

Exmo. Sr. Desembargador Adolpho Andrade Mello - Relator da Representação de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000 – do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

O Governador do Estado do Rio de Janeiro, pela Procuradoria Geral do Estado, nos autos da representação de inconstitucionalidade ajuizada pelo Exmo. Sr. Deputado Luiz Paulo Corrêa da Rocha e outros, em face do Decreto estadual nº 47.422, de 23 de dezembro de 2020, inconformado, *permissa venia*, com a o teor da decisão a fls. 154/157, que deferiu, em parte, a medida cautelar, vem, com fundamento no art. 200 do RITJRJ e no art. 1.021 c/c o art. 1070 do Código de Processo Civil, interpor o presente **agravo interno**, conforme as razões a seguir expostas, que se espera motivem a reconsideração da decisão recorrida e, se esse não for o caso, a respectiva reforma pelo OETJ.

1. Objeto da ação direta

Trata-se, em síntese, de ação direta de inconstitucionalidade contra o Decreto estadual nº 47.422/2020, **ato subordinado e secundário** editado com o base em **delegação de competência da Região Metropolitana, titular do serviço público de saneamento básico**. Confirma-se o teor do ato impugnado:

“DECRETO Nº 47.422 DE 23 DE DEZEMBRO DE 2020

DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE A B A S T E C I M E N T O DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO E DOS SERVIÇOS COMPLEMENTARES DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em exercício, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, **considerando o disposto nos instrumentos de gestão associada interfederativa celebrados com titulares dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitários**, nos termos do art. 241, da Constituição e em atendimento ao art. 5º da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conforme Processo Administrativo nº SEI-120207/000707/2020.

CONSIDERANDO:

- ser de competência comum dos entes públicos integrantes das três esferas federativas, nos termos do art. 23, inc. IX, da Constituição, implementar políticas públicas e programas que assegurem, de forma eficiente e economicamente sustentável, melhorias nas condições de saneamento básico;
- que a universalização dos serviços públicos de saneamento básico, dentre os quais se destacam os serviços de esgotamento e fornecimento de água tratada, é um vetor fundamental para garantir, entre outros aspectos essenciais da dignidade humana, o direito à saúde e à proteção ao meio ambiente;
- a necessidade de compartilhamento interfederativo de responsabilidades para que se viabilize a ampliação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário adequado, em atendimento aos prazos legalmente estabelecidos, assim como a necessidade de proteção ao meio ambiente;
- que a Lei federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e, dentre os princípios fundamentais elenca a prestação

regionalizada dos serviços com o objetivo de gerar ganhos de escala e propiciar a universalização e a viabilidade técnica e econômico-financeira do saneamento básico, admitindo a cooperação federativa para o exercício de funções públicas, tais quais a prestação, organização, fiscalização e regulação;

- 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 remanescerão responsáveis pelo planejamento, fiscalização e acompanhamento dos resultados das concessões contratadas.

DECRETA:

Art. 1º - Fica autorizada a abertura de procedimento licitatório sob a modalidade de concorrência internacional, a ser julgada pelo critério de maior oferta, com o fim de selecionar a proposta mais vantajosa para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário cujos titulares constituíram gestão associada com o Estado do Rio de Janeiro.

Art. 2º - A área objeto da licitação consiste na área urbana das sedes municipais e respectivos distritos urbanos integrantes de cada um dos Municípios inseridos nas quatro concessões a serem licitadas pelo Estado do Rio de Janeiro. Parágrafo Único - A área urbana a ser considerada é aquela delimitada nos Planos Diretores de cada município e, na ausência deste plano, no definido pela legislação municipal ou, por último, pelo IBGE.

Art. 3º - O prazo da concessão dos serviços objeto do presente Decreto será de até 35 (trinta e cinco) anos somados ao período inicial de operação assistida do sistema, em conformidade com as normas e os termos do Edital de licitação e seus anexos.

Art. 4º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação” (grifos acrescentados).

Segundo os representantes, o ato impugnado violaria “o artigo 3º da Lei estadual nº 2831, de 13 de novembro de 1997, que estabelece o prazo de concessão de 25 (vinte e cinco) anos, sendo que o aludido Decreto estipula prazo maior, qual seja, 35 (trinta e cinco) anos” (p.4).

