

Direito Administrativo. Direito dos Serviços Públicos. Reformulação da prestação do serviço público de saneamento básico. Reversibilidade de bens. Indenização. Indisponibilidade do interesse público. Consensualidade administrativa. Possibilidade de acordos acerca de indenizações devidas a entes públicos. Cautelas e requisitos.

Senhor Procurador-Chefe,

1 – Introdução

O presente parecer integra a análise jurídica feita pela Procuradoria Administrativa - PG-17 - da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro acerca de aspectos da pretendida desestatização da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro, a CEDAE. Dado que já se fez o relato da proposta de operação, tal como apresentada pelos consultores do BNDES, a análise se centra nos dois pontos específicos que me couberam na divisão de quesitos.

Eles são os seguintes:

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 ERI 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?

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?

Os questionamentos, como se vê, dizem respeito (i) à possibilidade de recebimento de valores, pelo Estado do Rio de Janeiro, pagos pelos concessionários futuros aos titulares públicos dos serviços, a partir dos contratos de concessão a serem com eles celebrados, e (ii) às indenizações eventualmente devidas à CEDAE em função da extinção dos contratos de programa ora vigentes com os municípios, titulares dos serviços de saneamento, em razão de investimentos, feitos pela companhia, e ainda não amortizados. O projeto de desestatização da CEDAE, na forma como apresentado pelo BNDES, envolve a redução do escopo da própria companhia, que se devotaria apenas ao *upstream*, isto é, à coleta da água no rio Guandu e a seu tratamento. Assim, uma CEDAE de escopo menor, e cujas atividades anteriores teriam sido delegadas à iniciativa privada por meio de concessões, possuiria, em princípio, direito a ser indenizada pelos municípios, mercê dos investimentos que fez ao longo do período em que teriam estado em vigor os contratos de programa.

O parecer se desenvolve conforme o roteiro a seguir. No próximo tópico (tópico II), trata-se da necessidade de ressarcimento à concessionária, ao fim dos contratos de programa, dos valores

correspondentes a investimentos não amortizados. Parte-se da lógica do dever de indenizar bens reversíveis. No tópico III, analisa-se o tratamento conferido pela doutrina à noção de indisponibilidade do interesse público – assunto que surge ao se tratar do compartilhamento da outorga, a ser eventualmente obtida pelos titulares das concessões futuras, com o Estado do Rio de Janeiro. Como se verá, não há impedimento a que os municípios destinem valores de suas outorgas ao Estado do Rio. Em apoio a tal conclusão acode, inclusive, a compreensão contemporânea da ideia-força da consensualidade administrativa, também assunto do tópico.

Ao final do parecer, respondo às perguntas formuladas na consulta.

2 – A indenização pelos investimentos realizados pela CEDAE em favor dos municípios: reversão de bens, direito de propriedade, e quem deve arcar com os custos. Sugestão de curso de ação

Discutir a necessidade de ressarcimento à CEDAE por investimentos realizados em favor dos municípios requer compreensão da ideia de reversão de bens afetados à prestação de serviço público.

Pois bem. A expressão "reversão de bens" e "reversibilidade" levam à falsa percepção de que os bens objeto do fenômeno pertençam ao titular do serviço, e que estejam, no curso da prestação, cedidos à concessionária. Em verdade, a reversão, ao final da concessão, é sempre do *serviço público* – é como se a prestação retornasse a seu titular –, e, para que não haja interrupção (o que é crítico na retórica dos serviços públicos à francesa, e que é, em boa parte, a nossa¹) o retorno da capacidade jurídiconormativa da prestação do serviço se faz junto aos bens tecnicamente necessários à sua manutenção. Na prática, os bens, que, até aquele momento, pertenciam à concessionária², e que foram por ela adquiridos, são transferidos ao poder concedente, para que este passe a prestar o serviço, diretamente ou por intermédio de outro concessionário (como seria, aqui, o caso).

