

Mendes: Passado e futuro dos contratos de programa no saneamento

18/11/2021

Não obstante a extinção dos contratos de programa na ambiência do saneamento básico, é ainda forte o sentimento de insegurança jurídica em relação aos contratos de programa em curso, eis que perdura no seio da literatura polarização de entendimentos no que se refere aos seus impactos, particularmente sua permanência na ordem jurídica atual.



Tenha-se em mente que, antes do advento da Lei nº

14.026, de 15 de julho de 2020, a regra, que vigorou no tempo (aproximadamente por 13 anos), vedava, na ambiência dos serviços de prestação dos serviços de saneamento básico, a formalização de convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária por entidade que não integrasse a administração do titular, excetuando-se apenas os instrumentos celebrados até 6 de abril de 2005. Outrossim, não havia previsão de quaisquer regras de transição.

Para longe de inédita, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, era mandatária em exigir celebração contratual quando a opção pela prestação do serviço público recaísse sobre entidade que não fosse vinculada à administração do titular, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

Essa lógica, diga-se de passagem, embasou o julgamento da Ação Civil Pública nº 0004772-52.2013.8.19.0064, proposta pelo Ministério Público em face do município de Valença, da Cedae e Rio de Janeiro. Na ocasião, sendo certo que a Cedae não integra a administração do município de Valença, entendeu-se indispensável a realização de contrato administrativo, com respeito as normas e princípios consagrados na Lei nº 8.666/1993, ainda que a contratação, a depender da instrução do feito, sinalize possibilidade de inexigibilidade ou dispensa de licitação. Em relação ao convênio de cooperação e contrato de programa firmados, o *juízo* entendeu que ambos representavam manobra engendrada para mascarar a necessidade de delegação dos serviços por meio de procedimento licitatório. Ato contínuo, declarou inválidos: 1) o convênio de cooperação celebrados entre o município de Valença e a Cedae; 2) o contrato

de programa celebrado entre o município de Valença e a Cedae; condenando, ainda, o município de Valença a prestar os serviços de abastecimento de água e saneamento básico, direta ou indiretamente, desde que amparado em justo título.

Atualmente, com fulcro nos princípios e normas consagrados na Lei nº 14.026 os contratos de programa e convênios de cooperação continuam sendo considerados precários, mas permanecem em vigor até o advento do termo contratual, tratamento esse totalmente diferente da redação original conferida pela Lei nº 11.445.

Há reforço das antigas ideias, estampadas com o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, no sentido de que o Estado não deve ser o empreendedor por excelência, competindo-lhe concentrar esforços nas situações meramente residuais (aquelas em que não houver viabilidade de exploração pela iniciativa privada) ou se revestirem na razão de ser Estado (manutenção da ordem e paz social).

Diante desse contexto, a diretriz, aos olhos das alterações recentes (2020), parece clara e imune de dúvidas. Não haverá solução de continuidade em relação aos contratos de programa firmados, desde que ostentem viabilidade econômica financeira para atingir a universalização, sendo vedada, em qualquer caso, prorrogação.

Para Moreira, eventuais tentativas de manobras hermenêuticas tendentes ao alongamento desses contratos (não licitados), os quais não admitem, por força legal, qualquer tipo de sobrevida, são manifestamente ilegais. Se assim não for, não haveria sentido o legislador declarar extintos tais instrumentos precários. Entretanto, a permanência dos instrumentos, ora em vigor, e desde que observadas as condições de viabilidade legal, remete a lógica da proteção constitucional ao ato jurídico perfeito, conforme preceitos consolidados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Por outro lado, a clássica regra da "irretroatividade" é óbvia e se aplica, sim, às relações jurídicas constituídas antes do advento da Lei nº 14.026. Na prática, a lei só pode retroagir para atingir fatos consumados quando não ofender o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, e quando o legislador, expressamente, mandar aplicá-la ao passado.

Ao que tudo indica, há dois cenários fáticos: 1) ao abrigo temporal da Lei nº 11.445; ficam vedados os convênios e contratos de programa firmados após 6 de abril de 2005; 2) a partir das alterações trazidas pela Lei nº 14.026, mantém-se extinto o contrato de programa, excetuando-se os contratos ora em vigor até o advento do termo final.

Gradativamente a sociedade segue transmutando em quebras de paradigma na forma estrutural do saneamento básico nacional, estritamente da matriz pública para a privada. É de mais valia lembrar que o Plano Nacional de Saneamento de 2013 impôs metas de universalização referentes ao abastecimento de água (99% da população com água potável) e tratamento de esgoto (90% da população) até 31 de dezembro de 2033, determinando que as companhias comprovem, até 31 de março de 2022, que possuem viabilidade econômica financeira para atender as metas de universalização.



Por óbvio, a presente transmutação não aniquila as situações constituídas sob égide da Lei nº 11.445 e, tampouco, colide com as novas que sobrevierem por força das recentes alterações promovidas no marco do saneamento básico. Em suma, é perfeitamente possível conciliar o contexto fático pretérito com o futuro, competindo, para isso, um olhar atento e responsivo às premissas consagradas na LINDB.

Referências bibliográficas

MOREIRA, Egon Bockmann. O Novo Marco Legal do Saneamento e a impossibilidade de prorrogação de contratos de programa. Disponível em <[https: O Novo Marco Legal do Saneamento e a impossibilidade de prorrogação de contratos de programa | Blog da Zênite \(zenite.blog.br\)](https://zenite.blog.br)>. Acesso em 16.11.2021.

Audiência Pública. Projeto de universalização dos serviços de saneamento básico – Bloco 3. Realizada em 13.10.2021. Secretaria da Casa Civil RJ. Disponível em <[https: Consulta Pública e Audiências Públicas | Concessão Saneamento \(concessaosaneamentorj2021.rj.gov.br\)](https://concessaosaneamentorj2021.rj.gov.br)>. Acesso em 16.11.2021.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-nov-18/mendes-passado-futuro-contratos-programa-saneamento/>