Com base nessa premissa absolutamente equivocada, concluem que haveria inconstitucionalidade por “violação à hierarquia das normas”, uma vez que a matéria estaria submetida à reserva legal, *in verbis*:

“Os princípios da simetria e da hierarquia das leis preconizam que um ato legislativo em sentido formal, que vise a alterar outro ato legislativo vigente, somente pode ser realizado da mesma forma que seu ato constitutivo, ou seja, os princípios em destaque proíbem a revogação de artigos de Lei Estadual por meio de Decreto, norma inferior, permitindo, entretanto, que esta modificação venha a ocorrer somente por Emenda à Lei. **Do contrário, violar-se-iam: o art. 3º da Lei Estadual nº 2831/1997** e os artigos 70; 98, IV; e 145, IV da CE/89” (grifos acrescentados – p.6).

Alega-se, ainda, que o Decreto seria inconstitucional por violar a Lei estadual nº 7529/2017¹ e a Lei Complementar nº 184/2018².

Diante dessa argumentação, o pedido cautelar foi parcialmente deferido, *ad referendum* do plenário, “*apenas para reduzir o prazo de concessão de trinta e cinco anos para vinte e cinco anos, isto se entre a presente decisão e o leilão de concessão, não ocorrer alteração por meio de lei em sentido estrito que venha a ampliar o prazo dos contratos de concessão para trinta e cinco anos*”.

Com as devidas vênias, essa decisão enseja grave *periculum in mora* inverso, uma vez que o prazo de duração consubstancia um dos principais vetores da modelagem da concessão, cuja variação influencia sobremaneira na formação do preço a ser apresentado pelos participantes.

Para além disso, e novamente com as devidas vênias, não se encontra presente a fumaça do bom direito necessária à concessão da medida cautelar.

De fato, a presente representação de inconstitucionalidade não merece ser sequer conhecida, porquanto (i) voltada a impugnar ato subordinado e secundário (Decreto), assim como (ii) utiliza lei ordinária e complementar como parâmetro de controle e (iii) não impugna especificamente o ato do Conselho Diretor da Região Metropolitana que serviu de base para a fixação do prazo de concessão.

No mérito, parte-se da falsa premissa de que a Lei estadual nº 2831/1997 seria aplicável à concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário de titularidade da Região Metropolitana.

É o que se passa a demonstrar.

2. Preliminares

I - Inexistência de contrariedade à dispositivo constitucional:

inviabilidade de exame de legalidade em controle de constitucionalidade

Como exposto, os representantes pretendem a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 47.422, de 23 de dezembro de 2020, sob o fundamento de que o ato “*aumenta o prazo de concessão dos serviços públicos de 25 anos para 35 anos, contrariando a Lei nº 2831, de 13 de novembro de 1997, do Estado do Rio de Janeiro*”. A representação de inconstitucionalidade afirma, ainda, que o Decreto viola a Lei nº 7.529/2017 e a Lei Complementar nº 184/2018 (itens VI e VII da inicial – fls. 12).

A tese apresentada evidencia a inadequação da ação direta. Afinal, o que os representantes afirmam é a **ilegalidade** do Decreto nº 47.422/2020. A necessidade de contrastar o ato impugnado com as leis estaduais citadas, em especial para aferir a conformidade do prazo de concessão de 25 ou de 35 anos, é uma demonstração clara de que inexistente dispositivo da Constituição do Estado que sirva de parâmetro para o controle abstrato de constitucionalidade.

Veja-se que os representantes, após apresentarem a tese de ilegalidade do Decreto, suscitam que a contrariedade à Constituição do Estado decorreria da violação aos seguintes artigos: (i) art. 70 da CERJ, que dispõe caber ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviço público; (ii) art. 145, IV, que atribui ao Governador a competência para expedir decretos e regulamentos para a execução da lei; e (iii) art. 98, IV, que dispõe caber à

¹ Autoriza o Poder Executivo a alienar ações representativas do capital social da companhia estadual de águas e esgotos – CEADE e dá outras providências.

² DISPÕE SOBRE A REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO, SUA COMPOSIÇÃO, ORGANIZAÇÃO E GESTÃO, DEFINE AS FUNÇÕES PÚBLICAS E SERVIÇOS DE INTERESSE COMUM, CRIA A AUTORIDADE EXECUTIVA DA REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS

Assembleia Legislativa legislar sobre normas gerais sobre exploração ou concessão de serviços públicos. Não há nos dispositivos da Constituição do Estado suscitados qualquer conteúdo que dê fundamento direto para a tese defendida na ação, no sentido de que seria vedado estabelecer concessão de serviço de titularidade da Região Metropolitana por prazo de 35 anos.

