

EXMO. SR. DESEMBARGADOR BENEDITO ABICAIR – RELATOR DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0029592-55.2021.8.19.0000 – DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos do mandado de segurança impetrado pelos Exmos. Srs. Deputados Estaduais **ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS RODRIGUES** e **ADRIANA BONOW BALTHAZAR DA SILVEIRA**, vem, com fundamento no art. 7º, II, da Lei nº 12.016/2009, expor e requerer o que segue.

1. O ATO COATOR

Trata-se de mandado de segurança, impetrado por Deputados Estaduais contra ato do Exmo. Sr. Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - ALERJ e da Mesa Diretora da ALERJ, objetivando a sustação da tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021. Afirmam que a tramitação do Projeto de Decreto Legislativo viola direito líquido e certo à observância do devido processo legislativo e às normas constitucionais relativas ao processo legislativo. Isso porque o ato impetrado busca a sustação do Decreto Executivo nº 47.422/2020, que autorizou a abertura de procedimento licitatório para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e demais municípios fluminenses, fora das hipóteses autorizadas pelo art. 99, VII da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e pelo art. 49, V, da Constituição da República.

O pedido de tutela liminar foi deferido pela decisão de index 23, sob o fundamento de que “*o Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021 susta norma que não versa sobre matéria de competência exclusiva do Poder Legislativo Estadual*”. Diante disso, concluiu-se que, “*não se tratando de matéria de exclusiva competência do Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro, vislumbro, em sede de cognição sumária, a inconstitucionalidade, por vício formal, do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021, a autorizar o deferimento da liminar pleiteada, notadamente ante a presença do periculum in mora, visto que o leilão da CEDAE está previsto para acontecer nesta data*”.

Em suas informações de index 475, as autoridades impetradas afirmaram que os vícios suscitados pelos impetrantes se referem a inconstitucionalidades materiais, ao passo que a excepcional admissão de mandado de segurança impetrado por parlamentar contra a tramitação de atos legislativos se restringe ao controle preventivo de inconstitucionalidade formal. Sustentam, ainda, o descabimento da impetração de mandado de segurança por Parlamentares contra Projeto de Decreto Legislativo que já teria se esaurido, uma vez que já estaria encerrada a tramitação do PDL nº 57/2021, com a publicação do Decreto Legislativonº 16/2021.

Não há, no entanto, como afastar o cabimento da impetração e, no mérito, inconstitucionalidade e abusividade do ato impetrado.

2. LEGITIMIDADE ATIVA E CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma o cabimento de mandado de segurança

impetrado por Parlamentar, no exercício de seu mandato, a fim de tutelar direito líquido e certo à observância do devido processo legislativo. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE

PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). **O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo”** (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não”. (MS 32033, STF, Relator Min. GILMAR MENDES, j. em 20.06.2013)

Nesse aspecto, no presente mandado de segurança o que se pretende é justamente tutelar o direito líquido e certo dos Parlamentares impetrantes de coibir a tramitação de Projeto de Decreto Legislativo que desrespeita as disposições constitucionais relativas ao processo legislativo, uma vez que: (i) há usurpação de competência exclusiva da Chefia do Poder Executivo para exercer a direção superior da Administração estadual e para dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração (CRFB/1988, art. 84, II e VI, *a*; CERJ, art. 145, II e VI, *a*); (ii) o Decreto Legislativo é espécie normativa com objeto restrito, não se admitindo a sua edição para dispor sobre matéria de competência exclusiva do Poder Executivo (CRFB/1988, art. 49, V; CERJ, art. 99, VII) e, tampouco, para exercer atribuição reservada ao Tribunal de Contas do Estado – TCE/RJ (CRFB/1988, art. 71, X; CERJ, art. 123, IX); (iii) a Assembleia Legislativa do Estado não tem competência legislativa para dispor sobre a concessão de serviços de saneamento e abastecimento de águas dos Municípios (CRFB, art. 30, II e V); e (iv) a justificativa do Projeto de Decreto Legislativo demonstra a ausência de correlação entre o seu objeto e a finalidade que as autoridades impetradas pretendem alcançar, em violação ao devido procedimento para a elaboração de normas.

