

P.A. nº E-14/001.05834/2019

Saneamento básico. CEDAE. Projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto. Instrumento jurídico adequado à delegação de serviços a montante à CEDAE. Contrato de programa, caso permaneça sob o controle do Estado, ou concessão mediante concorrência. Inviabilidade da alienação diluída de ações face à exigência legal de identificação e avaliação pelo poder concedente do(s) controlador(es) dos delegatários de serviços públicos. Outras considerações.

Senhor Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa:

I – A CONSULTA

A consulta apresentada foi encaminhada a esta Procuradoria Especializada pelo Sr. Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves, para análise acerca da viabilidade jurídica do projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela empresa estatal estadual CEDAE (fls. 24/54), a fim de dar cumprimento ao Plano de Recuperação Fiscal acordado entre o Estado do Rio de Janeiro e a União¹. O referido projeto foi produzido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e encampado pela respectiva Secretaria estadual.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o parecer em tela não se destina à apreciação de todo o conteúdo da consulta, mas **apenas dos quesitos nº1.10 e nº4.1** da consulta apresentada pela CEDAE, os quais me foram designados pelo Sr. Procurador-Chefe desta D. Especializada, Dr. André Rodrigues Cyrino, cf. Promoção supra de sua lavra.

É importante frisar que, devido à referida divisão, a fim de evitar dispensáveis repetições, **nos remetemos ao relato contido na supracitada Promoção.**

O quesito nº 1.10 questiona qual instrumento jurídico poderá ser utilizado quando da delegação de serviços *upstream* à CEDAE, enquanto que o quesito 4.1, relaciona-se à privatização propriamente dita (para além da desestatização do exercício dos serviços²) da CEDAE *upstream*, abordando, sobretudo, questão relativa à alienação de ações representativas do seu controle, nos seguintes termos:

¹Diante do cenário de crise fiscal do Estado do Rio de Janeiro, este aderiu ao Regime de Recuperação Fiscal, previsto da LC Federal nº 159/2017, mediante apresentação de um Plano de Recuperação Fiscal ao Ministério da Fazenda, pelo qual se comprometeu a providenciar, dentre outras medidas, a desestatização do setor de saneamento básico, com vistas a quitar os passivos do Estado com a privatização da empresa estatal que atualmente presta o serviço, a CEDAE.

²Como sói acontecer no Direito Público, a discrepância de nomenclatura é grande. No particular, adotaremos, aproximadamente a que sustenta Celso Antonio Bandeira de Mello (in Privatização e Serviços Públicos, RTDP, 22, pp. 172 a 180), e com base no art. 2º, § 3º da Lei nº 8.031/90, o termo "desestatização" em sentido geral, como gênero, e em sentido específico para os serviços públicos cuja execução foi delegada à iniciativa privada e "privatização" para as atividades econômicas que deixaram de ser exploradas por entidades estatais ou ativos (no caso as ações da CEDAE) alienados a particulares. Eventualmente, como se verá, *in casu* teríamos a cumulação da desestatização do exercício do serviço público de saneamento com a privatização (alienação) das ações da atual empresa estatal que o presta.

1.10 Qual instrumento jurídico poderá ser utilizado considerando a base legal vigente para viabilizar delegação de serviços upstream à CEDAE?

4.1. Privatização da CEDAE upstream: é possível a futura alienação de ações representativas do controle da CEDAE upstream por meio de procedimentos de oferta pública de ações, com pulverização de ações sem formação de bloco de controle, procedida no ambiente de negociação da Bolsa de Valores, nos termos da legislação incidente sobre as operações de mercado de capitais?

II – NOVA DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS À CEDAE

o presente tópico analisará o novo papel que a CEDAE poderá vir a ter no modelo de delegação de serviços proposto pelo BNDES e pela Companhia.

o tema será abordado sob primas distintos, considerando dois cenários hipotéticos: aquele em que não decida pela privatização da CEDAE, ou seja, quando há a manutenção do controle estatal sobre a empresa, ainda que restrita aos serviços de adução e tratamento da água, e aquele em que a alienação do controle é efetivada, ou seja, quando ocorre a sua privatização.

Acerca do histórico da delegação de serviços de saneamento, podemos mencionar os ensinamentos de Carlos Ari Sunfeld:

Tradicionalmente, a distribuição de água e a coleta de esgotos foram considerados como de interesse local, de competência municipal. Isso não mudou na Constituição de 1988, cujo art. 30, V, atribuiu aos Municípios a tarefa de ‘organizar e prestar diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local’. Todavia, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover ‘a melhoria das condições de saneamento básico’ (CF, art. 23, IX). Há um dever, portanto, de colaboração intergovernamental nesse setor. Esta pode ser estabelecida por diferentes meios. Entre eles, pela formação de ‘consórcios públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos’ (CF, art. 241, redação de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998). No setor do saneamento, há várias décadas os Estados da Federação, incentivados por um plano nacional (Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANASA), decidiram constituir empresas sob o seu controle para incumbir-se da implantação, prestação e expansão dos serviços de saneamento nos Municípios que o desejassem. Assim, por meio de entidade de sua Administração Indireta, passaram a exercer competência municipal, por delegação³.

Para responder ao quesito 1.10, entretanto, se faz necessário, por solicitação da consulta, analisar os dois já mencionados cenários: caso não ocorra a privatização da estatal e caso ela se efetive, como faremos nos subtópicos abaixo respectivamente.

II.1 – INSTRUMENTO ADEQUADO DE DELEGAÇÃO À CEDAE SEM A SUA

³SUNDFELD, Carlos Ari. O saneamento básico e sua execução por empresa estadual. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n.5m ago. 2001.

PRIVATIZAÇÃO

Salientamos, primariamente, que o termo desestatização relaciona-se com a tarefas administrativas que, em um determinado momento, são prestadas pelo Estado – seja pela Administração Pública Direta e seus órgãos, ou entidades da Administração Pública Direta e seus órgãos, ou entidades da Administração Pública Indireta – e, posteriormente tem sua exceção (não a sua titularidade) transferida para empresas privadas. Sobre o conceito de desestatização, destacam-se os ensinamentos de Marcos Juruena Villela Souto:

É a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas⁴.

Corno constante do relato ao qual nos remetemos no tópico I, no modelo proposto a distribuição da água e esgoto (*downstream* ou mercado a jusante) seria delegada a diversos operadores privados, mas a adução e tratamento da água (*upstream* ou mercado a montante) permaneceria sendo feitos pela CEDAE. A questão ainda a ser decidida é se o Estado manteria o controle acionário sobre ela ou se o alienaria.

No caso da realização de tarefas administrativas relacionadas ao saneamento básico *upstream* continuarem sendo prestadas pelo Estado, por meio da manutenção da CEDAE a montante corno urna empresa estatal, ou seja, corno pessoa jurídica integrante da Administração Pública Indireta, o instrumento jurídico para viabilizar a delegação de serviços *upstream* à CEDAE deve ser, como detalharemos, o contrato de programa.

Ressalta-se que o contrato de programa pode ser conceituado como o "*instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro ente da Federação, ou para com consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa.*"⁵. Esse instrumento está previsto no art. 13, § 5º, da Lei 11.107/2005, segundo o qual:

Art. 13. §5º. Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

Sobre o tema, os ensinamentos de Floriano de Azevedo Marques Neto:

Apesar de seu caráter eminentemente contratual, o contrato de programa está intrinsecamente vinculado à gestão associada formalizada por meio de consórcio público ou convênio de cooperação. Nessa qualidade, ele consubstancia relação de prestação de serviços de saneamento decorrente do plano de trabalho ('programa') definido no âmbito da cooperação federativa previsto na atual redação do art. 241 da Constituição. Parece-me, então, ser

⁴SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁵Art. 2º, XVI, Decreto nº 6.017/2007.

necessário reconhecer a particularidade dessa forma de delegação, que muito se distingue das formas tradicionais de delegação a particulares previstas no art. 175 da Constituição. Trata-se de hipótese de cooperação federativa que foge das formas da concessão tradicional. Impõe-se reconhecer a existência de formas de delegação que, por envolver a cooperação federativa, situam-se fora de âmbito do artigo 175. Elas se fundam, em seu conteúdo, nas competências materiais comuns dos entes, pois traduzem engajamento dos entes federativos na promoção da melhoria dos serviços públicos, e no federalismo de cooperação adotado pela e no federalismo de cooperação adotado pela República brasileira⁶.