Em realidade, a tese é simplesmente a de que a Constituição do Estado dispõe sobre a edição de lei que disciplinará o regime de concessão de serviço público e que a lei estadual em questão não foi observada pelo Decreto impugnado. A contrariedade à Constituição, portanto, se existisse, seria meramente reflexa, o que inviabiliza o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 2º, 3º E 4º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 16/04 DO MUNICÍPIO DE SAQUAREMA. ISSQN. BASE DE CÁLCULO. Representação por inconstitucionalidade oferecida pelo Prefeito do Município do Rio de Janeiro relativamente aos artigos 2º, 3º e 4º da Lei Complementar nº 16/04 do Município de Saquarema, que reduzem a base de cálculo do ISSQN. Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade ativa, pois presente a pertinência temática se a lei impugnada repercute diretamente no município administrado pelo Representante. Rejeita-se a preliminar de inépcia, porque a petição inicial atende aos requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil de 1973, sendo perfeitamente identificáveis a causa de pedir e o pedido, garantido o pleno exercício do direito de defesa. **A ação direta de inconstitucionalidade se reserva aos casos de confronto direto entre a norma impugnada e a Constituição, sendo incabível quando a ofensa se revela meramente reflexa, indireta ou oblíqua**, e na hipótese dos autos se questiona a base de cálculo do ISSQN adotada pela lei impugnada em desrespeito à Lei Complementar nº 116/03. Inviável a Representação de Inconstitucionalidade apoiada em conflito de normas infraconstitucionais. Os dispositivos constitucionais que o Representante afirma violados são de índole programática, pois tratam de princípios norteadores da atuação dos entes públicos estaduais, sem conter qualquer espécie de previsão normativa referente aos elementos próprios do imposto sobre serviços de qualquer natureza. Improcedência do pedido. (grifos acrescentados)

(Representação por Inconstitucionalidade nº 0043208-44.2014.8.19.0000, Relator Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira, j. em 04.07.2016)

Assim sendo, a decisão agravada, que deferiu a cautelar em razão da “*divergência entre o prazo do contrato de concessão dos serviços objeto do ato impugnado, que o fixou em trinta e cinco anos, e o previsto no ao artigo 4º Lei Estadual nº 2.831/97*”, merece, com as devidas vênias, ser reformada, uma vez que não se admite ação de controle abstrato de constitucionalidade por ofensa reflexa, indireta ou oblíqua da Constituição.

II - A natureza subordinada do ato impugnado:

descabimento de ação de controle abstrato de constitucionalidade

A representação de inconstitucionalidade também é inviável, porque as ações de controle abstrato de constitucionalidade não se prestam ao exame de conformidade de atos cujo fundamento de validade não é diretamente a Constituição. É dizer: é inadequada a via da ação direta de inconstitucionalidade para impugnação de atos secundários.

Nos termos da jurisprudência do STF, somente os atos normativos qualificados como essencialmente primários ou autônomos podem ser controlados por uma ação abstrata de constitucionalidade. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 1º, 2º E 3º DA RESOLUÇÃO Nº 102/2007 DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA AGRICULTURA E DO ABASTECIMENTO DO ESTADO DO PARANÁ. FUNDAMENTO EM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. NATUREZA REGULAMENTAR. **ATO SECUNDÁRIO. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. INVIABILIDADE.** 1. Decisão denegatória de seguimento de ação direta de inconstitucionalidade por manifesto descabimento. 2. **Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente os atos normativos qualificados como essencialmente primários ou autônomos expõem-se ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedido o conteúdo do ato normativo atacado por legislação infraconstitucional que lhe dá amparo material, a evidenciar sua natureza de ato regulamentar secundário, inviável a sua impugnação pela via da ação direta.** Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (grifos acrescentados)

(ADI 4095 AgR, Relatora Ministra Rosa Weber, j. em 16.10.2014).

No caso, o Decreto nº 47.422/2020 se trata de 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 há qualquer inovação no ordenamento jurídico, dotada de abstração e generalidade, que autorize o controle de constitucionalidade.

Repita-se: de acordo com a própria narrativa dos representantes, a verificação da existência de violação em relação ao prazo da concessão *não* pressupõe o exame da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, mas *exclusivamente* do art. 3º da Lei estadual nº 2.831/1997.