Como se percebe, a controvérsia exige exclusivamente o controle judicial de aspectos formais relativos ao processo legislativo, o que é admitido pela jurisprudência do STF. Dessa maneira, é cabível a impetração para assegurar direito líquido e certo dos Parlamentares ao devido processo legislativo, de modo a sustar a tramitação de Projeto de Decreto Legislativo que (i) não observa os limites constitucionais da espécie legislativa, (ii) usurpa competência exclusiva do Poder Executivo, (iii) afronta a competência dos Municípios para dispor sobre a concessão de serviços de saneamento e abastecimento de água e (iv) é editado para alcançar finalidade diversa daquela constante de seu objeto. As questões suscitadas dizem respeito exclusivamente a **vício formal orgânico** (competência legislativa) e a **vício formal subjetivo** (iniciativa legislativa para a matéria).

Assim sendo, ao contrário do que afirmaram as autoridades impetradas, a impetração não trata de vícios materiais de constitucionalidade do PDL nº 57/2021. Inexiste, assim, fundamento para recusar a

tramitação do mandado de segurança.

3. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DO PROCESSO LEGISLATIVO: PREJUÍZO DA PROMULGAÇÃO E DA PUBLICAÇÃO DO DECRETO LEGISLATIVO – INEXISTÊNCIA DE ENCERRAMENTO DA TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA

Em suas informações, as autoridades impetradas requereram o indeferimento da inicial, sob o fundamento de as inconstitucionalidades suscitadas deveriam “*ser apreciadas em controle abstrato repressivo, contra o Decreto Legislativo nº 16/2021, nunca contra um Projeto de Decreto Legislativo já exaurido*”. De acordo com as autoridades impetradas, o PDL nº 57/2021 teria sido aprovado pelo Plenário da Assembleia Legislativa e foi promulgado e publicado sob o nº 16/2021.

Ocorre que a tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021 não se encerrou. Veja-se que o presente Mandado de Segurança foi impetrado em 29 de abril de 2021, tendo se deferido liminar para suspender a tramitação legislativa em 30 de abril de 2021 (index 23), com a intimação das autoridades impetradas na mesma data (index 45). Por sua vez, o Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021 foi votado em plenário em 29 de abril de 2021, mas a sua publicação ocorreu na mesma data em que foi deferida a liminar “*para suspender os efeitos decorrentes da votação e aprovação do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021*”.

A publicação do ato legislativo, portanto, não teve qualquer efeito. Recorde-se que a publicação é o ato que encerra o processo legislativo, marcando o início de vigência da norma. Ocorre que no mesmo dia em que foi publicado o Decreto Legislativo, foi proferida a decisão que suspendeu os efeitos da votação e aprovação do PDL nº 57/2021. É dizer: em razão da decisão judicial proferida na mesma data, o ato de publicação foi esvaziado. Afinal, por força da decisão liminar, foram suspensos os efeitos da aprovação do PDL e, conseqüentemente, de todos os atos legislativos subsequentes.

A alegação de exaurimento da tramitação legislativa do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021 pressuporia a recusa de autoridade da tutela jurisdicional de fls. 23, assim como a rejeição da própria autoridade do próprio Poder Judiciário fluminense.

Dessa forma, não há como acolher a preliminar suscitada pela autoridade impetrada, sendo cabível e adequada a impetração do presente mandado de segurança para resguardar direito líquido e certo dos Parlamentares impetrantes à observância do devido processo legislativo e às normas constitucionais relativas ao processo legislativo.

4. FATOS QUE ENVOLVEM A CONTROVÉRSIA

4.1. DECLARADO DESVIO DE FINALIDADE: UTILIZAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO PARA PRESSIONAR A UNIÃO FEDERAL A APROVAR O PLANO DE RECUPERAÇÃO FISCAL DO ESTADO

O PDL Nº 57/2021 destina-se a sustar os efeitos do Decreto nº 47.422, de 23 de dezembro de 2020, editado pelo Chefe do Poder Executivo para dispor sobre a concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Confira-se:

Art. 1º - **Ficam suspensos os efeitos do Decreto n.º 47.422, de 23 de dezembro de 2020**, publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro de 28 de dezembro de 2020, que “DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO E DOS SERVIÇOS COMPLEMENTARES DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”.

Art. 2º - A edição de novo decreto com o mesmo intuito fica condicionado à prorrogação do Regime de Recuperação Fiscal.