Ou seja, os contratos de programa são instrumentos jurídicos cuja utilização é exclusiva da Administração Pública, tanto Direta quanto Indireta, de tal sorte que o contrato "*será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a Administração Indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação.*"⁷

À vista disso, caso a empresa estatal contratada deixe de integrar a Administração Pública, como no caso da venda do seu controle, os contratos de programa existentes deverão ser extintos.

Portanto os contratos de programa são instrumentos de delegação por cooperação entre os titulares do serviço público (no caso municípios ou a região metropolitana) e outra entidade pública à qual caberá exercê-lo diretamente (no caso, a CEDAE, enquanto permanecer empresa estatal, ou seja, sob o controle do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do *caput* do art. 4º do Estatuto das Estatais⁸).

Daí poderem inclusive, ao contrário dos contratos de concessão, ser celebrados sem licitação (art. 24, XXVI, da Lei nº 8.666/1993)⁹, tendo sido inclusive a forma que o legislador encontrou de regularizar a prestação de serviços públicos – sobretudo de saneamento – de titularidade de um ente federativo (tendencialmente Municípios) por empresa estatal de outro ente (normalmente estaduais)¹⁰. "O contrato de programa não serve a estruturar a prestação conjunta dos serviços, a delinear as fronteiras e o regime de associação entre os diferentes entes federativos. Ele serve tão somente a disciplinar a operacionalização de serviços do ponto de vista estritamente obrigacional, tanto que não precisa ser celebrado entre entes políticos, **podendo ser assinado por entidades da Administração indireta** ou por consórcios públicos".¹¹

IL2 – INSTRUMENTO ADEQUADO DE DELEGAÇÃO À CEDAE COM A SUA PRIVATIZAÇÃO

⁶MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. *REDAE*, D. 3, jul-set. 2005.

⁷Art. 13. § 6º, Lei nº 11.107/2005.

⁸Art. 4º. Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas **ações com direito a voto pertencam em sua maioria à União**, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

⁹Art. 24. É dispensável a licitação: XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

¹⁰ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹¹MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O marco legal do saneamento no Brasil*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, maio 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=35478>>. Acesso em: 13 nov. 2019. Grifos nossos.

Na hipótese de ocorrer a privatização da CEDAE¹² em razão de o Estado deixar de ter 50% +1 das ações com direito a voto, e se vise a que os serviços a montante¹³ continuem a ser por ela prestados, deve-se, além da venda das ações propriamente ditas, proceder à delegação dos serviços por meio do contrato de concessão, na forma do art. 175, CF, e da Lei nº 8.987/95.

No caso, teríamos **duas operações: alienação das ações e delegação dos serviços públicos a montante para a empresa que, com a referida alienação, passará a ser privada**. Provavelmente, como é da praxe, as duas operações seriam feitas concomitantemente, já que o grande ativo da companhia consiste justamente no direito de prestar serviços de saneamento. **Nossa análise partirá exclusivamente desse pressuposto (operações concomitantes)**, ressaltando que, se outra direção se pretender adotar, deverá ser objeto de nova apreciação por parte desta PGE.

Sobre a alienação do controle acionário de empresa estatal, cabe ressaltar a recente decisão do Plenário do STF na ADI nº 5624. Em conclusão de julgamento, o Plenário, em voto médio, referendou parcialmente medida cautelar anteriormente concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade e conferiu interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 29, caput, XVIII, da Lei nº 13.303/2016. Sumariamente, a decisão aduziu os seguintes pontos:

i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e

ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladoras, no qual, a operação pode ser realizada ainda sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da CRFB, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade¹⁴.

Como a CEDAE não é subsidiária de uma outra empresa estatal, mas uma sociedade de economia mista de primeiro grau, se aplica à sua eventual alienação (*rectius*, das ações representativas do seu capital social) tanto o requisito da prévia autorização legislativa, como o da prévia licitação.

Vejamos *in casu* cada um deles.

Quanto ao primeiro, já há autorização legislativa para a alienação das ações da CEDAE, concretizada na Lei Estadual nº 7.529/2017, nos seguintes termos:

Art. 1 ° Fica o Poder Executivo autorizada a alienar a totalidade das ações representativas do capital social da Companhia Estadual de Águas e Esgotos

¹²O conceito de privatização, de maneira técnica, se refere à alienação do controle acionário de uma empresa estatal, de uma empresa pública ou sociedade de economia mista, ou de uma subsidiária de uma dessas empresas estatais. Sendo o controlei o acionário dessas entidades vendido à iniciativa privada, há privatização. A empresa pode ser exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviços públicos. O critério determinante para o termo privatização é que determina sociedade empresária era controlada na sua gestão pelo estado e passou a ser controlada por particulares, pela iniciativa privada. Cf.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Nesse mesmo sentido, quanto ao conceito de privatização, Marcos Juruena Villela aduz ser "a mera alienação de direitos que assegurem ao Poder Público, diretamente ou através de controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade (SOUTO, Marcos Juruena Villela *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001).

¹³Como consta do relato do Sr. Procurador-Chefe integrante da promoção de sua lavra, a delegação à iniciativa privada dos serviços a jusante parece já estar decidida e os pontos da consulta a ela pertinentes são objeto de outros dos pareceres por ele ali designados.

¹⁴ADI 5624 MC-Ref/DF, rel Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 5 e 6.6.2019. (ADI-5624) (Informativo 943, Plenário).

– CEDAE, inclusive quando importar transferência de controle, nos moldes estabelecidos na Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Conforme consta da justificativa que acompanhou a respectiva Mensagem Legislativa enviada à ALERJ, a Lei foi elaborada com vistas ao cumprimento de uma das obrigações assumidas no Plano de Recuperação Fiscal¹⁵. A ideia de alienação do controle societário da CEDAE demonstraria, portanto, "a disposição do Estado do Rio de Janeiro em honrar um acordo duradouro e sustentável, que permita o equacionamento definitivo da situação das finanças estaduais"¹⁶.

Quanto ao requisito da licitação, trazido na decisão do STF, cumpre esclarecer alguns pontos.

Primeiramente, em nenhum momento o dispositivo da decisão do Supremo Tribunal Federal consolidou um posicionamento da Corte quanto à modalidade licitatória; apenas asseverou a necessidade de licitação. Quando da alienação do controle acionário de estatais, não se referindo diretamente em que modalidade esta deve se dar, haja vista inclusive que a decisão foi tomada em sede de controle de constitucionalidade, e as modalidades de licitação não são referidas pela CF, mas apenas definidas e classificadas em sede legal, infraconstitucional.

Com efeito, o art. 22, XXVII, I" parte, com redação dada pela EC n. 19/98, dispõe competir à União a edição de leis contendo normas gerais de licitação e contratos para todos os entes da Federação, suas autarquias e fundações, devendo tais normas gerais obedecer ao art. 37, XXI, CRFB. Por "norma geral" entende-se aquelas normas que, sem chegar a fixar especificidades, estabelecem princípios, os instrumentos imprescindíveis para a sua efetividade, critérios básicos e as exceções a eles¹⁷.

