# *DO REGIME JURÍDICO DA CONCESSÃO E DA SUBCONCESSÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO NO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS*

## PARECER

solicitado por
ÁGUAS DO IMPERADOR S.A.
e apresentado pelo
PROFESSOR ARNOLDO WALD

## EMENTA

O art. 2º da Lei nº 9.074/95 afasta expressamente a necessidade de lei autorizativa prévia para a outorga de concessão para prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

A CAEMPE — CIA. DE ÁGUA E ESGOTO DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS teve a sua criação autorizada por lei, para receber a outorga da concessão para prestação dos serviços de fornecimento de água e de esgotamento sanitário do Município de Petrópolis.

A subconcessão dos serviços de saneamento básico à ÁGUAS DO IMPERADOR S.A. pela CAEMPE, obteve expressa autorização do poder concedente e foi efetivada mediante concorrência prévia à celebração do respectivo contrato de subconcessão, observando todos os requisitos estabelecidos no art. 26 da Lei de Concessões.

Não se constata, no caso da consulta, situação de ilegalidade ou de lesividade ao patrimônio municipal, em decorrência da outorga da subconcessão à Consulente dos serviços de saneamento básico no Município de Petrópolis.

A natureza da remuneração, cobrada pela subconcessionária dos serviços públicos, é de tarifa ou preço público, conforme expressamente prevê a Lei de Concessões, dada a característica de facultatividade da utililização destes serviços.

O ato administrativo do Chefe do Poder Executivo do Município de Petrópolis, que determinou à sua Procuradoria que desistisse da apelação já interposta pela municipalidade, nos autos da ação popular em que foi um dos autores, caracteriza-se, a uma só tempo, como desvio de poder e como imoralidade administrativa.

## I. DA CONSULTA

1. A Consulente ÁGUAS DO IMPERADOR S.A. é sociedade por ações, constituída quando da outorga da subconcessão dos serviços de água e esgotamento sanitário do Município de Petrópolis, através de licitação realizada no ano de 1997.

2. Noticiou-nos a Consulente que havia flagrante falta de recursos para investimentos no setor de saneamento básico, tanto por parte do Município, quanto por parte da própria concessionária dos serviços — COMPANHIA DE ÁGUA E ESGOTO DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS (CAEMPE). Em face de tal circunstância e objetivando o atendimento aos interesses da Municipalidade, foi efetivada concorrência pública para subconcessão desses serviços públicos, vencida pela Consulente.

3. A solução adotada pela Prefeitura do Município de Petrópolis gerou inconformismo político, que culminou com o ajuizamento de ação popular por alguns vereadores da oposição, entre eles o atual prefeito de Petrópolis, perante o Juízo da 4ª Vara Cível de Petrópolis, visando a anulação do contrato de subconcessão, suscitando os seguintes argumentos:

a) não houve lei autorizativa para a realização da licitação;

b) a subconcessão teria alterado a natureza tributária da remuneração dos serviços públicos de água e esgoto; e

c) a natureza da relação jurídica entre a CAEMPE e o Município de Petrópolis é a de simples delegatária de atribuições, dentro da esfera da Administração Pública, e não de concessionária de serviço público.

4. A medida liminar foi concedida e, logo após, revogada pela Egrégia Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 4.529/97. Além da revogação da decisão liminar acima, vale mencionar que o Órgão Especial do mesmo Tribunal, presidido pelo Desembargador Thiago Ribas Filho, deferiu o pedido de Suspensão de Segurança nº 27/97, contra a liminar concedida nos autos daquele processo.

5. Ao todo, o juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis deferiu sucessivamente 05 (cinco) medidas liminares, obstando a licitação e a outorga da subconcessão, tendo sido todas revogadas pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

6. Não obstante as decisões proferidas nas instâncias superiores, decidiu o MM. juiz de primeira instância julgar procedente a ação, entendendo que:

a) a CAEMPE seria delegatária dos serviços públicos de água e esgotamento sanitário e não concessionária e, portanto, não poderia subconcedê-los;

b) o objeto social da CAEMPE seria administrar e prestar os serviços de água e esgotamento sanitário, e não poderia exercer tais atividades sociais alternativamente;

c) o art. 2º da Lei nº 9.074/95 seria inconstitucional;

d) a natureza jurídica da contraprestação dos serviços de saneamento básico seria de taxa e não poderia ser transmudada em tarifa pela subconcessão.

7. Em virtude da decisão resumida, recorreu a Consulente, baseando-se nos seguintes argumentos:

a) haveria carência de ação, por falta de prejuízo ao Município;

b) a relação jurídica entre a CAEMPE e o Município é a de concessão;

c) nada obsta a subconcessão, uma vez que a CAEMPE é concessionária e, ainda que assim não fosse, eventual irregularidade estaria sanada por terem sido cumpridas todas as formalidades legais;

d) a constitucionalidade da Lei nº 9.074/95 e a natureza tributária da remuneração dos serviços seriam questões irrelevantes ao pleito.

8. Os recursos interpostos pela Consulente, juntamente com aqueles interpostos pelo Município e pela CAEMPE foram recebidos e distribuídos à Egrégia Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sendo relatora do feito a eminente Desembargadora Maria Raimunda.

9. Recentemente, o atual Prefeito de Petrópolis, um dos autores da presente ação popular, determinou à Procuradoria do Município que formulasse pedido de desistência nas apelações apresentadas tanto pelo Município quanto pela CAEMPE.

10. Em face do exposto, a Consulente formula os seguintes quesitos:

"PRIMEIRO QUESITO

*A partir dos elementos trazidos na consulta, inclusive a justificativa apresentada no Edital de Concorrência Pública nº 01/97, estariam configuradas a ilegalidade e/ou a lesividade da outorga da concessão e da subconcessão para a prestação dos serviços de saneamento básico no Município de Petrópolis, geradores de nulidade ou anulabilidade destes atos?*

SEGUNDO QUESITO

*A utilização dos bens e instalações da CAEMPE vinculados ao serviço público, pela Consulente, na qualidade de subconcessionária, conforme ocorre em qualquer concessão ou subconcessão, gera algum prejuízo ao Poder Público?*

TERCEIRO QUESITO

*Conforme historiado na consulta, o atual Prefeito do Município de Petrópolis, um dos autores da Ação Popular, na época em que era vereador oposicionista, poderia desistir dos Recursos de Apelação interpostos pela CAEMPE e pelo Município?*

QUARTO QUESITO

*Para subconceder os serviços de água e esgotamento sanitário do Município de Pe-*

*trópolis, haveria necessidade de Lei autorizativa?*

QUINTO QUESITO

*Além das disposições da Lei nº 9.074/95, que estabelece normas para a outorga de concessões, está prevista na Lei Orgânica do Município, autorização ao Prefeito do Município de Petrópolis para conceder tais serviços públicos?*

SEXTO QUESITO

*Com o advento da Lei Municipal nº 2.847/70 e a forma como foi constituída a subconcedente, qual seria a relação jurídica existente entre a CAEMPE e o Município de Petrópolis? Seria a de Concessionária ou 'braço' da Administração Pública?*

SÉTIMO QUESITO

*Haveria qualquer obstáculo legal, impedindo a CAEMPE de subconceder os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Municíio de Petrópolis?*

OITAVO QUESITO

*Foram cumpridos todos os requisitos legais exigíveis para a outorga da subconcessão?*

NONO QUESITO

*Tendo em vista o objeto social da CAEMPE, estipulado no parágrafo 1º do art. 1º da Lei Municipal nº 2.847/70, estaria a mesma obrigada a exercer as atividades de administrar e de prestar os serviços de água e esgotamento sanitário em conjunto ou poderia exercer as atividades a ela atribuídas isoladamente?*

DÉCIMO QUESITO

*Qual a natureza jurídica da contraprestação recebida pela Consulente, pelos serviços de saneamento básico prestados?*

DÉCIMO-PRIMEIRO QUESITO

*Ao subconceder os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário à Consulente, para que esta realizasse a cobrança através de tarifa, estaria o Município de Petrópolis praticando alguma ilegalidade no que tange à remuneração pelos serviços?*

DÉCIMO-SEGUNDO QUESITO

*No Município de Petrópolis existe qualquer determinação legal que estabeleça compulsoriedade na utilização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário?"*

## II. DO REGIME JURÍDICO DA CONCESSÃO E DA SUBCONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS

### *A) CONSIDERAÇÕES GERAIS*

11. Por serviço público deve ser entendida, segundo André de Laubadère, "uma atividade assumida por uma coletividade pública com vistas à satisfação a uma necessidade de interesse geral."[1]

12. A titularidade do serviço pertence à entidade pública a quem compete a sua prestação, que se realiza sob o regime de direito público, muito embora a exploração dos serviços possa caber a empresa privada, em virtude da utilização dos instrumentos de direito público: concessão ou permissão.

13. O art. 175 da Constituição Federal é a matriz da disciplina da delegação do serviço público:

*"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a exploração de serviços públicos."*

14. A disposição constitucional acima reproduzida deixa evidenciado que o serviço conceituado como público pode ser prestado por particulares, seguindo as diretrizes determinadas pelo interesse público.

15. Em nível infraconstitucional, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, tem por objeto e enunciação dos princípios, das dire-

1 ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, 6ª ed., Paris, p. 578.

trizes e das normas gerais sobre as matérias fundamentais enunciadas no parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal.

16. Assim, a União, os Estados membros da Federação e os Municípios estão adstritos ao regime ditado pela legislação federal, sendo-lhes vedado suprimir os direitos, obrigações e garantias mínimas erigidas como essenciais na Lei de Concessões, regulamentadora do art. 175 da Constituição Federal. Reputa-se inconstitucional e, portanto, juridicamente ineficaz a norma de outra entidade pública que conflite com os preceitos da Lei nº 8.987/95. Daí porque está prevista, na Lei de Concessões, a revisão e a adaptação das normas, que editaram sobre a matéria, às novas diretrizes traçadas na lei federal.[2]

17. A Lei nº 9.074/95 complementa as normas gerais sobre concessão e permissão de serviços públicos objeto da Lei nº 8.987/95. O art. 1º da referida Lei nº 9.074/95 enuncia as atividades que podem estar submetidas ao regime de concessão e permissão de serviços públicos, além das já previstas na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais, nas Leis Orgânicas Municipais e em legislação específica.

18. Adequando-se aos ditames constitucionais, o art. 2º da Lei nº 9.074/95 há de ser entendido no sentido de que o Legislativo dos entes públicos poderia, inclusive, em matéria de concessões, editar norma genérica, para autoriza o Chefe do Executivo (titular dos poderes para organizar, manter e administrar o serviço público) a definir os casos em que a delegação de determinado serviço público será feita a terceiro, dispondo, através de decreto ou ato prévio à licitação, quais as condições da outorga da concessão ou da permissão, consoante o disposto no art. 5º da Lei nº 8.987/95.

19. A Lei deixou claro que o principal regime de delegação é o da concessão, admitindo, apenas quando couber, o da permissão. A disposição deve ser entendida em consonância com os conceitos trazidos na Lei nº 8.987/95, que trata, em seu art. 2º, incisos II, III e IV, da concessão de serviço público,[3] concessão de serviço público precedida de obra pública[4] e permissão de serviço público.[5]

*B) DA DESNECESSIDADE DE LEI AUTORIZATIVA PRÉVIA PARA A OUTORGA DE CONCESSÃO E SUBCONCESSÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO*

20. Estabelece o art. 2º da Lei Federal nº 9.074, de 07 de julho de 1995, que:

*"Art. 2º. É 'vedado' à União, 'aos Estados', ao Distrito Federal e aos Municípios 'executarem obras e serviços públicos por meio de concessão' e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico 'e limpeza urbana e nos*

2 Art. 1º e seu parágrafo único da Lei nº 8.987/95 e ainda ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES e ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD, *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, Revista dos Tribunais, 1996, pp. 99-100.