Para que possam ser transferidos ao poder concedente, entretanto, seus custos devem, ou estar inteiramente amortizados ao final da concessão – a concessionária já absorveu seu custo, graças aos recebimentos com a exploração econômica da concessão –, ou o titular do serviço público deve indenizar a concessionária pelo que não foi amortizado, e, agora, nem o será. Essa é a exigência legal³.⁴ A expectativa da norma é a de que os investimentos realizados pela concessionária sejam pagos a partir da própria exploração da concessão e ao longo de sua duração. Floriano de Azevedo Marques Neto, significativamente, afirma que, "para a reversão da propriedade, o sinalagma das concessões tem de ser concebido de modo que, ao final, o investimento na constituição dos bens reversíveis esteja plenamente amortizado"⁵

A garantia de indenização é, contudo, salvaguarda, proteção antiexpropriação instituída em favor da concessionária⁶ Ao término da concessão, alguns autores, inspirados nessa garantia antiexpropriação, chegam a afirmar que, quanto aos bens não amortizados, exige-se *prévia e justa*

¹ Cf. o dito "princípio da continuidade dos serviços públicos", tipo, pela jurisprudência do Conselho de Estado francês, não só como princípio dos serviços públicos, ou princípio do Direito Administrativo, mas princípio geral do Direito. A continuidade da prestação também inclui, em certo sentido, a atualidade da prestação do serviço.

² Há outras posições doutrinárias acerca da natureza jurídica do bem reversível, mas esta é a que corresponde ao modo como nossas leis, em especial a lei n. 8.987/95, tratam do tema.

³Cf art. 36 da lei 8.987/95: A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

⁴ Ainda que a lei 8.987/95 seja a lei das concessões de serviços públicos federais, entende-se que o preceito inclui-se numa teoria geral das concessões. A norma é, assim, aplicável ao presente caso.

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p 197.

⁶ LAUBADERE, André de. *Traité théorique et Pratique des Contrats Administratifs*. Tome III – Les Incidents d' Exécution – La fin des Contrats Administratifs. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 197.

indenização em dinheiro em favor da concessionária⁷ Encerrar a concessão sem indenizar equivaleria a expropriar.

O problema mais frequente, contudo, não é tanto o *an debeatur*, mas o *quantum debeatur*. Trata-se de identificar e apurar o valor dos investimentos efetivamente realizados, e ainda não amortizados, à época da terminação do contrato⁸. No instrumento contratual da concessão constam, em geral, previsões quanto aos investimentos a serem realizados, e às receitas esperadas⁹, mas é necessário que a Administração monitore os investimentos em bens reversíveis¹⁰, e, ao final, realize levantamento acurado.

Pois bem: a CEDAE, concessionária de águas e esgotos ora atuante em boa parte do Estado do Rio, possui direito a ser ressarcida pelos investimentos que comprovadamente tenha feito junto aos municípios, titulares dos serviços, caso tais investimentos não estejam amortizados e o vínculo contratual entre eles seja interrompido. Trata-se de incidência do dever de indenizar a concessionária pelos investimentos em bens, por ela arcados, e que sejam reversíveis ao titular do serviço, O fundamento do dever de indenizar, sob a ótica da concessionária, é o direito de propriedade (art. 50, *caput*, CRFB-88), reconhecido como possível de ser titularizado por entidades privadas integrantes da Administração Pública¹¹ Por parte do titular do serviço, trata-se de exigência extraída a partir do art. 36 da lei 8.987/95. Tais investimentos, na medida em que aderentes aos contratos de programa, devem ser inventariados e quantificados, ou por em atuação conjunta da CEDAE e dos titulares do serviço, ou por auditoria independente.

Essa é a premissa maior.

A questão principal do quesito, no entanto, diz respeito ao modo de pagamento da indenização. O dever de indenizar incumbe, em princípio, e como se disse, ao titular do serviço, que, neste caso, seriam os municípios incluídos no projeto. No entanto, ao que narra a análise do BNDES, o Estado do Rio de Janeiro não possuiria expectativa de que os municípios o indenizassem. A partir daí, os técnicos do BNDES cogitaram duas alternativas. A primeira consistiria no *deslocamento do ônus financeiro de indenização da CEDAE para os adjudicatários dos blocos de concessão*. A segunda, na possibilidade de *a CEDAE não receber indenização em razão do término antecipado dos contratos*. Explica-se as duas hipóteses.

A primeira é intuitiva. Se alguém tem que indenizar a CEDAE, que esse alguém seja não o município, que não possui dinheiro, mas a nova concessionária, adjudicatária da concessão. Para a CEDAE é, de fato, irrelevante se é o ente federativo ou a empresa privada quem a irá indenizar. O que importa é a indenização. Não há maiores problemas jurídicos na hipótese. Observe-se que o art. 36 da lei 8.987/95 fala apenas na indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis, mas não fixa quem deverá suportá-la. Em regra, é natural que quem pague seja o titular dos serviços. Mas é possível, e de fato isso já constou em alguns projetos de infraestrutura, que o novo concessionário seja o responsável pela indenização ao concessionário anterior.

