

EXMO. SR. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº 0095265-89.2021.8.19.0001

O **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pessoa jurídica de direito público interno, com endereço para o recebimento de intimações na Rua do Carmo, nº 27, Centro, Rio de Janeiro/RJ, vem, nos autos da Ação Popular ajuizada por **RENATA DA SILVA SOUZA e OUTROS**, em face de **CLAUDIO BONFIM DE CASTRO E SILVA**, com fundamento no art. 6º c/c art. 7º, inciso I, “b”, e inciso III da Lei nº 4.717/1965, ingressar espontaneamente no feito, assim como oferecer **CONTESTAÇÃO** mediante os fatos e fundamentos que passa a expor.

1. A LIDE

Cuida-se de Ação Popular ajuizada por Deputados Estaduais em face da pessoa do Governador do Estado, objetivando a anulação do Edital de Concorrência internacional nº 01/2020, relacionado à “*concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro*”. Os autores populares alegam que o Estado, na qualidade de Poder Concedente, publicou o edital de Concorrência para concessão de serviço de saneamento, que é atualmente prestado pela Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro – CEDAE. Sustentam que o Poder Executivo foi autorizado pela Lei nº 7.529/2017 a alienar as ações representativas do capital social da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, não se tendo, no entanto, autorizado a abertura de licitação para concessão dos serviços.

Afirmam, assim, a nulidade do Decreto estadual nº 47.422/2020 e do Edital de concorrência internacional nº 01/2020, uma vez que a definição de execução do serviço por outras prestadoras não poderia ser feita sem autorização legislativa. Além disso, alegam a nulidade do edital de concorrência, uma vez que (i) não preservaria a tarifa social assegurada pelo Decreto nº 25.438/1999 e pela Lei nº 7.529/2017; e (ii) 17 (dezessete) Municípios não aderiram ao modelo de concessão, o que causaria impactos negativos à prestação do serviço.

Ocorre que, ao contrário do que sustentam os autores, não há qualquer vício no edital de licitação de concessão dos serviços de saneamento.

2. PRELIMINARES

2.1. A necessidade de ingresso do Estado: impugnação de ato do Sr. Governador como representante do Estado

Os autores ajuizaram a ação popular em face da pessoa do Governador do Estado do Rio de Janeiro, sob o fundamento de que “*o sr. Claudio Castro, na qualidade de chefe do Poder Executivo estadual em exercício, e, conseqüentemente, delegatário das funções administrativas de organização e promoção do certame em questão, é devidamente responsável pelo ato ilegal, lesivo ao meio ambiente, conforme artigo 6º da Lei 4.717/65*”.

Ocorre que, se os autores afirmam que o Sr. Governador do Estado é responsável pelo ato impugnado, não é possível, nos termos do mesmo art. 6º da Lei nº 4.717/1965, o prosseguimento da ação sem a participação do Estado do Rio de Janeiro. Afinal, o dispositivo é expresso ao exigir que “a ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado”.

Assim sendo, considerando que os próprios autores afirmam que “o Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de Poder Concedente, fez publicar, no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 29/12/2020 (doc. 18), a Concorrência Internacional 01/2020”, não há como afastar a deficiência da inicial, assim como necessidade de ingresso do Estado no polo passivo da ação popular. Afinal, a pretensão de anulação do edital de concorrência internacional importaria na anulação de um ato praticado não pelo Governador, mas pelo próprio Estado do Rio de Janeiro.

Diante disso, apesar de não ter sido citado, em razão das imputações realizadas pelos autores, nos termos do art. 6º da Lei nº 4.717/1965, deve-se admitir o ingresso espontâneo do Estado no polo passivo, com o recebimento da presente defesa.

2.2. A ilegitimidade passiva do Governador e do Estado do Rio de Janeiro: delegação de competências municipais para a concessão do serviço de saneamento

Os autores populares afirmam que a legitimidade passiva do Governador e, por consequência, do Estado do Rio de Janeiro decorreria do fato de o Estado, na qualidade de Poder Concedente, ter publicado o Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020, que é objeto do pedido de anulação. Ocorre que, ao contrário do que afirmam os autores, o Estado do Rio de Janeiro não é o Poder Concedente de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Como se verifica do teor do Decreto Executivo nº 47.422/2020 (index 51), 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:

- 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), não há como reconhecer a legitimidade passiva do mandatário para figurar na relação jurídico-processual. Afinal, a pretensão dos autores populares tem repercussão sobre os interesses daqueles que são ostitulares do serviço: os Municípios.