Assim sendo, não fosse a inteira inaplicabilidade da Lei estadual nº 2.831/1997 para disciplinar uma concessão de serviço em que o Estado não é o Poder Concedente – argumento que será desenvolvido em capítulo próprio –, é inviável conhecer-se da presente representação de inconstitucionalidade que tem por objeto ato infralegal e subordinado, que sequer contraria dispositivo da Constituição do Estado.

Dessa forma, também por esse fundamento, a decisão cautelar merece ser reformada, de modo a se indeferir a liminar, com a subsequente extinção da ação direta.

III - Ausência de impugnação da Resolução nº 08/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana: inadequação da ação direta por ausência de impugnação do complexo de atos que dispõem sobre o prazo de vigência da concessão

O Decreto nº 47.422/2020 impugnado na ação não é autônomo. De fato, sua subordinação sequer é direta a uma lei. Trata-se, em realidade, de um ato terciário. Isso porque, ao editar o 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 184/2018:

“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”. (grifos acrescentados)

Veja-se que é a Resolução nº 08/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, que foi 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.

O Decreto nº 47.422/2020 foi editado com fundamento no art. 2º da Resolução nº 08/2020. Confira-se a redação do dispositivo:

“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.

A atuação do Estado impugnada nesta ação, portanto, está subordinada ao ato do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, que determinou no Anexo I da Resolução nº 08/2020 as condições para a concessão do serviço de saneamento (documento anexo).

Em relação ao prazo da concessão, a delegação é expressa ao fixar a vigência por 35 anos a partir da emissão do termo de transferência do sistema. Transcreva-se o quadro constante do Anexo I da Resolução nº 08/2020, com os dados gerais do contrato de concessão:

DADOS GERAIS DO CONTRATO DE CONCESSÃO	
<u>Vigência</u>	<u>35 anos de a partir da emissão do termo de transferência do sistema</u>
Inventário de bens reversíveis	Obrigações da concessionária e constantemente atualizado.
Área da concessão	Área urbana das sedes municipais e respectivos distritos urbanos, abrangendo toda a macrozona urbana, delimitada conforme instrumentos de gestão associada, nos termos dos Planos Diretores de cada município e, na ausência deste plano, no definido pela legislação municipal ou, por último, pelo IBGE.
Obrigações da contratada	As desapropriações, desocupações, instituição de servidões e quaisquer outras limitações administrativas necessárias à prestação dos SERVIÇOS objeto da concessão serão efetuadas pela concessionária.

	<p>Atendimento aos indicadores de desempenho e metas de atendimento, sob pena de redução da tarifa.</p> <p>Universalização dos serviços até o ano de 2033.</p> <p>Pagamento de outorga variável no valor de 3% da arrecadação das tarifas de cada município, participante da prestação regionalizada, e 0,5% do total da receita tarifária arrecadada nos municípios que compõem a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana.</p>
--	--

Diante disso, além de não se tratar de ato autônomo para impugnação em ação direta, a representação também é inadequada, porque a hipotética afirmação de invalidade do Decreto nº 47.422/2020, não resultará na invalidade do ato que lhe dá fundamento.

Portanto, ainda, por absurdo, que fosse acolhida a tese dos representantes, continuaria a existir a previsão da Resolução nº 08/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, com a fixação do prazo de vigência de 35 anos da concessão dos serviços de saneamento.