3 Art. 2º, inciso II: "concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresa que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado".

4 Art. 2º, inciso III: "concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegado pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado".

5 Art. 2º, inciso IV: "permissão de serviço público: a delegação a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco."

*já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995." (grifos nossos)*

21. Investigando a mens e a *occasio legis* do texto legislativo, conclui-se que, entre as questões que preocupavam o legislador, destacava-se a de definir o campo exato de atuação do novo instrumento, limitando os poderes discricionários atribuídos ao Executivo, dentro do sistema de freios e contrapesos vigente no Estado de Direito.

22. Foi essa a razão pela qual as sucessivas medidas provisórias, que trataram do assunto, decidiram, no plano federal, definir taxativamente os casos de concessão, não permitindo a sua utilização sem prévia autorização legal específica em "outras modalidades de serviços públicos".

23. Assim, na Medida Provisória nº 890, de 13 de fevereiro de 1995, como nas que a sucederam[6], havia no artigo 1º dois comandos: o primeiro definindo os casos de concessão, constituindo o *caput* do artigo, com seus incisos e alíneas, e o segundo impedindo a utilização da concessão nos demais casos.[7]

24. Cumpre, no entanto, assinalar que, nas sucessivas medidas provisórias, não houve, em momento algum, referência à aplicação das mesmas regras fora da área federal, ou seja, em relação aos Estados e aos Municípios, reservando-se às Assembléias Legislativas estaduais e às Câmaras de Vereadores o direito de se pronunciarem sobre as concessões admissíveis.

25. Quando a medida provisória se transformou na Lei nº 9.074/95, em virtude de projeto de conversão, os dois comandos aos quais fizemos referência passaram a constituir artigos distintos. O artigo 1º esclareceu quais os serviços e obras públicas de competência da União Federal que se sujeitam ao regime de concessões, enquanto o art. 2º proibiu que a União, os Estados e os Municípios executassem obras e serviços públicos, por meio de concessão, sem prévia autorização legislativa, que deveria fixar os seus termos.

26. A lei federal excepcionou da regra genérica as concessões já previstas constitucionalmente, pela União, pelos Estados e pela Lei Orgânica dos Municípios. Além disso, acrescentou, por lhe parecer matéria em que a concessão se impunha necessariamente, os casos de saneamento básico e de limpeza urbana.

27. Não impediu, todavia, o legislador federal, como aliás não poderia fazê-lo, que, em cada pessoa de direito público, o Legislativo, estadual ou municipal, aprovasse texto legal sancionado pelo Executivo que admitisse amplamente a concessão, considerando-a válida em todos os campos de atividade com os quais ela se coaduna, delegando inclusive ao Chefe do Executivo a função de aprovar os programas correspondentes, como ocorreu no caso do Município de Petrópolis, o que será evidenciado adiante.

28. No caso específico da consulta, a Lei Orgânica do Município de Petrópolis, de 05 de abril de 1990, dispôs sobre a competência privativa do Município para organizar e prestar os serviços públicos locais, dentre eles os de água e esgoto, diretamente ou sob o regime de concessão. Confira-se, a respeito, o art. 17, inciso II, sub-incisos 8 e 12 da Lei Orgânica do Município de Petrópolis:

*"Art. 17. Compete ao Município, na promoção de tudo quanto respeita ao interesse local e ao bem-estar de sua população:*

*(...)*

*II — privativamente:*

*(...)*

*8) organizar e prestar, diretamente, ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos locais; (...)*

*12) instituir, planejar e fiscalizar progra-*

6 MP nº 937, de 15.03.95; nº 966, de 12.04.95; nº 991, de 11.05.95; e nº 1.017 de 08.06.95.

7 Art. 1º da MP 890, de 13.2.95: "(...)

§ 1º *É vedada a concessão* ou a permissão de outras modalidades de serviços públicos sem lei que a autorize e lhe fixe os termos." (grifos nossos)

*mas de desenvolvimento urbano nas áreas de habitação e 'saneamento básico', de acordo com as diretrizes estabelecidas na legislação federal, sem prejuízo do exercício de competência comum correspondente;*

*(...).*" (grifos nossos)

29. Por outro lado, insere-se nas atribuições do Prefeito a de permitir ou autorizar o uso de bens municipais e a execução de serviços públicos por terceiros, na forma estabelecida pela Lei Orgânica, no art. 83, inciso VIII, nos seguintes termos:

*"Art. 83. Compete ao Prefeito, entre outras atribuições:*

*(...)*

*VIII — permitir ou autorizar o uso de bens municipais, 'e a execução de serviços públicos por terceiros, na forma estabelecida nesta Lei Orgânica."*

30. Além disso, ao Prefeito é deferida competência para a prestação dos serviços públicos municipais, direta ou indiretamente os institutos da concessão, permissão ou autorização, conforme estabelecido no art. 129.[8]

31. Consoante com tais diretrizes, o Município de Petrópolis, exercendo a sua competência, na forma da constituição Federal e da sua Lei Orgânica, disciplinou os serviços públicos municipais de saneamento básico, através da Deliberação nº 2.847, de 06 de maio de 1970, decretada pela Câmara Municipal de Petrópolis e sancionada pelo Poder Executivo. tal ato legislativo foi alterado pela Lei nº 5.382, de 20 de março de 1998, que dispõe sobre os serviços de água e esgotos sanitários no Município de Petrópolis e autoriza a criação da CAEMPE — COMPANHIA DE ÁGUA E ESGOTO DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS, sociedade de economia mista constituída especificamente para que lhe fosse outorgada a concessão para prestação desses serviços públicos.

32. Segundo nos relata a Consulente, há polêmica quanto à qualificação da prestação do serviço público de saneamento básico no Município de Petrópolis, pela CAEMPE. Sustentam os autores da ação popular em curso que os referidos serviços públicos estariam sendo prestados diretamente pelo Município de Petrópolis, através da CAEMPE, não enquanto concessonária de serviços públicos, mas enquanto entidade integrante da Administração indireta municipal. A argumentação nesta linha foi desenvolvida para suscitar o argumento de que, não se configurando o instituto da concessão, a CAEMPE não poderia subconceder os serviços à Consulente, como e deu, na espécie.

33. Analisar-se-á, mais adiante, em tópico específico, a natureza jurídica da CAEMPE, seu objeto social e a relação jurídica entre o Município de Petrópolis e esta sociedade de economia mista, demonstrando-se que tal relacionamento é, sem dúvida, o de poder concedente e concessionária, resultante da concessão para a prestação do serviço público que foi outorgada à CAEMPE, consoante as normas constitucionais e legais aplicáveis.

34. Cumpre, nesse passo, perquirir a legalidade da outorga da subconcessão à ÁGUAS DO IMPEADOR S.A., em face das disposições contidas no art. 26 da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), que regula a matéria, em âmbito nacional.

35. Através do instituto da subconcessão, o poder concedente autoriza o concessionário a delegar a prestação do serviço ou parte dele a um terceiro, nascendo, a partir daí, as seguintes relações jurídicas.

(i) entre o poder concedente e o concessionário;

(ii) entre o subconcessionário e o concessionário (que é o subconcedente); e

(iii) entre o próprio poder concedente e o subconcessionário.

36. Dispõe o art. 26 da Lei de Concessões:

*"Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão,*

8 Art. 129: "É de responsabilidade do Município, mediante licitação e de conformidade com os interesses e as necessidades da população, prestar serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, bem como realizar obras públicas, podendo contratá-las com particulares através de processo licitatório."

*'desde que expressamente autorizada pelo poder concedente'.*

*§ 1º A outorga de subconcessão 'será sempre precedida de concorrência'.*

*§ 2º O subconcessionário se sub-rogará em todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão."* (grifos nossos)

37. Conceitualmente, constitui subconcessão o contrato administrativo em que a concessionária figura, não como contratante em nome próprio, mas no do Poder Público delegante, operando-se a sub-rogação legal a terceiros, dos direitos e obrigações do concessionário, nos limites da subconcessão, mediante seleção em processo licitatório específico (concorrência), conforme procedimento e requisitos ditados pela Lei de Concessões, aplicando-se subsidiariamente a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.[9]

38. O procedimento licitatório deve adequar-se às normas legais pertinentes, sob pena de nulidade, acarretando também a nulidade do contrato dele decorrente, tendo em vista que a licitação válida é o antecedente indispensável à celebração do contrato administrativo de concessão ou de subconcessão.[10]

39. A subconcessão é regida pelo direito público, estabelecendo-se relação jurídica entre o subconcessionário e o poder concedente. Isto se explica na medida em que, com a subconcessão dá-se, na verdade, a sub-rogação do objeto da concessão, nos termos do edital licitatório, sub-rogando-se o concessionário, em conseqüência, nos direitos, obrigações e responsabilidades da subconcedente, nos limites da subconcessão.

40. Como se depreende da redação do art. 26, supra reproduzido, não há qualquer exigência de autorização legislativa prévia, para que se efetive a subconcessão, bastando para tanto a expressa autorização do poder concedente e que seja precedida de concorrência.

41. No caso da presente consulta, a própria lei de criação da CAEMPE, com a alteração procedida pela Lei nº 5.382, de 20 de março de 1998, deixou clara a autorização para a transferência da prestação dos serviços públicos que lhe foram atribuídos, mediante procedimento licitatório:

*"Art. 2º. Ao Art. 1º da Deliberação nº 2.847/70, fica acrescentado o § 3º com a seguinte redação:*

*§ 3º. As finalidades do CAEMPE serão alcançadas pela prestação de serviços, ou por intermédio de terceiros, por ela fiscalizados e contratados, com escopo específico, mediante licitação pública, observadas as legislações aplicáveis."*

42. Outros atos foram realizados, que deixaram expressamente consignada a autorização do poder concedente para a efetivação da subconcessão, conforme se teve notícia, através da Consulente:

a) a deliberação sobre a efetivação da subconcessão em assembléia geral de acionistas da CAEMPE, em 18 de abril de 1997, tendo sido a matéria aprovada por voto do acionista majoritário (o Município de Petrópolis);

b) a audiência pública realizada em 19 de maio de 1997, em que foram prestados todos os esclarecimentos acerca da subconcessão;

c) a aprovação do edital de concorrência da subconcessão, pelo Tribunal de Contas do Estado, tendo recebido a aprovação do Ministério Público que funciona junto àquele órgão;

d) a divulgação da justificativa da subconcessão, no edital de subconcessão, baseada na premente necessidade de investimentos vultosos, que não poderiam ser realizados pelo Município ou pela CAEMPE.

43. Estão, portanto, presentes todos os requisitos legais exigidos para a efetivação da

9 ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES e ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD, ob. cit., p. 143.

10 Examina, com profundidade, a natureza jurídica e o regime do contrato de subconcessão, o Professor HELY LOPES MEIRELLES, em parecer intitulado "*Contrato de Subconcessão de Obra Rodoviária*", publicado na obra *Estudos e Pareceres de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, vol. 3, p. 304/318.

subconcessão à Consulente — a autorização do poder concedente e o procedimento prévio de concorrência pública.

## III. DO REGIME JURÍDICO DA CAEMPE E DA SUA RELAÇÃO JURÍDICA COM O MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS

44. Examinar-se-á neste tópico do parecer, o regime jurídico da CAEMPE, bem como a natureza da delegação que lhe foi dada, para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico no Município de Petrópolis.

### *A) DO REGIME JURÍDICO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA*

45. Encontra-se o conceito legal de sociedade de economia mista no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 — a Lei de Reforma Administrativa —, alterado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, que deu nova redação às definições originais.

46. A *sociedade de economia mista* é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei, para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da Administração indireta.