Por sinal, a minuta de contrato que acompanhou o edital impugnado evidencia a condição de mero representante do Estado do Rio de Janeiro. Confira-se o teor do preâmbulo do contrato (index 107 – fls. 110):

Pelo presente instrumento, o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pessoa jurídica de direito público, inscrito no CNPJ/MF sob o nº [N.º], com sede na [...], nesta Capital do Estado de [...], neste ato representada pelo Sr. [*], **na qualidade de representante dos titulares dos SERVIÇOS**, doravante denominada simplesmente ESTADO; (grifos acrescentados)

Aliás, na Suspensão de Liminar nº 1.446/RJ, que impugnou a decisão monocrática proferida na Representação de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, cujo objetivo também era a suspensão do procedimento licitatório para concessão dos serviços de saneamento dos Municípios do Estado, o STF afirmou que *“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”*.

Dessa forma, em razão da discussão sobre interesses jurídicos dos 35 Municípios titulares dos serviços, incluindo a Região Metropolitana, que figuram como Poder Concedente do edital de licitação impugnado, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015.

2.3. A falta de interesse de agir: prévia impugnação da concessão dos serviços de saneamento

por ação direta de inconstitucionalidade – efeitos *erga omnes* e vinculantes

Como relatado, alguns dos autores populares também ajuizaram a ação direta nº 0001674-76.2021.8.19.0000, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto estadual nº 47.422/2020, que autorizou a abertura do procedimento licitatório aqui impugnado, tendo se alegado que, “*sobre a necessidade da LIMINAR, importa acentuar que o leilão de concessão da Companhia Estadual de Águas e Esgoto (CEDAE) já está previsto para o mês de abril de 2021*”.

Na ação direta, portanto, os representantes também buscam a suspensão da licitação, assim como o reconhecimento de suposta inconstitucionalidade da concessão dos serviços de saneamento. E isso igualmente sob o fundamento de que “*a autorização legislativa foi para a alienação das ações representativas do capital social da CEDAE, e não para o Poder Executivo abrir procedimento licitatório sob a modalidade de concorrência internacional para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário*” (fls. 12 da Petição inicial da ação direta nº 0001674- 76.2021.8.19.0000).

Nesse aspecto, considerando que os autores populares buscam a anulação de ato já impugnado por ação direta, cujos efeitos da decisão serão vinculantes e *erga omnes*, não há como identificar interesse processual na ação popular. Afinal, não será possível decidir pela nulidade alegada, já que esse é exatamente o objeto da decisão da ação direta de inconstitucionalidade, que, pela sua natureza, deverá ser observada pelo Juízo da ação popular.

Aliás, ao deferir o pedido de extensão na SL nº 1.446/RJ, originariamente apresentado para suspender os efeitos da decisão monocrática do Desembargador Adolpho Andrade Mello na ação direta nº 0001674-76.2021.8.19.0000, o STF foi expresso ao determinar a suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo grau que obste, parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no Decreto estadual nº 47.422/2020. Confirmam-se os trechos das decisões proferidas na SL nº 1.446/RJ:

DEFIRO o pedido liminar, para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de modo a restabelecer a plena eficácia do Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente, com fundamento no § 7º do art. 4º da Lei 8.437/92. Comunique-se com urgência o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Nos termos do § 2º do art. 4º da Lei 8.437/92, intime-se os autores do processo na origem, para que se manifestem sobre o pedido de suspensão formulado no prazo legal. Publique-se.

(SL 1.446/RJ, Relator Ministro Presidente Luiz Fux, j. em 22.04.2021)

DEFIRO o pedido de medida liminar, para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0101354-84.2021.5.01.0000, em trâmite perante o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, a fim de restabelecer o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente, com fundamento no §8º do art. 4º da Lei 8.437/92. **Outrossim, determino a suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo grau que obste, parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente.** Comunique-

se, com urgência, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o Tribunal Regional Federal da Segunda Região. (grifos acrescentados)

(SL 1.446/RJ, Relator Ministro Presidente Luiz Fux, j. em 27.04.2021).

Com isso, torna-se inviável nesta ação popular discutir a juridicidade do procedimento licitatório, inclusive porque isso significaria afronta à autoridade da decisão do STF que determinou a “*suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo graus que obste, parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro*”.

Assim sendo, em razão da ausência de interesse processual, pela clara inexistência de adequação para discutir o andamento do procedimento licitatório, cujo prosseguimento já é objeto de ação direta de inconstitucionalidade, o processo merece ser extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015.