Nos termos da jurisprudência do STF, no entanto, a impugnação fragmentada de um complexo normativo impõe o não conhecimento da ação de controle abstrato de constitucionalidade. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 47, § 3º, DA LEI FEDERAL 9.504/1997, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI FEDERAL 11.300/2006. CRITÉRIO DE REPARTIÇÃO DO TEMPO DE PROPAGANDA ELEITORAL NO RÁDIO E NA TELEVISÃO ENTRE AS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS. PEDIDO DE INTERPETAÇÃO CONFORME AOS ARTIGOS 1º, V; 5º, CAPUT; E 17, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PARA QUE SEJAM OBSERVADAS AS ALTERAÇÕES NAS BANCADAS DOS PARTIDOS APÓS A ÚLTIMA ELEIÇÃO. QUESTÃO TAMBÉM VERSADA NO ARTIGO 47, § 7º, DA LEI FEDERAL 9.504/1997 E NO ARTIGO 48, §§ 1º, 3º E 4º, DA RESOLUÇÃO 23.551/2017 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA TOTALIDADE DO COMPLEXO NORMATIVO QUE DISCIPLINA A MATÉRIA. VÍCIO PROCESSUAL QUE COMPROMETE O INTERESSE DE AGIR. INVIABILIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO. DISPOSITIVOS QUE SE ENCONTRAM NO MESMO PATAMAR NORMATIVO E DE VALIDADE. INSTRUMENTO QUE NÃO SE PRESTA A SUPRIR CARÊNCIAS NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO.** AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repartição do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão conforme a representação de cada partido político na Câmara dos Deputados resultante da última eleição, controvérsia a que se cinge a presente ação, é versada no artigo 47, § 3º, da Lei federal 9.504/1997, que se pleiteia a interpretação conforme a Constituição Federal para que sejam consideradas na referida repartição as alterações de filiação partidária ocorridas durante a legislatura; e também no artigo 47, § 7º, da Lei federal 9.504/1997, bem como no artigo 48, §§ 1º, 3º e 4º, da Resolução 23.551/2017 do Tribunal Superior Eleitoral, normas que não foram impugnadas. **3. A ausência de impugnação da totalidade do complexo normativo que rege a matéria configura vício processual que compromete o interesse de agir em sede de controle abstrato de constitucionalidade.** Precedentes: ADI 2.595-AgR, Rel. Min.

Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 2/2/2018; ADI 4.342-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Julgado em 2/2/2018; ADI 3.148, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 29/9/2011; ADI 2.422-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 30/10/2014; ADI 2.423-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 30/10/2014. **4. A inexistência de dependência normativa inviabiliza eventual declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos dispositivos não impugnados.** Precedente: ADI 2.895, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ de 20/5/2005. 5. A declaração de inconstitucionalidade por arrastamento ou atração não se presta a suprir carências no exercício do direito de ação. Precedentes: ADI 4.647, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 21/6/2018; ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 23/4/2004; ADI 1.775, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 18/5/2001. 6. Agravo a que se nega provimento. (grifos acrescentados) (ADI 5922 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, j. em 14.02.2020)

Diante do exposto, a decisão agravada também merece reforma, em razão da inadequação do objeto da ação direta.

3. Sem Fumus Boni Iuris

I - Serviço Público de Titularidade da Região Metropolitana

Diga-se logo: o Estado não é titular do serviço público de saneamento básico.

De fato, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADI nº 1842/RJ, o serviço de saneamento básico é, em princípio, de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, da CRFB). A despeito disso, como também decidido pelo STF naquele julgamento, inexistente óbice à transferência da titularidade desse 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**" (destacamos - ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013).

Nesse passo, cumpre ser dito que a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro foi instituída pela Lei Complementar nº 184/2018, cujo artigo 11, VII, prevê a titularidade do respectivo Conselho Diretor em relação aos serviços, infraestrutura e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, o que incluiu a competência decisória acerca da forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem.

Assim, conforme bem apontado no Parecer 06/2020 – GUB, de autoria do Procurador do Estado Gustavo Binenbojm, “*com a entrada em vigor dessa lei complementar, houve a transferência da titularidade dos serviços de saneamento básico no âmbito dos municípios metropolitanos à Região*

Metropolitana, demandando a extinção dos contratos atuais com a CEDAE e a celebração de novos contratos com a Região Metropolitana” (grifos acrescentados - parecer anexo).

II – Consequente Inaplicabilidade da Lei Estadual nº 2831/1997

No exercício da competência que lhe fora conferida pelo artigo 22, XVII, da Constituição da República, a União editou a Lei federal nº 8.987/1995, que dispõe sobre normas gerais de concessão e permissão de serviços aplicáveis a todos os entes federativos. Compatível com a sua natureza de norma geral, a Lei nº 8987/1995 apenas exige que os contratos de concessão possuam “*prazo determinado*” (art. 2, III), cabendo aos entes federativos, se assim reputarem conveniente, a predefinição legal de prazos máximos e mínimos.

Foi no exercício dessa competência que o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 2.831/1997, cujo artigo 3º estabelece o prazo máximo 25 anos para as concessões. Todavia, **a atenta análise da lei estadual nº 2.831/1997**, indevidamente utilizada como parâmetro de controle de constitucionalidade pelos representantes, **evidencia que sua aplicabilidade é restrita às concessões que tenham o Estado como Poder Concedente**, *in verbis*:

Lei nº 2831/97:

“Art. 1º - As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos **no plano estadual** reger-se-ão pelas normas desta Lei e dos respectivos contratos.