Nessa situação, decorrendo da autonomia administrativa dos entes federativos, exsurge a competência de os entes federativos editarem as suas próprias regras específicas de licitações e contratos, desde que atendidas as normas gerais nacionais editadas pela União. No entanto, a prática revela que Estados e Municípios pouco exercem tais competências legislativas, aplicando na maioria das vezes de forma integral a lei geral de licitações (Lei nº. 8.666/1993)¹⁸.

Em relação às Administrações Diretas, autarquias e fundações federais, aplica-se integralmente a Lei nº 8.666/1993, que não contém apenas normas gerais, razão pela qual o STF entendeu, na ADI-MC nº 927/RS¹⁹, pela interpretação conforme a Constituição, afirmando que as regras da Lei n. 8.666/1993 que não forem "gerais" não são aplicáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, disciplinadora do Programa de Desestatização dos ativos da União, e que admite a modalidade de leilão para a outorga de concessões de serviços públicos

¹⁵O Estado do Rio de Janeiro apresentou à Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda pedido de adesão ao Regime de Recuperação Fiscal (RRF) de que trata a Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017, contendo o Plano de Recuperação, o conjunto de leis aprovadas e a indicação de dois membros, titular e suplente, para representar o Estado no Conselho de Supervisão do Regime. Na composição de seu Plano de Recuperação, o Estado do Rio de Janeiro indicou o conjunto de leis autorizativas relacionadas ao Regime de Recuperação Fiscal e, dentre elas, destaca-se a Lei Estadual nº 7.529, de 7 de março de 2017, que autoriza a privatização de empresas dos setores financeiro, de energia, de saneamento e outros, na forma do inciso II do § 1º do art. 4º, com vistas à utilização dos recursos para a quitação de passivos. C.f.: Parecer nº 02/2017/COREM/SURIN/STN/MF-DF de 14.08.2017. Disponível em: <<http://www.transparencia.lj.gov.br/trãnsparencialcontent.connlUCMServer/uuid/dDocName%3AWCC200055>> Acesso em 10 de nov. 2019.

¹⁶Disponível em: <<http://aleljl1.alelj.rj.gov.br/scpro/1519.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/dcc5b5726c8809296832580bb0074e829?OpenDocument>> Acesso em 10 de nov. 2019.

¹⁷ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁸*Id Ibid.*

¹⁹CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - interpretação conforme dada ao art 17, II, b (doação de bem imóvel) e art. 17, IT, b (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, c e par. I. Do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. IT. – Cautelar deferida, em parte. (STF -ADO-MC: 927 RS, Relator: Carlos Velloso, Data de Julgamento: 03/11/1993, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 11-11-1994, pp. 30635. EMENT VOL - 01766-01 PP-00039).

(art. 4º, VI ele § 3º)²⁰, não deve ser encarada como norma de caráter geral, na medida em que expressamente se destina exclusivamente aos ativos da União, na forma de seu art. 2º.²¹

Logo, a faculdade atinente à licitação na modalidade leilão, prevista no art. 4º, § 3º, não é de plano extensível aos Estados e Municípios.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto Estadual nº 21.916/1995, que regulamenta a Lei Estadual do Programa Estadual de Desestatização – PED (Lei Estadual nº 2.470/1995), prevê em seu art. 22,²² a faculdade de adoção pelo administrador público do leilão como modalidade de licitação para a alienação de ações de estatais estaduais.

Três discussões poderiam se colocar a respeito: 1) Se admite o leilão apenas para alienação de ações, ou se, como faz o PND, engloba também as concessões de serviços públicos? 2) Se o Estado teria competência para estabelecer uma modalidade de licitação para determinadas hipóteses (como faz o art. 22 do Decreto Estadual nº 21.916/1995), ou se, pelo tema das modalidades ser considerado "norma geral", seria da competência privativa da União cf. vimos acima? e 3) Mesmo se o Estado pudesse editar tal regra, se poderia fazê-lo apenas mediante Decreto, já que a lei propriamente dita do PED não contém tal previsão.

Essas discussões são, contudo, despiciendas para o caso em exame, considerando que a já referida Lei nº 7.529/2017, que autoriza o poder executivo a alienar ações da CEDAE, no seu art. 1º, parágrafo único²³, exclui de tal alienação justamente a Lei Estadual nº 2.470/1995 - Lei do Programa Estadual de Desestatização – PED, e, conseqüentemente, do seu respectivo decreto regulamentador (o já

²⁰Art. 4º As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais:

I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações;
II – abertura de capital;

III – aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição;

IV – alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações;

V – dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos;

VI – concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

VII – aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União.

§ 3º Nas desestatizações executadas mediante as modalidades operacionais previstas nos incisos I, IV, V, VI e VII deste artigo, a licitação poderá ser realizada na modalidade de leilão.

²¹Art. 2º. Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei:

I – empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo;

II – empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto **da União;**

III – serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização;

IV – instituições financeiras públicas estaduais que tenham tido as ações de seu capital social desapropriadas, na forma do Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987.

V – bens móveis e imóveis da União.

§ 10 Considera-se desestatização:

a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;

b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.

c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

²²Art. 22º – A alienação de ações de companhia, dentre outras formas que poderão ser indicadas pela Comissão Diretora, será efetuada mediante:

I – **leilão** público, em pregão de Bolsa De Valores do Rio; ou

II – distribuição das ações a preço fixo e com garantia de acesso, no País ou no exterior, preferencialmente de modo a propiciar sua disseminação ao público, inclusive aos acionistas minoritários, aos empregados, aos fornecedores e aos consumidores, bem como a outros grupos de interesse previamente identificados e aqui não especificados.

²³Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a alienar a totalidade das ações representativas do capital social da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, inclusive quando importar transferência de controle, nos moldes estabelecidos na Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Parágrafo único. As disposições da Lei Estadual nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, não se aplicam à operação de que trata o *caput*.

multicitado Decreto Estadual nº 21.916/1995).

Entende-se, portanto, que houve uma opção legislativa clara quanto à alienação das ações da CEDAE, excluindo-se o regime estabelecido para o PED. Dessa maneira, se os procedimentos de desestatização constantes tanto na Lei do PED, quanto em seu decreto regulamentador, não podem ser cogitados para o caso em particular, dada a exceção prevista de forma específica à CEDAE, na Lei Estadual nº 7529/2017.

Seja como for, à míngua de especificação legal, é dever da Administração Pública Direta ou Indireta, licitar delegações de serviços públicos inclusive por força do art. 175, CF.²⁴

Nesse contexto, na ausência de regra específica, à alienação de ações da CEDAE/concessão dos serviços públicos atualmente por ela prestados deve ser aplicada a norma geral sobre o regime de concessão de serviços públicos, conforme art. 2º, II, da Lei nº 8987/1995:

*Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação. feita pelo poder concedente, mediante licitação, na **modalidade de concorrência**, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado: (Grifou-se).*

Ademais, a modalidade concorrência é disciplinada pela Lei nº 8.666/1993, que, como visto anteriormente, também possui caráter de norma geral, cuja disposição normativa prevê sua aplicação subsidiária às concessões, naquilo que a Lei 8.987/1995 não estabelecer de forma diversa.

Nesse contexto, cumpre, citando Flávio Amaral Garcia, destacar que, no caso de concessões de serviços públicos, a aplicação da modalidade da concorrência, não impede que seja empregada a agilizadora inversão de fases (julgamento antes da habilitação) e da apresentação de lances, por previsões excepcionadoras da respectiva Lei:

o art. 18-A da Lei 8.987/1995, por exemplo. conferiu ao poder concedente a opção de inversão das fases de licitação. Significa dizer que o edital poderá primeiro exigir os envelopes das propostas dos licitantes e somente verificar a documentação de habilitação do primeiro lugar. Apenas se o licitante mais bem classificado for inabilitado é que serão examinados os documentos de habilitação do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital.