47. O primeiro dos requisitos essenciais que caracteriza a sociedade de economia mista é a obrigatoriedade de sua *criação autorizada através de lei específica*, exigência esta que sempre existiu em nossa legislação infraconstitucional (Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e Lei das Sociedades Anônimas[11] e acabou por ser também consagrada em sede constitucional, na Carta Magna de 1988, em seu art. 37, inc. XIX, de acordo com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98.[12]

48. Outro pressuposto fundamental à atribuição da qualificação de sociedade de economia mista a determinada empresa é a titularidade do controle acionário. Assim, considera-se que o Poder Público deve exercer o controle permanente sobre a sociedade, nos moldes do conceito definido no art. 116 da Lei das Sociedades por Ações.[13]

49. Quanto ao regime jurídico aplicável às empresas públicas e às sociedades de econo-

11 Decreto-lei nº 200, de 25.02.67, art. 5º, inc. III: "Art., 5º. Para os fins desta lei, considera-se:
(...)
III — sociedade de economia mista — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, *criada por lei* para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da administração indireta." (grifos nossos)
Lei nº 6.404, de 15.12.76, art. 236: "Art. 236. A constituição de companhia de economia mista depende de previa autorização legislativa." Na doutrina, ARNOLDO WALD, *As Sociedades de Economia Mista e a Nova Lei das Sociedades Anônimas*, Revista Forense, vol. 268, p. 395 a 404.

12 Art. 37, XIX da CF: "Art. 37 — A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:
(...)
XIX — *somente por lei específica poderá ser* criada autarquia e *autorizada a instituição* de empresa pública, de *sociedade de economia mista* e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação." (grifos nossos)

13 Art. 116 da Lei nº 6.404/76: "Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:
a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia."

mia mista, bem como às suas subsidiárias, determina o § 1° do art. 173, inciso II da Carta Magna, com a redação dos incisos dada pela Emenda Constitucional n° 19/98, que:

*"Art. 173 — (...)*

*§ 1°. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*

*(...)*

*II — a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários."* (grifos nossos)

50. Observa-se que a Lei n° 6.404, de 15 de dezembro de 1976, já havia fixado o regime jurídico aplicável às sociedades de economia mista, ao determinar sua sujeição aos dispositivos aplicáveis às sociedades anônimas, bem como às normas da CVM, em se tratando de companhia aberta.[14]

51. Tem-se, em suma, que, uma vez constituída, por lei específica, a sociedade de economia mista será regida pelo regime jurídico próprio das empresas privadas, mais especialmente pelas disposições da Lei das Sociedades Anônimas — em particular pelas normas contidas nos arts. 235 a 242, sem prejuízo das disposições especiais da sua lei de criação.

*B) DO REGIME JURÍDICO E DO OBJETO SOCIAL DA CAEMPE*

52. A CAEMPE — COMPANHIA DE ÁGUA E ESGOTO DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS, sociedade de economia mista integrante da Administração indireta do Município de Petrópolis, foi criada pela Deliberação n° 2.847, de 06 de maio de 1970, a qual lhe conferiu a atribuição de administração e prestação dos serviços de água e esgoto do município.

53. Com efeito, diz o artigo 1° da Deliberação n° 2.847/70:

*"Art. 1° Fica autorizado o Prefeito Municipal de Petrópolis a constituir, nos termos desta Deliberação, a CAEMPE — COMPANHIA DE ÁGUA E ESGOTO DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS, sob a forma de sociedade por ações.*

*§ 1° A CAEMPE terá por finalidade a administração e a prestação dos serviços de água e esgoto sanitários do Município.*

*§ 2° A Prefeitura deterá o controle do capital votante da sociedade referida neste artigo, fazendo observar, através de seus representantes, nos atos constitutivos da CAEMPE, os preceitos constitucionais e legais aplicáveis."*

54. A CAEMPE pode ser classificada, segundo Hely Lopes Meirelles, como entidade empresarial, constituída sob a forma de sociedade de economia mista.

*"com a finalidade de prestar serviço público que possa ser explorado no modo empresarial, ou de exercer atividade econômica de relevante interesse coletivo. Sua criação deve ser autorizada por lei específica, cabendo ao Poder Executivo as providências complementares para sua instituição."*[15]

55. Como toda sociedade de economia mista, a CAEMPE teve seu estatuto social consolidado aprovado em Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 29 de dezembro de 1995.

56. O artigo 3° do seu estatuto regulou o objeto social da companhia, que abrange:

*"I) A administração dos serviços de abas-*

14 Art. 235 da Lei n° 6.404/76: "Art. 235. *As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.*

§ 1° *As companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.*

§ 2° *As companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta lei,* sem as exceções previstas neste capítulo." (grifos nossos)

15 HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 26ª edição, Malheiros, 2001, p. 61.

*tecimento de água no Município de petrópolis, compreendendo sua captação, tratamento, adução, distribuição e medição de consumo;*

*II) A administração dos serviços públicos de esgotos sanitários do Município de Petrópolis, compreendendo sua coleta, condução, tratamento e disposição final;*

*III) A cobrança e arrecadação de tarifas, taxas ou receitas fixadas pelo Poder Público para custeio da prestação de serviços descritos nos itens I e II supra."*

57. Com o advento da Lei Municipal nº 5.382, de 20 de março de 1998, mais atividades foram atribuídas à CAEMPE, como, por exemplo, a prestação dos serviços de construção, manutenção e conservação das escolas, creches, unidades de saúde municipal e equipamentos esportivos.

58. Cabe, nesse passo, perquirir sobre a possibilidade jurídica de exercício parcial do objeto de uma sociedade de economia mista.

59. Com efeito, a Lei das Sociedades Anônimas não obriga a CAEMPE a exercer seu objeto social na totalidade. O que a lei não permite é que uma companhia exerça atividades que não estejam compreendidas em seu objeto social.

60. Neste sentido, afirma José Edwaldo Tavares Borba:

*"Há sociedades que têm um objeto social amplo, enquanto outras o têm restrito a uma única atividade.*

*Na prática, a sociedade poderá exercer apenas uma parte de seu objeto, deixando latente a parte não exercida.*

*Não se admitirá, contudo, que sejam exercidas atividades não compreendidas, de forma direta ou indireta, no objeto social. Os administradores que assim procederem ter-se-ão excedido e os seus atos serão passíveis de anulação."*[16]

61. Portanto, basta que o objeto social seja lícito e compatível com a ordem pública e os bons costumes para que a companhia esteja amparada pela lei, não importando se está exercendo seu objeto social em sua totalidade ou não.

62. Arremata ainda o mesmo autor:

*"Ressalte-se que o objeto social pode ser mais amplo do que a atividade efetivamente exercida pela sociedade. Há empresas que não operam todo o seu objeto, restringindo-se apenas a um ou alguns dos segmentos previstos. Essa situação é comum, não constituindo irregularidade alguma. O que não se pode é ir além do objeto; pode-se ficar aquém."*

63. No mesmo sentido, salienta José Alexandre Tavares Guerreiro:[17]

*"Isso me leva a admitir que, do ponto de vista substancial, há várias formas possíveis de fazer realizar o objeto social, ou se preferir, de desenvolver a atividade empresarial que constitui o objeto da companhia. Por idêntica razão, posso concluir, desde já, que, sendo distintas a atividade e cada ato ou negócio jurídico em particular (como o demonstraram Ferri e Ascarelli), e sendo a atividade um ato potraído no tempo (um fatto di duratta, como disse Ascarelli), não há de se falar em mudança do objeto social (atividade) pela circunstância de não serem praticados, durante certo interregno, determinados atos ou negócios jurídicos que denotam (mas de per si não constituem) a atividade empresarial."*

64. Desta forma, estaria a companhia, a princípio, livre para exercer suas atividades sociais da forma mais eficiente e vantajosa que pudesse encontrar.

65. Assim sendo, tendo a CAEMPE respeitado os limites do objeto fixado no seu estatuto social, pode escolher a melhor forma de exercê-lo, inclusive através de delegação a terceiros de parte das atividades contidas em seu estatuto, desde que haja previsão legislativa para tal, conforme já demonstrado. (capítulo II)

16 JOSÉ EDWALDO TAVARES BORGA, *Direito Societário*, Ed. Renovar, 5ª ed., 1999, p. 38.

17 JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *in Revista de Direito Mercantil*, vol. 54, p. 69.

*C) DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE A CAEMPE E O MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS*

66. Uma vez superadas as questões relativas ao regime jurídico da CAEMPE, faz-se mister esclarecer qual a natureza da relação jurídica existente entre esta sociedade de economia mista e o Município de Petrópolis — de concessionária ou de autêntica extensão (*longa manus*) da Administração Pública municipal.

67. Por concessão deve ser entendido o ato através do qual o Poder Público concede, a uma pessoa física ou jurídica, o direito de explorar, em seu nome e por contra própria, mediante certos encargos e obrigações, determinada atividade econômica, de interesse ou utilidade pública.

68. A natureza jurídica do instituto, no campo doutrinário, mereceu a formulação de várias teorias, procurando explicar a concessão, ora como um ato unilateral do poder concedente[18], ora como um contrato celebrado entre concedente e concessionário. Dentre os partidários desta tese, avultam em importância os que classificam o instituto como contrato de direito público, em função do objeto, da finalidade e das relações que estabelece.[19]

69. No Brasil, entre outros renomados doutrinadores, defendem esta teoria Mário Masagão[20], Hely Lopes Metrelles[21], Caio Tácito[22], José Cretella Júnior[23] e Celso Antonio Bandeira de Mello[24].

70. Há, ainda, na doutrina, autores que vislumbram na concessão um ato misto, que se encontraria na zona cinzenta entre o contrato e o ato administrativo unilateral, ensejando uma espécie de simbiose entre ambos.[25] Enquadram-se neste contexto as teorias que atribuem à concessão uma dupla natureza ou a consideram como um ato biface.[26]

71. A controvérsia doutrinária assinalada foi dirimida pela atual Constituição Federal, quando, no parágrafo único do art. 175, se referiu, no inciso I, à concessão como um contrato especial, regulado pela lei.

72. Nos tribunais, antes mesmo da edição da Lei nº 8.987/95, que veio regulamentar a disposição constitucional, já se cristalizou a natureza contratual da outorga de serviços e

18 Dentre os seus partidários estão: na Alemanha, OTTO MAYER e FRITZ FLEINER; na França, DUFOUR e BATTIRE; na Itália, CAMMEO, SANTI-ROMANO e MERLA. No Brasil, adotou-a ALCIDES CRUZ. Confira-se a respeito MÁRIO MASAGÃO, *in Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, p. 276-7.

19 Na doutrina estrangeira são propugnadores da tese os autores FORTI, CARBONI, ARNALDO DE VALLES, BARASSI, BIELSA, JÈZE e DESBAST.

20 MÁRIO MASAGÃO, ob. cit., p. 295.

21 HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, ob. cit., p. 247 e 365.

22 CAIO TÁCITO, *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 231.

23 JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1967, vol. III, nº 94, p. 126.

24 CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 145.

25 YVES MADIOT, *Aux Frontières du Contrat et de l'Acte Administratif Unilatéral, Recherches sur la Notion d'Acte Mixte en Droit Public*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971, p. 151 e seg.

26 Trata-se de terminologia que introduzimos no direito brasileiro, em artigo que publicamos em relação a certos atos de direito bancário (v.g. ARNOLDO WALD, *Aspectos Peculiares do Direito Bancário*, in Revista de Direito Mercantil, a. 2, nº 48, out./dez. 1982, p. 5) e que HELY LOPES MEIRELLES adotou (*Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p. 182).

obras públicas, que deve ser sempre precedida de licitação pública, sob pena de nulidade.[27]

73. Mesmo que assim não fosse, o debate doutrinário acerca da classificação do instituto entre as espécies jurídicas não se afigura relevante para o fim de estabelecer os direitos e obrigações do concedente e do concessionário e as relações entre ambos.