(...)

Art. 2º - Para os fins desta Lei, considera-se:

I - **Poder Concedente ou Permitente: o Estado**” (grifos acrescentados).

É fora de dúvida, assim, que não se pode pretender, como feito nesta ação, aplicar à concessão do serviço metropolitano de saneamento básico lei estadual que se destina, com exclusividade, às concessões que tenham o Estado como Poder Concedente, tal como se dá com a Lei estadual nº 2.831/1997.

Vê-se, em realidade, que a tese de suposta ilegalidade do Decreto estadual é, ela sim, manifestamente inconstitucional, pois atentatória à autonomia da Região Metropolitana e, em última medida, dos municípios que a integram (titulares originais do serviço de saneamento).

Dito de outra forma, o que se pretende com esta ação, ao fim e ao cabo, é suprimir, de forma absolutamente inconstitucional, a autonomia da Região Metropolitana e dos Municípios que a compõem, impondo-lhes, goela abaixo, condicionante aplicável a outro ente federativo.

III – Posicionamento da PGE sobre o Tema

É importante realçar, a esse respeito, que a inaplicabilidade da Lei 2831/1997 à hipótese em exame foi objeto de minudente análise pela Procuradoria Geral do Estado, pelo Parecer nº 03, de 13 de novembro de 2019, da lavra do Procurador do Estado Gustavo Binenbojm, editado por ocasião da elaboração dos estudos que embasaram a modelagem do processo de universalização do saneamento básico.

“(…) A titularidade dos serviços de saneamento não será transferida ao Estado do Rio de Janeiro, mas à Região Metropolitana, o que significa que ele não pode conceder tais serviços, muito menos disciplinar a possibilidade ou não de subconcedê-los. Em outras palavras, só pode subconceder (ou proibir a subconcessão) quem é concessionário, o que também não é o caso do Estado do Rio de Janeiro.

Conforme explicado no item anterior, **o serviço de saneamento básico foi previsto pela Lei complementar estadual nº 184/2018 como serviço de interesse comum, sendo sua titularidade exercida de modo compartilhado pelos Municípios integrantes da Região Metropolitana**, no âmbito e nos termos da forma de funcionamento deste previstos no referido diploma legislativo complementar estadual.

Com efeito, o art. 11, VII, "a" e "b" da Lei, já mencionado acima, atribui ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, competência para:

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;

O planejamento e a execução do serviço de saneamento de forma integrada pela Região Metropolitana não têm por objetivo definir que o Estado atue como um prestador, mas sim que atue na condição de um *coordenador* de tal serviço. O Estado não se confunde com a Região Metropolitana, esta sim competente para decidir a forma de prestação dos serviços. Dito de outra forma, é de competência da Região Metropolitana, por meio de seu Conselho Deliberativo, decidir se o serviço de saneamento básico será prestado diretamente ou por meio de concessão, e se haverá ou não possibilidade de subconcessões.

Assim, entende-se que o disposto no artigo 31 da Lei estadual nº 2.831/1997, que disciplina a possibilidade de subconcessão no âmbito de concessões de serviços públicos realizadas pelo Estado do Rio de Janeiro, simplesmente não incide e, portanto, não se aplica no presente caso” (grifos acrescentados – parecer anexo).

Nesse aspecto, nos termos da Lei geral de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/1995) e da Lei Complementar nº 184/2018, artigo 11, VII, compete à Região Metropolitana, titular do serviço de saneamento básico, dispor sobre o limite de vigência do respectivo contrato de concessão *ex vi* do art. 2, III, da Lei federal nº 8987/1995.

Mencione-se a esse respeito, uma vez mais, o Parecer nº 06/2020, da lavra do Procurador do Estado do Rio de Janeiro Gustavo Binenbojm, segundo o qual “*não sendo o poder concedente o Estado do Rio de Janeiro, mas outro ente ou a Região Metropolitana, sem legislação específica dispondo sobre o limite de vigência de seus contratos de concessão, estes poderão decidir qual o prazo aplicável em cada modelagem concessional, com base no art. 2º, II da lei 8987/95, que exige apenas que o prazo seja determinado*”.