Outra inovação em relação ao procedimento da concorrência previsto na Lei 8.666/1993 é a admissão de oferecimento de lances, consoante previsto no inciso I do 18-A da Lei 8.987/1995.

Os critérios de julgamento na concorrência que tenha por objeto uma concessão são distintos daqueles adotados na Lei 8.666/1993. De acordo com

²⁴Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

o disposto no art. 15 da Lei 8.987/1995. O julgamento da licitação deverá considerar os seguintes critérios: (i) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (ii) a maior oferta. nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; (iii) a combinação. Dois a dois, dos: critérios menor valor da tarifa. maior oferta de outorga ou melhor oferta de pagamento pela outorga após a qualificação de propostas técnicas; (i) a melhor proposta técnica. com preço fixado no edital; (v) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com O de melhor técnica; (vi) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; e (vii) a melhor oferta de pagamento pela outorga após a qualificação de propostas técnicas.²⁵

Vê-se assim que, algumas das características da concorrência clássica, regida exclusivamente pela Lei nº 8.666/93, foram atenuadas pela Lei das concessões de serviços públicos, na sua atual redação, gerando a possibilidade de adotar uma modalidade híbrida concorrência, com alguns elementos que foram inaugurados em nosso direito para a modalidade licitatória do pregão.

Assim, a modalidade de licitação cabível para a alienação de ações da CEDAE conjunta com a concessão de serviços públicos a serem por ela prestados é a concorrência, nos termos da Lei nº 8.987/1995 e, com caráter subsidiário, da Lei nº 8.666/1993.

Como vimos no início desse tópico estamos partindo do pressuposto da concomitância dessas duas operações. Caso se pretenda outra alternativa, reiteramos que ela deve ser especificada e submetida a nova análise da PGE. Dessa maneira, sendo a modalidade de concorrência a mais rígida, é ela que deve ser aplicada a ambas as operações.

III – IMPOSSIBILIDADE DE DILUIÇÃO DO CONTROLE DE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO.

O presente tópico se situa dentro do contexto referido no tópico II.2 acima, de privatização da CEDAE, ou seja, de o Estado do Rio de Janeiro deixar de ser o seu controlador.

Nessa perspectiva, é indagado no quesito 4.1 se as ações do Estado poderiam ser alienadas de forma diluída, ou seja, sem que haja a consolidação de um novo controle (e de seus controladores, privados) da companhia.

A Lei nº 8.987/1995, que disciplina o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, coloca algumas exigências em prol do princípio da continuidade do serviço público, do princípio da eficiência e da qualidade na prestação do serviço público. Por exemplo: a necessidade de indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço, representados na exigência de qualitativos técnicos²⁶ (arts. 15, VII; 23, III; 29 VII e X; 38, § 1º, I) e no requisito de que a transferência

²⁵GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

²⁶(...) a licitação é um meio pelo qual a Administração escolherá a proposta mais adequada para solucionar o problema em razão do qual se tomou necessário licitar, mas não basta que a proposta apresente tal qualidade se o seu titular não reunir as condições mínimas sem as quais não conseguirá executar o que propôs. Estas condições devem estar previstas no edital e devem ser apenas as mínimas necessárias, sob pena de restrição da competitividade, e não podem ser inferiores às mínimas para não criar O risco de inexecução do ulterior contrato. Outro princípio de ineliminável relevância é o da objetividade: as condições para a habilitação a serem estabelecidas no edital devem ser somente (e todas) aquelas que efetiva e objetivamente o interessado deve satisfazer a fim de comprovar sua aptidão para executar o objeto do futuro contrato, e não aquelas que subjetivamente o responsável pela elaboração do edital acha ou gostaria que fossem exigidas, pois tal postura ou inibe a participação de interessado apto a satisfazer o objeto da licitação ou permite que os inaptos participem.". In: BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995. p 83/84.

do controle da concessionária tenha a prévia anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão (art. 27).

Vejamos o que dispõe este último:

*Art. 27. A transferência de concessão ou do **controle societário** da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.*

§ 1 Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

*I – atender às exigências de **capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal** necessárias à assunção do serviço; e*

II – comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Há, assim, uma *ratio* legislativa que privilegia a necessidade de qualitativos técnicos e a atuação do poder concedente quanto ao controle societário da concessionária, baseada em valores e princípios que preveem a continuidade eficiente do serviço público.²⁷

o acima transcrito art. 27 da Lei nº 8.987/1995 denota com muita clareza que o Estado não pode ser indiferente a quem controla a empresa concessionária. Se até mesmo para a mudança de controle o Estado deve aferir as qualificações técnicas e econômicas de virtuais novos controladores para verificar se são pelo menos as mesmas dos controladores iniciais, se pressupõe que estes tenham sido desde a licitação bem identificados e avaliados, inclusive como critério de habilitação no certame.

A adoção de uma estrutura pulverizada de controle da concessão significaria, em última análise, a ausência de controle definido - ou, na melhor das hipóteses, a sua potencial ampla fluidez – e, por consequência, para além das regras contratuais objetivas de prestação dos serviços, a impossibilidade da verificação de requisitos econômicos e técnicos subjetivos.

A lei poderia ter se contentando apenas com a imposição da manutenção das regras contratuais, em relação ao objeto do contrato de concessão, para os novos controladores ou até mesmo impor que mantivessem as condições de habilitação originais. Porém, foi além, exigindo que todas essas circunstâncias fossem sempre expressa e previamente aferidas pelo poder concedente antes de qualquer mudança no controle da concessionária.

Destacam-se os comentários de Marçal Justen Filho sobre o dispositivo:

“O que interessa ao poder concedente é a continuidade e regularidade dos serviços públicos. Ao selecionar um certo sujeito para a condição de concessionário, realiza uma investigação preliminar acerca de sua idoneidade. Essa investigação se desdobra sobre questões objetivas, evidenciáveis documentalmente: trata-se da fase de habilitação. Todo aquele que preenche os requisitos de habilitação é suficientemente confiável para ser contratado pela administração. (...) Logo, quando se estabelece a impossibilidade de o contratado transferir livremente sua situação jurídica, tem-se em vista o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. É que o desenvolvimento dos serviços públicos seria afetado, de modo inevitável, se o concessionário pudesse especular relativamente a própria atuação. Se a condição de concessionário pudesse circular juridicamente, sem maior

²⁷MARQUES NETO. Floriano de Azevedo de. Bens reversíveis nas concessões do setor de telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia-RDPE*, Belo Horizonte, nº 8, Out/Dez., 2004. pp. 107-108.

restrição, isso acarretaria inevitável redução da eficiência dos serviços públicos. Então, institucionalizar a comercialização da concessão seria propiciar permanente insegurança acerca das políticas e orientações no desempenho dos serviços. Haveria incerteza acerca das práticas a serem adotadas. (...) A lei, sabiamente estendeu a disciplina da transferência da concessão a cessão do controle societário".²⁸

Considera-se, dessa maneira, que o Edital de licitação deve sempre prever inclusive garantias para manter o controle ou para a sua futura transferência se dar em consonância com o art. 27, o que pressupõe a possibilidade de sua identificação desde o início do contrato.

Dito isto, a consulta aventa ademais se a criação de uma estrutura *holding*, com a CEDAE permanecendo com controle definido, mas se criando uma nova empresa, dela controladora, que teria, ela sim, as suas ações com direito a voto diluídas.

A modelagem não nos parece resolver a exigência posta pelo art. 27 para identificação e avaliação dos controladores das concessionárias de serviços públicos, vez que o controle por ele referido não é apenas o controle imediato, de primeiro grau, da concessionária. A Lei nº 8.981/1995 adota o sentido amplo de controle societário da Lei das S.A., direto ou indireto, de um ou mais graus, ou até meramente de fato.