3. QUESTÃO PREJUDICIAL

Ainda que se superem as preliminares, o que ora se admite apenas para fins de argumentação, não há como afastar a repercussão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, na qual algum dos autores populares arguem a inconstitucionalidade *in abstracto* do Decreto Estadual nº 47.422/2020 que autorizou a licitação impugnada, sobre o mérito da ação popular.

Tanto é assim que o STF, em suspensão de liminar, deferiu o pedido de contracautela para sustar qualquer decisão que obstasse o andamento da licitação impugnada pelos autores populares. É certo, assim, que, caso venha a ser conhecida a ação direta, o juízo sobre a validade do Decreto Estadual nº 47.422/2020 e, conseqüentemente, sobre o Edital de Concorrência internacional nº 01/2020, estará sujeito à decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado.

Diante disso, até que seja concluído o julgamento da Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000 pelo Órgão Especial do TJERJ, o presente processo deve, ao menos, ser suspenso.

4. MÉRITO

Caso não se entenda pela extinção do feito ou pela suspensão do processo, o que se admite por eventualidade, os pedidos merecem ser julgados improcedentes. Os autores populares afirmam que o Decreto nº 47.422/2020 e o Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020 seriam nulos, uma vez que o Poder Executivo estadual não teria autorização legislativa para alienar as ações do capital social da CEDAE (Lei nº 7.529/2017), mas não para “*abrir procedimento licitatório para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário*”. Alegam, ainda, a nulidade do Edital, uma vez que não preservaria a “tarifa social”, fixada pelo Decreto nº 25.438/1999, bem como não teria se baseado em estudos técnicos para afastar os impactos negativos da concessão para 17 municípios que não aderiram ao modelo de concessão previsto. Não há, contudo, fundamento em nenhuma das três teses de nulidade.

4.1. Decisão sobre a forma de prestação de serviço público: matéria sujeita à Reserva de Administração

A primeira tese de nulidade suscitada pelos autores diz respeito à suposta necessidade de autorização legislativa para a decisão administrativa de abertura de licitação para concessão dos serviços que são prestados pela CEDAE. Isso porque, como a CEDAE teria sido criada por atos legislativos, “*a matéria, portanto, deveria ter sido regulamentada pela Casa Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, através de Lei, e não por Decreto*”.

A premissa dos autores populares, contudo, possui dois equívocos. *Em primeiro lugar*, não cabe ao Poder Legislativo estadual deliberar sobre a concessão de serviço público que é de titularidade primária dos Municípios. *Em segundo lugar*, a decisão sobre a realização de licitação, assim como de prestação de serviço público de forma direta ou indireta, inclusive se por uma estatal ou por concessionária, são decisões de organização e funcionamento, cuja competência é exclusivamente da Administração Pública.

Como já se expôs no tópico sobre a ilegitimidade passiva do Governador e do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto estadual nº 47.422/2020 e o Edital nº 01/2020 foram editados com o base em delegação de competência dos Municípios e da Região Metropolitana, que são os titulares do serviço público de saneamento básico. Os *considerandos* do Decreto, assim como o edital impugnado são expressos ao indicarem 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*”, mas, “*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*”.

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 no Estado do Rio de Janeiro, com a edição da Lei Complementar nº 184/2018. Como consequência dessa titularidade primária dos municípios para o serviço, a edição de ato normativo pelo Poder Legislativo do Estado sobre serviço que não é de sua titularidade usurparia a competência dos municípios para o exercício de suas competências político-administrativas e legislativas. 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 – previstos 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)

Assim, ao contrário do afirmado pelos autores populares, não cabe ao Poder Legislativo estadual legislar sobre a concessão de serviço de saneamento básico. Por essarazão, inexistente nulidade por ausência de lei estadual que disponha sobre a concessão do serviço de saneamento.

Mais além, tampouco há exigência de autorização legislativa para abertura de licitação e para a decisão sobre a concessão do serviço. O art. 84, incisos II e VI, *a*, da Constituição da República, reproduzido pelo art. 145, incisos II e VI, *a*, da CERJ, reserva ao Chefe do Poder Executivo a competência para “*exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual*” e para dispor, mediante decreto, sobre “*organização e funcionamento da administração estadual*”.