IV - Pretensão Autoral já Refutada pela Corte de Contas

Em sintonia com o posicionamento da PGE, cumpre mencionar que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro rejeitou Representação ajuizada **nos mesmos termos e pelos mesmíssimos representantes desta ação** (processo TCE-RJ 100.167-5/21).

E, na respectiva decisão, reconheceu (i) a inaplicabilidade da Lei nº 2831/1997 ao caso em apreço, assim como (ii) a competência e discricionariedade técnica da Região Metropolitana para fixar o prazo da concessão em 35 anos, *in verbis*:

“ (...) O primeiro ponto questiona o fato de ter sido estabelecido prazo de 35 (trinta e cinco) anos para a vigência do contrato de operação do sistema, quando a Lei estadual

nº 2.831/97 fixa que o prazo máximo de concessão no âmbito do Estado do Rio de Janeiro é de 25 (vinte e cinco) anos.

Na licitação em tela, participam o Estado do Rio de Janeiro, Municípios da Região Metropolitana e parcela dos Municípios não metropolitanos. Conforme bem exposto pelo Jurisdicionado, a determinação do diploma aplicável à espécie passa pela definição da titularidade do serviço público de saneamento básico.

Nesse ponto, cabe rememorar que se considera Poder Concedente a Região Metropolitana do Rio de Janeiro (Estado e municípios integrantes, nos termos da Lei Complementar que a institui) e cada um dos demais Municípios que não integram a região.

Assim sendo, no âmbito do projeto de desestatização atua o Estado do Rio de Janeiro na condição de mandatário dos entes municipais, na organização e promoção da Concorrência. No que se refere aos Municípios que integram a Região Metropolitana, a referida delegação foi aprovada pelo Conselho Deliberativo da Região, conforme se afere da Ata da Reunião do órgão colegiado realizada em 17.12.2020. Já quanto aos demais entes municipais não metropolitanos que participam da licitação, o mandato conferido ao Estado se deu por meio de contrato de gerenciamento e convênio de cooperação, em conformidade com o que dispõe o art. 241, CRFB/88 e a Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei 14.026/2020.

(...)

Com efeito, se por um lado não há dúvidas quanto à não aplicação ao caso concreto da Lei estadual nº 2.831/97 – remetendo-se, por força da Lei federal nº 8.987/95, a definição do prazo da concessão à disciplina do Edital e do contrato – dada a relevância do projeto para a sociedade fluminense, deve o Jurisdicionado se cercar das cautelas para obstar alegações que possam ensejar entraves na continuidade do procedimento.

Ainda que relevante e legítima a preocupação da Unidade Técnica, fato é que a opção da Administração se deu em conformidade com regra vigente no ordenamento jurídico, presumidamente constitucional, inclusive diante da ausência de concessão de liminar em ADI, o que reforça as justificativas para a atuação administrativa, de maneira que julgo a Representação improcedente neste ponto e acolho a determinação sugerida pelo Corpo Técnico (...).”

(Relator MARCELO VERDINI MAIA – Acórdão do PLENÁRIO proferido na Sessão do dia 24/03/2021).

O que se denota, portanto, é que os representantes insistem em uma tese já refutada pela Corte de Contas e, ao fazê-lo, não apresentaram as informações que, se inicialmente disponibilizadas, certamente conduziriam ao indeferimento da medida cautelar requerida.

V – O Papel do Estado na Concessão

Os documentos oficiais da licitação³ não deixam dúvidas de que o ente estatal é mero representante dos titulares, que exerce, como apontando pelo citado Parecer nº 06/2020, o “*mandatado para organizar, gerir e transferir a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário nas áreas da concessão*”. Essa fato, inclusive, constou textualmente dos *considerandos* apresentados no Decreto impugnado, *in verbis*:

“- 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;

³ A título de exemplo: minutas de Edital (item “1.2.21”) e de Contrato (subcláusulas “1.1.31”, “1.1.67” e “1.168”).

- que, não obstante o papel desempenhado pelo Estado do Rio de Janeiro, os titulares dos serviços remanescerão responsáveis pelo planejamento, fiscalização e acompanhamento dos resultados das concessões contratadas”

Explica-se: com a instituição da Região Metropolitana operou-se a transferência da titularidade dos serviços de saneamento, com a consequente necessidade de extinção dos contratos atuais com a CEDAE e a celebração de novos contratos pela Região Metropolitana.