A hipótese de não pagamento de indenização à CEDAE, por sua vez, fundamenta-se numa preocupação de índole econômica. O pagamento de valores em prol de estatal que se pretende alienar poderia representar circulação economicamente ineficiente de recursos. É que o valor indenizatório a ser recebido pela CEDAE – e que, na hipótese do raciocínio, haveria de ser pago pelas futuras concessionárias (v. acima) – seria considerado na precificação da CEDAE, aumentando o preço de venda da estatal. Por outro lado, é plausível cogitar que esse custo da indenização viesse a ser 'descontado' do valor que as concessionárias estariam dispostas a pagar, a título de outorga, pelas concessões.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 570.

⁸ *Ibidem*.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens Reversíveis nas Concessões Públicas: a inviabilidade de uma Teoria Geral. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, vol. 61, n.2, maio/ago. p 153.

¹⁰ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Ibidem*.

¹¹ MAETZ, Olivier. *Les droit fondamentaux de. personnes publiques*. Paris: Instilnt Universitaire Varenne. *Passim*.

Outro argumento, apresentado pelos técnicos do BNDES, relaciona-se ao beneficiário da indenização, a CEDAE. Ela é, como se sabe, controlada pelo Estado do Rio de Janeiro, que seria o destinatário último das indenizações. Ora, afirma o BNDES, *a urna*, o controlador poderia abrir mão de direitos e obrigações do ativo a ser alienado, para viabilizar ou aumentar a atratividade de determinada operação. *A duas*, seria possível argumentar que a não indenização da CEDAE pelos investimentos não amortizados reverberaria no aumento do valor a ser recebido nas outorgas pagas pelos concessionários, inexistindo, então, prejuízo ao erário.

A segunda opção parece sedutora, mas traz riscos. A alguns deles.

(a) Um dos problemas mais típicos de concessões e parcerias público-privadas é o excesso de otimismo, usualmente em relação à demanda por serviços ou à expectativa de preços a serem alcançados em licitações¹². Mas o excesso de otimismo também pode incidir como problema metodológico: a identificação de pretensos resultados causais em searas onde só se pode, quando muito, identificar correlações não espúrias. Há risco evidente quando se afirma um resultado causal como fundamento administrativo de uma decisão administrativa¹³. Assim, não é possível *afirmar* que o valor de outorga *aumentará* em razão de a CEDAE abrir mão de sua indenização¹⁴. É hipótese plausível. Mas não é certa. Estar-se-ia 'abrindo mão de dinheiro público' (certo) em prol de uma possível precificação de outorga (incerto). Aos olhos de um controlador mais ativo - que, nos dias de hoje, são todos -, o raciocínio poderia levantar sobrancelhas.

(b) O Estado do Rio de Janeiro é o controlador da CEDAE, mas não é um agente totalitário. Há órgãos legais e estatutários, aprovações a serem obtidas, regras de governança – especialmente fortalecidas pela Lei das Estatais – a serem seguidas, e há o interesse dos empregados e fornecedores a ser considerado. Qual é o impacto, sobre a CEDAE, de se abrir mão das indenizações? Empregados de estatais, por vezes, recebem bônus em função da lucratividade da empresa. Fornecedores dependem de liquidez para serem pagos. Abrir mão das indenizações afeta como os empregados? E quanto aos fornecedores? É importante destacar que CEDAE e Estado do Rio de Janeiro são pessoas jurídicas distintas, com interesses que podem conflitar. Pressupor urna identidade entre duas instituições diferentes como fundamento para estratégia jurídica em que o controlado, sem maiores estudos, abre mão de receita futura em prol do controlador pode ser tido, por alguns, como abuso de poder de controle.

(c) As duas estratégias – tanto a de repassar o ônus aos concessionários futuros quanto a de abrir mão da indenização – precisam de concretude. De quais investimentos se está tratando? Quais são os valores dos investimentos por município? Supõe-se que os municípios não vão conseguir pagar. Será verdade? Serão todos eles iguais?¹⁵ A única alternativa é deixar de cobrar? Não é possível parcelar? Abrir mão de parte da indenização? (V., quanto a estas duas últimas questões, o debate sobre indisponibilidade do interesse público no próximo item.)

Enfim: há problemas na confiabilidade de algumas das premissas empíricas e normativas adotadas para a construção das sugestões do estudo do BNDES. Assim, ao menos com base nos dados

¹² A literatura identificou o viés de otimismo em projetos de infraestrutura é extensa e cobre diferentes setores (aviação, trens, rodovias etc.). Por todos, veja-se o documento suplementar do Reino Unido a seu Livro Verde devotado à precificação de projetos. O documento pode ser acessado em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/417822/IPUI798_Va1uinLL_Infrastructure_Spend_-_Iastest_draft.pdf. Uma evidência anedótica recente é a expectativa com o leilão de áreas do pré-sal. A expectativa da União era de receber pouco mais de cem bilhões de reais por quatro campos; o valor de arrematação foi de cerca de setenta bilhões, e dois campos não receberam ofertas.

¹³ Pode-se, no limite, cogitar que a fundamentação vincule o conteúdo do ato ('teoria dos motivos determinantes'). Assim, por exemplo, se o barateamento das passagens aéreas houvesse sido expressamente vinculado à extinção da franquia mínima de bagagens, esse ato seria inválido: o preço das bagagens, na média, *não* diminuiu. E sequer é possível identificar, com clareza, se o fim da franquia mínima foi inútil, pois, com a alta do dólar e o aumento do preço do querosene de aviação, pode ser que os preços das passagens *não haja aumentado*.

¹⁴ Em rigor, não é possível sequer afirmar que haverá interessados na licitação.

¹⁵ Penso, por exemplo, numa estratificação por nível de comprometimento da receita pública.

do presente momento, creio que o caminho mais adequado seja, pela ordem: (1) cobrar a indenização dos municípios (ou se assegurar de que não poderão pagar, preenchidas as sugestões mencionadas na letra - c -, acima); e, então, (2) cobrar das futuras concessionárias, revertendo o recurso à CEDAE. Desta forma, garante-se o recebimento dos valores pela estatal, e se preserva sua autonomia.

3 – O Estado do Rio pode receber parte das outorgas dos futuros adjudicatários? O suposto óbice da indisponibilidade do interesse público e a busca pela consensualidade administrativa

Os municípios, titulares dos serviços e recebedores dos valores pagos a título de outorga pelos futuros adjudicatários, podem verter parte destes valores ao Estado do Rio de Janeiro. Mas a conclusão, que parece natural quando se trata de entes privados – estes são, afinal, livres para dispor de seu patrimônio –, adquire contornos especiais quando se trata de pessoas jurídicas de direito público. É que alguém poderia sugerir que se estaria *dispondo* do *interesse público*, que é *indisponível*.

Trazer maior certeza jurídica sobre a possibilidade passa por identificar em que consiste a indisponibilidade do interesse público. Primeira e mais importante observação: a categoria da indisponibilidade do interesse público deve ser manuseada como um 'guia empírico', respeitando as particularidades de cada momento e lugar.¹⁶ A indisponibilidade do interesse público não é absoluta. É histórica. A Administração Pública, na persecução do melhor interesse público, pode seguir caminhos diversos e, ainda assim, preservar o conteúdo axiológico da noção¹⁷.

Na doutrina italiana há farto material sobre o tema Destacou-se, no Brasil, a lição de Alessi, que diferenciou o interesse público em duas categorias: o *interesse público primário*¹⁸ e o *secundário*¹⁹. O primordial à Administração seria atingir o interesse primário e, havendo tensão entre os dois, o interesse secundário deveria ceder lugar. Na hipótese do parecer, estamos diante de interesse patrimonial – a transação sobre valores pecuniários decorrentes de outorgas. Trata-se de interesse público secundário.

¹⁶ GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 - La defensa del usuário y del administrado. 5. Ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. VI-30. Massimo Severo Giannini aprofunda essa premissa, salientando não apenas o caráter histórico, mas também a relatividade e o traço político, que reveste a ideia de indisponibilidade do interesse público.

"Motivações consistiram sempre em apresentar, com diversos sofismas, o interesse particular como geral: é do interesse geral que a agricultura prospere, por isso ajudamos aos agricultores. Todos veem como o vínculo entre premissa e consequência é somente algo político. Um elemento de ruptura foi a política de assumir os serviços públicos que os Estados começaram antes da metade do século XIX (oficinas de correios, educação, transporte ferroviário, etc.), e as autoridades locais retomaram com ênfase, onde antes, todos os países europeus (transporte urbano, iluminação pública, serviço de higiene, gás, penitenciárias, jardins de infância, escolas, diversos serviços de assistência, etc.): a consequência foi que alguns interesses que eram públicos para uma determinada administração municipal permaneciam privados para outras. Assim, se introduziu uma indeterminação da noção de interesse público. Esse assunto, combinado com outro de natureza pragmática, significa que com o advento do Estado multiclasista surgiu um critério que poderia definir o potencial publicista de cada interesse que tivesse uma relevância social eminente. O critério até agora não tem sido definido com fórmulas juridicamente rigorosas, e existe toda uma literatura política e sociológica que se esforça para defini-lo melhor ou reduzir ou ampliar seu alcance, e nisso também se encontram os termos da luta política". GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 2. Ed. Milano: Giuffrè: Editore, 2000. pp. 23-24.

¹⁷ RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 36

¹⁸ Segundo Alessi os "interesses públicos, coletivos, os quais a administração possui como sujeito jurídico por direito próprio, são o que tem sido chamado de interesse coletivo primário, formado pelo complexo de interesses individuais predominantes em uma organização jurídica específica da comunidade". ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale dei Diritti Amministrativi*. Milano: Antonino Giuffrè, 1953, p. 152.

¹⁹ Ainda de acordo com o doutrinador italiano, o interesse secundário se caracteriza pelo "interesse do sujeito administrativo, é simplesmente um dos interesses secundários que são sentidos dentro da comunidade e que só podem ser alcançados em caso de coincidência, e dentro dos limites de tal coincidência, com o interesse coletivo primário. A peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside precisamente no fato de que, embora seja, como qualquer outra pessoa jurídica, proprietária de um interesse secundário pessoal, a sua função precípua não é realizar esse interesse secundário, pessoal, mas sim promover o interesse coletivo, público, primário." ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo*. Milano: Antonino Giuffrè, 1953, p. 152,

Ora, de acordo com Alessi, "à satisfação de interesses secundários, a Administração, ao invés de utilizar os meios publicísticos, deverá fazer uso dos meios eventualmente fornecidos pelo direito privado"²⁰. Esse amparo junto ao Direito privado não pode ser considerado como uma *atividade* em sentido *stricto*, capaz de dispor o *fin* da atividade administrativa. Conforme observa Patrícia Baptista, tratar-se-ia de uma *forma* de *exercício* da função administrativa que operasse sobre os meios da atividade administrativa, a fim de alcançar o interesse público almejado.²¹

A brecha aberta por Alessi, de toda forma, dá azo à transação dos interesses de 'caixa',²² da Administração, afirmação que sofre críticas. No Direito Administrativo, os interesses secundários não deixariam de ser indisponíveis, não sendo possível à Administração renunciar livremente às suas receitas. Não se pode esquecer que, na formulação de Alessi, há relação intrínseca entre o interesse público primário e secundário, o que poderia tornar ambos indisponíveis²³.

Por outro lado, se pensarmos na indisponibilidade do interesse público, também de forma lógica, poderíamos acabar por engessar a ação da Administração, uma vez que se tornaria inviabilizada, por exemplo, a competência administrativa de criar consensualmente uma obrigação vinculante para si (contratos administrativos). É conclusão absurda.

Para superarmos o impasse, podemos nos valer, sim, de análise lógica, porém equilibrada, bastando realizar diferenciação conceitual. Não há relação direta e necessária entre disponibilidade/indisponibilidade de direitos patrimoniais e indisponibilidade do interesse público²⁴. É possível, como afirma Eros Grau, "dispor de interesses patrimoniais, sem que, com isso, esteja-se a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles".²⁵

A indisponibilidade do interesse público, suposta amarra que impossibilitaria os beneficiários dos valores das outorgas de transferir parte delas ao Estado do Rio, não implica indisponibilidade de direitos patrimoniais. Pode-se dispor de recursos financeiros se isso se justificar à luz do interesse público.

Mas, superada, no plano conceitual, o óbice da indisponibilidade do interesse público, parte-se para nível mais operacional. E a pergunta que se faz é: a Administração Pública pode transacionar?²⁶ A resposta é afirmativa. Lição tradicional, mas superada, afirmou que o interesse público, por não ser o interesse de exclusividade da Administração, vedaria as transações administrativas, eis que elas pressupõem autonomia de vontade e propriedade sobre o objeto da transação.²⁷ Não é assim.

Em primeiro lugar porque a finalidade pública a ser alcançada pode ser desvirtuada se instrumentalizada por abstrações principiológicas. Diante das circunstâncias concretas, a consensualidade pode ser - e muitas vezes é²⁸ - o meio mais adequado para atingir o interesse público.

²⁰ ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale dei Diritto Amministrativo*. Milano: Antonino Giuffrè, 1953. p. 186

²¹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 271.

²² Seguindo o raciocínio elaborado por Alessi, por exemplo, a alienação de uma estatal lucrativa poderia se inserir em um âmbito patrimonial. Para Alessi, "a Administração renunciar à sua posição de supremacia e, por conseguinte, se sujeitar ao direito privado, pode ser necessário por imposição da natureza de certos organismos públicos, específicos, cuja atividade fundamental é a de levar a cabo, principalmente (ou inclusive), uma atividade de direito privado. Tratam-se de entidades que levam a cabo atividades econômico-comerciais (...) Aqui, portanto, não há renúncia voluntária à supremacia por parte do organismo público, mas, sim, uma renúncia necessária, devido à essência da natureza jurídica das entidades em questão, cuja atividade essencial, ou ao menos a que prevalece, deve ter lugar sob o direito privado, em um regime de igualdade com sujeito privados." ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale dei Diritto Amministrativo*. Milano: Antonino Giuffrè, 1953, p. 199.

²³ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (72), 2018.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 32. p.20.

²⁵ Ibidem, p. 20.

²⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. Sbdp/Malheiros Editores, 2015. p. 148.

²⁷ Idem, p. 174.

²⁸ Cf. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 183.

Não é a premissa do princípio que deve ser seguida, mas o *sentido* de sua estrutura. O resultado (atendimento ao interesse público) deve se sobrepôr ao instrumento, sob pena de incorrer a atuação administrativa em uma incoerente inutilização de seus propósitos.

Em segundo lugar porque, hoje, a legislação expressamente permite acordos administrativos. Vale destacar, de início, o art. 26 da LINDB, permissivo genérico da transação administrativa²⁹. Há mais. Uma das manifestações mais fortes da consensualidade administrativa diz respeito à arbitragem. Diversos diplomas normativos consagram a possibilidade de participação do Poder Público em juízos arbitrais³⁰. Antes motivo de debate, hoje a arbitrabilidade subjetiva é pacífica. E mesmo a arbitrabilidade objetiva, cujos limites estão em construção, sofre influxo legal: a lei 13.448/17, que estabelece diretrizes para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria, traz critérios de parametrização da matéria³¹.

Conclusão: não é jurídica a aplicação da ideia de indisponibilidade do interesse público para proibir a atuação consensual da Administração Pública. Tanto doutrina quanto legislação atuais apontam para a possibilidade de transação, pelos titulares dos serviços, dos valores recebidos a título de outorga. A decisão deve possuir, é claro, substrato econômico-negocial (ela deve ser acordada entre as partes e possuir uma razão de ser econômica³²), e deve ser motivada. Mas é possível.

4 - Respostas aos quesitos

Considerando tudo o que foi até aqui exposto, torna-se possível responder aos dois quesitos, aqui reiterados por questão de clareza.

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?

Sim, em ambos os casos.

No que se refere ao produto da alienação do controle acionário da CEDAE, o titular do direito de propriedade das ações é o Estado do Rio de Janeiro, razão pela qual devem os valores ser revertidos ao ente. Não há muito o que se dizer além disso.

O Estado do Rio de Janeiro também pode figurar como beneficiário do pagamento das outorgas, a serem efetuados pelos adjudicatários dos contratos de concessão. Em razão (i) de leitura adequada

²⁹ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 135-169, novo 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>>. Acesso em: 11 nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77653>

³⁰ Dentre outras, as Leis de arbitragem e de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e a Lei nº 1.481/89, que dispõe sobre concessões e obra públicas no Estado do Rio de Janeiro. Lei nº 9.307/96: Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis

Lei nº 8.987/95: Art. 23-A O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Lei nº 1.481/89: Art. 5º, §2º. Os contratos de concessão conterão regras para estabelecer mecanismos e critérios adequados de revisão de tarifas, que poderá ser feita por juízo arbitral, nos termos contratualmente previstos.

³¹ Seu art. 15, III, informa que “o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.”

³² Não ingresso em quais razões econômicas poderiam justificar a transferência de parte da outorga ao Estado do Rio. Seja como for, as razões elencadas no documento do BNDES parecem fazer sentido.

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, não enxergo obstáculo ao compartilhamento do resultado econômico das concessões entre seus titulares e outros entes públicos.

Concretamente, o recebimento de parcela dos recursos dependerá de acordo a ser celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro 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?

Sim.

O art. 36 da Lei 8.987/95, aplicável ao caso, afirma, expressamente, que *"a reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido"*. A indenização que cabe à CEDAE pelos investimentos não amortizados na prestação do serviço de saneamento básico está destinada à compensação pela perda dos benefícios decorrentes da exploração, e que resultaria da continuação deste.

O documento do BNDES, ao informar que o Estado do Rio de Janeiro não possuiria expectativa de receber as indenizações dos municípios, cogita, então, de duas possibilidades. Na primeira, o ônus das indenizações seria repassado aos concessionários. Na segunda, a indenização não seria cobrada, porque ela poderia implicar uma circulação ineficiente de recursos, e porque o Estado do Rio, controlador da CEDAE, poderia abrir mão das indenizações para tornar a licitação das concessões mais atraente.

Quanto a tais afirmações, observo, num primeiro momento, que 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. Depois, sugiro que sejam realizadas negociações entre a CEDAE e os municípios, com vistas ao recebimento dos recursos (o que pode incluir parcelamentos e descontos). Não me satisfaz a ideia de assumir, sem maiores detalhamentos e tentativas, que todos os municípios sejam incapazes de pagar as indenizações devidas à CEDAE, e, ato seguinte, o Estado imponha à sua controlada que abra mão de recursos.

Nos casos em que efetivamente as indenizações não sejam possíveis de serem obtidas na via negocial, sugiro, em princípio, que o ônus de seu pagamento seja deslocado para as concessionárias. É 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 há certeza de que as licitações terão êxito). E, seja como for, CEDAE e Estado do Rio de Janeiro são entes distintos, e o Estado do Rio de Janeiro não pode atropelar regras de governança e interesses descoincidentes de sua controlada para forçar que a companhia abra mão de recursos próprios, ainda que futuros.

É, salvo melhor juízo, o parecer.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2019.

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA

Procurador do Estado

VISTO

Visto nº 11/2019-PGEIPG-17/ARCY

Processo Administrativo E-14/001.053834/2019

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

Na Promoção nº 02/2019 - PGEIPG-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 ARCYIPG-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 urna interpretação sistemática da Constituição da República.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. A titularidade dos serviços de saneamento não será transferida ao Estado do Rio de Janeiro, mas à Região Metropolitana, o que significa que ele não pode conceder tais serviços, muito menos disciplinar a possibilidade ou não de subconcedê-los.

2. O Estado só pode subconceder os serviços dos quais é concessionário. Logo, entende-se que o disposto no artigo 31 da Lei estadual nº 2.831/1997, que disciplina a possibilidade de subconcessão no âmbito de concessões de serviços públicos realizadas pelo Estado do Rio de Janeiro, não incide sobre os serviços titularizados pela Região Metropolitana e pelos municípios não metropolitanos e, portanto, não se aplica no presente caso.

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

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

(i. 1) revogação pelas respectivas Câmaras Municipais;

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

Meus acréscimos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Quanto a tais afirmações, se mostra necessário identificar, de modo concreto e específico, quais são os valores devidos, por cada município, a título de indenização por investimentos realizados pela CEDAE. Em outras palavras, faz-se mister realizar levantamento dos investimentos,

preferencialmente por auditoria independente ou por acordo entre as partes;

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

5. Nos casos em que efetivamente as indenizações não sejam possíveis pela via negocial, 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 VI 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. 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

Procurador-Chefe da PG-17

VISTO

P.A. n° E-14/001/053834/2019

Visto. Aprovo os Pareceres n° 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 n° 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 n° 11/19 – PGE/PG-17 da lavra do Procurador Chefe da Procuradoria Administrativa (fls. 202/213).**

Em relação ao Parecer n° 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