74. A esse respeito, assevera Francisco Campos:

"Como ainda são recentes os traços deixados no Direito Público pelo sistema do regime de polícia, o que se pretende, 'quando se classificam, entre os contratos, os atos de concessão do serviço público, não é propriamente configurar uma espécie jurídica com o simples intuito de classificá-la ou de ordená-la em uma das categorias fundamentais do Direito, mas acentuar que o ato de concessão produz efeitos jurídicos, que por ele o concessionário se investe de direitos e garantias e que, uma vez concedido o serviço público, para o concessionário, dentro dos limites do ato de concessão, se cria um estado de inviolabilidade e de proteção no que se refere às vantagens e prestações estipuladas'."[28] *(grifos nossos)*

75. Quanto à forma de outorga da concessão, o eminente jurista português Marcello Caetano admite a forma contratual ou administrativa da outorga:

*"A observação da prática da via jurídica mostra que a transferência é precedida de negociações tendentes a fixar termos em que se fará, e toma a forma de um acordo de vontades cujos efeitos foram livremente determinados pelas partes: estamos em presença de um contrato. Noutros casos a vontade do particular não intervém constitutivamente na formação da relação jurídica, a concessão produziu-se por mera manifestação de vontade de um órgão da Administração agindo segundo a lei, limitando-se o concessionário a aceitar ou não os poderes que lhe são oferecidos: temos então um acto administrativo."*[29]

76. Arremata, ainda, o mesmo autor:

*"A concessão dos serviços públicos pode operar-se, pois, por acto administrativo ou por contrato: neste último caso trata-se de um contrato administrativo."* (grifos nossos)

77. Na realidade brasileira, o que se observa, na maioria das concessões já vigentes antes da entrada em vigor da atual disciplina legislativa, é a outorga das concessões de serviços públicos por ato emanado do poder concedente, consubstanciado em decreto, no qual são erigidos os direitos e obrigações do concessionário. Muito embora haja repetidas referências legais a *contratos de concessão*, poucos eram os contratos efetivamente formalizados. Não obstante, a inexistência de instrumento bilateral específico não obsta ao reconhecimento do caráter contratual da concessão outorgada.

78. Dentro deste contexto, mesmo não formalizada através de um típico contrato, emerge da própria lei de criação da CAEMPE e da determinação constitucional a natureza contratual da relação entre esta sociedade de economia mista e o Município de Petrópolis, na medida em que foi constituída com a finalidade específica de receber a concessão para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico no Município de Petrópolis.

79. Por outro lado, o fato de ser a CAEMPE entidade estatal, controlada pelo Município de Petrópolis e integrada no contexto da Administração Pública municipal indireta, não

27 Recurso em Mandado de Segurança nº 1604-3-TO, REg. 92.0007016-7, 2ª T. do STJ, julg. unânime em 16.08.93, Rel. Min. PEÇANHA MARTINS, in Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, nº 52, p. 297, dez. 1993.

28 FRANCISCO CAMPOS, *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1943, p. 173/174.

29 MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 1991, vo.. II, p. 1105.

descaracteriza a natureza da relação jurídica que mantém com o poder concedente.

80. A própria Constituição Federal reconhece a possibilidade jurídica da concessão de serviço público a empresa estatal, como se vê da redação do artigo 25, § 2° (antes da edição da Emenda Constitucional n( 5/95):

"*Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado.*"

81. Registrando O Amplo Reconhecimento De Tal Fato, Discorre José dos Santos Carvalho Filho:

*"De algum tempo para cá, porém, o Estado tem admitido a figura anômala de firmar concessões a empresas estatais, misturando, de certo modo, as noções de gestão dos serviços públicos por delegação legal e negocial (...)*

*Outro exemplo era o do art. 21, XI, que previa esse mesmo tipo de concessão no tocante a serviços telefônicos, telegráficos e outros serviços de telecomunicações."*[30]

82. Tal entendimento é consagrado também na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se depreende do acórdão cujo trecho da ementa é a seguir transcrito:[31]

*"É de concessão o pacto pelo qual o Município delega a empresa pública estadual a execução de serviços de fornecimento de água e coleta de esgotos (Lei n° 8.987/95, art. 2°) (...)"* (grifos nossos)

83. Não há dúvida de que, hoje, estamos vivendo intensamente a ampla desmobilização da prestação de serviços públicos por empresas estatais, a partir do Programa Nacional de Privatização, o qual acarretou emendas constitucionais neste Sentido. A própria outorga da subconcessão para a prestação dos serviços de saneamento básico à empresa privada ÁGUAS DO IMPERADOR demonstra a presença deste movimento descentralizador no Município de Petrópolis.

84. Em síntese, analisando-se o caso concreto da CAEMPE, conclui-se que não havia exigibilidade quanto à existência de um contrato formal de concessão, uma vez que a criação desta sociedade, juntamente com a outorga dos serviços públicos de água e esgoto do município de Petrópolis, ocorreu anteriormente ao advento da Lei de Concessões.

85. Diante do que foi exposto, cabe afirmar que a ausência de contrato formal não pode ser fator determinante para a definição da relação jurídica entre a CAEMPE e o Município de Petrópolis, emergindo do ato de outorga da concessão todos os direitos e obrigações legalmente exigíveis de cada uma das partes e decorrendo a sua caracterização da norma constitucional.

86. Registre-se ainda que a concessão outorgada à CAEMPE não se encontrava submetida a processo licitatório prévio. Vigorava, à época da constituição da companhia, em 1970, o Decreto-lei n° 200/67, o qual previa, no § 2°, alínea "f" do seu art. 126, a dispensa da licitação quando a operação envolvesse "*concessionário de serviços públicos ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário.*"

87. Portanto, no caso da consulta, parecenos não remanescer dúvida quanto à viabilidade jurídica da outorga da concessão para a prestação dos serviços de saneamento básico, sem licitação prévia, à CAEMPE, a qual foi constituída para este fim específico antes da entrada em vigor da atual Constituição Federal e da disciplina legislativa das concessões de serviços públicos.

88. Quanto à utilização, pela Consulente, na qualidade de subconcessionária, dos bens e instalações da CAEMPE, vinculados ao serviço público, cabe aduzir que não se cuida, no caso, de transferência de bens públicos a terceiros, para a sua utilização em proveito próprio. Nem se há de cogitar, nessa situação, de prejuízo ao erário público pelo fato de

30 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed., Lumen Juris, 1999, p. 249.

31 Recursos Ordinários em Mandado de Segurança n° 10.356, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, in Revista do Superior Tribunal de Justiça, n° 130, p. 91.

delegar-se à subconcessionária a utilização de tais instalações, empregadas na prestação do serviço público subconcedido.

89. Na espécie em tela, a matéria está disciplinada na cláusula nona do contrato de subconcessão dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município de Petrópolis da seguinte forma:

*"No exercício de suas atividades, poderá a SUBCONCESSIONÁRIA utilizar os bens públicos municipais, estabelecer servidões nas estradas, caminhos e logradouros públicos, para a realização de obras e instalações.*

*Parágrafo único — Findo o prazo da presente Subconcessão, todos os bens públicos e instalações utilizados pela Subconcessionária reverterão automaticamente à Subconcedente, bem como os bens e instalações acrescidos aos mesmos durante a vigência deste instrumento, em perfeitas condições de uso, conforme as diretrizes previstas neste instrumento, ressalvado o desgaste por uso normal."*

90. Trata-se, na essência, de gestão dos bens públicos vinculados ao serviço, pela prestadora do serviço público, os quais devem, ao final do contrato, reverter ao poder concedente, consoante as disposições legais e contratuais.

## IV. DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS PELA CONSULENTE

### *A) DA DISTINÇÃO ENTRE TAXA E TARIFA*

91. As questões suscitadas pela Consulente referem-se à natureza jurídica da contraprestação cobrada pelos serviços objeto da subconcessão, diante da polêmica envolvida na ação popular em curso, quanto a tratar-se de taxa e não de tarifa.

92. A distinção entre taxa e preço público sempre despertou interesse na doutrina e na jurisprudência.

93. A taxa é, sem dúvida, uma modalidade tributária e, portanto, como salienta Celso Ribiero Bastos[32], submetida à força coercitiva do Estado, que a cobra independentemente da vontade do contribuinte. Em conseqüência, está adstrita às garantias constitucionais, notadamente aos princípios da anterioridade e da legalidade.

94. A Constituição fixa, no inciso II do art. 145, dois pressupostos para a exigência da taxa: o exercício do *poder de polícia* ou a *utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.*

95. Consideram-se utilizados os serviços, pelo contribuinte, na forma do disposto no art. 79 do Código Tributário Nacional:

(a) efetivamente, quando por ele usufruído a qualquer título; e

(b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição, mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento (CTN, art. 79, item I).

96. Já a tarifa, na definição de Hely Lopes Meirelles, é o preço público fixado pela Administração, prévia e unilateralmente, por ato do Executivo, para as utilidades e serviços prestados por seus órgãos ou delegados, sempre em caráter facultativo para os usuários.[33]

97. Ao contrário da taxa, que, como ensina Celso Ribeiro Bastos[34], pode ser cobrada sem que haja a efetiva fruição do serviço pelo contribuinte (é o que a Constituição se refere como "utilização potencial", na forma do art. 145, II), a cobrança da tarifa requer necessa-

32 CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*, Saraiva, 1991, p. 50-51.

33 HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, 11ª edição, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 156.

34 CELSO RIBEIRO BASTOS, ob. cit., p. 53.

riamente a utilização efetiva do serviço pelo usuário.

98. Tratando justamente do tema, no parecer exarado na apelação cível em trâmite perante a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, envolvendo a cobrança de tarifa de água e esgoto, o Ministério Público teve de registrar:

*"Assim, ao contrário das taxas, não basta que estejam à disposição do contribuinte nem são devidas pelo mera utilização potencial do serviço público.*

*Em se tratando de tarifa a sua cobrança pressupõe a utilização do serviço público. Parece lógico que, se o serviço não é compulsório, só se pode cobrar por ele de quem efetivamente se utilizou do mesmo. Não faria sentido a conclusão contrária, por não ser razoável que o Estado sobre compulsoriamente a tarifa de um serviço não utilizado pelo contribuinte, se o serviço não é compulsório.*

*Aliás, neste aspecto, nunca houve dissenso doutrinário, sendo unânime a conclusão de que o 'preço público só é devido por quem, voluntariamente, se utiliza em efetivo do serviço público.'*"[35] (grifos nossos)

99. Alberto Deodato esclarece as diferenças entre taxa e tarifa:

*"As características da taxa são estas: obrigatoriedade e divisibilidade. Enquanto isso, o preço se caracteriza pela facultatividade.*"[36]

100. Com efeito, o principal elemento em que se assentam pacificamente a doutrina e a jurisprudência para distinguir o conceito de taxa do de tarifa reside na noção de que a taxa se particulariza por sua natureza *compulsória*, ao passo que a *tarifa* se caracteriza pelo aspecto *facultativo*.

