

Ementa. Saneamento Básico. CEDAE. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto. Exame da viabilidade jurídica do modelo proposto. Quesitos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.6 da consulta enviada. Competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro. Juridicidade da delegação de competências de gestão do serviço ao Estado do Rio de Janeiro por decisão do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana e dos Municípios que não a integram. Observações quanto à delegação da função de gestão dos contratos de concessão. Adequação do instrumento de Convênio de Cooperação. Possibilidade de previsão de mecanismos para maior estabilização da relação jurídica. Desnecessidade de nova lei autorizativa estadual para viabilizar a gestão associada. Poder de voto no Conselho Deliberativo quanto aos municípios metropolitanos não atendidos pela CEDAE. Considerações sobre a repartição de receita da outorga e/ou produto da alienação da CEDAE com os municípios metropolitanos não atendidos pela estatal. Considerações gerais.

Ao Ilmo. Subprocurador Geral do Estado,
Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves,

1. Considerações iniciais e consulta.

Dada a relevância e a complexidade da matéria, a Chefia desta especializada, em conjunto com seus demais membros, decidiu por distribuir as questões encaminhadas em quatro grupos de indagações. Este parecer volta-se a responder o primeiro grupo (**competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro**). De toda forma, como registrado na promoção de 29.11.19, por questão de economia processual, aproveitarei o relatório apresentado na referida promoção, o qual, para todos os fins, integra esta manifestação.

Assim, passo, de imediato, à resposta aos quesitos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.6, em relação aos quais serão feitos, quando cabíveis, os esclarecimentos preliminares pertinentes. Por vezes, serão feitas sugestões de modificação do projeto, de modo a que se corrijam problemas e, mais importante, se incremente a segurança jurídica.

2. Resposta aos quesitos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.6.

1.1. No que toca aos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário, é viável a atribuição ao ERJ, pelos titulares dos serviços (entendidos aqui como o Rio Metrópole e municípios não metropolitanos), do exercício das funções de organização, regulação, fiscalização, delegação da prestação dos serviços e gestão dos contratos com os operadores de tais serviços, conforme o modelo apresentado nos tópicos anteriores?

A questão jurídica colocada envolve a avaliação sobre os limites e possibilidades do papel do Estado do Rio de Janeiro no bojo de concessão de serviço público do qual não é titular. O problema

surge, porque o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1.842/RJ, fixou entendimento no sentido de que a competência para prestação de serviços públicos de saneamento básico nunca será exclusiva do Estado. Segundo o STF, tal competência, em princípio, é atribuída, pela Constituição, aos Municípios, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, CRFB), mas pode, por aglutinação, pertencer a uma região metropolitana (*i.e.*, o colegiado de Estado e municípios), caso seja essa, eventualmente, criada por lei complementar estadual, na forma do art. 25, § 3º, CRFB¹. Isso significa dizer que a titularidade dos serviços públicos metropolitanos não é nem exclusiva do Estado, nem exclusiva dos municípios; todos os entes federativos integrantes da região metropolitana a compartilham e, por conseguinte, devem ter poder de decisão e direção dos rumos dos serviços compartilhados.

Superou-se, assim, o entendimento pretérito de que, na hipótese de criação de uma região metropolitana por lei complementar estadual, o serviço público de saneamento básico passaria a ser titularizado pelo Estado que a instituiu².

Foi justamente por conta dessa decisão, como adiantado, que foi editada a LC nº 184/2018, a qual reinaugura a região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro. A lei buscou seguir o desenho institucional abraçado pelo STF. Assim, tem-se a instituição de um novo organismo federativo no âmbito do Estado, qual seja: a Região Metropolitana (RM), a qual é a titular dos serviços de saneamento básico nos limites territoriais dos Municípios que a integram.

Como já adiantado, a RM, embora instituída por lei complementar do Estado, é o resultado do somatório de interesses dos Municípios e do Estado do Rio de Janeiro. Assim a capacidade de cada ente federado, inclusive do Estado, de decidir sobre seus rumos deve ser proporcional, por imposição do STF, conforme já destacado em parecer anterior (v. Parecer nº 03/2019 ARCY/PG- 17). De toda forma, a RM, *per se*, é a titular dos serviços de interesse comum, sendo, portanto, a responsável pela sua prestação.

É diante desse quadro que se indaga: ***em que medida o Estado do Rio de Janeiro poderia ser delegatário de funções de organização, regulação, fiscalização, delegação da prestação dos serviços e de gestão dos contratos com os operadores dos serviços de saneamento básico que serão objeto de concessão?*** Em outras palavras: como é possível que, por meio de delegação dos titulares do serviço, o Estado passe a figurar como um ator central na implementação do modelo sem ser o seu titular?

Adianto que me parece lícito que o Estado concentre competências por meio de atos de delegação. A arquitetura institucional elaborada, em que o Estado figura como espécie de agente da Região Metropolitana e dos municípios não metropolitanos na coordenação de interesses comuns, tem

¹Art. 25 (...). § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

²Conforme sustentava Luís Roberto Barroso, em período pretérito ao julgamento da ADI nº 1.842/RJ: “A noção de predominância de um interesse sobre os demais implica a idéia de um conceito dinâmico. Isto é: determinada atividade considerada hoje de interesse predominantemente local, com a passagem do tempo e a evolução dos fenômenos sociais, poderá perder tal natureza, passando para a esfera de predominância regional e até mesmo federal. Uma série de fatores pode causar essa alteração: desde a formação de novos conglomerados urbanos, que acabam fundindo municípios limítrofes, até a necessidade técnica de uma ação integrada de vários municípios, para a realização do melhor interesse público. (...). Pode-se concluir, assim, que a competência estadual para os serviços de interesse comum, particularmente no âmbito das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, decorre de uma imposição do interesse público, no que diz respeito à eficiência e qualidade do serviço prestado e, muitas vezes, até mesmo à sua própria possibilidade. (...). [Assim] a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões por uma lei complementar estadual, com a conseqüente assunção, pelo Estado, das competências para os serviços comuns, não representa restrição indevida da autonomia municipal”. BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios, *Revista de Informação Legislativa*, p. 255-270, Brasília, ano 38, n. 153, jan. /mar. 2002, pp. 261 -263.

guardada no art. 241 CRFB³, em linha com a jurisprudência do STF⁴, e com a Lei Geral de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007).

Realmente, trata-se de uma das muitas possíveis formas de cooperação interfederativas⁵. O alargado art. 241 da Constituição prevê a possibilidade, na forma da lei, de “*gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos*”. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro também contém previsão semelhante no parágrafo único do artigo 65⁶.

Nesse mesmo diapasão, o artigo 8º, da Lei Geral de Saneamento Básico (Lei Federal nº 11.445/2007), reconhece a possibilidade de delegação da organização, da regulação, da fiscalização e da prestação de serviços de saneamento. Veja-se:

Art. 8º Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico **poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços**, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 [Lei de Consórcios Públicos]. (*destacou-se*)

Tem-se, assim, uma hipótese de gestão associada de serviços de interesse comum, como é o caso dos serviços de saneamento básico, o que pode envolver delegação. Observe-se que no bojo da ADI nº 1.842/RJ, em mais de uma oportunidade, o STF ratificou os vários caminhos de gestão associada. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho da ementa:

Para o adequado atendimento do interesse comum, **a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal**, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas.⁷ (*destacou-se*)

Já no inteiro teor, o voto do Ministro Nelson Jobim⁸ é ainda mais explícito a respeito da possibilidade, com destaque para o alargado caminho consensual:

³Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos

⁴Cumpra observar que o serviço de saneamento básico está previsto no artigo 23, IX, da CRFB/88, cujo parágrafo único prevê que a " lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional". A despeito de tal previsão, conquanto a lei complementar em questão ainda não tenha sido editada, é possível mesmo assim a cooperação, via mecanismos consensuais, entre entes federativos, para a gestão associada do serviço público de saneamento básico com base na cláusula geral de federalismo cooperativo do art. 241, da CRFB/88. Tanto é assim que a própria ADI 1.842/RJ chancela tal possibilidade, consoante trechos que serão transcritos mais adiante.

⁵Conforme bem explana Augusto Zimmermann: "dominante no cenário político, o federalismo cooperativo não dispõe de fronteiras claramente definidas na questão da distribuição de competências dentre os níveis autônomos de poder. O objetivo explícito é, em síntese, a promoção de uma livre cooperação da União com as unidades federadas" (*destacou-se*). ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 57.

⁶Art. 65, parágrafo único - O Estado poderá celebrar convênios com a União, outros Estados e Municípios ou respectivos órgãos da administração indireta, inclusive fundacional, para execução de suas leis, serviços ou decisões por servidores federais, estaduais ou municipais.