Dessa forma, a disciplina sobre como a Administração Pública se organiza e funciona, inclusive para prestar um serviço público, é uma matéria sujeita à Reserva de Administração. Tome-se como exemplo um outro serviço público: o serviço judiciário. O Poder Legislativo não tem a iniciativa para leis que disponham sobre a forma como o serviço judiciário será organizado e sobre como será a atuação dos órgãos judicantes. Essa iniciativa é reservada ao Poder Judiciário. De igual modo, para a preservação do núcleo do princípio da Separação de Poderes, a Constituição reserva ao Poder Executivo a disciplina sobre a prestação dos serviços públicos que lhe cabe a execução. A decisão sobre a prestação direta, indireta, inclusive se por meio de uma estatal ou por concessionária de serviço público, é matéria típica de gestão, cuja valoração quanto aos motivos e à escolha do objeto se inserem no mérito administrativo próprio da Administração Pública. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do STF:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO 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)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIÇOS PÚBLICOS E ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. PROCESSO LEGISLATIVO. INICIATIVA. PODER EXECUTIVO.

À luz do princípio da simetria, são de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual as leis que versem sobre serviços públicos e organização administrativa do Estado. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifos acrescentados)

(RE 396970 AgR, Segunda Turma, Relator Ministro EROS GRAU, j. em 15.09.2009)

Diante disso, ao contrário do que afirmam os autores populares, inexistente nulidade na publicação

do edital de concessão, porque a Constituição veda a interferência legislativa nas funções típicas de gestão da Administração Pública. É dizer: inexistente exigência de autorização legislativa para que o Poder Executivo abra procedimentos licitatórios e decida, em ato típico de gestão, como concretamente será prestado um serviço público.

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.

Não é demais lembrar que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro previa, no inciso XX do art. 99, a atribuição da Assembleia Legislativa para “*apreciar e aprovar convênios, acordos, convenções coletivas ou contratos celebrados pelo Poder Executivo com os Governos Federal, Estadual ou Municipal, entidades de direito público ou privado, ou particulares, de que resultem para o Estado quaisquer encargos não estabelecidos na lei orçamentária*”. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, por ocasião do julgamento da ADI 676, Relator Ministro Carlos Velloso, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que “*ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos poderes*”.

A tese de exigência de autorização prévia para licitar e contratar, assim como a pretensão de sustação de procedimento licitatório para concessão de serviço público por suposta necessidade de chancela parlamentar fere o princípio da independência dos Poderes, “*extravassando das pautas de controle externo constante da Carta Federal e de observância pelos Estados*” (ADI 676, Relator Ministro Carlos Velloso, j. em 01.07.1996). Inexiste, assim, a nulidade suscitada pelos autores populares.

4.2. A fixação da tarifa dos serviços concedidos: previsão expressa pelo edital de observância da “tarifa social”

Os autores também afirmam a nulidade do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020 sob o fundamento de que não preservaria a “tarifa social”, fixada pelo Decreto nº 25.438/1999. Nesse aspecto, *em primeiro lugar*, tal como pontuado pela decisão que indeferiu a tutela de urgência, “*previsões legais são normas cogentes, e o próprio Anexo 01 do Edital, no seu item 25.2, reitera a necessidade de observância do império da lei, como se infere: “Sem prejuízo das demais disposições deste CONTRATO e da legislação aplicável, são deveres da CONCESSIONÁRIA:” (Fls. 151)*”. Isso significa que a composição tarifária e, por consequência lógica, a formulação da proposta pelos licitantes consideram todos os custos envolvidos na operação. Isso inclui não apenas a infraestrutura para o serviço, como também as obrigações legais relacionadas à atividade.

Veja-se que o edital é expresso ao indicar que “*Caberá a cada LICITANTE realizar, por sua própria conta e risco, investigações, levantamentos e estudos, bem como desenvolver projetos para permitir a apresentação de sua PROPOSTA COMERCIAL*” (item 21.1 – index 53, fls. 80). Por sua vez, no item 21.8.2 (index 53, fls. 81) há indicação expressa de que na Proposta Comercial da licitante “*deverão estar abrangidos todos os custos referentes ao cumprimento do objeto do CONTRATO, incluindo, mas sem a eles se limitar, valores referentes aos ônus e obrigações da CONCESSIONÁRIA concernentes à legislação federal, estadual ou municipal que impacte direta ou indiretamente a prestação dos SERVIÇOS*”.

Em outras palavras, o ônus de apuração dos custos da operação é do licitante, que deve incluir

no cálculo de sua proposta as obrigações legais vigentes que impactem a prestação do serviço.