101. Sintetizando a posição da doutrina pátria sobre a matéria, Hugo De Brito Machado salienta:

*"'Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias dos tributos'. O contribuinte estará seguro de que o valor dessa remuneração há de ser fixado por critérios definidos em lei. Terá, em síntese, as garantias estabelecidas na Constituição.*

*Por outro lado, 'se a ordem jurídica não obriga a utilização do serviço público, posto que não proíbe o atendimento da correspondente necessidade por outro meio, então a cobrança da remuneração correspondente não ficará sujeita às restrições do sistema tributário'. Pode ser fixada livremente pelo Poder Público, pois o seu pagamento resulta de simples conveniência do usuário do serviço.*"[37] (grifos nossos)

102. O posicionamento acerca da *compulsoriedade* como elemento de distinção entre taxa e tarifa foi sedimentado na Súmula nº 545 do Supremo Tribunal Federal:

*"Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias..."*

103. Cumpre destacar, no entanto, que ao tempo da Carta Magna de 1946, o que caracterizava a taxa era a circunstância de cuidar-se de renda proveniente da utilização de serviços públicos, não se reputando a *cumpulsoriedade* como o meio de distinguir taxas de tarifas. Tanto assim que a Suprema Corte, assentada na Constituição de 1946, embora tenha reconhecido como compulsório o serviço aeroportuário, não concluiu que, por força disso, as tarifas respectivas tivessem a natureza de taxa.[38]

35 Parecer de lavra do Procurador de Justiça LUIZ OTÁVIO DE FREITAS, acostado nos autos da Apelação Cível nº 14454/98, em curso na 2ª Câmara Civel do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

36 ALBERTO DEODATO, *Manual de Ciência das Finanças*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1949, p. 57.

37 HUGO DE BRITO MACHADO, *Curso de Direito Tributário*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 365.

38 Acórdão do STF, no RE 54.194, RTJ 33/466 e 467.

104. Assim, o critério que, na ocasião, indicava a diferença entre taxa e preço público era, segundo a letra da Constituição então vigente[39], a característica de tratar-se de renda proveniente da utilização de bens ou serviços públicos, desconsiderando-se completamente o critério da compulsoriedade.

105. Posteriormente, a Constituição de 1967, na versão da Emenda nº '1, de 1969, imprimiu nova definição à taxa, cujo teor foi reproduzido integralmente pela Carta Magna atual, em seu art. 145:

*"Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes impostos:*

*(...)*

*II — taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;*

*(...).*

106. Vê-se, assim a Constituição de 1967 alterou substancialmente o sistema constitucional de 1946, ao estabelecer que a utilização de bens ou serviços públicos integra também o conceito de taxa. No regime anterior, a taxa vinha disciplinada em inciso separado (art. 30, II), enquanto a tarifa ou preço público resultava, nos moldes do inciso III do art. 30, da referida utilização dos serviços públicos, como, naquela época, entendeu o Supremo Tribunal, em decisão condizente com o direito anterior.

107. A partir da Constituição de 1967, no pressuposto de que a utilização de bem ou serviço público também caracterizava a definição de taxa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orientou-se de acordo com o critério da compulsoriedade, para determinar a natureza da taxa, considerando como tarifa os casos de utilização facultativa do serviço público.

108. Para ilustrar, Hugo de Brito Machado, traz à colação memorável acórdão do Pretório Excelso, que apreciou a questão da cobrança da remuneração pela coleta de lixo do então Estado da Guanabara.[40] Como a legislação daquele Estado proibia o uso de todo e qualquer meio para o atendimento da necessidade de livrarem-se as pessoas do lixo que produziam, foi considerada *juridicamente* obrigatória a utilização do serviço prestado pela estatal concessionária de limpeza urbana. Assim o Supremo Tribunal Federal considerou como *taxa* a remuneração que vinha sendo cobrada como preço público ou *tarifa*.

109. O acórdão do STF constitui um verdadeiro "leading-case", e tem a seguinte ementa:

*"Tarifa Básica de Limpeza Urbana.*

*Em face das restrições constitucionais a que se sujeita a instituição de taxa, não pode o Poder Público estabelecer, a seu arbítrio, que à prestação de serviço público específico e divisível corresponde contrapartida sob a forma, indiferentemente, de taxa ou de preço público.*

*Sendo compulsória a utilização do serviço público de remoção de lixo — o que resulta, inclusive, de sua disciplina como serviço essencial à saúde pública — a tarifa de lixo instituída pelo Decreto nº 196, de 12 de novembro de 1975, do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, é, em verdade, taxa. Inconstitucionalidade do referido Decreto, uma vez que taxa está sujeita ao princípio constitucional da reserva legal. Recurso extraordinário conhecido e provido."*[41]

110. Este arresto, relatado pelo eminente

39 Dispunha o art. 30 da CF de 1946: "Art. 30. Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar: I — contribuição de melhoria, quando se verificar valorização do imóvel, em conseqüência de obras públicas; II — taxas; III — quaisquer outras rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços."

40 HUGO DE BRITO MACHADO, ob. cit., p. 371.

41 *RE nº 89.876*, in RTJ vol. 98, p. 230 a 280.

Ministro Moreira Alves, enfatiza a noção de *compulsoriedade* da utilização pelos contribuintes do serviço público de remoção de lixo:

*"O problema, sim, é o de saber se o indivíduo, diante do serviço público prestado pelo Estado, em, pelo menos, o direito de não usar dele, sem sofrer punição por isso. Assim, por exemplo, o serviço de eletricidade é prestado pelo Estado ou por concessionário dele, mas não é compulsório, porque se alguém não quiser usar dele (preferir usar de fogão a carvão ou a gás engarrafado, e iluminar-se com vela ou com lampião) não está obrigado a valer-se desse serviço, e, portanto, não está obrigado a pagar por ele. O mesmo sucede com a passagem de ônibus, que é só devida se o indivíduo se utiliza do veículo, sem estar obrigado a essa utilização, porque poderá ir ao seu destino a pé, de bicicleta, de táxi, de carro próprio, ou até mesmo não ir."*[42]

111. Conclui-se indubitavelmente, portanto, que, tratando-se de serviços específicos, divisíveis e voluntários ("rectius": não compulsórios), não pode o Poder Público, a seu arbítrio, decidir que o custeio dos mesmos se fará por taxa, e não por tarifa.

112. Depreende-se deste entendimento, em última instância, que a caracterização da natureza jurídica da remuneração do serviço público prestado não se encontra vinculada à denominação que lhe for dada pela Administração Pública, mas pela efetiva *compulsoriedade* ou *coercitividade* do serviço, instituída por força de lei, que afasta toda e qualquer *facultatividade* quanto à sua utilização pelo contribuinte.

113. Por este critério de distinção, a natureza jurídica da remuneração de um serviço público pode ser alterada pela atribuição ou pela exclusão superveniente do caráter coercitivo da mesma, em razão da evolução do ordenamento jurídico. Neste sentido, Aliomar Baleeiro, interpretando o direito sumular, concluiu que *o preço se transforma em taxa* se a lei o torna obrigatório:

*"A súmula nº 545, de 3.12.1969, estabelece o critério jurisprudencial, coincidente com o da doutrina, para distinção entre taxas e preços. É verdade que, segundo C. Arena (Finanza Publica, 1963, I, p. 501), e acórdãos do STF (RE nº 54.491, Pleno, 1965, RTJ 33/147; 54194, 1963, RF 207/75; RE 39.527, etc.) o preço se converte em taxa se a lei torna obrigatório seu pagamento."*[43]

114. Inversamente, conclui-se que uma taxa instituída em determinado contexto pode vir a ser convertida em *preço público* no momento em que seja suprimido o caráter compulsório da prestação do serviço imposto por lei, independentemente de qualquer ato ou denominação que lhe dê a Administração, pela simples extinção de proibição quanto à utilização facultativa do serviço pelo particular.

115. É o que ocorreu, em sede legislativa, em relação aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

116. Com efeito, a Lei Federal nº 2.312 de 1954, instituía, em seu artigo 11, a obrigatoriedade na prestação dos serviços de saneamento:

*"Art. 11. É obrigatória a ligação de toda construção habitável à rede de canalização de água e esgoto, cujo efluente terá destino fixado pela autoridade sanitária competente."*

117. Não obstante, o referido diploma legal foi revogado pela Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que criou o Sistema Único de Saúde, afastando, desta forma, até a presente data, no âmbito federal, qualquer *compulsoriedade* quanto à adesão à prestação de serviços de saneamento básico.

118. O mesmo pode ser observado no âmbito estadual. O Decreto 22.872, de 26.12.96, o qual dispõe sobre o Regulamento dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgoto Sanitário do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 7º, parágrafos segundo e tercei-

42 RTJ, vol. 98, op. 259.

43 ALIOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 331.

ro, considera explicitamente a possibilidade de abastecimento de prédios por meio de poço ou manancial próprio em local dotado de rede pública de abastecimento de água, bem como de sistema próprio de coleta e tratamento de esgoto em locais dotados de rede pública de esgoto, submetendo ambos à autorização pelo poder concedente.[44]

119. Novamente, observamos que não há obrigatoriedade imposta em esfera estadual, no sentido de compelir o cidadão a receber e, conseqüentemente, remunerar a prestação dos serviços de abastecimento e distribuição de água e coleta e tratamento de esgoto prestados pela concessionária destes serviços públicos.

120. Por outro lado, não há qualquer disposição legislativa municipal que torna compulsória a utilização do serviço público de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. *Assim, está afastada por completo, a natureza de taxa da remuneração cobrada pela prestação do serviço em apreço.*

*B) DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO NO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS*

121. Na hipótese vertente, a remuneração (tarifa) cobrada pela Consulente, em contrapartida pelos serviços oferecidos, tem, inequivocamente, natureza de *preço público*, principalmente porque o regime jurídico vigente — a Deliberação nº 2.847, de 6 de maio de 1970, que criou a CAEMPE, alterada pela Lei nº 5.382, de 20 de março de 1998 — não institui a compulsoriedade da utilização dos serviços da concessionária, no Município de Petrópolis.

122. Isto implica em dizer o usuário tem o *direito* de não se utilizar do serviço público de água e esgotamento sanitário, prestado pela subconcessionária ÁGUAS DO IMPERADOR, em que, com tal atitude, esteja submetido à obrigação de pagar pelo serviço (mesmo dele não usufruindo).

123. Saliente-se que não se pode admitir, ao examinar a Deliberação nº 2.847/70, que a competência outorgada à CAEMPE, nos termos do art. 5º do referido diploma, para a prestação dos serviços de água e esgoto do Município de Petrópolis, implique em restringir a facultatividade de escolha do usuário em relação à utilização ou não de tais serviços.

124. Ressalte-se, por outro lado, que para efeitos de remuneração dos serviços públicos de água e tratamento de esgotos sanitários, no Município de Petrópolis, o art. 4º da Deliberação nº 2.847/70 menciona a possibilidade de arrecadação de *contribuições e receitas especiais*.

125. Dispõe o art. 4º da Deliberação nº 2.847/70 que:

*"A partir da data de sua constituição, competirá à CAEMPE arrecadar diretamente as contribuições ou taxas destinadas à manutenção ou retribuição dos serviços que passarem à sua responsabilidade, assim como as receitas especiais que, com o mesmo objetivo, vierem a ser instituídas em Lei."*

126. Entretanto, mesmo que a Deliberação nº 2.847/70 denominasse de taxa a remuneração percebida pelos serviços públicos presta-

44 Dispõe o art. 7º do Decreto 22.872/96: "Art. 7º. Os prédios situados em logradouros dotados de abastecimento de água ou de esgoto sanitário, deverão ter suas instalações ligadas no respectivo sistema.

(...)

§ 2º. O abastecimento do prédio por meio de poço ou manancial próprio, em local dotado de rede pública de abastecimento de água, somente será permitido quando observada a legislação em vigor, o que será previamente verificado pelo PODER CONCEDENTE mediante a expedição de competente licença.

§ 3º. Poderá ser admitido sistema próprio de coleta e tratamento de esgoto em locais dotados de rede pública de esgoto, desde que devidamente licenciado pelo PODER CONCEDENTE, observada a legislação ambiental, sanitária e urbanística em vigor e, especialmente, garantido em local próprio e em condições ambientais plenamente apropriadas o despejo integral de todos ou outros resíduos resultantes do tratamento, sendo vedada qualquer utilização da rede pública de águas pluviais ou de qualquer corpo hídrico."

dos, à luz do que já ser viu, não restaria caracterizada a natureza jurídica da mesma enquanto tal, se não estivesse presente o critério válido para a sua particularização — a *compulsoriedade*.