⁷ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

⁸ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 131. E também:

Na linha do que está no art. 6º, são atividades de competência precípua da REGIÃO METROPOLITANA, e não do ESTADO:

- o planejamento integrado da REGIÃO METROPOLITANA (inc. I)
- a unificação da execução dos serviços comuns (inc. II)
- a coordenação da execução dos programas de interesse metropolitano (inc. III)
- o controle, elaboração, supervisão e avaliação da prestação desses serviços (inc. IV, V e VI); e
- a atuação dos sistemas de cartografia e informações básicas metropolitanas (inc. VII).

Isso não significa que a própria região metropolitana e os municípios que a compõem não possam assinar convênios e acordos de cooperação com o estado para a melhor executar suas funções, inclusive no plano da fiscalização e controle.

Nesse sentido, tomo a lembrar da L. 11.107/2005 que dispõe sobre o CONSÓRCIO PÚBLICO entre entes da federação para atingir objetivos comuns. **Isso não só é possível como recomendável.** (*destacou-se*)

No mesmo sentido, segue trecho da conclusão do voto⁹:

“(1.10). Caberá aos municípios integrantes da região decidir, no âmbito do conselho deliberativo, a forma como prestarão os serviços de natureza metropolitana, especialmente aqueles referentes a saneamento básico. (...) **tais municípios, por acordo ou consenso, poderão decidir se prestam o serviço por meio:** (...) (b) **de administração do estado**; (...) (d) da companhia estadual (...). (1 .1 2) A decisão do Supremo, nessa matéria, deve viabilizar soluções flexíveis”. (*destacou-se*)

Vale mencionar também, o voto do redator do Acórdão, Ministro Gilmar Mendes¹⁰:

A solução parece residir no reconhecimento de sistema semelhante aos *Kreise* alemães, em que o agrupamento de municípios junto com o estado federado detenha a titularidade e o poder concedente, ou seja, **o colegiado formado pelos municípios mais o estado federado decida como integrar e atender adequadamente à função de saneamento básico.** (*destacou-se*)

Mais explicitamente, o STF consignou a possibilidade de atuação do Estado. Isso seria possível por meio de delegação. Nas palavras da Corte: “*a atuação do estado somente é permitida diante da*

“como já dito, é possível o estabelecimento de convênios e consórcios entre a região metropolitana e o estado que **possibilitem maior eficiência, qualidade e controle na prestação dos serviços de interesse comum**” Cf.: p. 133.

⁹ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 240.

¹⁰ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 181.

autorização da região metropolitana, tomada no âmbito de seus órgãos deliberativos”¹¹, requisito este previsto na modelagem encaminhada.

Mas, mesmo assim, poderia ser questionado: até onde vai a possibilidade de delegação, ao Estado, de uma função que, originariamente, não lhe pertence? Nesse ponto, deve-se demarcar a diferença entre renúncia de titularidade de competências constitucionais em relação à delegação de competências específicas.

Como regra, tem-se por ilegítima a renúncia, por parte de entes federativos, de competências legislativas e administrativas fixadas pela própria Constituição da República. Da mesma forma, a titularidade de determinado serviço público, fixada pela lei, deve ser modificada também por lei (cf.: art. 2, § 1º, III, da Lei Estadual nº 5.427/2009¹²) ou pela Constituição, e não por ato infralegal¹³.

Se a renúncia de competências constitucionais é inválida, por outro lado, a delegação voluntária, via ato infralegal, entre os entes federados, de competências constitucionais específicas é viável, desde que observados alguns cuidados, a fim de se evitar que uma suposta delegação configure, na prática, verdadeira renúncia. Quais são as cautelas necessárias?

O art. 11 da lei de processo administrativo estadual (Lei nº 5.427/2009)¹⁴ é um bom começo. Segundo a letra do dispositivo, a delegação de competências é possível, desde que parcial; vale dizer: é vedada a transferência de todas as funções do ente delegante, sob pena de se caracterizar renúncia de competência¹⁵. Entende-se que não há renúncia, quando “a competência continua nas mãos da Administração Pública se esta permanece com o comando da atividade administrativa, como por exemplo, com os poderes de atuar ou não, de revisar, de desistir, etc”¹⁶.

A delegação proposta no projeto, em primeira análise, não implica renúncia. Trata-se de transferência pontual de competências, as quais podem ser retomadas. Isto é: o titular continua com a possibilidade de recuperar o serviço, sabendo-se que é revogável o instrumento negociado (i. e. o convênio de cooperação), ainda que seja necessário indenizar eventuais prejuízos.

Assim, de modo geral, a modelagem institucional proposta, com delegação ao Estado de uma série de atribuições é viável. Nada obstante, faço algumas observações, a fim de mitigar riscos evitáveis. Minha preocupação é que o Estado seja colocado numa posição incompatível com aquela determinada pelo STF. Recorde-se que o Acórdão da ADI nº 1.842/RJ rechaça a concentração do poder concedente do serviço em um único ente federativo. Conforme a Corte Constitucional:

O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. **É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único**

¹¹ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 130.

¹²Art. 2º § 1º Nos processos administrativos serão observadas, entre outras, as seguintes normas: (...) III- atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes, salvo autorização em Lei.

¹³Nesse sentido, se posiciona o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, na ADI na 1.842/RJ: “a transferência da titularidade de certo serviço público para entidade estatal deve ocorrer por lei (...). É assim que são atribuídos, sem necessidade de contrato de concessão ou permissão, serviços públicos a entidades estatais descentralizadas (...)”. Em suma, a própria lei complementar que institui a entidade regional poderá lhe conferir personalidade jurídica (...), transferindo àquela a titularidade dos serviços públicos reputados de interesse comum” (*grifou-se*). ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, pp. 258/259.

¹⁴**Art. 11.** Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte de sua competência a outros órgãos ou titulares, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de natureza técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. (*grifou-se*)

¹⁵Nesse sentido: “nos parece jurídica e logicamente inviável a transferência de *todas as funções* do delegante para o órgão delegado. Delegação total chega às raízes de uma renúncia aos poderes administrativos, o que, como vimos, é inaceitável para os administradores públicos”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999, 5ª ed. rev., ampl. e atual*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 125.

¹⁶HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscila; MAFFINI, Rafael. *Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 129.

ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios.¹⁷ (*destacou-se*)

Segue a mesma linha o voto do Ministro Joaquim Barbosa:

Assim, a criação de uma região metropolitana não pode, em hipótese alguma, significar o amesquinamento da autonomia política dos municípios dela integrantes, materializado no controle e na gestão solitária pelo estado. Vale dizer, a titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa a ser da nova entidade público-territorial-administrativa, de caráter intergovenamental, que nasce em consequência da criação da região metropolitana.¹⁸ (*grifou-se*)

Os municípios devem possuir algum poder de decisão, seja diretamente, seja pelo Conselho Deliberativo da região metropolitana de cuja composição participam representantes seus. (...). Considero, portanto, inconstitucional esse dispositivo, pois ele alija completamente o município do processo decisório relativo à concessão e permissão de serviços de interesse comum dos entes integrantes da região metropolitana, reservando O poder de outorga exclusivamente ao estado.¹⁹ (*grifou-se*)

Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski²⁰: “*a autonomia municipal assegurada pela Lei Maior não pode ser esvaziada mediante a transferência integral da titularidade das funções públicas de interesse comum ao Estado instituidor da entidade territorial*” (*grifou-se*).

Assim, **recomendo que fique claro que a competência para firmar os contratos de concessão permaneça com os titulares do serviço público (Le.: Região Metropolitana e municípios não metropolitanos), ainda que haja a delegação de determinadas competências ao Estado.** Para tanto, sugiro que o Estado do Rio de Janeiro exerça função análoga a de um *mandatário sem representação*²¹, não figurando como parte nos contratos de concessão. O Estado, na verdade, não exercerá a função de concedente, mas de uma espécie de intermediário e coordenador. Logo, **é recomendável que o Estado não assine os contratos como concedente, mas como interveniente anuente.**

Até para que se deixe clara a titularidade dos envolvidos, deverão figurar como concedentes nos contratos de concessão: a Região Metropolitana, bem como cada um dos Municípios que não integrar a região.

Sublinho, por outro lado, que não vislumbro, em princípio, maiores problemas quanto ao Estado do Rio de Janeiro ser o responsável pela modelagem, organização e gestão da licitação e pela formatação da divisão dos blocos de municípios a serem licitados. Também não há obstáculo jurídico a que a AGENERSA, por sua vez, seja responsável pela regulação e fiscalização da prestação do serviço. Aliás, destaco que a delegação das funções de regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico pelos titulares a uma agência reguladora pertencente à estrutura de outro ente

¹⁷ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

¹⁸ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 46.

