praticados e os contornos dos efeitos da coisa julgada do Mandado de Segurança 0024825-24.2017.8.19.0061, observando que "fortiori" (e aqui com mais razão, por se tratar de uma decisão administrativa) permanecem válidos todos os processos auxiliares pertinentes à matéria da concessão de saneamento básico, entre eles as audiências públicas, estudos, e Procedimento de Manifestação de Interesse (PPI).

4. Determino a juntada da petição protocolada pelo terceiro, cuja intervenção foi indeferida, apenas a título de informação.

I.

Teresópolis, 26/04/2023.

Carlo Artur Basilio - Juiz Titular

Autos recebidos do MM. Dr. Juiz

Carlo Artur Basilio



Em ____/____/____

Código de Autenticação: **4LRB.YPQY.VY2Y.7YL3**
Este código pode ser verificado em: www.tjrj.jus.br – Serviços – Validação de documentos