127. Cumpre ressaltar, aproveitando as palavras do mestre Hely Lopes Meirelles, ser comum a confusão que normalmente a Administração faz entre taxas e tarifas, o que põe em relevo o necessário controle judicial dessas ilegalidades:

*"O desconhecimento do conceito exato de cada tributo (imposto, taxa e contribuição) tem levado as Administrações a lamentáveis equívocos no estabelecimento de suas fontes de renda, ora instituindo imposto sob o rótulo de taxa, ora confundindo taxa com contribuição de melhoria, ora baralhando taxa com tarifa, com fundamental discrepância entre a espécie tributária adotada e a maneira de sua imposição e arrecadação. Muitas vezes, o Poder Judiciário, levado pelo mesmo desconhecimento, tem endossado imposições fiscais absolutamente inconstitucionais (como as taxas de iluminação públicas e de calçamento), mas não são poucos os casos em que fulminou ilegais pretensões da Administração, através da correta definição da espécie tributária cabível ou da distinção entre esta e outra fonte de renda pública."*[45]

128. Por outro lado, no regime jurídico das concessões de serviços públicos, a natureza da remuneração dos serviços concedidos é de tarifa. Tanto assim que consta expressamente da Lei de Concessões todo um capítulo dedicado à política tarifária, estabelecendo inclusive o dever legal de manutenção de *equilíbrio econômio-financeiro* do contrato de concessão, através da recomposição tarifária.[46] Basta, pois, tratar-se de concessão ou subconcessão para que a remuneração dos serviços prestados se caracterize coo tarifa ou preço público.

129. Ao comentar a questão, sob o prisma da Carta Magna de 1967, Antônio Carlos Cintra do Amaral posicionou-se no seguinte sentido, plenamente válido no ordenamento constitucional vigente:

*"Parecia-me que, analisando o art. 167 em seu conjunto, não se poderia entender tarifa como sendo taxa, mesmo que se abstraísse sua literalidade. Porque esse dispositivo constitucional previa o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Evidentemente, esse equilíbrio poderia ser rompido a qualquer tempo em conseqüência de um fato superveniente e imprevisível, fazendo surgir o dever do poder concedente de rever a tarifa, a fim de assegurá-lo — restabelecendo-o —, de acordo com o preceito constitucional. Se essa medida dependesse de aprovação de lei, que — mais ainda — só entraria em vigor no exercício seguinte ao de sua publicação, também me parecia evidente que dificilmente o equilíbrio econômico-financeiro poderia ser restabelecido antes que a situação concreta se tornasse irremediável."*[47]

130. Assentado na Constituição de 1988 e apoiado nos princípios da legalidade e da anterioridade dos tributos, impressos em seu art. 150, inciso I e III, "b", respectivamente, acrescenta, de forma inequívoca, que a remuneração pata à concessionária pelo usuário de serviço é tarifa (preço público), e não taxa. E conclui:

*"Vale repetir: além de previsão legal, o aumento de tributos, inclusive taxas, somente*

45 HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, cit., p. 153-154.

46 Determina a Lei nº 8.987/95, em seu art. 9º, §§ 2º e 4º; "Art. 9º. (...)

§ 2º. Os contratos poderão prever mecanismos de revisão de tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

(...)

§ 4º — Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração."

47 ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, *Concessão de Rodovias e Cobrança de Pedágio, in* Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba, Malheiros, p. 130.

*pode ser cobrado no exercício seguinte ao em que haja sido publicada a lei autorizativa. O que continua a demonstrar a incompatibilidade da cobrança de taxa com o dever do Poder concedente de assegurar e restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público, incluindo, nessa categoria, o contrato de concessão de obra pública. Essa remuneração, portanto, caracteriza-se como tarifa."*[48] (grifos nossos)

131. Ressalte-se que o art. 175 da vigente Constituição Federal expressa claramente referência à *política tarifária*, sem fazer qualquer menção à possibilidade de cobrança de *taxa*.[49]

132. No campo jurisprudencial, especificamente no que tange à concessão dos serviços de água e esgotamento sanitário, merece destaque o acórdão proferido na Apelação Cível nº 30.588-2, de 14.10.82, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no voto do Des. Lair Loureiro, que reconhece a incompatibilidade da cobrança de taxa nestes casos, em face do ordenamento vigente, repudiando interpretação diversa, como se deu no caso em apreço:

*"ÁGUA — Corte no fornecimento — Falta de pagamento — Legalidade da medida — Art. 12 do Dec. Est. nº 10.207, de 1977 — Segurança Denegada.*

...

*O texto da Carta Magna mostra claramente que os serviços são remunerados por tarifas, e não taxas, como está na sentença, em oposição ao texto da lei maior."*[50]

133. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também tem expressado posicionamento pacífico no sentido de que a contraprestação é verdadeiro preço público, mesmo quando o serviço de saneamento básico é prestado por concessionária estatal. É o que se observa do acórdão prolatado pela Terceira Câmara Cível, relatado pelo Desembargador Gustavo Kuhl Leite:

*"Fornecimento de água. CEDAE. Contrato de adesão. Caráter contratual do fornecimento. Possibilidade de fixação de um preço mínimo para o uso do serviço. Trata-se, o fornecimento de água, de um contrato de prestação de serviço público mediante contraprestação em pecúnia, que pode ser rescindido por uma das partes e suspenso se houver mora do usuário. Cuida-se do contrato de adesão. 'Portanto, com tais características, pode-se afirmar que o pagamento deste fornecimento se faz mediante preço público e, como tal, pode a concessionária impor algumas condições para o seu fornecimento, como, v.g., que haja consumo mínimo'. O Estado age como particular, por isto que, despido de sua soberania, não exige compulsoriamente essa receita, mas, sim, de forma facultativa, segundo a vontade do interessado, de tal forma que o usuário pode, unilateralmente, rescindir o contrato de fornecimento. Todavia, não se pode perder de vista que as concessões de serviços públicos sofrem as implicações do fenômeno social e sujeitam-se aos princípios do direito administrativo. Basta, assim, mesmo em tema de serviço público delegado (serviço de interesse público), que haja lei ou regulamento prevendo a possibilidade de cobrança de tarifa mínima, com ou sem consumo, maior ou menor, do que o valor de tal tarifa, para que esta, na forma da lei e do regulamento, possa ser legalmente devida; pode a CEDAE cobrar tarifa mínima caso o seu valor seja maior do que o valor do consumo efetivo, obedecidos os critérios do art. 96 do Dec. 'E' nº 533/76, que regulamen-*

48 ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, ob. cit., p. 132.

49 Dispõe o inciso II do art. 175 da CF: "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos serviços públicos.
Parágrafo único. A lei disporá sobre:
(...)
II — política tarifária;
(...)."

50 RJTJESP nº 81, p. 174.

*ta os serviços públicos de abastecimento de água e esgoto sanitário do Estado do Rio. Inaplicáveis à espécie as regras do inciso I do art. 39 do inciso X do art. 51 da Lei 8.078/90. Provimento do recurso para se julgar improcedente o pedido."*[51] *(grifos nossos)*

134. A Suprema Corte já consagrou o entendimento de que a natureza jurídica da remuneração dos serviços de fornecimento de água é *tarifa*, como se vê do seguinte trecho do acórdão do RE nº 77162/SP, tendo por Relator o Ministro Leitão de Abreu:

*"Preço público. Essa a natureza jurídica da tarifa cobrado pelo fornecimento de água. Não incidência, na hipótese, da Lei 4.591/1964, art. 11, porquanto aí se estabelece regra a observar para efeito tributário, não para efeito de preço público. Recurso extraordinário não conhecido."*[52]

## V. DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DO CONCEITO DE DESVIO DE FINALIDADE

135. Informa a Consulente que a ação popular foi proposta por vários vereadores da Municipalidade de Petrópolis e que, posteriormente, um dos autores da ação foi eleito Prefeito municipal, cargo que atualmente ocupa.

136. Esclarece ainda que o Município de Petrópolis apelou da sentença que julgou procedente de ação popular. Entretanto, depois disto, o atual Prefeito, valendo-se da condição de ocupar, ao mesmo tempo, os dois pólos opostos da relação processual, sendo concomitantemente autor e representante judicial de um dos réus, determinou à sua Procuradoria que desistisse da apelação.

137. O pedido de desistência, todavia, ainda não foi apreciado pela eminente Desembargadora Relatora da apelação.

138. A questão suscita a análise da aplicação do princípio da moralidade administrativa e da teoria do desvio de finalidade.

139. A Constituição Federal de 1988 erigiu a moralidade como um dos princípios fundamentais da Administração Pública, como se vê do seu art. 37. Além disso, o art. 5º, inciso LXXIII, enseja a propositura de ação popular visando a anular ato violador da moralidade administrativa.

140. Hauriou, citado pelo mestre Hely Lopes Meirelles, diz que o princípio da moralidade administrativa não se pauta pela moral comum, mas pela moral jurídica, que impõe ao agente administrativo distinguir entre o honesto e o desonesto:

*"Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: 'non omne quod licet honestum est'."*[53] (grifos nossos)

141. Celso Antonio Bandeira de Mello identifica a moralidade administrativa com os cânones da lealdade e de boa-fé, destacando que:

*"... a Administração deverá proceder com os administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por porte dos cidadãos."*[54] (grifos nossos)

142, O Código de Ética Profissional do Servidor Publico, aprovado, no âmbito federal, pelo Decreto 1.171, de 22.6.94, fornece um conceito da moralidade administrativa ao dispor que não cabe ao servidor decidir somente

51 Processo nº 1997.001.04007, Apelação Cível, Julgado em 07.10.1997, registrado em 23.01.98, fls. 1119/1135.

52 RTJ, vol. 82, p. 763.

53 HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, já cit., p. 83.

54 CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 69.

"entre o legal e o ilegal, o justo e injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, 'caput' e § 4° da CF."

143. Convém observar, contudo, o entrelaçamento entre o princípio da moralidade administrativa e a teoria do desvio de poder ou de finalidade. Para introduzir o tema, vale transcrever as palavras de Lacharrière, segundo o qual moral administrativa:

"*... é o conjunto de regras que, para disciplinar o poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados.*"[55] *(grifos nossos)*

144. É Maria Sylvia Zanella di Pietro quem dá a exata noção de como ambos os institutos se interligam intimamente:

"*Conforme assinalado, a moralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à idéia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de métodos lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente.*"[56] (grifos nossos)

145. O mestre Hely Lopes Meirelles assim conceitua o desvio de poder:

"*O desvio de finalidade ou poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a 'violação ideológica da lei', ou, por outras palavras, a 'violação moral da lei', colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato aparentemente legal.*"[57] (grifos nossos)

146. Miguel Seabra Fagundes, informa que o "caso típico que fez o Conselho de Estado, na França, acolher o '*détournement de pouvoir*' como vício dos atos administrativos, foi o seguinte: um prefeito que tinha atribuições para regular a permanência e circulação de veículos de transporte coletivo e cargas, na proximidade das estações ferroviárias, com o fim de bem ordenar o trânsito no interesse público, usou tal poder para assegurar o monopólio de determinada empresa. Firmou-se a existência de excesso de poder nesse caso por desvio do fim".[58]

147. Ainda que se admita, para argumentar, que a autoridade administrativa tivesse uma margem discricionária para desistir do recurso de apelação, a doutrina é pacífica no sentido de reconhecer que a natureza discricionária do ato não exime o agente da fidelidade aos fins explícita ou implicitamente previstos na lei e no sistema jurídico. É o mesmo Seabra Fagundes que vem citar, a propósito, a lição de Fleiner:

"*Não são apenas as limitações extrínsecas que a autoridade tem de respeitar, senão também certas limitações internas que são impostas ao seu poder discricionário: à autoridade é proibido expedir ordens por capricho, utilizando a sua competência; ao exercer aquele seu poder discricionário, não pode impor o seu arbítrio em cada caso particular, mas, sim, atender aos fatores que a lei que se tenham em consideração. Juridicamente falando, o abuso de poder discricionário equivale a uma exorbitância dos limites legais.*"[59]

148. Tivemos o ensejo de escrever a este respeito que:

"*Há desvio de poder quando o funcionário pratica ato de incontestável legalidade quanto à sua forma, competência e conteúdo, mas atendendo a motivo estranho ou diverso da-*

55 LACHARRIÈRE, *Le Contrôle Hiérarchique de l'Administration dans la Forme Jurisdictionelle*, Paris, 1938.

56 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, São Paulo, 4ª ed., Atlas, p. 69.