¹⁹ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, pp. 47-48.

²⁰ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 247.

²¹Sobre a figura do mandato sem representação: “Cabe lembrar que a representação pode ser legal (...) ou voluntária (caso da procuração). Já o mandato pode ser com ou sem representação: se o mandatário atua em nome do mandante, há representação; se só atua por conta do mandante, não o representa”. Cf.: WALD, Arnoldo. *Direito Civil: contratos em espécie*, vol. 3, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 248. Na mesma linha: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*, tomo 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 80. GOMES, Orlando. *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 424-425.

federativo (no caso, a agência reguladora estadual AGENERSA), é viável a luz da lei e da jurisprudência do STF.

A previsão legal é suprida pela Lei nº 4.556/2005, que criou a AGENERSA. De fato, se, de um lado, o art. 2º, II, da Lei nº 4.556/2005 fixa a competência da AGENERSA para regulação e fiscalização das concessões de serviço público de saneamento básico nas quais o Estado figure como Poder Concedente²², de outro lado, o §1º do artigo 4º dispõe que **“poderá a AGENERSA aceitar, parcial ou integralmente, a delegação de atribuições compatíveis com a sua esfera de competência”** (*destacou-se*). A esfera de competência a qual o § 1º se refere, por sua vez, está delimitada nos incisos I a XVII, do mesmo art. 4º. Merecem menção os incisos IV e V, os quais tratam essencialmente de atividades de fiscalização e regulação, respectivamente²³.

²²Art. 2º – A AGENERSA tem por finalidade exercer o poder regulatório, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos concedidos: (...) II – na área de serviços de esgoto sanitário e industrial e de abastecimento de água e de coleta e disposição de resíduos sólidos prestados pelas empresas outorgadas, concessionárias e permissionárias, **nas quais o Estado figure como Poder Concedente ou Permitente**, nos termos das normas legais, regulamentares e consensuais pertinentes, e por serviços autônomos dos municípios, estes, respeitados os limites de autonomia municipal, mediante convênios. (*destacou-se*)

²³ Art. 4º – **Compete à AGENERSA**, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

I – zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições;

II – **dirimir, como instância administrativa definitiva, conflitos envolvendo o Poder Concedente ou Permitente, os concessionários ou permissionários de serviços públicos na área de energia e saneamento básico e 0\$ respectivos usuários;**

III – decidir, como instância administrativa definitiva, os pedidos de revisão de tarifas de serviços públicos concedidos ou permitidos, mediante apresentação, quando for o caso, de planilhas de custos elaboradas de forma detalhada pelos concessionários ou permissionários;

IV – **fiscalizar, diretamente ou mediante delegação**, os aspectos técnico, econômico, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis;

V – **expedir deliberações e instruções tendo por objeto os contratos submetidos a sua competência**, inclusive fixando prazos para cumprimento de obrigações por parte das concessionárias e permissionárias, de ofício ou quando instada por conflito de interesses;

VI – determinar diligências junto ao Poder Concedente, concessionários, permissionários e usuários dos serviços, podendo para tanto ter amplo acesso aos dados e informações relativos aos contratos de sua competência;

VII – promover, com auxílio de entidades públicas e privadas, estudos sobre a qualidade dos serviços públicos concedidos e permitidos com vistas à sua maior eficiência;

VIII – contratar serviços técnicos, vistorias, estudos, auditorias ou exames necessários ao exercício das atividades de sua competência com entes públicos ou privados;

IX – dar publicidade às suas decisões;

X – aprovar seu regimento interno, bem assim a proposta de seu orçamento, a ser incluída no Orçamento Geral do Poder Executivo;

XI – receber, por intermédio da Ouvidoria, sugestões e reclamações de usuários de serviços públicos concedidos ou permitidos sob seu controle, para submissão à apreciação do Conselho-Diretor, com vistas à adoção e julgamento das medidas que entender cabíveis;

XII – respeitar integralmente os prazos legais quanto à apreciação dos pedidos das concessionárias de retomada de equilíbrio físico-financeiro, reajuste tarifário e revisão contratual;

XIII – exigir, conforme previsto nos contratos de concessão ou permissão, a expansão e a modernização dos serviços delegados, de modo a buscar a sua universalização e a melhoria dos padrões de qualidade, ressalvada a competência do Estado quanto a definição das políticas setoriais;

XIV – estabelecer padrões de serviço adequado, garantindo ao usuário regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas;

XV – deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação das normas legais e contratuais, no que se refere a serviços públicos de energia e saneamento básico, fixando a orientação a ser adotada nos casos omissos;

XVI – interagir com as autoridades federais, estaduais e municipais responsáveis pela regulamentação e fiscalização dos serviços públicos de energia e saneamento básico, bem como por outras atividades que afetem esses serviços; XVII – resguardar os direitos garantidos pela Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

§ 1º – Poderá a AGENERSA aceitar, parcial ou integralmente, a delegação de atribuições compatíveis com a sua esfera de competência. (*destacou-se*)

Registre-se, ainda, que o STF já apreciou a validade de delegações de competências regulatórias municipais a entidades reguladoras estaduais. No ano de 2000, o STF julgou a Medida Cautelar na ADI nº 2.095²⁴, em que se questionava a constitucionalidade, dentre outros dispositivos, do art. 3º, parágrafo único, “a” da Lei nº 10.931/1997 do Estado Rio Grande do Sul, com redação dada pela Lei nº 11.292/98²⁵, que previa que a competência da Agência Reguladora Estadual (AGERGS) para regular e fiscalizar os serviços de saneamento básico delegados ao Estado por outros entes federativos via convênio. Na ocasião, os Ministros entenderam que não violava a autonomia municipal a designação por lei de competências de regulação e fiscalização de serviço de titularidade municipal à agência reguladora estadual.

Posteriormente, najá citada ADI nº 1.842/RJ, a possibilidade de delegação das competências de regulação e fiscalização do serviço de saneamento básico à agência reguladora estadual foi cogitada e chancelada, conforme consta do voto do Ministro Gilmar Mendes²⁶:

Frise-se que não se veda a concessão de serviço por meio de lei estadual ou o **controle de sua execução por meio de agência reguladora no âmbito estadual**, mas estas providências devem ser dirigidas **a partir de decisão em que os municípios e o estado federado tenham participado conjuntamente.**
(*destacou-se*)

Inclusive, o art. 15, I c/c art. 23, § 1º da Lei Geral de Saneamento Básico (Lei Federal 11.445/2007)²⁷ também preveem expressamente a possibilidade de delegação de atividades de regulação e fiscalização do titular do serviço de saneamento básico à entidade reguladora de outro ente federativo que atue dentro dos limites do respectivo Estado, desde que o ato de delegação especifique a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas. Isto é: é lícito delegar, desde que tal transferência não seja um cheque em branco.

Aliás, a delegação de competências à agência reguladora estadual vai ao encontro dos princípios da economicidade e da eficiência, este último previsto expressamente tanto no artigo 37, *caput* da Constituição da República²⁸, quanto no art. 2, VII, da Lei Geral de Saneamento Básico (Lei Federal 11.445/2007)²⁹. De fato, a estratégia aproveita a estrutura de órgão regulador estadual já existente, equipado e preparado para exercer a função e concentra seu exercício nele, ao invés de promover dispêndios de recursos públicos escassos na criação de novas agências reguladoras metropolitana e municipais.

²⁴ADI 2095 MC, Rel. Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, j. 22/03/2000.

²⁵Art. 3º – Compete à AGERGS, a regulação dos serviços públicos delegados prestados no Estado do Rio Grande do Sul e de sua competência ou a ele delegados por outros entes federados, em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convencional ou contratual (Redação dada pela Lei nº 11.292/98).

Parágrafo único. A atividade reguladora da AGERGS será exercida, em especial, nas seguintes áreas: (Redação dada pela Lei nº 11.292/98)

a) saneamento; (Redação dada pela Lei nº 11.292/98)

²⁶ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 186.

²⁷**Art. 15.** Na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, **as atividades de regulação e fiscalização poderão ser exercidas:**

I – por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal.

Art. 23. § 1º A **regulação** de serviços públicos de saneamento básico poderá ser **delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades** a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.

²⁸Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

²⁹Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:
(...) VII – eficiência e sustentabilidade econômica.

Por fim, observe-se que, pela modelagem proposta por este parecer, embora não seja imprescindível, sugerimos, para fins de clareza e incremento da segurança jurídica, que, assim como a AGENERSA, o Estado do Rio de Janeiro figure como interveniente anuente nos contratos de concessão e de interdependência a serem celebrados.

Chama a atenção, inclusive, a previsão do projeto de fls. 24/54 de que a AGENERSA deveria figurar como interveniente anuente apenas nos contratos de concessão e nos contratos de interdependência. Importante ressaltar, no entanto, que a AGERNERSA, enquanto delegatária das atividades de regulação e fiscalização, também deve figurar como interveniente anuente ou como partícipe nos Convênios de Cooperação celebrados entre os titulares do serviço e o Estado do Rio de Janeiro.

1.2. O convênio de cooperação a ser celebrado entre o ERJ e os titulares dos serviços é um instrumento apto para constituir uma relação jurídica com o conteúdo acima pretendido?

O convênio de cooperação a ser celebrado entre Estado do Rio de Janeiro e os titulares do serviço é instrumento viável para a delegação de competências específicas relativas à gestão da concessão de serviço público, observadas as recomendações feitas acima.

Em primeiro lugar, o STF, no Acórdão da ADI nº 1.842/RJ chancelou a possibilidade de celebração de convênios de cooperação como instrumento para gestão associada de serviços públicos de saneamento básico³⁰. Confira-se:

Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento **básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação** ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, **como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas.**³¹ (*destacou-se*)

Ora, se o STF entende que tanto a celebração de convênios de cooperação quanto a instituição de Região Metropolitana são formas válidas de se promover a gestão associada de serviços públicos, quanto mais a soma dessas duas vias; isto é: nada obsta que se combine a instituição de uma Região Metropolitana com o emprego, por esta, de convênio de cooperação para possibilitar que outros entes cooperem com ela na gestão associada de serviços públicos de sua competência. Trata-se de um reforço ao já mencionado federalismo de cooperação³². Tal arranjo além de se adequar à jurisprudência do

³⁰A fim de evitar repetições, nos remetemos aos trechos do inteiro teor da ADI nº 1.842/RJ colacionados no *item 1.1* do presente Parecer, os quais também validam a possibilidade de delegação de competências relativas ao serviço de saneamento básico ao Estado, mediante convênio de cooperação.

³¹ADI 1842; Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

³²“Esse quadro de interações entre os entes federativos acentua-se consideravelmente tendo em conta os modelos contemporâneos de federalismo cooperativo – do qual a Constituição de 1988 é um exemplo –, em que as competências dos entes não são estanques, mas se comunicam sob variadas formas. No vaso brasileiro, como se sabe, há competências concorrentes ou comuns tanto em matéria legislativa, como no que diz respeito à atuação político-administrativa e à prestação de serviços. Nesse contexto, o relacionamento entre os entes é indispensável” (*grifou-se*) BARROSO, Luís Roberto. Parecer nº 02/2007. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, nº 62, p. 360-382, 2007, p. 365. A esse respeito, apesar de o Estado não ser o titular do serviço de saneamento básico, o artigo 23, IX, da CRFB/88 lhe gera o dever de cooperar com os Municípios para a melhoria na prestação do referido serviço público. Nesse sentido, como bem explica Luís Roberto Barroso: “O art. 23 da Carta em vigor enuncia as competências comuns da União, Estados e Municípios, entre as quais se encontra a promoção da melhoria das condições de saneamento básico. (...) A norma não se refere à titularidade

STF, também encontra respaldo na doutrina.

Os convênios são tradicionalmente conceituados, por Hely Lopes de Meirelles³³, como “*acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes*”. Logo, trata-se de instrumentos de consensualidade administrativa que, pela sua própria essência, quando celebrados entre entes federativos, envolvem o compartilhamento ou delegação de competências administrativas entre eles.

Odete Medauar³⁴, inclusive, designa tais tipos de convênios por “convênios de delegação”, pelos quais há a “*transferência, de um nível federativo a outro, de atividades e serviços públicos suscetíveis de delegação, como acontece em matéria de administração e exploração de rodovias e portos federais*”. Na mesma linha, José do Santos Carvalho Filho³⁵ sustenta que:

A constituição vigente não se refere expressamente aos convênios no conjunto de regras que tratam da **partilha de competências**, mas deixa implícita a possibilidade de serem ajustados. (...) **não há qualquer vedação constitucional para tais ajustes; ao contrário, o sistema adotado conduz normalmente a esse desiderato, emanando de várias de suas disposições o sentido de se volverem as entidades federativas a objetivos comuns.** A despeito dessa admissibilidade implícita, a vigente Constituição passou a prevê-la [expressamente], no **artigo 241**, com redação dada pela EC n' 19/98 (...). O dispositivo constitucional teve claro intuito, qual seja, o de prever atividades de cooperação entre as pessoas políticas. (*destacou-se*)

Como bem explanado no trecho transcrito, a delegação de competências administrativas entre entes federativos via convênio encontra fundamento de validade diretamente no artigo 241, da CRFB e no parágrafo único do art. 65, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Mesmo antes de a EC n° 19/1998 incluir tal previsão na Constituição da República, a celebração de convênios de cooperação já era implicitamente admitida por esta, dada a previsão de compartilhamento entre os entes federados de competências comuns ou concorrentes, típicas do federalismo de cooperação³⁶.

A legislação infraconstitucional também é rica em previsões a respeito. A própria Lei Geral de Saneamento Básico (Lei Federal na 11.445/2007), prevê a possibilidade de delegação de competências de organização, regulação, fiscalização e prestação dos serviços, mediante convênio de cooperação (art. 3, II c/c art. 8)³⁷.

Destaque-se também a previsão do artigo 15, I c/c artigo 23, § 1º da mesma lei³⁸ que permite a

do serviço, mas à possibilidade de uma ação de quaisquer dos entes estatais visando ao melhor resultado na matéria. **A finalidade constitucional é a cooperação produtiva entre eles, e não, evidentemente, uma superposição inútil e dispendiosa.** (...) Em suma: (...) **o constituinte previu a possibilidade de ação conjunta em tema de saneamento básico.**” (*destacou-se*) BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios, *Revista de Informação Legislativa*, p. 255-270, Brasília, ano 38, n. 153, jan./mar. 2002, p. 260.

³³MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 334.

³⁴MEDAUR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 20ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 283.

³⁵CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 30ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2016, p. 235.

³⁶FERRARI, Sérgio. *Constituição Estadual e Federação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 70.

³⁷Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...) II – gestão associada: associação voluntária de entes federados, por convênio de cooperação ou consórcio público, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal.

Art. 8º. Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

³⁸Art. 15. Na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, as atividades de regulação e fiscalização poderão ser exercidas:

delegação, por meio de convênio de cooperação, de atividades de regulação e fiscalização do titular do serviço de saneamento básico à entidade reguladora de outro ente federativo que atue dentro dos limites do respectivo Estado, desde que o ato de delegação (no caso, o convênio de cooperação) especifique a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.

Ademais, a delegação de competências administrativas, via Convênio de Cooperação, pela Região Metropolitana ao Estado do Rio de Janeiro, funda-se no artigo 9º, VII, da Lei nº 13.089/2015 (Estatuto da MetrÓpole)³⁹ e no art. 11, § 4º, da LC Estadual na 184/2018 (lei que institui a Região Metropolitana do Rio de Janeiro), *in verbis*:

Art. 11 § 4º O Conselho Deliberativo poderá decidir pela celebração de convênios ou outros instrumentos com pessoas jurídicas de direito público e com empresas públicas ou sociedades de economia mista, universidades e suas fundações, tendo como objeto a execução conjunta, ou por delegação, de atividades específicas e determinadas que sejam de competência da Região Metropolitana, os quais deverão ser remetidos ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. (*destacou-se*)

Pela leitura do dispositivo acima, já se extraem, de pronto, os seguintes requisitos para celebração, pela Região Metropolitana do Rio de Janeiro, de Convênios de Cooperação em que haja a delegação de competências “específicas e determinadas”: (i) a decisão deve ser tomada, via votação proporcional, no âmbito do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, observando-se os trâmites para tal estabelecidos na lei e no regulamento aplicável; e (ii) subseqüente submissão da questão ao TCE-RJ.

Por fim, recorde-se que nem todos os municípios metropolitanos delegariam as competências relativas aos serviços de saneamento básico ao Estado do Rio de Janeiro. Conforme preconizado no projeto de desestatização sob análise, os municípios metropolitanos que atualmente já não são atendidos pela CEDAE (Niterói, Guapimirim e Petrópolis), mesmo após a celebração do Convênio de Cooperação, manteriam os respectivos contratos de concessão com outros operadores, não sendo abrangidos pela delegação de competências proposta no projeto. Assim, (iii) importante que haja previsão no referido instrumento indicando quais municípios metropolitanos fariam parte da delegação de competências relativas aos serviços de saneamento básico ao Estado do Rio de Janeiro, ressaltando os demais municípios que não se vinculariam aos termos do Convênio de Cooperação.

1.3. Os vínculos jurídicos a serem formatados entre o ERJ-Rio MetrÓpole e ERJ-municípios não metropolitanos, por meio dos convênios de cooperação, será estável? Tendo em vista a importância da estabilização da relação jurídica, diante do interesse de terceiros (operadores privados, usuários, etc.) e da necessidade de execução de investimentos de longo prazo, quais medidas jurídicas podem ser manejadas para a finalidade de estabilizar e perenizar as relações jurídicas em tela?

I – por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal;

Art. 23. § 1º A regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas. (*grifou-se*)

³⁹Art. 9º Sem prejuízo da lista apresentada no art. 4º da Lei nº 10.257, de 10 de julho 2001, no desenvolvimento urbano integrado de regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas serão utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos: (...) VII – convênios de cooperação.

Os Convênios de Cooperação celebrados entre Estado do Rio de Janeiro e os titulares do serviço (Região Metropolitana e municípios não metropolitanos) são estáveis. Ademais, é plenamente viável a previsão de mais mecanismos e instrumentos de incremento de tal estabilidade.

Numa primeira análise, sustentar que o vínculo convencional é estável pode parecer contraditório, tendo em vista que, tradicionalmente⁴⁰, considera-se que dos convênios não decorreriam obrigações recíprocas, sendo, assim, vínculos precários, denunciáveis a qualquer tempo, sem possibilidade de previsão de pagamento de indenização pela denúncia imotivada e de previsão de penalidades pelo descumprimento do acordado. Até existe uma parcela da doutrina⁴¹ que defende que os convênios seriam espécie de contratos dos quais decorreriam obrigações recíprocas, sendo possível a estabilização do vínculo com previsão de penalidades e indenizações.

Independentemente desse teor contratual (ou não), o fato é que o caráter estável dos Convênios de Cooperação objeto da consulta decorre de um conjunto de fatores. Apresentarei cada um deles considerando dois cenários. O **1º cenário**, insere-se no âmbito **da Proposta do Projeto de Desestatização exatamente nos termos constantes de fls. 24/54**. Isto é: Convênio de Cooperação **com** delegação de competências para que o Estado do Rio de Janeiro figure como poder concedente nos contratos de concessão. O **2º cenário** decorre da **recomendação constante do item 1.1 deste Parecer**: Convênio de Cooperação **sem** a delegação de competências para que o Estado assine como concedente. Nesse cenário, o Estado ser limitaria a ser um coordenador e intermediador, que assinaria os contratos de concessão como interveniente anuente.

No 1º Cenário, o Convênio de Cooperação é estável, porque se insere em um sistema de negócios jurídicos coligados⁴², interdependentes entre si. O contrato de concessão só existe, porque o Estado figura como concedente. Logo, a denúncia do Convênio de Cooperação implicaria necessariamente a extinção do Contrato de Concessão dele decorrente. De fato, como o Estado do Rio de Janeiro representa os titulares do serviço na qualidade de Poder Concedente nos contratos de concessão (figura como parte nos contratos no lugar deles), tem-se que o convênio é seu pressuposto lógico. Sem ele, o Estado perderia o poder de representação que lhe confere legitimidade para tal.

Assim, considero, nesse cenário, que a estabilidade do vínculo convencional decorre de sua vinculação ao prazo do contrato de concessão de modo que não seria possível sua livre denúncia antes de tal prazo. Na verdade, a denúncia configuraria hipótese de extinção (ainda que parcial) da própria concessão. Seria o caso de encampação do serviço público. E, como se sabe, a encampação deve se submeter ao regramento legal que a condiciona. Destaque-se a exigência de edição de lei autorizativa para a retomada do serviço, além de pagamento de prévia indenização referente aos investimentos ainda não amortizados das concessionárias (art. 35, II, §4º c/c 36 e 37, da Lei Federal nº 8.987/1995⁴³

⁴⁰Cf.: RESENDE, Maria Leticia Rodrigues Guimarães Araújo. Convênio de cooperação: sinônimo de convênio administrativo? *Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 8, n. 14, p. 111-130, jan./jun. 2016, p. 113.

⁴¹MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20ª Ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 283. V., ainda: NOGUEIRA, Erico Ferrari. Convênio administrativo: espécie de contrato? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 258, p. 81-113, set. 2011, p. 92.

⁴²Conforme bem explica Carlos Nelson Konder: “São **contratos coligados** aqueles contratos conexos cujas vicissitudes de um, como a validade ou a ineficácia por causa superveniente, afetam o outro. Há certa controvérsia sobre o título jurídico que autoriza a contaminação, mas no nosso ordenamento **a extinção de um dos negócios pode privar O outro de proteção por conta do esvaziamento de sua função social**” (*destacou-se*) KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: grupos contratuais, redes contratuais e contratos coligados*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 278. Segundo o jurista, ainda: “**a extinção de um dos negócios componentes do regulamento de interesses instituído pelas partes plurinegocialmente pode fazer com que reste prejudicada a função comum desempenhada pela coligação negocial e, assim, que os demais negócios componentes dessa função comum percam sua razão de existir** – a função social em razão da qual são tutelados.” (*destacou-se*) Ibidem, pp. 228-229.

⁴³Art. 35. Extingue-se a concessão por: (...) 11 - encampação;

§ 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.

e arts. 40, II, § 4º c/c 42 da Lei Estadual nº 2.831 /1997⁴⁴).

Por outro lado, **no 2º Cenário (modelagem recomendada por este parecer)**, nota-se que a preocupação com a estabilização do vínculo perde bastante (ainda que não totalmente) a relevância, pois, a despeito de o Convênio de Cooperação e de o contrato de concessão serem negócios jurídicos coligados, um não depende do outro para subsistir; a denúncia do Convênio de Cooperação não implica necessariamente a extinção do contrato de concessão. Isso porque, neste cenário, o Estado do Rio de Janeiro, como explicado no **item 1.1**, seria um mandatário sem poderes de representação, logo não figuraria como parte nos contratos, mas, no máximo, como interveniente anuente. Assim, a denúncia do convênio, de forma isolada, aqui não implicaria encampação do serviço, cuja continuidade sequer é prejudicada.

Desse modo, nota-se que, a bem da verdade, a modelagem do 2º cenário - a proposta por mim no item 1.1 – promove mais segurança jurídica que a do 1º cenário, o que reforça a recomendação acima, no sentido de que os próprios titulares do serviço figurem como poder concedente nos respectivos contratos de concessão, sendo delegado ao Estado do Rio de Janeiro apenas as funções de organização e promoção da licitação e também, por meio da Agência Reguladora Estadual AGENERSA, de regulação e fiscalização do serviço.

Vale observar que, mesmo no 2º cenário, pode ser interessante a previsão de mecanismos de incremento da estabilização do vínculo, como a estipulação de penalidades e indenizações. Isso porque tanto no 1º, quanto no 2º cenário, a extinção do vínculo convencional durante a fase externa da licitação (em ambos os casos, organizada e promovida pelo Estado do Rio de Janeiro), poderia gerar prejuízos com a sua eventual paralisação.

Uma das medidas possíveis para conferir maior estabilidade ao vínculo é a previsão, em atos normativos internos que regulem o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, de quóruns de votação mais rígidos para a denúncia de Convênios de Cooperação envolvendo a delegação de competências administrativas relativas à prestação do serviço de saneamento básico.

Ademais, entendo que tanto no 1º Cenário, quanto no 2º Cenário, seria possível inserir cláusula, no Convênio de Cooperação, prevendo a assinatura de Termo de Responsabilidade por todos os partícipes, no qual estes se comprometeriam a indenizar prejuízos causados pela denúncia imotivada do acordo. Também seria viável a previsão de cláusulas impondo penalidades em caso de inadimplemento dos termos do convênio.

Noutro giro, ainda que se entenda pela impossibilidade de estipulação de tais cláusulas em convênios, é possível, em ambos os cenários, se alcançar a estabilização do vínculo entre os partícipes, mediante a celebração de contratos de programa⁴⁵ associados aos Convênios de Cooperação.

O contrato de programa trata-se de instrumento previsto na Lei de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005) e foi pensado justamente para conferir estabilidade aos Consórcios Públicos e aos Convênios de Cooperação que envolvam a delegação de competências administrativas para fins de gestão associada de serviços públicos. Sua celebração, inclusive, é obrigatória no caso dos Convênios de Cooperação⁴⁶ e dos Consórcios Públicos que envolvam ônus, inclusive financeiros, aos partícipes.

⁴⁴Art. 40 - Extingue-se a concessão por: (...) 11 - encampação.

§ 4º – Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o Poder Concedente, desde que haja lei autorizativa a antecipar a extinção da concessão, procederá o levantamento e avaliações necessárias à determinação da indenização que será devida à concessionária, na forma dos artigos 41 e 42, a ela assegurado o devido processo legal.

Art. 42 - Considera-se encampação a retomada do serviço pelo Poder Concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público e mediante lei autorizativa, e após prévios e justo pagamento da indenização, em dinheiro, na forma do artigo anterior.

⁴⁵Vale registrar que o art. 24, XXVI, da Lei nº 8666/93, prevê a celebração de contrato de programa como hipótese de dispensa de licitação, *in verbis*: “art. 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”.

⁴⁶Apesar de o art. 13 *caput* e § 7º não mencionarem o Convênio de Cooperação expressamente, extrai-se a aplicação de

Confira-se:

Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por **contrato de programa**, como **condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos** ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

§ 7º Excluem-se do previsto no *caput* deste artigo **as obrigações cujo descumprimento não acarrete qualquer ônus, inclusive financeiro, a ente da Federação ou a consórcio público.** (*destacou-se*)

Cumpra-se observar que, apesar de o *caput* e o § 7º referirem-se à possibilidade de celebração de contrato de programa apenas quando isso envolver "ente da federação" ou "consórcio público", também é possível sua celebração no caso de Convênios de Cooperação que abranjam a Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Entendo que a expressão "consórcio público" empregada pela lei deve ser interpretada extensivamente para também abarcá-la, uma vez que a RM, assim como o consórcio público, trata-se de forma de associação pública interfederativa.

Registre-se, inclusive, que, apesar de, no Projeto de Desestatização de fls. 24/54, só haver a previsão de celebração de contrato de programa entre Estado do Rio de Janeiro e municípios não metropolitanos, também é viável a celebração entre Estado do Rio de Janeiro e Região Metropolitana. Em ambos os casos, trata-se de mecanismo que confere estabilização ao vínculo.

Ademais, conforme prevê o § 5º do artigo 13, é possível a celebração de contrato de programa com "entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados"⁴⁷. Em outras palavras, é possível, inclusive, a celebração de contrato de programa diretamente entre os titulares do serviço de saneamento e a agência reguladora estadual AGENERSA para tratar da delegação das competências de regulação e fiscalização do serviço de saneamento básico das quais a agência ficaria encarregada.

É também relevante para fins de estabilização do vínculo convenial a previsão contida no § 2º do artigo 13, da Lei nº 11.107/2005, de cláusulas obrigatórias para contratos de programa cuja extinção possa acarretar prejuízo à continuidade do serviço público. Destaque-se a exigência do inciso II de previsão de penalidades em caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos⁴⁸, o que envolve, por tabela, a possibilidade de previsão de pagamento de indenização em função da denúncia imotivada.

A previsão mais relevante, porém, para fins de estabilização do vínculo é a do § 4º do artigo 13, *in verbis*:

Art. 13, § 4º O contrato de programa continuará vigente mesmo quando

suas previsões a ele, mediante interpretação conjugada com o §5º, do mesmo artigo 13, *in verbis*: "art. 13. § 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado (...)" (*grifou-se*).

⁴⁷§ 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.

⁴⁸**Art. 13. § 2º No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam: (...) II – as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos.** (*destacou-se*)

extinto O consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos.

Assim, em síntese, vislumbro como possíveis mecanismos de estabilização do vínculo, dentre outros: (i) estipulação no regimento interno do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de quóruns mais rígidos para aprovação da denúncia do Convênio de Cooperação; (ii) a previsão de pagamento de indenização e/ou estipulação de penalidades pelo descumprimento do acordo, via assinatura de Termo de Responsabilidade; (iii) celebração de contratos de programa pelos partícipes (Estado, Região Metropolitana, municípios não metropolitanos e AGENERSA), associados aos respectivos Convênios de Cooperação. É possível o emprego conjunto destes e de outros mecanismos.

1.4. Tendo em vista o art. 3º, da Lei Estadual nº 6.398, de 05 de março de 2013, há necessidade de edição de nova lei autorizativa estadual com vistas a viabilizar a gestão associada entre o ERJ e (a) o Rio MetrÓpole e (b) os municípios não integrantes do Rio MetrÓpole?

Não é necessária a edição de nova lei autorizativa estadual para viabilizar a gestão associada de serviços públicos entre Estado do Rio de Janeiro e municípios não metropolitanos e entre Estado do Rio de Janeiro e Região Metropolitana. Em harmonia com art. 241 da CRFB c/c parágrafo único do art. 65, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que preveem a possibilidade de celebração de convênios, pelos entes federativos, para a gestão associada de serviços públicos, o Estado do Rio de Janeiro possui normas gerais suficientes para abarcar o caminho da consensualidade interfederativa.

A autorização legislativa para a celebração de Convênios de Cooperação para a gestão associada do serviço de saneamento básico pelo Estado está abrangida pelo art. 2º, IV, da Lei Estadual nº 5.576/2009⁴⁹, que contém autorização genérica para tal, e pelo art. 3º da Lei Estadual Nº 6.398/2013⁵⁰, do qual se extrai autorização específica⁵¹ quanto ao serviço de saneamento básico. Entendo que ambos os diplomas legislativos legitimam a celebração de convênios de cooperação tanto entre Estado do Rio de Janeiro e Região Metropolitana, quanto entre Estado do Rio de Janeiro e municípios não metropolitanos.

A esse respeito, cabe pontuar que, apesar de o artigo 3º da Lei Estadual nº 6.398/2013 e do artigo 2º, IV, da Lei Estadual nº 5.576/2009 não mencionarem expressamente a possibilidade de celebração de convênios de cooperação pelo Estado do Rio de Janeiro com a Região Metropolitana, as expressões neles empregadas “consórcios intermunicipais” e “municípios consorciados” são amplas o suficiente para abranger a RM. Entendo que apesar de o modelo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro não ser de consórcio público, no fundo, trata-se igualmente de forma de associação pública interfederativa, que segue uma lógica semelhante.

⁴⁹Art. 2º A Política a que se refere esta Lei compreende: IV – celebração de convênios entre os Municípios consorciados e o Estado do Rio de Janeiro visando à execução de ações em regime de interesse mútuo.

⁵⁰Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a celebrar, na forma do art. 241 da Constituição Federal, Convênio de Cooperação com o Município de Paraty, para a gestão associada do serviço público de saneamento básico municipal, a ser prestado na forma de Parceria Público-Privada – PPP.

Art. 3º Fica o Estado do Rio de Janeiro autorizado a firmar o convênio de que trata o Art. 1º desta Lei com os demais municípios ou consórcios intermunicipais.

⁵¹A despeito de o art. 3 da Lei Estadual nº 6.398/2013 conter autorização específica para a gestão associada do serviço de saneamento básico, para esta ser possível bastaria a autorização genérica contida no art. 2, IV da Lei Estadual nº 5.576/2009. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho entende que a previsão do art. 241 de previsão em lei regulamentadora se refere à necessidade de lei autorizativa genérica no âmbito de cada ente federativo, a qual já seria suficiente para permitir a celebração de convênios de cooperação. Veja-se: “O art. 241, com sua nova redação, prevê a edição de lei reguladora dos convênios e consórcios com vistas à transferência de serviços (na verdade deverá haver leis reguladoras a serem editadas pelas diversas pessoas federativas). Tais leis, contudo, apresentarão caráter genérico no que toca a esse objetivo específico” (grifou-se) CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 30ª ed., rev. ampl. e atual., São Paulo: Atlas, 2016, p. 235.

1.6. Os municípios Niterói, Petrópolis e Guapimirim não são atendidos pela CEDAE, mas integram o Rio Metr pole. Ao que se infere, tais municípios têm interesse no uso dos recursos hídricos, havendo ainda outros fatores ensejadores de interesse comum que, teoricamente, justificariam o interesse jurídico desses municípios no Projeto, ainda que não tenham os seus serviços por ele abrangidos. Nesse sentido, indaga-se: tais municípios devem ter direito   voto nas delibera es sobre a hipótese de transferência de competências metropolitanas ao ERJ para serviços de saneamento básico? Em caso de resposta positiva, há eventual necessidade de o ERJ repartir com eles a receita proveniente da outorga e/ou produto da aliena o das a es da CEDAE?

Os municípios que não são (nem seriam) atendidos pela CEDAE, mas que integram a Região Metropolitana possuem sim poder de voto no Conselho Deliberativo quanto   decisão a respeito da transferência de competências metropolitanas ao Estado do Rio de Janeiro relativas ao serviço de saneamento básico, bem como quanto às demais questões atinentes   presta o desse serviço no âmbito metropolitano.

Primeiro, porque a LC n  184/2018 não estabeleceu qualquer exce o a esse poder. Pelo contrário, a lei permitiu, no máximo, a altera o circunstancial do peso dos votos mediante aporte de recursos (art. 10,   3 )⁵², com a conseqüente diminui o do peso de voto de uns e aumento do peso de outros. Jamais seria possível a supressão desse direito.