Em segundo lugar, ainda que fosse desnecessário o edital detalhar as obrigações legais incidentes sobre a operação do serviço concedido, ao contrário do que alegam os autores, houve previsão expressa de observância da “tarifa social”. A minuta de contrato, que constitui o Anexo 01 do edital (index 107), é expressa ao exigir que “*para garantir a medição correta do percentual de economias beneficiárias de tarifa social, a CONCESSIONÁRIA deverá realizar recadastramento anual dos beneficiários, 2 (dois) meses antes da data de aplicação do cálculo previsto na subcláusula 29.1.2*” (item 29.3 do Contrato - index 107, fls. 162)

O ANEXO III da minuta de contrato que acompanhou o edital (documento anexo), ainda detalha que a fixação da tarifa efetiva pela concessionária é calculada com base no índice de Tarifa Social, cujo objetivo é “*prever um aumento adicional na tarifa dos USUÁRIOS caso o percentual de economias beneficiárias da tarifa social, segundo os critérios estabelecidos por regulamentação estadual, exceda o limite estabelecido em contrato, que é de 5%*”.

É válido destacar, inclusive, que o Governador do Estado do Rio de Janeiro ajuizou recentemente a Ação Direta nº 0057848-08.2021.8.19.0000, em face do art. 11 da Lei estadual nº 9.164/2020, de iniciativa parlamentar e de autoria de um dos autores populares, justamente para preservar o regime de “tarifa social” nos contratos de concessão de saneamento. Como destacado na inicial da Representação de Inconstitucionalidade, a iniciativa legislativa de proibição de cobrança de tarifa mínima, instituída pelo art. 11 da Lei estadual nº 9.164/2020, “*importará na extinção da chamada “tarifa social”, estabelecida para beneficiar a população de baixa renda, com cobrança de valores fixos por unidade consumidora*”.

É certo, assim, que o Governador e o Estado do Rio de Janeiro têm adotado as medidas necessárias para a preservação da “tarifa social”. Por outro lado, os autores populares, inclusive o autor da iniciativa parlamentar citada, aprovaram dispositivo de lei que, na prática, extingue o regime de tarifa social no Estado. Assim, ao contrário do que alegam, se existe um movimento para extinção da tarifa social, esse movimento é dos próprios autores populares. O Sr. Governador, com o ajuizamento da Ação Direta, assim como o Estado, ao prever expressamente no edital a necessidade de observância da “tarifa social”, têm adotado todas as medidas para a preservação do regime social de tarifa na concessão dos serviços.

Não há, portanto, como identificar fundamento na tese de nulidade suscitada, uma vez que a observância da tarifa social fixada pela legislação estadual constou expressamente do edital impugnado.

4.3. Planejamento e desenho do modelo de concessão: estudos técnicos para a modelagem da concessão

Por fim, os autores populares afirmam que o edital de concessão seria nulo, uma vez que não teria se baseado em estudos técnicos para afastar os impactos negativos da concessão para 17 municípios que não aderiram ao modelo de concessão.

De início, é necessário observar que os autores populares apresentaram alegações genéricas sobre o suposto impacto negativo do modelo de concessão, não tendo indicado sequer uma situação concreta de prejuízo produzido pelo Edital impugnado. Aliás, os autores indicam que 17 municípios não aderiram ao modelo de concessão regionalizada e, logo em seguida, sustentam que 12 Municípios ficariam em um “limbo jurídico”. Segundo apontam, portanto, esse seria o fundamento da nulidade do Edital.

Ocorre que, *em primeiro lugar*, é preciso colocar o tema em sua perspectiva correta. Todos os entes federativos, nos termos do art. 18 da Constituição, são autônomos. Isso significa que a adesão ou não ao modelo de concessão regionalizada foi uma decisão tomada por cada Município, dentro de sua

esfera de autonomia federativa, com base em sua realidade social e econômica e, especialmente, considerando a existência de alternativa mais adequada/vantajosa para a prestação do serviço na localidade. Todos os Municípios do Estado puderam aderir ao modelo regionalizado de concessão e, nos termos do item 36.6 do edital (index 53, fls. 105) ainda podem manifestar seu interesse de adesão, com a consequente extensão da área de concessão.

Em segundo lugar, o modelo de concessão previsto no Edital nº 01/2020, afirmado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) como a “*maior concessão de saneamento do Brasil*”, com projeção para “*gerar 45 mil empregos e investimentos de R\$ 30 bilhões*”¹, contou com amplo estudo técnico e participação social para a licitação. Em realidade, o processo de modelagem para a concessão, iniciado em 2017, contou com (i) estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira, ambiental e jurídica; (ii) estudos específicos para cada Município; (iii) exame pelos órgãos de controle da modelagem de concessão; (iv) consultas públicas; e (v) audiências públicas realizadas pela CEDAE (em 25/06 e 06/07/2020) e pela Assembleia Legislativa do Estado – ALERJ (em 07/07/2020).