57 HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo*, cit., p. 104.

58 MIGUEL SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos do Poder Judiciário*, p. 89/90.

59 Ob. cit. na nota anterior p. 91.

*quele pelo qual o legislador lhe atribuiu a faculdade de praticar o ato.*

*Criação jurisprudencial de destacado valor, representa a teoria do desvio do poder, no campo do direito público, o que o abuso do direito foi na esfera privatista.*

*La recherche du détournement de pouvoir — escreve Marcel Waline — suppose, de la part de la jurisprudence, une certaine hardiesse, puisq'il s'agir en somme de découvrir l'esprit de la législation et de sanctionner des violations de l'esprit, non de la lettre des lois.*"[60]

149. Na medida em que o próprio direito positivo brasileiro considerou o desvio de poder como ato ilegal e não apenas imoral (vide art. 2°, alínea "e" da Lei da Ação Popular), a moralidade administrativa passou a distinguir-se como *princípio autônomo*, nos expressos termos da Constituição Federal (art. 5°, LXXIII, e art. 37, "*caput*"). Nada obstante, parece lícito concluir que o desvio de finalidade é uma faceta particular e específica dentro do conceito geral de moralidade administrativa. Diríamos que o desvio de poder é uma *espécie do gênero* imoralidade administrativa.

150. Inicialmente, a doutrina admitia somente o controle interno da moralidade, subordinando-a apenas à fiscalização da própria Administração Pública. Hoje, contudo, é pacífica a orientação jurisprudencial de que "o controle judicial se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; *mas por ilegalidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral adminstrativa e com o interesse público*".[61]

151. Aliás, na esteira dos já citados artigos 5°, LXXIII, e 37, "*caput*", da Carta Constitucional, a mesma Corte paulista decidiu que, pela só infrigência do princípio da moralidade administrativa, é possível a anulação do ato administrativo[62], bem como a anulação de lei de efeitos concretos.[63]

152. Isto posto, parece que assim podem ser dispostos os princípios:

a) a moralidade administrativa é, atualmente, um requisito autônomo da validade e legalidade do ato administrativo;

b) o desvio de finalidade é uma forma de conduta imoral do administrador que busca, por meios lícitos, atingir finalidades ilícitas, ilegítimas ou ilegais;

c) ambos os conceitos, porém, têm tratamento doutrinário e legislativo específico, com regimes jurídicos próprios, ainda que de grande afinidade;

d) o ato imoral não é, necessariamente, ilegal, mas se opõe a uma noção de moral jurídica, concernente à *honestidade de princípios* que deve reger a atuação do agente administrativo;

e) assim, como ensina a doutrina, o administrador não se deve utilizar de comportamento astucioso, ou malicioso, para "confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos".

153. A partir dos *princípios*, afigura-se induvidosa a conclusão de que o ilustre Prefeito Municipal de Petrópolis, ao desistir do recurso de apelação, infringiu a moralidade pública, além de haver, de outro prisma, praticado ato eivado de desvio de finalidade.

154. Quanto à violação da moralidade administrativa, não se pode olvidar que o Prefeito era, nada mais, nada menos, que *um dos próprios autores da ação popular.*

155. Ora, a ação popular foi *contestada* pelo ente público e, diante de sentença que lhe veio a ser desfavorável, a Municipalidade interpôs, validamente, *recurso de apelação.* Vê-se,

60 ARNOLDO WALD, *O Mandado de Segurança na Prática Judiciária*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 78. A citação de MARCEL WALINE é do seu *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 5ª ed., Paris, Sirey, 1950, p. 440.

61 Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, da lavra do Desembargador CARDOSO ROLIM, in RDA 89/134.

62 RJTJESP 135/31.

63 RT 673/61.

portanto, que já se instalara, na sua plenitude, o contraditório judicial.

156. Nessa visão, não se pode deixar de lado um outro princípio basilar da Administração Pública, concernente à impessoalidade, igualmente inscrito no art. 37, "caput", da Carta. Assim sendo, o ente público já se colocara claramente no pólo passivo da relação processual, resistindo e contrariando o pedido do autor.

157. O estabelecimento dessa relação processual de *contraditório pleno* não se poderia quebrar pela simples *pessoa* do Prefeito, o que, além de imoral, também afronta a impessoalidade no trato dos negócios públicos. E a imoralidade é flagrante, cristalina, evidente. Parece claro que, se o Prefeito, enquanto vereador, era *autor* da ação popular, não lhe é dado desistir da apelação, a partir do momento em que se torna representante judicial do réu, aproveitando-se de fato político para mudar a posição jurídica do Município no processo.

158. Ninguém duvida que, a partir do contraditório ensejado pela contestação e pelo recurso do Município, duas teses estavam em jogo: a do autor popular e a da Municipalidade, cabendo ao Judiciário definir qual delas deveria prevalecer. E, na medida em que a ação popular não se voltava contra a *pessoa física do anterior Prefeito*, mas sim contra a pessoa jurídica de direito público, quem sustentava o contraditório não era a pessoa do Prefeito, mas a Administração Pública municipal, impessoalmente considerada.

159. Agride, sem dúvida, o princípio da boa-fé que o atual Prefeito, aproveitando-se de sua nova condição, vá contra as teses já materializadas em Juízo pelo ente público, com o nítido propósito de beneficiar-se na qualidade de autor da ação, num episódio de *confusão* que nada tem de legítimo, consistindo num caso flagrante de imoralidade administrativa.

160. Ainda que, no íntimo, o atual Prefeito não concordasse com a posição jurídica adotada pela Municipalidade, deveria respeitar não só a impessoalidade administrativa, como, sobretudo, a moralidade, que o tornava impedido para, em nome do Município, desistir do recurso numa ação em que ele — como pessoa física e não como entidade pública — era um dos autores.

161. Parece despiciendo insistir em pontos assentes. A imoralidade do ato administrativo determinando a desistência do recurso é evidente e sua reprovabilidade decorre da simples narrativa dos fatos. Não depende de maiores justificativas.

162. Sendo ato imoral, deduz-se a respectiva ilegalidade, cabendo o devido controle judicial. E esse controle há de ser feito pela própria relatora da apelação que, certamente, não placitará ato imoral, indeferindo o pedido de desistência, para conhecer normalmente do recurso, dado preencher os requisitos processuais de admissibilidade.

163. E veja-se bem: estas conclusões nada têm a ver com o duplo grau obrigatório de jurisdição, incabível nas sentenças que julgam procedentes as ações populares (Lei nº 4717/65, art. 19). Tudo se resume ao princípio da moralidade pública, agredido num episódio de *confusão* ilegítima entre autor e réu. *E aqui se reitera: o Prefeito não é o Município,* daí que a eleição do autor popular para esse cargo não poderia alterar a linha de defesa judicial adotada — impessoalmente — pela pessoa jurídica de direito público. *Esta confusão indevida* entre o público e o privado, entre o interesse da Administração e o do Prefeito é que dá ensejo à imoralidade do ato.

164. Mas não é só.

165. Pacífica é hoje a tese de que a Administração, ela mesma, pode *anular seus próprios atos dados como ilegais* (Súmula 473, do STF). À vista disso, o atual Prefeito, uma vez empossado legalmente, se reputasse ilegal a subconcessão outorgada à Consulente, poderia anulá-la. Quanto a isso não há dúvida.

166. No concernente à anulação, como já dissemos em outra oportunidade, "não é tecnicamente, causa de extinção da concessão. Constitui-se no reconhecimento, pela via administrativa ou judicial, de vício de origem, consistente na desobediência aos princípios e preceitos ditados pela Lei 8.987/95, às normas contidas na legislação suplementar e aos regulamentos baixados pelo poder concedente, seja na assinatura do contrato de concessão,

seja em qualquer das fases do processo de licitação que o antecede".[64]

167. Ainda que, em tese, o ato nulo não gere direito, é certo que é devida indenização à subconcessionária, pela perda da subconcessão, quanto ao capital por ela já investido na concessão, que tenha sido aportado com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido e que não haja sido, até então, amortizado.

168. A não ser assim, haveria enriquecimento ilícito do poder concedente, o que não se tolera em nosso sistema jurídico. Não se trata de indenizar a concessionária pela mera nulidade do contrato de concessão, nem lhe repor lucros cessantes pelos resultados não auferidos, correspondentes ao prazo contratual. Cuida-se apenas de reconstituição do "status quo ante": mesmo quando nulo o contrato de concessão, se a concessionária investiu recursos próprios para garantir a continuidade e atualidade do serviço, deve ser indenizada desses valores, os quais *acresceram* aos bens vinculados ao serviço e que serão devolvidos à Administração. Como o poder concedente em nada contribuiu para esse acréscimo, deve ressarcir quem desembolsou os respectivos fundos, para não propiciar inegável enriquecimento sem causa.

169. A partir destas premissas, pode-se concluir que o ato de desistência do recurso de apelação significa, por vias transversas, a anulação do contrato de concessão, utilizando-se o Prefeito desse meio oblíquo para imputar exclusivamente ao Judiciário uma responsabilidade que, na realidade, é do Poder Executivo municipal. Trata-se de um caso típico de *desvio de finalidade*.

170. Embora praticado, em tese, um ato lícito (desistência do recurso), o Prefeito Municipal tem o indisfarçável objetivo de alcançar a nulidade da concessão, por via oblíqua, visando, a partir daí, duas vantagens:

a) uma, de caráter jurídico, atinente a não indenizar a subconcessionária que, segundo nos informou, investiu certa de R$ 40 milhões, na concessão, inclusive obtendo, em seu próprio nome, financiamento do BNDES para este fim;

b) outra, de caráter indissociavelmente político, que significa imputar exclusiva responsabilidade pela anulação ao Poder Judiciário, suprimindo o segundo grau de jurisdição (embora já instaurado) e fazendo prevalecer a sentença monocrática, favorável a seus desígnios pessoais.

171. E mais. Quando, amanhã, a concessionária obtiver decisão favorável em eventual ação de indenização, o Chefe do Executivo municipal ainda poderá utilizar-se do já costumeiro jargão político, de que o ônus indenizatório decorre de uma decisão judicial, cujas conseqüências tornaram-se nefastas aos cofres municipais.

172. Aí reside a *astúcia ou a malícia a* que se refere Celso Antonio Bandeira De Mello. Através de um singelo e aparentemente inocente ato de desistência do recurso de apelação, persegue-se uma *finalidade imoral*, consistente em tentar afastar do Executivo todos os ônus — jurídicos, políticos e financeiros — da anulação do contrato de concessão, transferindo indevida e maliciosamente a responsabilidade do débito ao Poder Judiciário.

173. O desvio de poder ou de finalidade afigura-se cristalino. A imoralidade é flagrante. Portanto, o ato administrativo do Prefeito Municipal de Petrópolis, que determinou à sua Procuradoria que desistisse da apelação já interposta, reveste-se da mais absoluta ilegalidade. E ilegal e nulo é o pedido, que há de ser negado pelo Poder Judiciário.

## VI. CONCLUSÕES. RESPOSTAS AOS QUESITOS

174. A) PRIMEIRO QUESITO:

*"A partir dos elementos trazidos na consulta, inclusive a justificativa apresentada no Edital de Concorrência Pública nº 01/97, es-*

64 ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES e ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD, *O Direito de Parceria e a nova Lei de Concessões*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 165.