Art. 3º - Este Decreto Legislativo entrará em vigor na data de sua publicação” (grifos acrescentados).

É certo que a Constituição do Estado – que reproduz, nesta parte, a Constituição da República –, autoriza a sustação de “*atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*” (art. 99, VII, da CERJ). Trata-se, evidentemente, de solução constitucional excepcional, destinada a restabelecer a eficazo princípio da separação de poderes, nos casos de exorbitância do Poder Executivo no desempenho de sua competência regulamentar.

O PDL impugnado, no entanto, não diz respeito a qualquer exorbitância de poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo. Na verdade, **o PDL tem o declarado propósito de pressionar a União Federal para obrigá-la a renovar o Regime de Recuperação Fiscal que está submetido o Estado do Rio de Janeiro**.

Infere-se da exposição de motivos o desvio de finalidade na utilização da espécie legislativa. Observa-se, ainda, a incongruência interna do PDL – questão que será abordada em tópico próprio –, uma vez que, a pretexto de pressionar a União, se pretende suspender Decreto do Chefe do Executivo editado com base no regular exercício de suas competências constitucionais. E, pior, com gravíssimo dano para a população Fluminense.

4.2. FATOS SUBJACENTES À EDIÇÃO DO DECRETO EXECUTIVO Nº 47.422/2020

O Decreto estadual nº 47.422/2020, cujo ato impetrado pretende sustar, foi editado com o base em delegação de competência da Região Metropolitana, titular do serviço público de saneamento básico.

Como se vê dos *considerandos* do ato executivo, trata-se de decreto editado com base em “*delegação dos titulares dos serviços*”, sendo que o Estado “*assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário*” (grifos acrescentados).

Em outras palavras, o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço público de saneamento básico, que, conforme já decidido pelo STF no julgamento da ADI 1842/RJ, é titularizado pelos Municípios, que, se assim optarem, podem transferir a respectiva titularidade para a Região Metropolitana, tal como se deu neste Estado, com a edição da Lei Complementar nº 184/2018.

Esse fato, inclusive, foi reforçado pelo Presidente do STF, Min. Luiz Fux, na decisão liminar recentemente concedida nos autos da Suspensão de Liminar nº 1446/RJ, ajuizada pelo Estado contra a medida cautelar deferida monocraticamente pelo Desembargador Adolpho Mello nos autos da RI nº

0001674-76.2021.8.19.0000. Confira-se:

“A leitura do referido precedente demonstra que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, interpretando os artigos 23, IX, e 25, §3º, da Constituição, assentou entendimento no sentido de que a integração de município a região metropolitana criada por lei estadual, conquanto compulsória, não esvazia a autonomia municipal. Assim, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico segue sendo dos municípios integrantes, a despeito da execução de referidos serviços se dar de modo conjunto no âmbito da unidade interfederativa. Por esses fundamentos, entendeu o Plenário desta Corte ser inconstitucional dispositivo de lei estadual que submetia o poder concedente relacionado a estes serviços exclusivamente à decisão da autoridade Estadual, pois reconhecia-se pertencer ao “colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado” o poder concedente e a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico”.

De outro lado, a concessão do serviço público de saneamento é decorrência da necessidade de cumprimento da meta de universalização do saneamento trazida pelo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020), que impõe o seu atingimento até 31 de janeiro de 2033 (art. 7).

A opção pela concessão em modelo de bloco de concessões regionalizadas, com abrangência nos Municípios atendidos pela CEDAE, foi precedida de estudos técnicos realizados pelo BNDES, com a participação e controle (i) da população, mediante consultas públicas, e (ii) de inúmeros órgãos estatais, tais como MPF, MP-RJ, TCE-RJ, DPGE-RJ, AGENERSA, Rio-Águas e CEDAE.

Ademais, segundo informado pelo Secretário de Estado da Casa Civil, em ofício anexado pelo Estado nos autos daquela suspensão de liminar, a concessão representará inúmeros benefícios sociais, econômicos e ambientais para a população Fluminense, com investimentos estimados da ordem de R\$ 1 trilhão até 2033.

5. DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO: VIOLAÇÃO AO ART. 84, II E VI, A, DA CRFB E ART. 145, II E VI, A, DA CERJ; ART. 49, V, DA CRFB/1988 E ART. 99, VII, DA CERJ; E ART. 18, DA CRFB C/C ADI Nº 1842.