A modelagem da concessão impugnada pelos autores populares resultou, portanto, de um processo longo e participativo desenvolvido pelo Programa do BNDES para estruturação de projetos no setor de saneamento, com detalhamento dos benefícios e externalidades da concessão (documento anexo).

É preciso ter em conta que o Marco Legal do Saneamento Básico, atualizado pela Lei nº 14.026/2020, exige que as contratadas para a prestação do serviço de saneamento básico demonstrem capacidade econômico-financeira para assegurar a universalização dos serviços até 31 de janeiro de 2033². Conforme aponta o Ofício encaminhado pela Secretaria de Estado da Casa Civil, para assegurar a universalização do saneamento básico nos 35 municípios que aderiram à concessão serão necessários investimentos da ordem de R\$ 23,22 bilhões até 2033 (documento anexo).

| INVESTIMENTOS PARA A UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS ATÉ 2033 | | | | | | |
|--|------------------|------------------|------------------|-------------------|-------------------|--|
| Serviço | BLOCO I | BLOCO II | BLOCO III | BLOCO IV | TOTAL | |
| Água | R\$ 2.584.755,00 | R\$ 649.157,00 | R\$ 1.270.639,00 | R\$ 4.153.551,00 | R\$ 8.658.102,00 | |
| Esgoto | R\$ 3.987.507,00 | R\$ 1.423.748,00 | R\$ 794.474,00 | R\$ 8.356.483,00 | R\$ 14.562.212,00 | |
| Total | R\$ 6.572.262,00 | R\$ 2.072.905,00 | R\$ 2.065.113,00 | R\$ 12.510.034,00 | R\$ 23.220.314,00 | |

Esse volume de recursos é imensamente superior à capacidade de receita dos municípios participantes, que, hoje, se beneficiam de um modelo de subsídio cruzado, que depende quase integralmente do Município do Rio de Janeiro (responsável por 77% da receita bruta da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro - CEDAE).

Na verdade, o volume de investimentos supera até mesmo a capacidade financeira da CEDAE (considerados não apenas os recursos próprios, como a sua própria capacidade de endividamento). O

¹ Disponível em “<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/bndes-e-governo-do-rio-de-janeiro-lancam-edital-para-concessao-de-saneamento-do-estado>”. Acesso em 11.08.2021.

² Art. 7º da Lei 14.026/2020, que, por sua vez, incluiu o artigo 11-B na Lei nº 11.445/07, *in verbis*: “ Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento”.

raio-x do quadro sanitário do Estado, aliado ao investimento médio anual da CEDAE nos últimos 10 anos, que foi de R\$ 185 milhões, demonstram a inviabilidade de o modelo atual de prestação do serviço alcançar as metas legais de universalização do saneamento.

ESTADO

| | | |
|---|---|--|
| <p>1.628.818 População sem acesso à água (pessoas) SNIS / 2018</p> <p>9,5% Parcela da população sem acesso à água (% da população) SNIS / 2018</p> | <p>5.918.465 População sem coleta de esgoto (pessoas) SNIS / 2018</p> <p>34,7% Parcela da população sem coleta de esgoto (% da população) SNIS / 2018</p> | <p>1.035.286,23 Esgoto não tratado (mil m³) SNIS / 2018</p> <p>31,3% Índice de esgoto tratado referido à água consumida (%) SNIS / 2018</p> |
| <p>4.164 Internações totais por doenças de veiculação hídrica (Número de internações) DATASUS / 2018</p> <p>92 Óbitos por doenças de veiculação hídrica (Número de óbitos) DATASUS / 2018</p> | <p>3.060,47 Renda das pessoas com saneamento (R\$ por mês) IBGE / 2018</p> <p>1.120,94 Renda das pessoas sem saneamento (R\$ por mês) IBGE / 2018</p> | <p>10,29 Escolaridade das pessoas com saneamento (Anos de educação formal) IBGE / 2018</p> <p>7,45 Escolaridade das pessoas sem saneamento (Anos de educação formal) IBGE / 2018</p> |

Painel do Saneamento Brasil– Instituto Trata Brasil.