*tariam configuradas a ilegalidade e/ou a lesividade da outorga da concessão e da subconcessão para a prestação dos serviços de saneamento básico no Município de Petrópolis, geradores de nulidade ou anulabilidade destes atos?"*

RESPOSTA AO PRIMEIRO QUESITO:

175. Conforme exposto, a concessão e a subconcessão para prestação dos serviços públicos de saneamento básico no Município de Petrópolis, em que é concessionária a CAEMPE e é subconcessionária a Consulente, são perfeitamente lícitas e observaram todos os requisitos legais, além de não acarretarem qualquer lesão ao patrimônio municipal. Ressalte-se que o ato de outorga da subconcessão, com a celebração do respectivo contrato, atendeu ao interesse público, na medida em que a Municipalidade demandava investimentos vultosos, no setor de saneamento básico, só alcançáveis pela iniciativa privada, e que eram indispensáveis para a recuperação e modernização das instalações e equipamentos, inclusive das redes de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

176. A delegação dos serviços, através do instrumento da subconcessão, à empresa privada capaz de satisfazer às necessidades públicas, foi precedida de procedimento licitatório e já teve a sua legalidade reconhecida no âmbito judicial.[65]

177. Muito embora, conceitualmente, o mandado de segurança e a ação popular visem a fins diversos, o ato administrativo atacado através da ação popular — a subconcessão de serviços públicos de saneamento básico — é o mesmo que já fora anteriormente objeto de mandado de segurança, julgado em favor da Municipalidade.

178. B) SEGUNDO QUESITO:

*"A utilização dos bens e instalações da CAEMPE, vinculados ao serviço público, pela Consulente, na qualidade de subconcessionária, conforme ocorre em qualquer concessão ou subconcessão, gera algum prejuízo ao Poder Público?"*

RESPOSTA AO SEGUNDO QUESITO:

179. A utilização dos bens e instalações da CAEMPE, vinculados ao serviço público, pela Consulente, na qualidade de subconcessionária, está disciplinada no contrato de subconcessão dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município de Petrópolis. Não se cuida, no caso, de transferência de bens a terceiros, para a sua utilização em proveito próprio, nem se há de cogitar de prejuízo ao erário público pelo fato de delegar-se à subconcessionária a utilização de tais instalações, empregadas na prestação do serviço público subconcedido. Trata-se, na essência, de gestão dos bens públicos vinculados ao serviço, pela prestadora do serviço público, os quais devem, ao final do contrato, reverter ao poder concedente, consoante as disposições legais e contratuais.

180. C) TERCEIRO QUESITO:

*"Conforme historiado na consulta, o atual Prefeito do Município de Petrópolis, um dos Autores da Ação Popular, na época em que era vereador oposicionista, poderia desistir dos Recursos de Apelação interpostos pela CAEMPE e pelo Município?"*

RESPOSTA AO TERCEIRO QUESITO:

181. O ato administrativo do Chefe do Poder Executivo do Município de Petrópolis, que determinou à sua Procuradoria que desistisse da apelação interposta pela Municipalidade, caracteriza-se, a um só tempo, como desvio de poder ou finalidade e como imoralidade administrativa.

182. À vista disso, é ilegal e inconstitucional o referido ato administrativo, com base no art. 37 da Constituição Federal e art. 2°, alínea

65 Apelação Cível n° 311/98, em mandado de segurança impetrado contra ato do Sr. Prefeito do Município de Petrópolis e a CAEMPE — CIA DE ÁGUA E ESGOTO DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS, Relator Desembargador ANTONIO LINDBERG MONTENEGRO, julgamento unânime em 06 de agosto de 1998.

"e" e respectivo parágrafo único, também letra "e", da Lei nº 4.717/65.

183. De acordo com a jurisprudência indiscrepante de nossos tribunais, cabe correção judicial do ato administrativo eivado de desvio de poder ou de imoralidade, cumprindo à eminente Desembargadora Relatora, salvo melhor juízo, indeferir o pedido ilegal de desistência da apelação.

184. D) QUARTO QUESITO:

*"Para subconceder os serviços de água e esgotamento sanitário do Município de Petrópolis, haveria necessidade de Lei autorizativa?"*

RESPOSTA AO QUARTO QUESITO:

185. Não. A Lei nº 9.074/95, no seu art. 2º, expressamente estabelece a dispensa de lei autorizativa prévia para as concessões de serviços públicos de água e esgoto. Por outro lado, a própria legislação nacional das concessões (Leis nºs 8.987/95 e 9.074/95) prevê as diretrizes gerais do regime jurídico das concessões de serviços públicos, aplicáveis à concessão e à subconcessão de serviços de saneamento básico no âmbito do Município de Petrópolis, enquanto não editada lei municipal regulamentadora da prestação de tais serviços públicos.

186. E) QUINTO QUESITO:

*"Alem das disposições da Lei nº 9.074/95, que estabelece normas para a outorga de concessões, está prevista na Lei Orgânica do Município, autorização ao Prefeito do Município de Petrópolis para conceder tais serviços públicos?"*

RESPOSA AO QUINTO QUESITO:

187. Sim. A Lei Orgânica do Município de Petrópolis, de 05 de abril de 1990, dispõe, em vários dispositivos, sobre a competência privativa do Município para organizar e prestar os serviços públicos locais, dentre eles os de água e esgoto, diretamente ou sob o regime de concessão.[66] Cabe ao Legislativo a edição de lei autorizativa para a concessão real de uso de bens municipais[67] e ao Prefeito a atribuição de permitir ou autorizar o uso dos bens municipais e a execução de serviços públicos por terceiros, na forma estabelecida pela Lei Orgânica.[68] Além disso, ao Prefeito é deferida competência para a administração dos bens municipais, cujo uso por terceiros poderá ser realizado por concessão, permissão ou autorização.[69]

188. F) SEXTO QUESITO:

*"Com o advento da Lei Municipal nº 2.847/70 e a forma como foi constituída a subconcedente, qual seria a relação jurídica existente entre a CAEMPE e o Município de Petrópolis? Seria a de Concessionária ou 'braço' da Administração Pública?"*

RESPOSTA AO SEXTO QUESITO:

189. A relação jurídica entre a CAEMPE (sociedade de economia mista municipal) e o Município de Petrópolis é a decorrente da outorga à esta entidade da Administração indireta do município da concessão de serviço *público de água e esgoto. A CAEMPE é pois concessionária de serviço público, tendo sido criada pela Deliberação legislativa nº 2.847, de 06 de maio de 1970, alterada pela Lei nº 5.382, de 20 de março de 1998. A mencionada Lei Municipal nº 5.382/98 ratificou a atribuição à CAEMPE do direito de subconceder os serviços a terceiros, mediante licitação pública (art. 2º, que modifica o art. 1º, § 3º da Deliberação nº 2.847/70).*

190. G) SÉTIMO QUESITO:

*"Haveria qualquer obstáculo legal, impedindo a CAEMPE de subconceder os serviços*

66 Art. 17, inciso II, sub-incisos 8 e 12, inciso III, sub-inciso 7, alínea b; art. 38.

67 Art. 41, inciso IV.

68 Art. 83, inciso VIII.

69 Art. 125, § 4º.

*de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município de Petrópolis?"*

RESPOSTA AO SÉTIMO QUESITO:

191. Não. A Lei de Concessões — Lei nº 8.987/95 —, no seu art. 26, permite expressamente a subconcessão dos serviços delegados à concessionária, desde que prevista no contrato de concessão e autorizada pelo poder concedente. No caso, a outorga da concessão se deu por força da lei criadora da concessionária que tem texto explícito para este fim. A ausência de contrato formal não invalida, no entanto, a outorga da subconcessão, que tem previsão ratificadora expressa na antes referida Lei Municipal nº 5.382/98, tendo sido objeto de expressa autorização pelo poder concedente (Município de Petrópolis). Aliás, a natureza contratual da concessão e da subconcessão está consagrada na Constituição Federal.

192. H) OITAVO QUESITO:

*"Foram cumpridos todos os requisitos legais exigíveis para a outorga da subconcessão?"*

RESPOSTA AO OITAVO QUESITO:

193. Sim. Todos os requisitos legais exigíveis para a outorga da subconcessão, consoante o artigo 26 da Lei nº 8.987/95, foram cumpridos, quais sejam: a autorização expressa do poder concedente e a realização de concorrência, previamente à celebração do contrato de subconcessão.

194. I) NONO QUESITO:

*"Tendo em vista o objeto social da CAEMPE, estipulado no parágrafo 1º do art. 1º da Lei Municipal nº 2.847/70, estaria a mesma obrigada a exercer as atividades de administrar e de prestar os serviços de água e esgotamento sanitário em conjunto ou poderia exercer as atividades à ela atribuídas isoladamente?"*

RESPOSTA AO NONO QUESITO:

195. A CAEMPE, na condição de sociedade de economia mista, criada por lei, está submetida à disciplina da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Leis das Sociedades Anônimas). A Lei das S.A., em seu artigo 237, é clara no sentido de exigir que as sociedades de economia mista explorem apenas os empreendimentos ou exerçam somente as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição. Não obstante, não há nada que proíba a execução parcial do objeto social de sociedade de economia mista — a CAEMPE, no caso da consulta. O dispositivo acima citado deve ser interpretado como um limite máximo ao exercício de atividades sociais e não como dever mínimo da companhia. No caso em tela, a CAEMPE, enquanto concessionária de serviços públicos, estaria executando as atividades que constituem o seu objeto, sendo que, parte dela, de forma indireta, mediante subconcessão da prestação dos serviços de água e esgotamento sanitário no Município de Petrópolis.

196. J) DÉCIMO QUESITO:

*"Qual seria a natureza jurídica da contraprestação recebida pela Consulente, pelos serviços prestados?"*

RESPOSTA AO DÉCIMO QUESITO:

197. A natureza jurídica da contraprestação recebida pela Consulente é a de tarifa ou preço público. Como já visto anteriormente, uma vez que a utilização do serviço de água e esgotamentos sanitário não é compulsória, não há que se falar em taxa, mas sim em tarifa. Ademais, a Lei de Concessões estabelece, em vários dispositivos, a tarifa como remuneração básica da concessionária, sendo certo que é também através dela que se assegura à concessionária a preservação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Assim, tanto na concessão, como na subconcessão, não há percepção de taxa pelo concessionário ou subconcessionário.

198. K) DÉCIMO-PRIMEIRO QUESITO:

*"Ao subconceder os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário à Consulente, para que esta realizasse a co-*

*brança através de tarifa, estaria o Município de Petrópolis praticando alguma ilegalidade no que tange à remuneração pelos serviços?"*

RESPOSTA AO DÉCIMO-PRIMEIRO QUISITO:

199. Não. Conforme exposto no parecer, a remuneração pelos serviços públicos de saneamento básico é a tarifa. Portanto, o ato do Prefeito, quando da licitação da subconcessão, ao fixar a tarifa para a remuneração dos serviços subconcedidos, a ser cobrada pela subconcessionária, está amparado nas disposições constitucionais e infraconstitucionais pertinentes.

200. L) DÉCIMO-SEGUNDO QUESITO:

*"No Município de Petrópolis existe qualquer determinação legal que estabeleça compulsoriedade na utilização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário?"*

RESPOSTA AO DÉCIMO-SEGUNDO QUESITO:

200. A resposta é negativa. O regime jurídico vigente no Município de Petrópolis — a Deliberação nº 2.847/70, que criou a CAEMPE, alterada pela Lei nº 5.382/98 — não instituiu a compulsoriedade da utilização dos serviços da concessionária, no Município de Petrópolis. Isto implica em dizer que o usuário tem o direito de não se utilizar do serviço público de água e esgotamento sanitário, prestado pela subconcessionária ÁGUAS DO IMPERADOR, sem que, com tal atitude, esteja submetido à obrigação de pagar pelo serviço.

SP.12.06.2001