A doutrina administrativista já tratou da hipótese para subsumi-la perfeitamente ao art. 27 da Lei nº 8.987/1996:

"Não servirá de escusa o argumento de ser a concessionária controlada diretamente por certa sociedade cujas ações não foram alienadas. **Se houver transferência do controle daquela primeira sociedade (sociedade-mãe), reputar-se-á ocorrida a cessão de controle de todas as sociedades filiais, controladas direta ou indiretamente por ela**".²⁹

Sendo assim vemos que *ex vi* do art. 27 da Lei nº 8.987/1995 a Administração Pública tem que poder sempre identificar o controle, direto ou indireto, explícito ou de fato, das concessionárias de serviços públicos, avaliando sempre a manutenção das condições de habilitação e autorizando previamente qualquer mudança na sua composição, razão pela qual a sua diluição no mercado das ações que permitam o controle não se afigura possível.

IV – OUTRAS OBSERVAÇÕES.

O presente tópico se destina a acrescentar algumas observações ancilares, mas não menos relevantes, aos tópicos anteriores.

• Necessidade de análise econômico-mercadológica prévia.

Seja qual for o modelo escolhido a viabilizar a delegação de serviço *upstream* à CEDAE, contrato de programa – no caso de continuarem sendo prestadas pela Administração Pública –, ou contrato de

²⁸JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 1997.p 285/7.

²⁹JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 287, grifamos.

concessão – na hipótese de ocorrer a desestatização –, deve-se proceder a uma análise econômico-mercadológica quanto à manutenção ou não do controle estatal e quanto ao momento da venda dos serviços.

Um dos pontos a ser avaliado é inclusive a perda da imunidade tributária e outras vantagens (ex.: execução por precatório) das quais a CEDAE atualmente goza em razão do seu vigente formato societário, no qual a participação privada é muito pouco relevante.³⁰

Outro ponto que, exemplificativamente, deve ser analisado com muita cautela é a respeito do melhor momento para a eventual concessão dos serviços a montante: se antes das concessões dos serviços a jusante, concomitante com elas ou apenas depois. Deve ser identificado, entre outros fatores, em que cronologia todos esses ativos seriam mercadologicamente mais otimizados.³¹

•Necessidade de balizamento do valor da água a ser fornecida a montante, independentemente da sua desestatização ou não.

O termo "insumos" adveio da tradução da expressão inglesa *input* e corresponde ao conjunto de fatores produtivos, como matérias-primas, energia, trabalho etc., que são empregados pelo empresário, para produzir o *output*, ou seja, o produto final. Nessa medida, insumos, seriam, portanto, os "ingredientes da produção"³².

No caso, o insumo por excelência para a atividade a jusante de distribuição da água é a atividade a montante de adução e tratamento de água.

³⁰Min. Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), proferiu decisão reconhecendo o direito de imunidade tributária à Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (Cedae) quanto aos impostos federais. A decisão, proferida na Ação Cível Originária (ACO) 2757, garante a imunidade e a devolução dos impostos cobrados até 5 anos antes da proposição da ação. O Min. observou que a Cedae é uma empresa de economia mista de capital fechado, do qual 99,9996% está nas mãos do Estado do Rio de Janeiro. A empresa executa o serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto de modo exclusivo e sem concorrentes. Não há, portanto, indicação de qualquer risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou ameaça à livre iniciativa. Em casos desse tipo, diz o ministro, o STF tem se orientado no sentido de reconhecer a imunidade como forma de proteger o interesse público e garantir a boa prestação dos serviços. "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de que a imunidade tributária recíproca é também aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, notadamente quando prestados com cunho essencial e exclusivo", afirmou. Entre os precedentes mencionados, o relator citou o julgamento relativo à Companhia de Saneamento do Espírito Santo (Cesan), à Companhia de Saneamento de Alagoas (Casal), à Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), e à Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU). Destacou também os critérios a serem atendidos a fim de delimitar o alcance da imunidade. A jurisprudência do STF é também no sentido da aplicabilidade do regime de precatório às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e de natureza não concorrencial: "APLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. JULGADO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. AGRAVO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE nº 698.357RS-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, DJe de 4/ 10/12). "AGRAVO REGIMENTAL. FINANCEIRO. EXECUÇÃO DE SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO. ENTIDADE CONTROLADA PELO PODER PÚBLICO QUE EXECUTA SERVIÇOS PÚBLICOS PRIMÁRIOS E ESSENCIAIS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO ACÚMULO OU DA DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. REGIME DE PRECATÓRIO. APLICABILIDADE. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. O Pleno assentou que as entidades jurídicas que atuam em mercado sujeito à concorrência, permitem a acumulação ou a distribuição de lucros submetem-se ao regime de execução comum às empresas controladas pelo setor privado (RE 599.628, rel. mino Carlos Britto, red. P/ acórdão min. Joaquim Barbosa, j. 25.05.2011). Porém, trata-se de entidade que presta serviços públicos essenciais de saneamento básico, sem que tenha ficado demonstrado nos autos se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública que competiria com pessoas jurídicas privadas ou que teria por objetivo primordial acumular patrimônio e distribuir lucros. Nessa hipótese, aplica-se o regime de precatórios. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento" (RE nº 592.004/AL-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa DJe de 22.6.2012). Idem RE 551049/AL.

³¹Art. 20, LINDB: Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

³²BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 2.ed. Saraiva, 1998. p. 870.

Dessa maneira, independentemente de esta atividade restar com a CEDAE como empresa estatal ou não, ou independentemente do momento de sua eventual concessão à iniciativa privada, parece de grande importância para a segurança jurídica e conseqüente sucesso das licitações dos serviços a jusante que os critérios de fixação do seu preço estejam já previamente bem delimitados, bem como os exatos reflexos que as suas variações terão nas tarifas cobradas dos usuários, considerando inclusive o art. 4º da Lei Estadual nº 7.529/2017.³³

V – RESPOSTA AOS QUESITOS.

Face às razões apresentadas ao longo de todos os tópicos anteriores, passamos a responder, de forma objetiva, aos quesitos que nos foram assignados pelo Senhor Procurador-Chefe, sem que isso prescindia, naturalmente, do conjunto integral do parecer:

1.10. Qual instrumento jurídico pode ser utilizado, considerando a base legal vigente para viabilizar a delegação de serviços upstream à CEDAE?

No caso de o saneamento básico *upstream* continuar sendo prestado pelo Estado, por meio da manutenção da CEDAE a montante como uma empresa estatal, ou seja, como entidade controlada pelo Estado, o instrumento jurídico apto à delegação será o contrato de programa.

Já na hipótese de ocorrer a privatização da CEDAE *upstream*, ou seja, de a prestação de tais serviços passar a ser feita por empresa não mais integrante da Administração Indireta, deve-se proceder à delegação dos serviços por meio de contrato de concessão, 34 na forma da Lei nº 8.987/95, precedido de licitação na modalidade concorrência, podendo-se avaliar inclusive a adoção em seu bojo das inovações trazidas pela inclusão, pela Lei nº 11.196/2005, do art. 18-A na Lei nº 8.987/1995.

4.1 Privatização da CEDAE upstream: É possível a futura alienação de ações representativas do controle da CEDAE upstream por meio de procedimentos de oferta pública de ações, com pulverização de ações sem formação de bloco de controle, procedida no ambiente de negociação da Bolsa de Valores, nos termos da legislação incidente sobre as operações de mercado de capitais?

o art. 27 da Lei nº 8.987/1995 impõe que a Administração Pública tenha sempre bem identificado(s) o(s) controlador(s), direto(s) ou indireto(s), explícito(s) ou de fato, das concessionárias de serviços públicos, avaliando os seus qualificativos e autorizando previamente qualquer mudança na composição de tal controle societário, razão pela qual a sua diluição no mercado não é possível.