REGIÃO METROPOLITANA

| | | |
|---|---|--|
| <p>1.110.460 População sem acesso à água (pessoas) SNIS / 2018</p> <p>8,8% Parcela da população sem acesso à água (% da população) SNIS / 2018</p> | <p>4.179.042 População sem coleta de esgoto (pessoas) SNIS / 2018</p> <p>33,2% Parcela da população sem coleta de esgoto (% da população) SNIS / 2018</p> | <p>- Esgoto não tratado (mil m³) SNIS / 2018</p> <p>33,5% Índice de esgoto tratado referido à água consumida (%) SNIS / 2018</p> |
| <p>1.223 Internações totais por doenças de veiculação hídrica (Número de internações) DATASUS / 2018</p> <p>32 Óbitos por doenças de veiculação hídrica (Número de óbitos) DATASUS / 2018</p> | <p>3.117,84 Renda das pessoas com saneamento (R\$ por mês) IBGE / 2018</p> <p>1.366,69 Renda das pessoas sem saneamento (R\$ por mês) IBGE / 2018</p> | <p>10,48 Escolaridade das pessoas com saneamento (Anos de educação formal) IBGE / 2018</p> <p>8,51 Escolaridade das pessoas sem saneamento (Anos de educação formal) IBGE / 2018</p> |

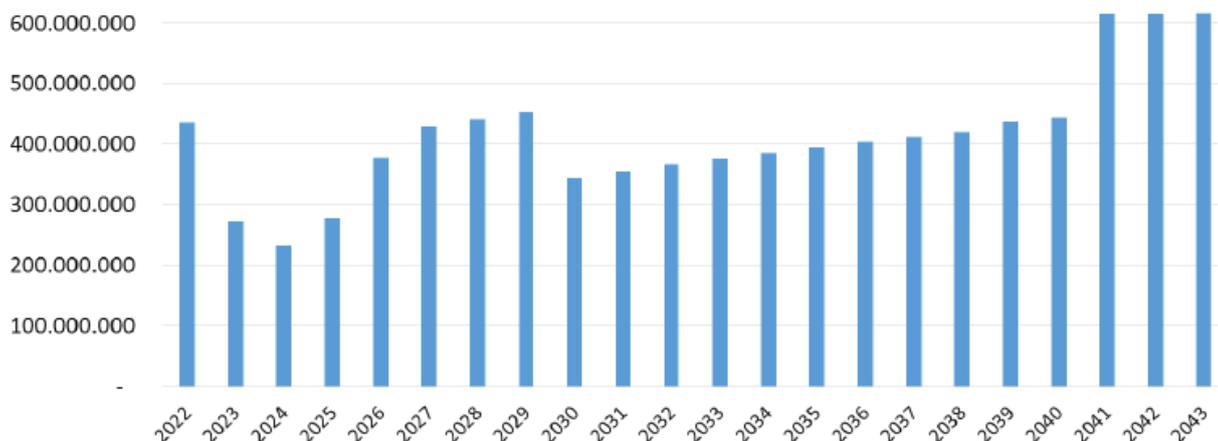
Painel do Saneamento Brasil– Instituto Trata Brasil.

Diante desse quadro, após amplo estudo e debate, desenhou-se a concessão do serviço por modelo de bloco de concessões regionalizadas, com abrangência nos Municípios atendidos pela CEDAE.

Conforme estudos do BNDES, esse modelo apresenta maior competitividade, possibilidade de implantação faseada, manutenção da CEDAE com adequada capacidade econômico-financeira, bem como a divisão de responsabilidades. E mais: a modelagem escolhida cria maior incentivo à atração de investimentos privados indispensáveis ao atingimento das metas de universalização nos prazos legais, sem descurar da necessidade de (i) garantir-se a modicidade das tarifas e a (ii) criação de estruturas de fiscalização voltadas a verificar o adequado cumprimento das metas contratuais, assim como o estabelecimento de indicadores de metas bem definidos.

A CEDAE, por sua vez, não deixará de existir; apenas passará a concentrar esforços na captação e tratamento, transformando-se em uma sociedade de gestão de recursos hídricos, com receita estimada em mais de R\$ 2,3 bilhão e fluxo de caixa positivo. Esse foco na atuação da CEDAE garantirá melhora na qualidade da água.

A CEDAE Produção



Sem prejuízo disso, é importante acrescentar que a concessão trará ainda benefícios sociais, ambientais e econômicos para o Estado. De fato, a concessão de saneamento é considerada o maior projeto ambiental do país, com mais de R\$ 9 bilhões em programas específicos para a despoluição e melhoria de áreas desassistidas, que podem ser assim sintetizados:

- **FAVELAS:** Mínimo de R\$ 1,86 bi a ser investido na ampliação do sistema de abastecimento de água e de esgotamento sanitário nas favelas não urbanizadas, com obrigatoriedade da continuidade da prestação do serviço - Favelas urbanizadas estão inseridas nas metas gerais de universalização;
- **COMPLEXO LAGUNAR:** R\$ 250 milhões Na despoluição do Complexo Lagunar da Barra da Tijuca e Jacarepaguá;
- **BAÍA DE GUANABARA:** Investimentos de R\$ 2,6 bilhões, nos 5 primeiros anos, destinados a atacar as causas da poluição da baía, dos seus corpos afluentes e melhorar a balneabilidade das praias e lagoas. Serão menos 18,4 mil litros de esgoto não tratado por segundo;
- **RIO GUANDU:** Investimentos de R\$ 2,9 bi, nos 5 primeiros anos, para reduzir a poluição na bacia do rio Guandu, que abastece a maior parte da Região Metropolitana; e
- **PROGRAMA DE SANEAMENTO AMBIENTAL (PSAM):** R\$ 1,4 bilhão em Duque de Caxias, Nova Iguaçu e São Gonçalo.

Ademais, serão gerados 26 mil novos empregos diretos e indiretos nos 35 municípios para garantir o cumprimento das metas do Plano Nacional de Saneamento Básico. Estima-se, também, que a concessão trará benefícios financeiros aos Municípios e ao Estado com outorgas (fixas e variáveis), assim como à AGENERSA, com recebimento de taxas de fiscalização em torno de R\$ 2,16 bilhões. Em síntese, projetam-se impactos de mais de R\$ 1 trilhão na economia durante os próximos 35 anos:

| Estrutura | R\$ bilhões |
|---|---------------------|
| Massa salarial direta e indireta | |
| 18,7 mil empregos atuais na cadeia mais a geração de 26 mil para a realização de obras e outras atividades de apoio | R\$ 443,18 |
| Receita bruta Concessisonárias | R\$ 336,72 |
| Opex | R\$ 69,54 |
| Produtividade e sistema de saúde | R\$ 50,90 |
| Capex | R\$ 30,00 |
| Imobiliário | R\$ 12,40 |
| Outorga fixa (mínima) | R\$ 10,60 |
| Outorgas variáveis (mínima) | R\$ 13,90 |
| Turismo | R\$ 2,70 |
| Impostos | R\$ 3,20 |
| Subtotal | R\$ 973,14 |
| Novas companhia de saneamento | R\$ 38,50 |
| Total | R\$ 1.011,64 |

É certo, assim, que, a despeito da demonstrada importância sanitária, econômica, social e ambiental subjacente à concessão pretendida pela Região Metropolitana e pelos Municípios aderentes, os autores populares apresentam alegações genéricas de nulidade, para impugnar um projeto de concessão desenvolvido no âmbito do BNDES, sob a supervisão do Estado do Rio de Janeiro, da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro e dos Municípios aderentes, sob o contínuo escrutínio de diversos órgãos estatais (TCE, MPF, MP-RJ, DPGE-RJ, AGENERSA, Rio-Águas e CEDAE) e da população, mediante consultas públicas.

Como se nota, contudo, inexistem nulidades no edital, ou no modelo de concessão, mas apenas a resistência política dos autores populares para a consecução do maior projeto de infraestrutura de saneamento básico do país.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Estado requer:

- a) o seu ingresso no polo passivo da ação, nos termos do art. 6º da Lei nº 4.717/1965;
- b) a extinção do processo sem resolução de mérito, em razão da ilegitimidade passiva do Governador e do Estado do Rio de Janeiro, assim como pela ausência de interesse processual;
- c) sucessivamente, que **seja suspenso o julgamento da presente Ação Popular**, até que concluído, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674- 76.2021.8.19.0000;
- d) caso superadas as questões preliminares que seja julgado **IMPROCEDENTE O PEDIDO** inicial.

Pugna pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente o documental e o pericial.

Finalmente, o Réu indica o endereço da Procuradoria Geral do Estado na Rua do Carmo, nº 27, devendo todas as intimações referentes ao presente feito serem feitas em nome da **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, em cumprimento ao disposto nos arts. 106, I, e 272, § 2º, do CPC/2015.

Rio de Janeiro, 12 de agosto de 2021.

CIRO GRYNBERG

PROCURADOR DO ESTADO