

Processo Administrativo SEI- 150001/013185/2021.

SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO EM CARÁTER EXCLUSIVO. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO DA EXCLUSIVIDADE PELO RESPECTIVO REGULADOR. DESNECESSIDADE DE FORMALIZAÇÃO POR TERMO CONTRATUAL. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 30 - PGE. OUTRAS CONSIDERAÇÕES.

1 – RELATÓRIO SOBRE A CONSULTA

Trata-se de processo administrativo iniciado pelo Of.SECC/ASSGE SEI nº 529 (doc. SEI nº 24772915), no qual a Secretaria de Estado da Casa Civil questiona a necessidade de que o Governo do ERJ e seus órgãos celebrem termo formal de contrato com as concessionárias de abastecimento de água e esgotamento sanitário “ Águas do Rio 1 e 4” e “ Iguá”, estas as vencedoras do leilão que concedeu a exploração dos blocos 1, 2 e 4 licitados na Concorrência Internacional nº 01/2020.

Considerando a existência do enunciado nº 30 da PGE e a informação exarada pelas concessionárias de que, em relação a órgãos federais, a prática consiste na substituição do contrato por um documento mais simples¹, a SECC solicitou a esta Procuradoria Geral do Estado um entendimento geral para que todos os órgãos tenham o mesmo padrão e medida de atuação em relação a termos contratuais nas suas relações comerciais com as concessionárias de água e esgoto.

O fez especificamente da seguinte maneira:

Desta forma, questionamos se existe necessidade do governo do estado e seus órgãos realizarem contrato com as concessionárias de abastecimento de água Águas do Rio 1 e 2 e Iguá. Ressaltamos que, conforme levantamento realizado junto às concessionárias, tem sido prática no estado do Rio de Janeiro, junto a órgãos federais, a substituição do contrato por um documento mais simples, uma declaração das concessionárias, devidamente qualificadas, considerando a legislação competente, dando conhecimento da assinatura do contrato de concessão e da exclusividade dos serviços nas áreas onde estão as economias vinculadas ao referido órgão.

Consta, ainda, um ofício encaminhado pelas Concessionárias Águas do Rio 1 e 4 (doc. SEI nº 24774454), no qual esclarecem, nos termos do art. 74, I, da Lei nº 14.133/21, serem as únicas prestadoras dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário nas áreas que integram os blocos 1 e 4, de acordo com a cláusula nº 5.1 dos Contratos de Concessão nºs 32/2021 e 33/2021.

Os autos foram encaminhados para análise e opinião por meio do despacho doc. SEI nº 24791713.

¹ Transcreve-se o seguinte excerto oriundo do doc. SEI nº 24772915: “Ressaltamos que, conforme levantamento realizado junto às concessionárias, tem sido prática no estado do Rio de Janeiro, junto a órgãos federais, a substituição do contrato por um documento mais simples, uma declaração das concessionárias, devidamente qualificadas, considerando a legislação competente, dando conhecimento da assinatura do contrato de concessão e da exclusividade dos serviços nas áreas onde estão as economias vinculadas ao referido órgão”.

2 – DO OBJETO DA CONSULTA E DA PREMISA NECESSÁRIA.

O presente parecer restringir-se-á à consulta formulada, qual seja, a necessidade de formalização do contrato entre as concessionárias mencionadas e a Administração Pública estadual. **Outras questões correlatas não são objeto da presente análise.**

Ademais, a análise quanto à exclusividade do serviço prestado será realizada em tese. Não há no processo administrativo maiores informações sobre as atividades econômicas exercidas pelas concessionárias, senão a exarada pelas próprias concessionárias no doc. SEI nº 24774454.

Para tanto, as seguintes questões serão abordadas: a exclusividade dos serviços públicos em análise; o enunciado nº 30 da PGE e seu contexto; a aplicação do enunciado ao caso em tela; e, por fim, algumas cautelas a serem adotadas pelo gestor público para a realização do interesse do erário estadual.

Considerando que as prestadoras do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário são pessoas jurídicas de direito privado, alheias organicamente à Administração Pública, não se lhes aplica o princípio da presunção de legitimidade aos seus atos.