Por derradeiro, destacamos que, independentemente de qual das modelagens vier a ser adotada entre as cogitadas nos quesitos transcritos neste tópico, mister se faz uma criteriosa avaliação econômico-mercadológica prévia para fundamentar a decisão e para que sejam apreciados, entre outros, os pontos específicos expostos no interior do tópico IV acima.

É o que, salvo melhor juízo, nos parece.

Rio de Janeiro, 19 de novembro de 2019.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

³³Art. 4º – Deverá ser garantida a tarifa social para os serviços de abastecimento de água e captação de esgoto para imóveis residenciais localizados nas áreas identificadas como de interesse social, nos termos do Decreto nº 25.438 de 21 de julho de 1999. § 1º. A diferença entre tarifa social e a tarifa domiciliar padrão não poderá ser subsidiada pelo Estado do Rio Janeiro. § 2º. A tarifa social de que trata o caput deste artigo somente poderá ser extinta por lei. § 3º. A regulamentação da tarifa social de que trata o caput desse artigo dar-se-á por ato do Poder Executivo.

Procurador do Estado

VISTO

Visto nº 11/2019-PGE/PG-17/ARCY

Processo Administrativo E-14/001.053834/2019

VISTO. Por estar de acordo, aprovo, com alguns acréscimos, os seguintes pareceres: Parecer nº 03/2019 - GUB; Parecer nº 07/2019 NSMIPG-17; e Parecer nº 07/2019 – ASA, da lavra, respectivamente, dos i. Procuradores do Estado, Gustavo Binenbojm, José Vicente dos Santos de Mendonça e Alexandre dos Santos Aragão. Os referidos pareceres analisam, cada qual, diferentes quesitos a respeito da consulta acerca de aspectos jurídicos relativos à privatização da CEDAE, encaminhada pelo i. Subprocurador do Estado, Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves.

Na Promoção nº 02/2019 – PGE/PG-17/ARCY, de 29 de outubro de 2019, que inaugura os trabalhos desta especializada, dividi os quesitos formulados em quatro grupos de indagações (de forma similar à separação proposta pelo BNDES), vinculando cada um deles a um procurador. Conforme o modelo da promoção, apresenta-se a seguinte divisão:

1) Primeiro grupo: a competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro.

Quesitos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.6, os quais foram respondidos por mim no **Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17;**

2) Segundo grupo: a questão federativa em face das leis locais e legislação estadual. Quesitos 1.5, 1.7, 1.8 e 1.9, os quais foram respondidos pelo Procurador Gustavo Binenbojm, no **Parecer nº 03/2019 – GUB;**

3) Terceiro grupo: pagamentos ao Estado do Rio de Janeiro e indenizações. Quesitos: 2.1 e 3.1, os quais foram respondidos pelo Procurador José Vicente Santos de Mendonça, no **Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17;**

4) Quarto grupo: privatização da CEDAE *up stream* e suas implicações. Quesitos: 1.10 e 4.1, os quais foram respondidos pelo Procurador Alexandre Santos de Aragão, no **Parecer nº 07/2019 – ASA.**

Por questões de economia processual, decidi apreciar os Pareceres dos i. Procuradores do Estado, acima elencados em **Visto Conjunto**. Para fins de clareza, tratarei de cada parecer na ordem apresentada acima, a partir de cada quesito encaminhado, com os acréscimos que esta Chefia entendeu necessários:

2) Parecer nº 03/2019 – GUB. A questão federativa em face das leis locais e legislação estadual. Quesitos 1.5, 1.7, 1.8 e 1.9:

1.5. Considerando que o Rio Metr pole ou os municípios não incluídos na Região Metropolitana são os titulares dos serviços públicos de saneamento, há necessidade de edi o de lei autorizativa estadual com vistas a autorizar a concessão dos serviços públicos de água e esgoto pelo ERJ a operadores privados?

Em resposta ao quesito 1.5., o Parecer nº 03/2019 – GUB concluiu:

1. Não é necessária a edição de lei autorizativa estadual, ante o disposto no art. 2º da lei federal nº 9.074/1995, que expressamente a dispensa nos casos de concessão do serviço de saneamento básico. Referida lei trata de normas gerais aplicáveis a todos os entes da Federação.

2. Há, todavia, Municípios da região metropolitana (destacados no anexo ao Parecer nº 03 /2019 – GUB) que exigem lei autorizativa para a concessão dos serviços de saneamento ou, de forma genérica, para todos os serviços públicos que vierem a ser concedidos, sendo recomendado, nessas hipóteses:

(i) se forem referentes à concessão dos serviços de saneamento básico:

(i. 1.) a revogação de tais dispositivos pelas Câmaras Municipais; ou

(i.2.) a emissão de parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República e com a legislação federal de regência;

(ii) se forem referentes à prestação de serviços públicos em geral, seja acrescentada ressalva quanto à concessão dos serviços de saneamento básico, em consonância com o art. 2º da Lei federal nº 9.074/1995.

1.7. As Leis Orgânicas de Maricá (art. 41), São Gonçalo (art. 16, XVI c/c art. 1º, parágrafo único) Tanguá (art. 14, §1º) e Rio de Janeiro (art. 22, §1º) estabelecem que a sua participação na região metropolitana deverá ser precedida de autorização legislativa. Considerando esse contexto, é viável que tais municípios participem do Rio Metrôpole e exerçam seu direito de voto no Conselho Deliberativo sem a respectiva autorização legislativa municipal?

Em resposta ao quesito 1.7., o Parecer nº 03/2019 – GUB concluiu:

1. A criação de regiões metropolitanas não viola a autonomia municipal. A mesma Constituição que confere aos Municípios autonomia, prevê a possibilidade de criação de regiões metropolitanas por meio de lei complementar estadual, sem exigir para tanto a qualquer tipo de autorização legislativa dos Municípios envolvidos (art. 25 §3º da Constituição da República).

2. Nesse cenário, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei complementar nº 184/2018, que instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, composta por 22 municípios, dentre os quais se incluem os Municípios de Maricá, São Gonçalo, Tanguá e Rio de Janeiro (art. 1º). A referida lei instituidora assegurou a todos eles direito de participação e de voto no Conselho Deliberativo.

3. É, portanto, possível que tais Municípios participem do Rio Metrôpole e exerçam seu direito de voto no Conselho Deliberativo, sendo vedada a exigência autorização legislativa municipal. Os dispositivos que condicionam a participação de tais Municípios na região metropolitana à lei autorizativa municipal não se mostram compatíveis com urna interpretação sistemática da Constituição da República.

1.8. As leis Orgânicas de alguns municípios vedam a concessão dos serviços de saneamento básico para a iniciativa privada ou estabelecem restrições relevantes. Considerando esse contexto, indaga-se: caso tais municípios estejam inseridos no Rio Metrôpole, é viável que eles participem das deliberações do Conselho Deliberativo do Rio Metrôpole com direito à voto?

Em resposta ao quesito 1.8., o Parecer nº 03/2019 – GUB concluiu:

1. É viável a participação desses Municípios nas deliberações do Conselho Deliberativo da RM, considerando a Lei complementar que a instituiu e a decisão do STF quanto à integração compulsória dos municípios integrantes.

2. Será competente a Região Metropolitana, por meio de seu Conselho Deliberativo, e não os Municípios dela integrantes, para dispor sobre a forma de prestação do serviço de saneamento, a qual não se encontra mais circunscrita à esfera municipal.

3. Assim, diante da existência de dispositivos em Leis Orgânicas que vedam a concessão dos serviços de saneamento básico para a iniciativa privada ou que estabelecem restrições relevantes em alguns dos Municípios integrantes da Região Metropolitana, o parecer recomendou:

(i) se forem referentes à concessão dos serviços de saneamento básico:

(i.1.) a revogação de tais dispositivos pelas Câmaras Municipais; ou

(i.2.) a emissão de parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República e com a legislação federal de regência;

(ii) se forem referentes à prestação de serviços públicos em geral, seja acrescentada ressalva quanto à concessão dos serviços de saneamento básico, em consonância com o art. 2º da Lei federal nº 9.074/1995.