5.1. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO PARA EXERCER A DIREÇÃO SUPERIOR DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL E PARA DISPOR, MEDIANTE DECRETO, SOBRE A ORGANIZAÇÃO E O FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO

Como exposto, o Projeto de Decreto Legislativo impugnado tem por objetivo sustar o Decreto executivo nº 47.422/2020, que dispõe sobre a concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário dos Municípios do Estado. Ocorre que a Constituição, no art. 84, incisos II e VI, *a*, reproduzidos no art. 145, incisos II e VI, *a*, da CERJ, reserva ao Chefe do Poder Executivo a competência para “*exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal*” e para dispor, mediante decreto, sobre “*organização e funcionamento da administração federal*”.

Diante disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma a inconstitucionalidade formal

de atos legislativos de iniciativa parlamentar que mitigam o poder de direção superior do Chefe do Poder Executivo e que interferem na organização e funcionamento da Administração. Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. **Representação por inconstitucionalidade. Lei nº 4.295/2004 do Estado do Rio de Janeiro, a qual autoriza os diretores de escolas públicas estaduais a ceder espaço para a realização de encontro de casais, jovens e adolescentes de todos os grupos religiosos e dá outras providências. Lei que versa a respeito das atribuições, organização e funcionamento das instituições de ensino públicas estaduais. Competência do chefe do Poder Executivo. Iniciativa parlamentar. Inconstitucionalidade formal. Precedentes. 1. É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que padece de inconstitucionalidade formal a lei resultante de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições, organização e funcionamento de órgãos públicos, haja vista que essa matéria é afeta ao chefe do Poder Executivo.** 2. Agravo regimental não provido.

(ARE 1075428 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, j. em 07.05.2018).

No caso, o Projeto de Decreto Legislativo, ao sustar o Decreto executivo nº 47.422/2020, busca impedir a realização da licitação para concessão do serviço de

abastecimento de água e esgotamento sanitário, cujos Municípios constituíram gestão associada com o Estado do Rio de Janeiro para a referida delegação. O ato coator, portanto, além de mitigar a competência para direção da Administração, afeta a organização e o funcionamento do Poder Executivo. Afinal, ao interferir no processo de concessão, o Legislativo destrutura a organização administrativa e o planejamento realizado para a consecução dos serviços públicos de saneamento.

A questão controvertida que se apresenta, portanto, é *saber se o Poder Legislativo pode editar ato normativo para sustar os efeitos de um ato de competência reservada ao Chefe do Executivo*. A resposta é negativa. Isso porque, se a Constituição reserva ao Chefe de outro Poder a competência para o ato, não se admite que o Poder Legislativo inicie processo legislativo para deliberar sobre a sua sustação ou revogação.

Em termos práticos, por meio do Decreto executivo nº 47.422/2020, o Poder Executivo autorizou a abertura de uma licitação, em cumprimento às suas obrigações constitucionais para prestação de serviço público e nos estritos termos de delegação recebida dos Municípios. A definição da abertura de uma licitação, do seu respectivo objeto, assim como das condições concretas para a delegação do serviço público são funções tipicamente administrativas. O Poder Legislativo não pode suplantiar a discricionariedade técnica da Administração para, em seu lugar, determinar objeto que lhe afigura mais conveniente, nem determinar as datas para a realização da concorrência, ou a forma como a delegação do serviço será realizada.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal afirmam a inconstitucionalidade formal de atos normativos originados no Poder Legislativo que disponham sobre a execução de serviços públicos e sobre contratos de concessão de serviços públicos:

EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 5.127/2015. MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA. OBRIGATORIEDADE DE INSTALAÇÃO DE AR CONDICIONADO NOS VEÍCULOS DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL. PROCESSO LEGISLATIVO. INICIATIVA PRIVATIVA. PODER EXECUTIVO. SERVIÇOS PÚBLICOS. 1. **O Supremo Tribunal**

Federal firmou orientação no sentido de que compete ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que interfiram na gestão de contratos de concessão de serviços públicos. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (grifos acrescentados).

(ARE 1075713 AgR, Relator Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. em 29.06.2018)

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR.

Lei estadual nº 8.368, de 02 de abril de 2019, que cria a “Linha social de transporte hidroviário urbano de passageiros, ligando a Praça XV e a Baía de Sepetiba”. Presente o fumus boni iuris na medida em que, em juízo de cognição sumária, referida lei, de iniciativa do Poder Legislativo, padeceria de vício de inconstitucionalidade, dado que a Constituição estadual, no art. 112, § 1º, II, “d”, reserva à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo projetos de lei que disponham sobre a “criação e extinção de Secretarias de Estado e órgãos da administração pública”. **Risco de interferência no funcionamento do serviço público, na medida em que a norma, de iniciativa da Assembleia Legislativa, impõe ao Poder Executivo definir os pontos de parada intermediários necessários a atender e otimizar a demanda, mediante criação de diversas unidades administrativas, capacitação de profissionais e organização de serviços, bem como a sua respectiva fiscalização,** certo que a norma impugnada está apta a produzir efeitos desde a sua publicação. Urgência da suspensão da eficácia da lei (RI/TJRJ, art. 105, § 2º). Deferimento da liminar. (grifos acrescentados)

(RI 0073462-87.2020.8.19.0000, Relator Desembargador Jesse Torres PEREIRA JÚNIOR, j. em 30.11.2020).

Diante disso, em razão da usurpação de competência do Poder Executivo para direção superior da Administração e para a sua organização e funcionamento, a tramitação do PDL nº 57/2021 viola o direito líquido e certo dos impetrantes de observância do devido processo legislativo, em razão de vício formal subjetivo de inconstitucionalidade.

5.2. INADEQUAÇÃO DA ESPÉCIE LEGISLATIVA: INEXISTÊNCIA DE CONTEÚDO REGULAMENTAR PARA CONTROLE POR DECRETO LEGISLATIVO E USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS

Não bastasse a usurpação da competência exclusiva do Poder Executivo, o ato coator também viola as disposições constitucionais sobre o processo legislativo porque: (i) inexistente, no Decreto Estadual nº 47.422/2020, conteúdo regulamentar para controle por Decreto Legislativo; e (ii) o controle externo de atos administrativos é atribuição do Tribunal de Contas que, por meio do Processo TCE-RJ 100.167-5/21, afirmou a regularidade do edital de licitação a que se refere o Decreto nº 47.422/2020.

Ou seja, em razão da própria natureza do Decreto do Poder Executivo que o ato coator pretende sustar, nem mesmo em tese se pode verificar adequação da espécie legislativa. Nos termos do art. 49, V, da Constituição, reproduzido pelo art. 99, VII, da CERJ, os Decretos Legislativos têm o seu objeto delimitado para “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*”.

Ocorre, no entanto, que o Decreto nº 47.422/2020 não trata de exercício de poder regulamentar do Poder Executivo, cuja competência está prevista no inciso IV do art. 84 da Constituição (reproduzido pelo art. 145, IV, da CERJ) e diz respeito ao dever de “*sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”.

O Decreto executivo nº 47.422/2020 trata de um ato de efeitos concretos, editado com base em delegação de entidade interfederativa, que se limita a dar publicidade a uma decisão do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana sobre a abertura de procedimento licitatório para a concessão de serviço público. **Não trata, portanto, de um regulamento, mas de um Decreto editado no exercício de competência exclusiva do Poder Executivo para “direção superior da administração” (art. 84, II, da CRFB) e para dispor mediante decreto sobre “organização e funcionamento da administração” (art. 84, VI, a, da CRFB).**

O Decreto nº 47.422/2020 não é, portanto, regulamento típico, abstrato e genérico, mas ato administrativo concreto. Não há em suas disposições qualquer inovação no ordenamento jurídico, dotada de abstração e generalidade, que pudesse dar margem à extrapolação do poder regulamentar e que possa, em consequência, autorizar eventual atividade de controle de legalidade por parte da Assembleia Legislativa.

Por sinal, a justificativa do PDL nº 57/2021 é explícita ao afirmar que a finalidade do Decreto Legislativo é condicionar que “*a concessão (da CEDAE) só seja feita após a*” ... “*prorrogação do Regime de Recuperação Fiscal*”. Diante disso, é fora de dúvida que não há controle sobre excesso de poder regulamentar, seja porque não se trata de regulamento, ou mesmo pela explícita justificativa para inauguração do PDL nº 57/2021.

A competência legislativa para edição de decretos legislativos não se trata de um poder discricionário do Poder Legislativo para sustar atos do Poder Executivo que considere inoportuno ou inconveniente. Conforme registrava Hely Lopes Meirelles, consubstanciando-se em competência excepcional, derogatória da Separação de Poderes, “*esse controle deve limitar-se ao que prevê a Constituição Federal, para evitar a interferência inconstitucional de um Poder sobre outro*”. **A edição de decretos legislativos trata, portanto, de competência estritamente vinculada aos expressos termos da Constituição.** Em decorrência disso, a espécie legislativa só é adequada quando se está diante de decretos regulamentares editados pelo Poder Executivo que exorbitem dos limites estabelecidos na lei.

É bem verdade que o Decreto nº 47.422/2020 não é autônomo. Mas sua subordinação sequer é direta a uma lei. Trata-se, em realidade, de ato terciário e, repita-se, meramente de efeitos concretos. Ao editar o referido Decreto para autorizar a abertura de procedimento licitatório, o Estado apenas deu publicidade à Resolução do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana nº 08/2020, que aprovou o plano de concessão e a concorrência pública, com base em sua competência definida no art. 11, inciso

VII, da Lei Complementar nº 184/2018¹.

Veja-se que é a Resolução nº 08/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, editada pelo titular do serviço de saneamento básico, nos termos definidos pelo STF na ADI 1842/RJ, que estabelece as condições de delegação do serviço. E o Decreto nº 47.422/2020, por sua vez, foi editado com fundamento no art. 2º da Resolução nº 08/2020:

Art. 2º - Autorizar a delegação das funções de organização e promoção de licitação e organização e gerenciamento da prestação regionalizada dos serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário ao Estado do Rio de Janeiro, nos termos do Anexo I.

Como se vê, a atuação do Poder Executivo que o ato coator pretende sustar está subordinada ao ato do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana que determinou as condições para a concessão do serviço de saneamento, não tendo sequer como fundamento de validade um ato normativo editado pela Assembleia Legislativa do Estado.

Além disso, o PDL nº 57/2021 também viola o devido processo legislativo, uma vez que o controle externo de atos administrativos relativos a contratações públicas, nos termos do art. 71, X, da Constituição (reproduzido pelo art. 123, IX, da CERJ), é uma atribuição do Tribunal de Contas.

Nesse aspecto, por meio do processo TCE-RJ 100.167-5/21, o TCE/RJ examinou o edital de licitação e a modelagem definida para a concessão de serviço público referida pelo Decreto nº 47.422/2020, tendo-se concluído pela sua regularidade. Assim sendo, o PDL nº 57/2021, ao buscar a sustação de um ato do Poder Executivo relativo à uma contratação pública, viola a competência do Tribunal de Contas do Estado, que foi exercida e concluiu pela inexistência de fundamento para a sustação do ato.

Diante do exposto, o ato coator combatido mais uma vez viola as disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo para a edição de Decreto Legislativo, porque (i) pretende sustar o Decreto nº 47.422/2020 por razões de conveniência e oportunidade; (ii) o Decreto nº 47.422/2020 é um ato de efeitos concretos, editado com base em delegação de entidade interfederativa, não ostentando conteúdo regulamentar para controle por Decreto Legislativo; e (iii) usurpa a competência do Tribunal de Contas para a sustação de atos administrativos relativos a contratações públicas.

5.3. INCOMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO ESTADUAL PARA DISPOR SOBRE A CONCESSÃO DE SERVIÇO DE SANEAMENTO E ABASTECIMENTO DE ÁGUA DOS MUNICÍPIOS – INCONSTITUCIONALIDADE ORGÂNICA

¹ Art. 11. São atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro:

...

VII - exercer sua titularidade em relação aos serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, observando os Planos Diretores e a legislação urbanística e, principalmente, a situação operacional específica dos municípios envolvidos, incluindo:

- a) estabelecer diretrizes para a elaboração dos planos de saneamento básico e aprová-los;
- b) decidir sobre a forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem;
- c) aprovar minutas de editais de licitação de prestação de serviços, contratos e convênios, bem como de outros instrumentos, precedidos ou não de licitação, que deverão ser remetidos ao Tribunal de Contas do Estado;
- d) autorizar a retomada da operação dos serviços, nos casos e condições previstos em lei e nos documentos contratuais.