Para contornar os custos de transação envolvidos na coordenação conjunta de serviços com múltiplos titulares, o projeto de Desestatização elaborado pelo BNDES propôs a delegação de diversas funções administrativas ao Estado, mediante a celebração de Convênio de Cooperação, com a delegação à AGENERSA das funções de fiscalização e regulação dos serviços e ao Estado as funções de organização e promoção da licitação dos serviços e gestão dos contratos.

Em outras palavras, o Estado não é o Poder Concedente, nem detém competência para definir aspectos relacionados à modelagem da concessão e, em especial, do respectivo prazo de vigência. Isso, insista-se, insere-se na competência da Região Metropolitana, titular do serviço.

VI – *Grave Periculum in Mora Inverso*

Risco para a Concessão

Sabe-se que a fixação de determinado prazo de vigência para o contrato de concessão obedece a uma lógica econômica, e, em se tratando de concessão de serviço de saneamento básico, não se pode colocar em dúvida os vultosos investimentos que estão em jogo.

Nesse diapasão, foi objetivo de debate nacional a recente aprovação do Novo Marco Legal do Saneamento que se deu por meio da Lei federal nº 14.026/2020. E uma das finalidades desse esforço legislativo foi justamente a de atrair os investimentos privados, que se afiguram indispensáveis à superação da calamitosa situação na qual se encontra o serviço público de saneamento em todos os seus aspectos.

Atrair investimentos privados implica, de modo geral, dar condições para que esses investimentos, após determinado prazo de maturação, possam ser recuperados pelos respectivos particulares, acrescidos da taxa de retorno mínima estipulada em sede de edital.

Condição *sine qua non* para essa atratividade dos recursos privados é, por conseguinte, a duração da concessão no tempo. Faz-se imperioso que o contrato de concessão dure por um espaço de tempo razoável para que os investidores possam recuperar o capital, com o acréscimo da devida taxa de retorno, sem comprometer a capacidade econômica dos usuários do serviço.

É justamente por conta dessa lógica econômica subjacente que a Lei 11.445/2007, alterada pela Lei 14026/2020, determina que o prazo de duração dos contratos de concessão deverá ser o adequado à amortização dos investimentos realizados⁴. A questão é de tal gravidade que a lei prevê mecanismos indenizatórios na hipótese da extinção do contrato de concessão sem que tenha havido tempo hábil para a amortização de todos os investimentos realizados pelo concessionário⁵.

Na hipótese em apreço, como não poderia deixar de ser, o prazo de duração do contrato de concessão não foi questão definida de modo arbitrário ou calcado em critérios apriorísticos, descolados da economia interna do setor. Ao revés, obedeceu a uma estrita lógica econômica de difícil calibragem.

⁴ “Art. 12. Nos serviços públicos de saneamento básico em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e de fiscalização. (...) III - o prazo de vigência, **compatível com as necessidades de amortização de investimentos**, e as hipóteses de sua prorrogação (...)”.

⁵ “Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: (...) III - **metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato**”.

O que está em jogo é uma questão de natureza estritamente técnica que foi definida após estudos econômicos desenvolvido no âmbito do BNDES, sob a supervisão do Estado do Rio de Janeiro, da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro e de outros Municípios que participam do projeto, sob o contínuo escrutínio de diversos órgãos.

Assim sendo, e com as devidas vênias, para além da insegurança jurídica que a decisão recorrida traz para o processo, já complexo, de concessão, a sua respectiva manutenção poderá mesmo colocá-lo em xeque, na medida em que interfere no respectivo prazo de vigência, que, como visto, representa um dos pilares do equilíbrio econômico-financeiro da modelagem definida pelo BNDES após amplo debate e aprofundados estudos.

* * * * *

Por todo o acima exposto, confia-se na reconsideração da decisão que concedeu a medida cautelar e, caso assim não se entenda, requer-se que V.Exa. leve este recurso a julgamento na próxima sessão do Órgão Especial, do qual se espera o respectivo provimento, com a reforma da decisão recorrida.

Rio de Janeiro, 16 de abril de 2021.

CLÁUDIO CASTRO

GOVERNADOR DO ESTADO EM EXERCÍCIO

BRUNO DUBEUX

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

ANTONIO JOAQUIM PIRES E ALBUQUERQUE

PROCURADOR DO ESTADO

CIRO GRYNBERG

PROCURADOR DO ESTADO