1.9. Se o ERJ proceder com a concessão regionalizada dos serviços, há incidência do art. 31, da Lei Estadual nº 2.831, de 13 de novembro de 1997 (lei estadual de concessões), no que tange à proibição implícita de subconcessão integral?

Em resposta ao quesito 1.9., o Parecer nº 03/2019 - GUB concluiu que:

1. 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.

2. O Estado só pode subconceder os serviços dos quais é concessionário. Logo, 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, não incide sobre os serviços titularizados pela Região Metropolitana e pelos municípios não metropolitanos e, portanto, não se aplica no presente caso.

Em suma: não é necessária a edição de lei autorizativa estadual para possibilitar a concessão dos serviços de saneamento básico, uma vez que a Lei Nacional nº 9.074/1995 a dispensa (1.5). As leis de municípios metropolitanos que proíbem ou restringem a concessão do serviço público de saneamento básico (1.8) ou que condicionam a participação de municípios na RM à autorização legislativa (1.7) não se mostram compatíveis com a interpretação sistemática da CRFB. E a previsão de lei estadual disciplinando subconcessão não incide sobre serviços que não são titularizados pelo Estado do Rio de Janeiro, como é o caso do saneamento básico, a luz da jurisprudência do STF (1.9).

Registro, por fim, que, em acréscimo ao **Parecer nº 03/2019 – GUB**, entendo que deve se estender ao **quesito 1.7** a recomendação feita nos **quesitos 1.5 e 1.8**, no sentido de que as previsões de Leis Orgânicas que condicionam a participação de municípios na RM à autorização legislativa, para fins de segurança jurídica, devam ser objeto de:

(i.1) revogação pelas respectivas Câmaras Municipais;

(i.2) parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República;

Meus acréscimos:

Entendo que tais recomendações devem se aplicar também ao quesito 1.7., tendo em vista que, a despeito de já existir vasta jurisprudência do STF declarando normas do gênero inconstitucionais, os dispositivos das leis orgânicas objeto da presente consulta não foram especificamente objeto de invalidação.

Adicionalmente, quanto solução apresentada no item (i.2) dos quesitos 1.5 e 1.8 (e também recomendada por mim para o quesito 1.7), recomendo que se verifique, em cada município com legislação contrária ao projeto, o itinerário para que sejam atribuídos efeitos vinculantes aos respectivos

pareceres. Isto é: não basta que haja um parecer do Procurador Geral. É preciso que se lhe atribua efeitos vinculantes, o que só será possível na forma da legislação local.

Acrescento, por fim, que também seria interessante **se considerar o ajuizamento da devida ação de controle concentrado de constitucionalidade para impugnar os dispositivos das legislações municipais em análise**, a exemplo da propositura de Representação de Inconstitucionalidade pelo Governador do Estado ou pelo Procurador Geral do Estado, conforme previsto no art. 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

3) Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17. Terceiro grupo: pagamentos ao Estado do Rio de Janeiro e indenizações. Quesitos: 2.1 e 3.1:

2.1. Considerando a disciplina a ser estabelecida com base nas deliberações dos titulares dos serviços de água e esgoto e nos instrumentos de gestão associada a serem celebrados, o ERJ poderá figurar como beneficiário dos pagamentos de outorga a serem efetuados pelos adjudicatários dos contratos de concessão? E dos valores decorrentes da alienação do controle da CEDAE?

Em resposta ao quesito 2.1., o Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17 concluiu:

1. O ERJ poderá figurar como beneficiário dos valores decorrentes de alienação do controle acionário da CEDAE, tendo em vista ser o titular do direito de propriedade das ações, motivo pelo qual os referidos valores devem ser revertidos ao Estado;

2. O ERJ também pode figurar como beneficiário do pagamento das outorgas a serem feitas pelos adjudicatários dos contratos de concessão. Tal conclusão decorre: (i) de leitura adequada do princípio da indisponibilidade do interesse público – em que não há relação necessária entre indisponibilidade do interesse público e indisponibilidade de interesses patrimoniais –, (ii) de se buscar realizar o interesse público em concreto, sem se deixar levar por fantasmagorias abstratas, e (iii) de se reconhecer a tendência legislativa atual, em prol da consensualidade e dos acordos administrativos.

3. Concretamente, o recebimento de parcela dos recursos relativos às outorgas dependerá de acordo a ser celebrado entre o ERJ e os municípios, exigindo-se que tal acordo seja motivado e possua causa econômica.

3.1. A extinção dos contratos de programa vigentes entre a CEDAE e os municípios incluídos no projeto, com a conseqüente limitação de escopo incumbido a tal companhia, enseja o direito desta a perceber indenização pelos investimentos em ativos não completamente amortizados?

Em resposta ao quesito 3.1., o Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17 concluiu:

1. Por força da previsão do art. 36 da Lei nº 8.987/95, a CEDAE possui direito à indenização pelos investimentos não amortizados do serviço público de saneamento básico. Tal indenização se destina à compensação pela perda dos benefícios decorrentes da exploração, e que resultariam da continuação desta;

2. O documento do BNDES leva em consideração duas alternativas: (i) repassar o ônus das indenizações aos concessionários, com base no risco de inadimplência dos municípios; ou (ii) a CEDAE abrir mão das indenizações que lhe seriam devidas, a fim de evitar risco de circulação ineficiente de recursos, já que, se a CEDAE assim procedesse, poderia haver um aumento do valor a ser recebido pelas outorgas pagas pelos concessionários. Quanto à opção (ii), o BNDES partiu da premissa de que o ERJ, na qualidade de acionista controlador da sociedade de economia mista, poderia abrir mão das indenizações para tomar a licitação das concessões mais atraente;

3. Quanto a tais afirmações, se mostra necessário identificar, de modo concreto e específico, quais são os valores devidos, por cada município, a título de indenização por investimentos realizados

pela CEDAE. Em outras palavras, faz-se mister realizar levantamento dos investimentos, preferencialmente por auditoria independente ou por acordo entre as partes;

4. Depois, interessante que sejam realizadas negociações entre a CEDAE e os municípios, com vistas ao recebimento de recursos (o que pode incluir parcelamentos e descontos). Não se deve assumir, sem maiores detalhamentos e tentativas, que todos os municípios sejam incapazes de pagar as indenizações devidas à CEDAE e, ato seguinte, o Estado impor à sua controlada que abra mão de recursos;

5. Nos casos em que efetivamente as indenizações não sejam possíveis pela via negociada, sugeriu-se, em princípio, que o ônus de seu pagamento seja deslocado para as futuras concessionárias, uma vez que não há certeza de que as licitações refletirão o possível "desconto" a decorrer de se abrir mão das indenizações devidas à estatal estadual (sequer se há certeza de que as licitações terão êxito);

6. Além disso, a CEDAE e o ERJ são entes distintos, logo o ERJ não pode desconsiderar as regras de governança e interesses descoincidentes de sua controlada para forçar que ela abra mão de recursos próprios, ainda que futuros. Tal postura, inclusive, corre o risco de ser tomada como abuso do poder de controle, considerando que pode ir de encontro com interesses legítimos de seus empregados, fornecedores e demais acionistas.