O ato coator também é abusivo e inconstitucional, em razão de vício orgânico de constitucionalidade. Como se verifica do teor do Decreto executivo nº 47.422/2020 que o PDL pretende sustar, o Poder Executivo estadual determinou a abertura de licitação para concessão de serviço de saneamento na condição de mero representante dos titulares dos serviços de abastecimento e esgotamento sanitário nas áreas de concessão. Como se extrai do preâmbulo do Decreto executivo, o Poder Executivo atua por delegação. Confira-se parte do preâmbulo do Decreto executivo nº 47.422/2020:

- que **o Estado do Rio de Janeiro, por meio de delegação dos titulares dos serviços**, assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário;
- que, **não obstante o papel desempenhado pelo Estado do Rio de Janeiro, os titulares dos serviços remanesçam responsáveis pelo planejamento, fiscalização e acompanhamento dos resultados das concessões contratadas**;

Recorde-se que Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1842/RJ, afirmou que o serviço de saneamento básico é, em princípio, de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, da CRFB). O STF, contudo, admitiu a transferência do serviço a uma Região Metropolitana que venha a ser instituída por lei complementar, na forma do artigo 25, § 3º, da Constituição da República. Nesse sentido:

O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. (...) Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas - como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto - que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. **A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas (...).** (...) **Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado** (grifos acrescentados)

(ADI 1842/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Red. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. em 06.03.2013).

Esse é exatamente o caso dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Nos termos do art. 11, VII, da Lei Complementar nº 184/2018, que instituiu a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, os Municípios metropolitanos transferiram ao Conselho Diretor da Região Metropolitana (entidade interfederativa) a titularidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Como consequência dessa titularidade primária dos municípios para o serviço, assim como do papel de mero mandatário exercido pelo Poder Executivo estadual dentro da Região Metropolitana (entidade interfederativa), **a edição de ato normativo pelo Estado sobre serviço que não é de sua**

titularidade usurpa a competência dos municípios para o exercício de suas competências político-administrativas e legislativas. Em outras palavras, o Poder Legislativo do Estado não pode dispor sobre matéria relacionada a um serviço que é de titularidade primária dos municípios. Nesse sentido:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei do estado de Mato Grosso do Sul que dispõe sobre a proibição de interrupção, por parte das empresas concessionárias, do fornecimento de serviços públicos essenciais à população, em decorrência da falta de pagamento. **3. Inconstitucionalidade formal, por afronta à competência dos municípios – descrita no art. 30, incisos I e V – e da União – prevista nos arts. 21, XII, “b”; 22, IV; e 175, caput e parágrafo único, incisos I, II e III, todos da Constituição Federal.** 4. **O Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre poder concedente federal ou municipal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos,** sob regime federal ou municipal, mediante a edição de leis estaduais. Precedentes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.(grifos acrescentados)

(ADI 3866, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. em 30.08.2019)

O Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021, portanto, ao dispor sobre a concessão de serviços públicos de titularidade municipal, contém vício de inconstitucionalidade formal, por afronta às competências político-administrativa e legislativa municipais para dispor sobre os serviços de saneamento de interesse das localidades. Assim, o ato coator também é inconstitucional por violação aos art. 30, I e V, da Constituição Federal, impondo-se a concessão de segurança para a tutela de direito líquido e certo dos impetrantes de observância do devido processo legislativo.

5.4. DESVIO DE FINALIDADE: VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCEDIMENTO PARA ELABORAÇÃO DE NORMA

Por fim, uma análise, ainda que superficial, da justificativa para a propositura do PDL nº 57/2021 permite afirmar que o ato normativo proposto contém desvio de finalidade, considerando que o fim almejado pela norma – **suspender a realização da licitação para concessão do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário, que foi realizado em 30 de abril de 2021** – é discrepante dos seus motivos e das competências atribuídas ao Poder Legislativo.

Como já afirmado, o decreto legislativo é modalidade de ato normativo que tem como objetivo sustar atos do Poder Executivo que exorbitem de seu poder regulamentar. No entanto, no presente caso, muito embora o conteúdo do PDL nº 57/2021 seja a sustação do Decreto Executivo nº 47.422/2020, a justificativa apresentada demonstra que é outra a finalidade do ato normativo. Além da inadequação da espécie legislativa eleita, o PDL nº 57/2021 pretende, na verdade, forçar a União Federal a renovar o Regime de Recuperação Fiscal a que está submetido o Estado do Rio de Janeiro.

Conforme já transcrito, a justificativa do PDL se resume a citar “o leilão de privatização da CEDAE”, “mercado para o dia 30 de abril”, bem como a existência de “uma série de entraves burocráticos para impedir” a formalização “por parte do Governo Federal, da renovação do Regime de

Recuperação Fiscal (RRF), tal como estabelecido no contrato firmado entre a União e o Estado do Rio de Janeiro no ano de 2017”.

Nesse sentido, o PDL nº 57/2021 foi editado para alcançar uma finalidade que sequer está no âmbito de atribuições do Poder Legislativo, violando o devido procedimento para a elaboração da norma. Ana Paula de Barcellos, em obra sobre devido procedimento na elaboração normativa, indica que qualquer proposta para a edição de uma norma depende de fundamentação adequada. E a fundamentação adequada demanda a indicação dos fins e resultados almejados pelo legislador, devendo eles serem coerentes e congruentes com o comando legal proposto. Confira-se:

Além de identificar o problema que motiva a proposta da norma, um segundo conteúdo mínimo do devido procedimento na elaboração normativa envolve a indicação, por quem propõe a norma, dos resultados pretendidos por ela, isto é: dos resultados que se imagina a norma será capaz de produzir no mundo dos fatos no enfrentamento do problema identificado. **A ação normativa do Estado não deve ser inconsequente, aleatória ou leviana; ela deve ter em vista resultados e deverá se mover de forma tão coerente quanto possível em direção a eles.**² (grifos acrescentados)

A inobservância da exposição de razões e fundamentos correlatos com o conteúdo da proposição normativa, como é o caso do PDL nº 57/2021, tem como consequência a declaração de inconstitucionalidade da norma por violar o devido procedimento na elaboração normativa. Vale transcrever trecho das conclusões de Ana Paula de Barcellos:

Nesse sentido, o devido procedimento na elaboração normativa será relevante em múltiplos sentidos no controle de constitucionalidade das normas que venham a ser editadas com fundamento nesses parâmetros. O DPEN explicita as conexões lógicas que foram consideradas por quem propôs a norma, que deverão constar da justificativa, sendo certo que o Poder Judiciário não poderá ignorar tais dados. Com efeito, qualquer exame da razoabilidade ou proporcionalidade de uma norma terá de necessariamente enfrentar as razões e informações que foram apresentadas quando de sua edição, seja para apontar seu equívoco, impertinência ou omissão.

Na realidade, a explicitação contida na justificativa poderá por vezes tornar ainda mais evidente a inconstitucionalidade da norma, na medida em que não faça sentido, ou seja claramente omissa ou imprópria. (...)

(...)

Em resumo, **a violação do devido procedimento na elaboração normativa desencadeia** duas modalidades de eficácia jurídica: **a invalidade formal da norma afinal editada com violação a essa exigência procedimental de extração constitucional** e a possibilidade de exigir-se acesso ao conteúdo da justificativa que deveria ter sido apresentada. Além disso, **o devido procedimento na elaboração normativa será relevante também** para o fim de

² BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 173.

caracterizar a omissão inconstitucional, na hipótese de inexistir monitoramento dos resultados pretendidos pela norma, e **no controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos com fundamento na sua irrazoabilidade ou desproporcionalidade.**³ (grifos acrescentados)

Dessa forma, considerando que a justificativa declarada do PDL nº 57/2021 evidencia que a finalidade do ato normativo a ser editado **sequer diz respeito ao controle de poder regulamentar exercido pelo Poder Executivo**, pois busca impedir a realização de procedimento licitatório para destravar negociação com a União Federal, é clara a violação ao devido procedimento para a elaboração de normas e o desrespeito às disposições constitucionais relativas ao processo legislativo.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Estado requer sejam rejeitadas as preliminares suscitadas pelas autoridades impetradas e, no mérito, que seja confirmada a liminar com a concessão de segurança para determinar o arquivamento do PDL nº 57/2021, em razão dos vícios formais do processo legislativo.

Rio de Janeiro, 16 de junho de 2021.

CIRO GRYNBERG

PROCURADOR DO ESTADO

³ BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 217-218.