Em tese, pode-se até cogitar da possibilidade de altera o da lei para cria o de exce es em hipóteses em que não haveria prejuízo   autonomia federativa dos entes excluídos (como, por exemplo, vota o a respeito de questões fáticas que são envolvam parte dos municípios metropolitanos). Sem embargo, fato   que, na conjuntura atual, a lei não trouxe essa previsão. Logo, se a própria lei não estabeleceu exce es ao poder de voto dos integrantes do Conselho Deliberativo, não cabe ao intérprete criar uma distin o onde não existe.

Ademais, por mais que os municípios metropolitanos em questão não sejam atendidos pela CEDAE e sequer estejam inseridos no projeto de desestatiza o sob consulta (conforme explanado no relatório), o interesse de tais municípios nas vota es sobre questões atinentes   presta o dos serviços de saneamento básico pode estar configurado pelo simples fato de os mesmos se inserirem na zona de conurba o que motivou a cria o de uma região metropolitana. Afinal, existe um provável compartilhamento de riscos e de interesses entre os municípios envolvidos⁵³ Tais municípios, mesmo que atendidos por outros prestadores que não a CEDAE, podem, em fun o do compartilhamento de bacias hidrogr ficas⁵⁴, ser indiretamente afetados.

⁵²Art. 10 A Região Metropolitana do Rio de Janeiro adotará suas delibera es por meio do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, formado pelo Governador do Estado, que o presidirá, pelos Prefeitos dos municípios que integram a Região Metropolitana e por tr s segmentos da sociedade civil, indicados pelo Conselho Consultivo, todos com direito a voto, com os pesos especificados a seguir: (...)   3  Quando houver aporte de recursos por parte dos entes elencados por esta Lei, o peso de cada entidade será proporcional ao valor integralizado.

⁵³Nessa linha: “somente   possível a cria o de agrupamento municipal quando exista a necessidade de ‘integrar a organiza o, o planejamento e a execu o de atividades de interesse comum’; (...) essa necessidade de integra o não pode ser uma fic o jurídica, uma necessidade criada pela própria lei complementar, mas   preciso que elementos f ticos tomem clara essa necessidade e a subsidiem” ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, inteiro teor, p. 31.

⁵⁴Conforme consta de resolu o do Conselho Estadual de Recursos Hídricos – CERHI, os municípios metropolitanos de Niterói, Guapimirim e Petrópolis (que não são atendidos pela CEDAE), são abrangidos total ou parcialmente pela Região Hidrográfica da Baia de Guanabara. Do mesmo modo, outros municípios integrantes da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, quais sejam, São Gonçalo, Itaboraí, Tanguá, Duque de Caxias, Belford Roxo, Maricá, Rio Bonito, Cachoeira de Macacu, Nova Iguaçu e Rio de Janeiro, têm são abrangidos total ou parcialmente pela Região Hidrográfica da Baia de Guanabara. Em outras palavras, os municípios metropolitanos não atendidos pela CEDAE compartilham o plexo de bacias hidrográficas correspondentes   Região Hidrográfica da Baia de Guanabara com os municípios metropolitanos atendidos pela CEDAE de modo que possuem interesse em delibera es que digam respeito aos serviços por ela prestados. Vide:

Quanto à segunda questão, atinente à necessidade de o Estado do Rio de Janeiro repartir as receitas provenientes da outorga e/ou produto da alienação das ações da CEDAE com os municípios integrantes da Região Metropolitana que não são (nem seriam) atendidos pela CEDAE, entendo que não há qualquer compulsoriedade na referida repartição, visto que tais municípios não possuem, a princípio, direito subjetivo a tais receitas. Não existe tal direito, porque os valores a serem recebidos por cada município metropolitano deve ser proporcional ao dimensionamento da própria titularidade sobre o serviço de saneamento básico a ser delegado. E, no caso dos municípios que não são atendidos pela CEDAE, estes já possuem as próprias concessões de serviço público com outros operadores as quais serão mantidas. Concessões para as quais houve pagamento de outorga, inclusive. Logo, não há que se falar em direito a recebimento de valores relativos às novas concessões. Esses municípios já foram remunerados pelas respectivas delegações.

Por outro lado, pode-se cogitar que os integrantes da Região Metropolitana decidam justificadamente e voluntariamente, em votação no Conselho Deliberativo, pela repartição de tais receitas com os municípios não contemplados no projeto de desestatização. A justificativa – o que merece motivação técnica – seria o compartilhamento de riscos hidrográficos e de impacto na prestação do serviço em toda a região.

Por fim, a respeito da repartição de receitas da outorga/alienação de ações da CEDAE, se discorrerá de forma mais aprofundada na resposta ao **item 2.1** (contida no Parecer do Procurador do Estado José Vicente de Mendonça).

3. Conclusão

Ante o exposto, é possível sintetizar as respostas apresentadas ao longo do parecer da seguinte forma:

1.1. No que toca aos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário, é viável a atribuição ao ERJ, pelos titulares dos serviços (entendidos aqui como o Rio Metrópole e municípios não metropolitanos), do exercício das funções de organização, regulação, fiscalização, delegação da prestação dos serviços e gestão dos contratos com os operadores de tais serviços, conforme o modelo apresentado nos tópicos anteriores?

A arquitetura institucional elaborada, em que o Estado figura como agente da Região Metropolitana e dos municípios não metropolitanos na coordenação de interesses comuns, tem guarida no art. 241 CRFB, em linha com a jurisprudência do STF, e com a Lei Geral de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007). Trata-se de uma das muitas possíveis formas de cooperação interfederativa.

A princípio a modelagem proposta atende aos requisitos para uma delegação de competências administrativas. Afinal: (i) o Estado, enquanto delegatário, atuaria nos limites da prévia autorização concedida pelos titulares do serviço; (ii) o projeto de desestatização propõe uma delegação apenas parcial de competências administrativas, em observância ao art. 11 da lei de processo administrativo estadual (Lei nº 5.427/2009); (iii) a delegação proposta, via mecanismos consensuais, seria revogável a qualquer tempo (ainda que ensejando pagamento de indenização).

Diferentemente do modelo encaminhado, recomendo que fique claro que a competência para firmar os contratos de concessão permaneça com os titulares do serviço público (*i. e.*: Região Metropolitana e municípios não metropolitanos), ainda que haja a delegação de determinadas

Resolução CERHI-RJ nº 107 de 22 de maio de 2013, Anexo I – Divisão territorial em Regiões Hidrográficas do Estado do Rio de Janeiro, publicada no DOERJ de 12/06/2013, pág. 35/36. Já os municípios integrantes da Região Metropolitana do Rio de Janeiro estão elencados no art. 1º, da LC Estadual nº184/2018.

competências ao Estado: Para. tanto, sugiro que o Estado do Rio de Janeiro exerça função análoga a de um *mandatário sem representação*, não figurando como parte nos contratos de concessão. O Estado, na verdade, não exercerá a função de concedente, mas de uma espécie de intermediário e coordenador. Logo, é recomendável que o Estado não assine os contratos como concedente, mas como interveniente anuente.

Até para que se deixe clara a titularidade dos envolvidos, deverão figurar como concedentes nos contratos de concessão: a Região Metropolitana, bem como cada um dos Municípios que não integrar a região.

Sublinho, por outro lado, que não vislumbro, em princípio, maiores problemas quanto ao Estado do Rio de Janeiro ser o responsável pela modelagem, organização e gestão da licitação e pela formatação da divisão dos blocos de municípios a serem licitados. Também não há obstáculo jurídico a que a AGENERSA seja responsável pela regulação e fiscalização da prestação do serviço, à luz da legislação (art. 2º, II, c/c art. 4, incisos e § 1º da Lei Estadual nº 4.556/2005; art. 15, I c/c art. 23, § 1º, da Lei Federal nº 11.445/2007) e da jurisprudência do STF, devendo o ato de delegação especificar a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas. Tal medida, aliás, iria ao encontro dos princípios da economicidade e da eficiência; com o aproveitamento do aparato institucional já existente no Estado.

Recomento, ainda, que o Estado do Rio de Janeiro figure como interveniente anuente nos contratos de concessão e de interdependência a serem celebrados. A mesma lógica serve para a AGENERSA. A AGENERSA deve ser interveniente anuente nos contratos de concessão e de interdependência, como, também nos Convênios de Cooperação celebrados entre os titulares do serviço e o Estado do Rio de Janeiro.

1.2. O convênio de cooperação a ser celebrado entre o ERJ e os titulares dos serviços é um instrumento apto para constituir uma relação jurídica com o conteúdo acima pretendido?

O convênio de cooperação, a ser celebrado entre Estado do Rio de Janeiro e os titulares do serviço, é instrumento viável, a luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, para a delegação de competências específicas relativas à gestão da concessão de serviço público, observadas as recomendações feitas acima.

Tal possibilidade consta do art. 3, II c/c art. 8, da Lei Geral de Saneamento Básico (Lei Federal nº 11.445/2007). Já a possibilidade de delegação, via Convênio de Cooperação, de competências de regulação e fiscalização do serviço à entidade reguladora pertencente à estrutura de outro ente federativo (no caso, à Agência Reguladora Estadual AGENERSA) consta do art. 15, I c/c art. 23, § 1º da mesma lei.

Ademais, a delegação de competências administrativas, via Convênio de Cooperação, pela Região Metropolitana ao Estado do Rio de Janeiro, funda-se no artigo 9º, VII, da Lei Federal nº 13.089/2015 (Estatuto da Metrôpole) e no art. 11, § 4º, da LC Estadual nº 184/2018 (lei que institui a Região Metropolitana do Rio de Janeiro).

Registre-se os seguintes requisitos para celebração, pela Região Metropolitana do Rio de Janeiro, de Convênios de Cooperação em que há delegação de competências “específicas e determinadas”: (i) a decisão deve ser tomada, via votação, no âmbito do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, observando-se os trâmites para tal estabelecidos na lei e no regulamento aplicável; com (ii) subsequente submissão da questão ao TCE-RJ; e (iii) bem como com que indique quais os municípios metropolitanos que fariam parte da delegação de competências relativas aos serviços de saneamento básico ao Estado do Rio de Janeiro, com a ressalva dos demais municípios que não se vinculariam aos termos do Convênio de Cooperação. Como se viu, Petrópolis, Guapimirim e Niterói, a despeito de integrem a Região Metropolitana, manterão as respectivas concessões de serviço de saneamento

básico com outros operadores privados, ficando de fora do projeto de desestatização e não se vinculando, por conseguinte, aos termos do Convênio de Cooperação.

Reitero a recomendação feita acima quanto à necessidade de a AGENERSA figurar como interveniente anuente ou partícipe nos Convênios de Cooperação a serem celebrados com a Região Metropolitana e com os municípios não metropolitanos, caso a referida agência reguladora fique mesmo encarregada pela regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico.

1.3. Os vínculos jurídicos a serem formatados entre o ERJ-Rio Metr pole e ERJ-municípios n  metropolitanos, por meio dos convênios de coopera o, será estável? Tendo em vista a importância da estabiliza o da rela o jurídica, diante do interesse de terceiros (operadores privados, usuários, etc.) e da necessidade de execu o de investimentos de longo prazo, quais medidas jurídicas podem ser manejadas para a finalidade de estabilizar e perenizar as rela es jurídicas em tela?

Os Convênios de Coopera o celebrados entre Estado do Rio de Janeiro e os titulares do serviço (Região Metropolitana e municípios n  metropolitanos) são estáveis. Ademais,  

plenamente viável juridicamente a previsão de mecanismos e instrumentos de estabiliza o do vínculo entre os partícipes.

Essa estabilidade há tanto no **primeiro cenário**, o qual foi proposto no desenho enviado pelo BNDES (fls. 24/54), isto  : Convênio de Coopera o com delega o de competências ao Estado do Rio de Janeiro para que este assine como poder concedente; quanto, num segundo cenário, conforme recomendado no item 1.1 acima, no qual o ERJ não figurar  como titular (concedente) dos serviços, mas como interveniente anuente.

No 1  Cenário, a estabilidade do ajuste decorre de sua vincula o ao prazo do contrato de concessão, ao qual encontra-se coligado. Não seria possível sua livre denúncia antes de tal prazo, sob pena de configurar a encampa o do serviço público. **No 2  Cenário**, nota-se que a preocupa o com a estabiliza o do vínculo perde bastante (ainda que não totalmente) a relevância, pois, a despeito de o Convênio de Coopera o e o contrato de concessão configurarem negócios jurídicos coligados, um não depende do outro para subsistir. Assim, a denúncia do convênio aqui não implica encampa o do serviço, cuja continuidade sequer   passível de questionamento.

A despeito da estabilidade, podem ser consideradas outras estratégias aptas a incrementar a segurança jurídica dos vínculos. São elas: (i) a estipula o no regimento interno do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de quóruns mais rígidos para aprova o da denúncia do Convênio de Coopera o; (ii) a previsão de pagamento de indeniza o e/ou estipula o de penalidades pelo descumprimento do acordo, via assinatura de Termo de Responsabilidade; (iii) a celebra o de contratos de programa pelos partícipes (Estado, Região Metropolitana, municípios não metropolitanos e AGENERSA), associados aos respectivos Convênios de Coopera o.

1.4. Tendo em vista o art. 3 , da Lei Estadual n  6.398, de 05 de março de 2013, há necessidade de edi o de nova lei autorizativa estadual com vistas a viabilizar a gestão associada entre o ERJ e (a) o Rio Metr pole e (b) os municípios não integrantes do Rio Metr pole?

Não   necessária a edi o de nova lei autorizativa estadual para viabilizar a gestão associada de serviços públicos entre Estado do Rio de Janeiro e municípios não metropolitanos e entre Estado do Rio de Janeiro e Região Metropolitana.

Em harmonia com art. 241 da CRFB c/c parágrafo único do art. 65, da Constitui o do Estado

do Rio de Janeiro, que preveem a possibilidade de celebração de convênios pelos entes federativos para a gestão associada de serviços públicos, a autorização legislativa para tal está contida no art. 2º, IV, da Lei Estadual nº 5.576/2009 e no art. 3º da Lei Estadual nº 6.398/2013.

Ambos os diplomas legislativos autorizam a celebração de convênios de cooperação tanto entre Estado do Rio de Janeiro e Região Metropolitana, quanto entre Estado do Rio de Janeiro e municípios não metropolitanos.

1.6. Os municípios Niterói, Petrópolis e Guapimirim não são atendidos pela CEDAE, mas integram o Rio Metr pole. Ao que se infere, tais municípios têm interesse no uso dos recursos hídricos, havendo ainda outros fatores ensejadores de interesse comum que, teoricamente, justificariam o interesse jurídico desses municípios no Projeto, ainda que não tenham os seus serviços por ele abrangidos. Nesse sentido, indaga-se: tais municípios devem ter direito   voto nas delibera es sobre a hipótese de transferência de competências metropolitanas ao ERJ para serviços de saneamento básico? Em caso de resposta positiva, há eventual necessidade de o ERJ repartir com eles a receita proveniente da outorga e/ou produto da aliena o das a es da CEDAE?

Os municípios que não são (nem seriam) atendidos pela CEDAE, mas que integram a Região Metropolitana possuem sim poder de voto no Conselho Deliberativo quanto   decisão a respeito da transferência de competências metropolitanas ao Estado do Rio de Janeiro relativas ao serviço de saneamento básico, bem como quanto às demais questões atinentes   presta o desse serviço no âmbito metropolitano.

Em primeiro lugar, porque a LC n  184/2018 não estabeleceu qualquer exce o a esse poder. Ademais, o interesse de tais municípios nas vota es sobre questões atinentes   presta o dos serviços de saneamento básico está configurado pelo simples fato de eles poderem ser indiretamente afetados, em fun o do compartilhamento de bacias hidrográficas.

Quanto   segunda questão, entende-se que não há qualquer compulsoriedade na reparti o de receitas proveniente da outorga e/ou produto da aliena o das a es da CEDAE com os municípios integrantes da Região Metropolitana que não são (nem seriam) atendidos pela CEDAE, visto que tais municípios não possuem, a princípio, direito subjetivo a tais receitas. Tais municípios já promoveram as próprias concessões de serviço público, com o respectivo recebimento da outorga, sabendo-se, ainda, que tais contratos serão mantidos.

Por outro lado,   possível que os integrantes da Região Metropolitana decidam voluntária e justificadamente, em vota o no Conselho Deliberativo, pela reparti o de tais receitas com os municípios não contemplados no projeto de desestatiza o. A justificativa – o que merece motiva o técnica – seria o compartilhamento de riscos hidrográficos e de impacto na presta o do serviço em toda a região.

  o parecer.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2019.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17)

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 NSM/PG-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   necessária a edi o de lei autorizativa estadual, ante o disposto no art. 2  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. 10, 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 uma 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 consequente 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 negocial, 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 **quesito 3.1**, vale acrescentar que a própria Lei de Relicitação (Lei nº 13.448/2017), mencionada no Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-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. Quesitos: 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.

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 a 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

Chefe da Procuradoria Administrativa (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 **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO, GUSTAVO BINENBOJM, JOSÉ 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 pelo 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