Em suma: (2.1) O ERJ poderá figurar como beneficiário dos valores decorrentes de alienação do controle acionário da CEDAE, tendo em vista ser o titular do direito de propriedade das ações, O ERJ também pode figurar como beneficiário do pagamento das outorgas, com base em uma leitura adequada do princípio da indisponibilidade do interesse público. Para o ERJ receber as outorgas, deverá, a luz da consensualidade administrativa, celebrar acordo com os municípios, o que depende de motivação que demonstre a existência de causa econômica. (3.1) Por força da previsão do art. 36 da Lei 8987/95, a CEDAE possui direito à indenização pelos investimentos não amortizados do serviço público de saneamento básico. Nos casos em que efetivamente as indenizações não sejam alcançáveis pela via comercial, sugeriu-se, em princípio, que o ônus de seu pagamento seja deslocado para as concessionárias. Desaconselhou-se a hipótese de a CEDAE abrir mão dos valores devidos.

Um único acréscimo:

Quanto à resposta ao **questo 3.1**, vale acrescentar que a própria Lei de Relicitação (Lei na 13.448/2017), mencionada no Parecer nº 07/2019 JVSMIPG-17, prevê, no seu art. 15, § 1º, I, a possibilidade de o novo concessionário ser o responsável pela indenização ao concessionário anterior. Confira-se:

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

§ 1º Também poderão constar do termo aditivo de que trata o caput deste artigo e do futuro contrato de parceria a ser celebrado pelo órgão ou pela entidade competente:

I – a previsão de que as indenizações apuradas nos termos do inciso VII do § 1º do art. 17 desta Lei serão pagas pelo novo contratado. Nos termos e limites previstos no edital da relicitação;

4) Parecer nº 07/2019 – ASA. Quarto grupo: privatização da CEDAE up stream e suas implicações. Questos: 1.10 e 4.1:

1.10. Qual instrumento jurídico pode ser utilizado, considerando a base legal vigente para

viabilizar a delegação de serviços upstream à CEDAE?

Em resposta ao quesito 1.10., o Parecer nº 07/2019 - ASA concluiu:

1. O instrumento jurídico adequado para viabilizar a delegação de serviços *upstream* à CEDAE varia conforme a ocorrência ou não de sua privatização;

2. Se não houver privatização, isto é, caso a Companhia continue com natureza de pessoa jurídica integrante da Administração Pública Indireta, o instrumento jurídico pertinente para viabilizar a delegação de serviços *upstream* à CEDAE é o contrato de programa, na forma do art. 13, §5º da Lei nº 11.107/2005;

3. Já na hipótese de efetiva privatização da CEDAE *upstream*, ou seja, caso o Estado deixe de ter mais de 50% das ações com direito a voto, o instrumento jurídico adequado para viabilizar a delegação é o contrato de concessão, com licitação prévia na modalidade de concorrência, na forma do artigo 175 da CRFB, da Lei nº 8.987/1995, e com aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993;

4. Ressalta-se que, para formular esta resposta, o parecerista partiu da pressuposição de que as operações referentes à alienação das ações e à delegação dos serviços públicos seriam feitas concomitantemente, resguardando-se diante de situação distinta. Logo, caso o consulente pretenda realizar as referidas operações de forma não concomitante, sugeriu-se que se proceda nova consulta a esta Procuradoria.

4.1. Privatização da CEDAE upstream: É possível a futura alienação de ações representativas do controle da CEDAE upstream por meio de procedimentos de oferta pública de ações, com pulverização de ações sem formação de bloco de controle, procedida no ambiente de negociação da Bolsa de Valores, nos termos da legislação incidente sobre as operações de mercado de capitais?

Em resposta ao quesito 4.1., o Parecer nº 07/2019 – ASA concluiu:

1. Entendeu-se que a adoção de uma estrutura pulverizada de controle da concessão resta impossibilitada devido ao caráter de prestadora de serviços públicos da CEDAE. Por tal razão, a companhia deve se submeter aos critérios da Lei nº 8.987/1995, tais como a exigência de qualitativos técnicos (arts. 15, VII; 23, III; 29 VII e X; 38, § 1º) e a requisição de prévia anuência do Poder Concedente para realização da transferência do controle da concessionária, sob pena de caducidade da concessão (art. 27);

2. Assim, há uma *ratio legis* que privilegia a necessidade de qualitativos técnicos e a atuação do poder concedente quanto ao controle societário da concessionária, baseadas em uma matriz axiológica que consagra os princípios da continuidade do serviço público e da eficiência;

3. Em última análise, a verificação quanto ao cumprimento destes requisitos legais quedaria prejudicada diante da ausência de um controle definido ou de ampla fluidez dele. Desse modo, se tomaria inviável a proposta apresentada na consulta, que alvitra uma estrutura pulverizada de controle quando da concessão;

4. Ademais, cumpre ressaltar que, para além das respostas aos quesitos, o parecer em questão ainda recomendou o seguinte:

(i) Independentemente do modelo escolhido para viabilizar a delegação dos serviços e/ou a alienação das ações da CEDAE *upstream*, deve-se realizar uma análise econômico-mercadológica prévia, quanto à pertinência da manutenção do controle acionário e quanto ao momento mais adequado para a venda dos serviços;

(ii) É fundamental para a segurança jurídica e para a otimização das licitações dos serviços que os critérios de fixação do preço da água sejam balizados de forma contundente e prévia, bem como seus respectivos reflexos, de forma exata, visto que a água é o insumo mais relevante para a atividade de saneamento básico *upstream*;

Em suma: (1.10) para avaliar qual o instrumento jurídico adequado à delegação de serviços

upstream à CEDAE deve-se levar em conta a ocorrência ou não de sua privatização. Caso a CEDAE permaneça como pessoa jurídica integrante da Administração Pública Indireta, o instrumento jurídico adequado à delegação de serviços é o contrato de programa. Por outro lado, caso se efetive sua privatização, é o contrato de concessão, precedido por licitação na modalidade concorrência. (4.1) Além disso, entende-se pela impossibilidade de alienação por meio de pulverização de ações da CEDAE, devido ao seu caráter de prestadora de serviços públicos.

Não tenho acréscimos ao parecer nº 07/2019 – ASA.

À PG-2, para superior consideração.

Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2019.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

Procurador-Chefe da PG-17

VISTO

P.A. nº E-14/001/053834/2019

Visto. **Aprovo** os Pareceres nº 09/2019 ARCY/PG-17, 03 /2019 GUB, 07/2019 JVSM/PG-17 e 07/2019 ASA/PG-17, da lavra, respectivamente, dos Procuradores do Estado **ANDRE RODRIGUES CYRINO, GUSTAVO BINENBOJM, JOSE VICENTE SANTOS DE MENDONÇA** e **ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO**, com os acréscimos sugeridos no Visto nº 11/19 da lavra do Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17) **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO** (fls. 202/213).

Os opinamentos examinaram consulta formulada pelo Diretor Presidente da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro - CEDAE indagando acerca da viabilidade jurídica do Projeto de Desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela CEDAE, a fim de dar cumprimento ao Plano de Recuperação Fiscal acordado entre o Estado do Rio de Janeiro e a União Federal, com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDS tendo sido o responsável pela modelagem do projeto.

Os pareceres examinaram **quatro blocos de complexas questões jurídicas**, a saber: *(i)* a competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro na formatação institucional do modelo; *(ii)* a questão federativa em face das leis locais e da legislação estadual; *(iii)* os pagamentos devidos ao Estado do Rio de Janeiro e as indenizações; *(iv)* a privatização da CEDAE *upstream* e suas implicações.

Importante referir que **as conclusões dos Pareceres 03/2019 GUB, 07/2019 JVSM/PG-17 e 07/2019 ASA/PG-17 foram compendiadas no Visto nº 11/19 – PGE/PG-17 da lavra do Procurador Chefe da Procuradoria Administrativa (fls. 202/213).**

Em relação ao **Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17**, os quesitos foram, igualmente, respondidos de forma bastante objetiva, com as suas conclusões sendo integralmente aprovadas no presente Visto.

À CEDAE, em devolução.

Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2019.

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO