
ASSUNTOS GERAIS

**PRÊMIO JURÍDICO
DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO**

Parecer nº 03/2001 – Hugo Travassos Sette e Camara*

Ente federado competente para o serviço de distribuição de água e tratamento de esgotos – Município não-integrante da Região Metropolitana do Rio de Janeiro – Execução do serviço pela CEDAE, através de ajuste celebrado com o Município de Paraty – Celebração de convênio para a consecução do objetivo comum de oferecer aos municípios acesso a água e saneamento básico – Inaplicabilidade das cláusulas exorbitantes do contrato de concessão em detrimento da CEDAE – Necessidade de resguardar os investimentos financeiros realizados pela Companhia e pelo Estado do Rio de Janeiro.

Trata-se de consulta elaborada pelo Diretor de Administração da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, – sobre as medidas a serem tomadas para celebração de convênio com o Município de Paraty, que manifestou interesse em se beneficiar da prestação de serviços públicos de água e esgotamento sanitário por parte daquela Companhia estadual.

1. Ente federativo titular da competência para este serviço público

Não é nova a questão sob exame, relativa à definição do ente federado competente para a prestação do serviço público de distribuição de água e tratamento de esgotos. Tal análise envolve a compatibilização de diversas normas constitucionais, abaixo transcritas:

“Art. 26 – Incluem-se entre os bens do Estado:

l – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;”

“Art. 25, § 3º – Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes,

* Parecer agraciado com o Prêmio Jurídico Diogo de Figueiredo Moreira Neto, instituído pela Resolução PGE nº 1.408, de 17 de março de 1999, e regulamentado pela Resolução PGE nº 1.445, de 05 de agosto de 1999, ambas da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”

“Art. 30 – Compete aos Municípios:

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão e permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo, que tem caráter essencial.”

Para o equacionamento da questão, vale-se a melhor doutrina do § 3º do art. 25, acima transcrito, verificando-se, por conseguinte, se o Município em questão faz parte da região metropolitana do Estado, hipótese em que estará presente o interesse comum ou metropolitano, “*derrogatório do interesse local municipal*”¹.

Assim, para os Municípios integrantes da região metropolitana, instituída por lei complementar de cada Estado, o serviço de distribuição de água e tratamento de esgotos será de competência do Estado-membro no qual se integrem, em razão do princípio da predominância do interesse, pois trata-se de interesse² predominantemente regional, e não local³.

Ocorre que a Lei Complementar estadual nº 87/97, que dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e os serviços de interesse comum, não inclui o Município de Paraty, restando assim frustrada a titularidade exclusiva do Estado do Rio de Janeiro com relação aos serviços públicos em questão.

Para o Município que não se integra num dos agrupamentos referidos no art. 25, § 3º, da Constituição da República, ou seja, ausente o interesse comum ou metropolitano, subsiste o interesse local a que se refere o art. 30, inc. V, da Carta, de modo que o Município de Paraty é de fato competente para a prestação do serviço.

Da mesma forma, Municípios como Campos, Angra dos Reis e Santo Antônio de Pádua, que também não integram a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, optaram pela extinção do ajuste que possuíam com a CEDAE, para retomar a execução dos serviços, conforme foi tratado nos Pareceres 12/96 – SNM, 50/96 – MJVS e 32/95 – SNM.

1 Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Mutações do Direito Administrativo*. São Paulo, Renovar, 2000, p. 43.

2 José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 1996, p. 454.

3 Não obstante o imbróglio judicial com o Município de Niterói e a empresa por ele contratada.

Dada a autonomia municipal, o Prefeito de Paraty, utilizando-se do seu poder discricionário, poderia optar pela execução direta do serviço por órgão público municipal, pela delegação legal de sua titularidade para empresa estatal municipal especificamente criada para esta finalidade, pela delegação contratual da execução do serviço a pessoa jurídica contratada após licitação e, finalmente, por celebração de ato complexo com entidade da Administração Pública integrante de outra esfera federativa.

Optando o Município pela execução do serviço nos diversos ciclos da água – envolvendo, além da distribuição, a captação e adução – sem auxílio do Estado, seria necessário, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que o Estado concedesse a outorga de uso sobre bem público estadual, consistente na captação, derivação e extração (Lei federal nº 9.433/97). É que, de acordo com o regramento constitucional, as águas e rios são bens de competência dos Estados ou da União, inexistindo atualmente águas municipais.

Não obstante, pretende o Município de Paraty utilizar-se da CEDAE para a realização dos serviços de água e esgotamento, nestes exatos termos: “*convênio com a CEDAE – Cia. Estadual de Águas e Esgotos – no sentido de outorgar-lhe mediante concessão a prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário*”.

Em se tratando de institutos jurídicos diversos – convênio e contrato – faz-se mister avaliar qual destes ajustes será firmado, para viabilizar o intento da autoridade máxima daquele Município.

2. Instrumento a ser utilizado para a execução dos serviços pela CEDAE

2.1. Traços distintivos do contrato e do convênio

O contrato administrativo é o ajuste celebrado entre partes com interesses diversos e contrapostos, quais sejam a realização do serviço (contratante) e o recebimento do preço (contratado), na forma do art. 2º da Lei nº 8.666/93. Em razão da supremacia do poder público contratante, é rotineira a aposição de cláusulas exorbitantes, prerrogativas que beneficiam aquele que busca finalidade de interesse público. Salvo nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas na citada lei federal, é exigência constitucional a realização de prévio processo público para seleção da empresa contratada.

O convênio é espécie de ato administrativo complexo, caracterizado pelo interesse comum dos partícipes na consecução de finalidade de interesse público, de vontades que se somam para alcançar o mesmo resultado. A

ele são estranhas determinadas cláusulas obrigatórias em contratos administrativos, como a relativa ao preço, prerrogativas da Administração, hipóteses de rescisão por culpa do contratado, sanções cabíveis pela execução imperfeita. Não há que se falar em seleção de empresa contratada, pois se trata de mútua colaboração, não havendo assim possibilidade de competição.

Numa análise preliminar, poder-se-ia aduzir que o instrumento jurídico através do qual o ente federado transfere a execução dos serviços públicos a entidade privada, como na hipótese em tela, é o contrato de concessão, regulado pela Lei nº 8.987/95. Neste sentido, observa Maria Sylvania Zanella Di Pietro que o convênio não se presta à delegação de execução de serviços públicos:

“O convênio não se presta à delegação de serviço público a particular, porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do convênio; na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui; no convênio, pressupõe que as duas têm competências institucionais comuns e vão prestar mútua colaboração.”

(Parcerias na Administração Pública, São Paulo: Atlas, 1999, p.181)

Se o ajuste a ser celebrado entre a CEDAE e Paraty for de fato um contrato administrativo, não se vislumbra, à primeira análise, qualquer hipótese de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade. As duas hipóteses legais que emergem de pronto, a dispensa prevista no art. 24, inc. VIII, e a inexigibilidade do art. 25, ambas da Lei nº 8.666/93, não se amoldam à situação fática, pois a CEDAE não integra a Administração Pública daquele Município, e não é a única empresa que pode prestar tais serviços em Paraty, inexistindo assim exclusividade para a execução dos serviços.

Como visto, enquadrando-se o instrumento na figura de contrato, restará à CEDAE concorrer com quaisquer outras empresas que se interessem pela prestação dos serviços sob comento. E não é só. Neste procedimento licitatório, a CEDAE não poderia concorrer com recursos oriundos do Estado do Rio de Janeiro, sob pena de eliminação do certame, conforme previsto no art. 17, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95:

“considerar-se-á, também, desclassificada a proposta de entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder conce-

dente que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade”.

2.2. Interesse comum na prestação dos serviços: celebração de convênio

Tecidas estas considerações iniciais, podemos afirmar que o ajuste a ser celebrado entre a CEDAE e o Município não se trata de contratação de entidade privada, cujo interesse é o preço a ser percebido, mas de **instrumento de cooperação entre ente federado e entidade da Administração Pública Indireta**, ato administrativo complexo celebrado com a única finalidade de fornecer aos moradores de Paraty regular distribuição de água potável e sistema de saneamento básico.

Corroborando esta conclusão a já transcrita opinião de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, pois presente a mútua colaboração entre pessoas jurídicas com a mesma competência institucional. O Estatuto da CEDAE esclarece que seu objeto, respeitada a autonomia municipal, é:

“a) a administração dos serviços públicos de abastecimento de água do Estado do Rio de Janeiro, compreendendo sua captação, tratamento, adução e distribuição;

b) a administração dos serviços públicos de esgotos sanitários do Estado do Rio de Janeiro, compreendendo a sua coleta, transporte, tratamento e disposição final;

c) a cobrança e a arrecadação das tarifas ou receitas fixadas pelo poder público para custeio da prestação dos serviços definidos nas alíneas ‘a’ e ‘b’ supra, cabendo-lhe cumprir e fazer cumprir as normas pertinentes ao abastecimento de água e esgotamento sanitário, inclusive no tocante à aplicação de penalidades e interrupção da prestação desses serviços aos usuários faltosos.”

Como visto, é finalidade institucional da Companhia de Águas e Esgotos deste Estado a prestação dos serviços acima descritos em todos os Municípios situados em seu território. Atuará obrigatoriamente para os Municípios que integrem a Região Metropolitana, e facultativamente, com relação aos demais, conforme seja da conveniência do Município contar com seu auxílio e cooperação.

Retornando à opinião de Di Pietro, anteriormente transcrita, a própria doutrina paulista assenta, na obra citada (p.178), que um dos critérios

distintivos do contrato e do convênio é que “os partícipes do convênio têm competências institucionais comuns; o resultado alcançado insere-se dentro das atribuições de cada qual;”

Embora a CEDAE possua natureza jurídica de direito privado, por se tratar de sociedade comercial constituída sob a forma de sociedade anônima, não se pode considerar que seu desiderato principal, ao celebrar tal avença, seja a percepção do preço pela realização do serviço, já que o objetivo social da companhia, o motivo de sua criação pelo Estado do Rio de Janeiro é justamente a prestação do serviço público de distribuição de água e tratamento do esgoto aos cidadãos fluminenses.

Por esta razão, a tarifa que será fixada para pagamento dos serviços prestados aos moradores de Paraty será suficiente apenas para remunerar os investimentos e despesas correntes realizados pela CEDAE, e, portanto, será inferior à tarifa que seria percebida por empresa concessionária contratada, pois neste caso a amortização envolveria também o lucro pretendido pela empresa.

Neste sentido se pronunciou o ilustre Procurador Marcos Juruena Villela Souto, no Parecer nº 50/96, ao tratar de convênio celebrado entre o Estado, a CEDAE e o Município de Campos dos Goytacazes:

“Certamente, tal opção negocial se justifica, no acordo, pelo fato de que, tecnicamente, o Estado não busca lucro com o serviço, mas, tão-somente, recuperar o capital nele empregado – opção que se afina com a natureza convenial (e não contratual) do instrumento cuja extinção ora se busca.”

Não se está aqui a negar a possibilidade de celebração de contrato de concessão com empresa estatal, desde que de esfera diversa do poder público contratante. Em se tratando de Poder Público contratante e entidade da Administração Indireta por ele criada para a realização do serviço, por lei instituidora ou autorizativa (art. 37, inc. XIX, da Constituição), a elaboração de contrato não é necessária, pois se está diante de uma delegação legal. Em boa hora as Emendas nºs 05 e 08, de 1995, extirparam do texto constitucional hipóteses de concessão a empresa estatal do mesmo ente federado, para execução de serviços de telecomunicações e distribuição de gás canalizado.

Embora a CEDAE não seja uma sociedade de economia mista municipal, foi criada pelo Estado do Rio de Janeiro para servir a todos os Municípios sediados no território, incluindo o Município de Paraty. Embora não se trate de hipótese de delegação legal, também deve-se afastar a

celebração de contrato, pois a finalidade institucional da CEDAE aponta para a parceria entre entes da Federação.

Diversa seria a situação se o ajuste fosse celebrado entre a CEDAE e Município integrante de Estado-membro vizinho. Supondo-se que seja possível o funcionamento da CEDAE nesta hipótese, o que dependerá da localização de bacia hidrográfica e de tecnologia disponível, esta Companhia seria considerada uma empresa privada comum, submetida a procedimento licitatório, pois a prestação dos serviços de água e saneamento fora do Estado do Rio de Janeiro não constitui a razão de sua criação. Estaria atuando a CEDAE, nesta hipótese, apenas e tão-somente com o intuito lucrativo, como as demais empresas interessadas, exigindo-se prévia seleção para a celebração do contrato.

Salvo nesta situação excepcional, em que se admite a contratação de empresa estatal como concessionária, o instrumento a ser celebrado é o convênio, forma de cooperação entre entes federados titulares de competência administrativa comum.

Neste sentido opina Marçal Justen Filho, ao comentar a lei de concessões de serviços públicos:

“No entanto e conforme opinião externada em outra obra, reputa-se que a outorga da prestação de serviços públicos a entidade de Administração Indireta não caracteriza concessão propriamente dita. Ou existe mera organização interna da entidade titular da competência para prestar o serviço ou há uma modalidade de convênio reunindo esforços de diversas pessoas políticas.”

(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, – Dialética, 2000, p. 46)

A celebração de convênio como forma de cooperação entre entes da Federação, na prestação de serviços públicos de interesse comum, tem fundamento constitucional no art. 23 e seu parágrafo único. Dentre os serviços de competência comum dos três entes da Federação, sujeito à cooperação entre eles na forma do parágrafo único, está prevista a promoção de programas de saneamento básico (inc. IV), expressão que abrange igualmente o abastecimento de água. Além disto, é da competência dos Estados-membros o gerenciamento dos recursos hídricos, eis que as águas situadas em seu território são bens públicos estaduais (art. 26, inc. I, da Carta).

Outro fundamento constitucional para a celebração de convênios insere-se no art. 241, com redação da Emenda Constitucional nº 19/98, autorizando a gestão associada de serviços públicos entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal. O legislador constituinte derivado, através desta alteração, trouxe relevante incentivo à parceria entre entidades da Federação, ao permitir que a gestão associada dos serviços públicos se realize mediante a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens de uma pessoa jurídica a outra, para assegurar a continuidade dos serviços transferidos.

A superação da crise federativa, através da celebração destas parcerias entre entes, é da maior relevância para a satisfação de necessidades públicas que não poderiam ser satisfatoriamente atendidas por apenas uma entidade, mormente em tempos de verbas escassas.

Maria Luíza Machado Granziera exorta os entes da Federação à celebração de convênios em matéria de saneamento básico, por reconhecer que nem todos os Municípios possuem capacidade financeira e técnica para a execução direta:

“A negociação entre as esferas de poder se coloca como um desafio a ser enfrentado, no sentido de ser necessária a articulação, através da celebração de convênios ou de protocolos de intenção entre União, Estados e Municípios, com o compromisso não só de projetos conjuntos, mas também e principalmente, quando da liberação de verbas orçamentárias, serem consideradas as prioridades dos Planos de Bacias Hidrográficas, nos Estados em que houverem sido implantadas as políticas estaduais de recursos hídricos.”

(“Aspectos Jurídicos do Saneamento”, in “Temas de Direito Ambiental e Urbanístico”, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 284)

Afasta-se, assim, a discussão sobre a contratação direta da CEDAE, pois **o instrumento a ser celebrado será um convênio** entre a estatal, o Município de Paraty e o Estado do Rio de Janeiro. Assim também conclui Marcos Juruena, em sua obra sobre desestatização, ao se referir aos Municípios não incluídos na Região Metropolitana do Rio de Janeiro:

“O problema tem sido resolvido através de convênios com municípios de regiões que integrem uma mesma bacia hidrográfica nos casos em que a existência de região metropolitana não atrai a competência para os Estados.”

(Desestatização, Privatização, Concessão e Terceirizações, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 229).

A outra conclusão não chega Alice Gonzales Borges, em artigo intitulado “Concessões de serviço público de abastecimento de água aos Municípios” (RDA, 212: 95 – 107):

“Mas – este é o ponto nuclear de toda questão – essas empresas estaduais criadas para os serviços de abastecimento de água não são, nunca foram, nem poderão ser, verdadeiras concessionárias de serviço municipal – o que, aliás, mesmo no passado, mesmo antes do advento da Lei nº 8.987/95, sempre nos pareceu verdadeira distorção dos princípios essenciais de nosso ordenamento jurídico.

E não o podem, porque a relação jurídica que se estabelece, neste caso, figurando em um de seus pólos, a empresa descentralizada pelos Estados, criada exclusivamente para a prestação de serviços públicos; e, no outro, a pessoa jurídica pública do Município, é, em tudo e por tudo, não uma relação jurídica bilateral, com o estabelecimento de vínculo, com prestações e contraprestações recíprocas, no atendimento de interesses opostos, como tenta definir o artigo 2º da Lei nº 8.666/93; mas, sim, nitidamente uma relação jurídica multilateral, em que pessoas e entidades públicas se associam para conjugar seus esforços no atendimento de um interesse coletivo comum. É a lição de JOSÉ DE ABREU FILHO.

*Trata-se da associação de pessoas públicas, conjugando seus recursos ou suas possibilidades concretas de angariarem recursos, com outras entidades também públicas, de outra esfera administrativa – como, no caso, empresas públicas ou sociedades de economia mista estaduais – mas **em outro nível, mais apropriado, qual seja o da prestação associada de serviços, em regime de estreita cooperação, para o atingimento do interesse comum, como previu o constituinte no parágrafo único do art. 23 do Texto Maior.”***

Finalmente, na mesma linha de entendimento segue o mestre Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no Parecer nº 06/96, ao identificar a natureza jurídica do acordo firmado entre a CEDAE e o Município de Campos, nos termos a seguir:

“Ora, retornando à hipótese, no **acordo matriz** celebrado em 1969 entre o Estado e o Município de Campos dos Goytacazes, não são previstas obrigações recíprocas, nem há interesses diferentes e ambas as vontades convergem e se unificam para satisfazerem um mesmo e único interesse público: **o serviço de saneamento** na área delimitada pela circunscrição administrativa daquela municipalidade. Definitivamente não existe **concessão**, nem jamais se cogitou da transferência contratual de serviços públicos para o Estado. Há, com cristalina nitidez, um convênio celebrado para a execução de serviços públicos em socorro e apoio da Municipalidade de Campos dos Goytacazes, **condicionado expressamente às disponibilidades orçamentárias do Estado cooperador** e não vinculado a ‘cláusulas de serviço’ que estabelecessem padrões que pudessem servir de referencial para caracterizar, como ora se pretende, um ‘descumprimento contratual’.”

2.3. Inadequação das cláusulas do contrato de concessão

Em apoio às considerações já feitas, a celebração de convênio atende ainda à impossibilidade de aplicar, no ajuste que se pretende celebrar, as cláusulas típicas do contrato de concessão.

A hipotética celebração de contrato de concessão poderia ensejar o entendimento de que o Município de Paraty, então considerado Poder Concedente, disporia de prerrogativas provenientes de sua condição de ente de direito público, consistente nas já mencionadas cláusulas exorbitantes típicas de um contrato administrativo, concedendo-lhe a possibilidade de alterar, intervir ou extinguir unilateralmente o contrato, fiscalizar sua execução e até aplicar penalidades à CEDAE se não lhe agradasse a prestação do serviço.

Marçal Justen Filho também alerta sobre a dificuldade de aplicar as cláusulas do contrato de concessão às estatais de outra esfera da Federação:

“O princípio da Federação impede a aplicação das regras peculiares à concessão. Não se poderia admitir que um Município, concedente de serviço público a uma empresa federal, promovesse intervenção na entidade. O exercício desse poder seria inerente ao contrato de concessão, mas representaria forma indireta de intervenção do Município na União, incompatível com a Constituição. O mesmo se daria relativamente a todas as hipóteses de

relacionamento entre entes federais. O vínculo de concessão é juridicamente impossível entre entidades de órbitas distintas, por importar poderes incompatíveis com a autonomia de cada partícipe do pacto federativo.”

(*Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo: Dialética, 1997, p. 76)

Posição semelhante foi externada por Alice Gonzalez Borges, no já citado artigo:

“Em outra dimensão, prevê a Lei nº 8.987/95 o uso, pelo poder concedente, de várias prerrogativas de potestade pública, em relação às suas concessionárias, tais como a da alterabilidade unilateral dos contratos, a sua rescisão unilateral antecipada e a aplicação de penalidades. Não há como dissociar-se a questão, na prática, de suas conotações políticas, tornando inviável a aplicação dessas prerrogativas pelo Município em relação ao Estado, ou às suas entidades descentralizadas.”

Outra característica da concessão de difícil compatibilização seria a reversão dos bens da empresa concessionária ao ente público concedente, após a extinção do contrato, tal como previsto no art. 36 da Lei nº 8.987/95. Maria Sylvia Zanella Di Pietro caracteriza os bens vinculados à realização de um serviço público como bens públicos de uso especial (art. 66, inc. II, do Código Civil), ainda que de propriedade de entidade da Administração Indireta, como a CEDAE. Desta forma, a transferência destes bens públicos ao Município de Paraty, conseqüência habitual das concessões, esbarraria na inalienabilidade inerente aos bens públicos de uso comum e especial, na forma do nosso Código Civil Brasileiro.

Em ajuste realizado entre o Município de Campos e a CEDAE, esta dificuldade foi enfrentada através do já citado Parecer nº 06/96, do mestre Diogo de Figueiredo Moreira Neto, nestes termos:

*“O conjunto desses bens públicos estaduais, que podem interessar ao abastecimento de mais de um município da região, **está afetado também ao próprio serviço público estadual de derivação**, pois, como é sabido, na Constituição vigente, atribuiu-se ao Estado a competência para o gerenciamento de recursos hídricos de seu território, estabelecendo, deste modo, as concessões de derivação de seus mananciais, rios e depósitos (art.26, CF), tomando, por isso, **impossível** a transferência automática*

de todos os bens do Estado, geridos pela CEDAE, no Município de Campos dos Goytacazes, sem prévia discriminação do que seria estadual e do que seria municipal.”

3. Das cláusulas a serem apostas ao convênio

Em se tratando de convênio, e não de contrato, não há que se falar em aplicação de dispositivos da Lei nº 8.666/93, salvo quanto ao artigo 116, ou da Lei nº 8.987/95, relativa à concessão de serviços públicos. Deverão ser observadas, portanto, as normas previstas no próprio convênio.

Não desnatura o caráter de convênio que os partícipes realizem investimentos financeiros de quantidade diversa, mormente em se tratando de uma cooperação entre entidades administrativas de diferentes esferas. Assim, é de se prever que a CEDAE e o Estado do Rio de Janeiro realizem a maior parte dos investimentos necessários à consecução dos serviços avançados, em razão de sua maior disponibilidade financeira.

Nesta questão reside a fragilidade desta forma de ajuste: a possibilidade de denúncia unilateral do convênio, antes do prazo convencionado para a compensação dos investimentos realizados por um dos partícipes. Este aspecto não passou despercebido pelo saudoso Hely Lopes Meirelles:

“Os convênios, entre nós, não adquirem personalidade jurídica, permanecendo como simples aquiescência dos partícipes para a prossecução de objetivos comuns, o que nos leva a considerá-los, tão-somente, uma cooperação associativa, livre de vínculos contratuais. Essa instabilidade institucional, aliada à precariedade de sua administração, vem criando dificuldades insuperáveis para sua operatividade, principalmente no campo empresarial, que exige pessoas e órgãos responsáveis para as contratações de grande vulto.”

(Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 360).

Por outro lado, mesmo no contrato de concessão, apesar da estabilidade de que goza o contratado, haveria risco do Município concedente realizar arbitrária encampação ou caducidade do ajuste, antes da compensação dos investimentos realizados pelo Estado, como já ocorreu anteriormente.

Devido ao risco que corre o partícipe que realiza mais investimentos, faz-se mister apor ao convênio cláusulas que protejam a CEDAE e o Estado do Rio de Janeiro de eventual denúncia realizada pelo Município de Paraty. Neste diapasão, é essencial inserir no convênio, dentre as hipóteses de extinção, que **a denúncia unilateral, feita pelo Município antes do prazo fixado, dependerá do imediato ressarcimento de todos os investimen-**

tos realizados pela CEDAE que não tiverem sido abatidos pelas tarifas percebidas, além da devolução dos bens de propriedade da CEDAE utilizados na prestação do serviço.

Para tanto, o convênio deverá prever os critérios para se calcular o ressarcimento do que foi investido, incluindo o índice de correção monetária aplicável, e a CEDAE deverá manter um inventário dos bens de domínio estadual utilizados na prestação do serviço.

Observe-se que a cláusula acima amolda-se perfeitamente ao convênio, eis que esta espécie de convenção só não admitiria cláusula vedando sua denúncia pelas partes. Não há óbice à denúncia unilateral do Município de Paraty, mas o princípio da vedação do enriquecimento ilícito demanda a compensação dos investimentos realizados pelo Estado e sua companhia, antes da extinção do convênio.

Não obstante tal regulação, a celebração do ajuste, pelos riscos acima expostos, é questão que se situa no âmbito de discricionariedade do administrador público, que deverá avaliar a conveniência e oportunidade da sua celebração. Optando o Diretor-Presidente da Companhia pela celebração do convênio com o Município de Paraty, recomendamos que se dê ciência ao Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro.

À superior consideração.

Rio de Janeiro, 25 de outubro de 2001

Hugo Travassos Sette e Camara
Procurador do Estado

Ao Gabinete do Exmo. Sr. Procurador-Geral,

Em 29 de outubro de 2001

Claudia de Azevedo
Procuradora-Chefe
da Coordenadoria-Geral do Sistema Jurídico

À PSP,

Para, igualmente, manifestar-se.

Em 29 de outubro de 2001

Francesco Conte
Procurador-Geral do Estado