Não cabe a esta Procuradoria atestar a exclusividade do serviço público prestado, mas ao órgão ou ente regulador em cada caso, pertença ele a esfera federativa que seja.

3 – SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS POR CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM REGIME DE EXCLUSIVIDADE.

Inicialmente, destaca-se que o art. 175 da Constituição Federal estabelece que incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, na forma da lei, a prestação dos serviços públicos. No arcabouço infraconstitucional, a delegação dos serviços públicos foi tratada, sobretudo, pela Lei nº 8.987/96 e pela Lei nº 11.079/04.

Dessa forma, a prestação de serviços públicos, cuja titularidade pertence ao ente estatal, pode ser explorada tanto pelo Estado *per si*, como por agentes econômicos privados, estes sob a égide do regime de delegações.

No que tange ao serviço público prestado por particulares, verifica-se que, em regra, ela dá-se em regime concorrencial. Sobre o tema, escrevemos² em 2003 que:

Fortaleceu-se a caracterização do serviço público como espécie de atividade econômica, propugnando-se que, senão em todas, pelo menos em muitas das atividades até então submetidas a este regime, a instalação da concorrência - prestação por mais de uma empresa, com maior liberdade de entrada no mercado - fosse não apenas possível, mas até mesmo aconselhável do ponto de vista dos direitos individuais e sociais a serem perseguidos.

Entretanto, há situações em que, seja pela atividade em si seja pela infraestrutura necessária para sua realização, não é possível faticamente que a exploração seja realizada por mais de um agente. A concorrência ocorre por intermédio do procedimento licitatório previsto pelas leis de regência para a delegação do serviço público.

² Serviços Públicos e Concorrência. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 233, p. 311-371, jul./set. 2003.

Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira³ afirma:

A expressão monopólio natural retrata a situação fática em que é economicamente ineficiente (senão impossível) a instalação de mais vários operadores para o desenvolvimento de específica atividade econômica, “no sentido de a estrutura do mercado tornar mais eficiente a presença de um único produtor do que a presença de vários” — seja devido a custos fixos muito elevados, seja em razão de economias de escala.

Aparentemente, esse é o caso do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário⁴. Atualmente, o Estado do Rio de Janeiro encontra-se zoneado em quatro blocos (1, 2, 3 e 4), sendo certo que, com a exceção do bloco 3, os demais encontram-se em vias de serem explorados pelas concessionárias mencionadas anteriormente.

Dessa forma, salvo melhor juízo a ser exarado pelo órgão técnico competente, de necessária consulta para corroborar as informações prestadas pelas concessionárias sobre a cláusula 5.1 dos contratos de concessão, o serviço público em análise tem a prestação exclusiva.

A necessidade de a Administração Pública lidar com situações afins, nas quais se encontram presentes a essencialidade do serviço prestado e a exclusividade, é recorrente.

Não por outra razão, a matéria já é até mesmo objeto de enunciado desta Casa, o de nº 30, que será detalhado no tópico abaixo.

4 – O ENUNCIADO Nº 30 DA PGE E SEU CONTEXTO.

Traz-se à baila a redação do enunciado nº 30 da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro:

Enunciado n.º 30 – PGE: Contratos com prestadoras de serviços públicos

1- As minutas de contrato elaboradas por empresas prestadoras de serviço, cuja natureza se assemelha aos contratos de adesão, a exemplo da Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, podem ser adotadas pelo Estado ou suas Entidades quando usuárias desses serviços, ainda que tais minutas não estejam em estrita conformidade com as minutas-padrão aprovadas pela Procuradoria Geral do Estado. A eventual aplicação de cláusula abusiva poderá ser judicialmente contestada, a posteriori.

2 – É dispensável a celebração de termo de contrato para formalização da contratação de empresas prestadoras de serviços públicos monopolizados, em conformidade com as condições estabelecidas pelas respectivas agências reguladoras, que resultam em contratos de adesão, sendo facultada a sua substituição por um dos instrumentos previstos no caput do art. 62 da Lei nº 8.666/93, se esta for a prática da empresa, devendo o órgão jurídico simplesmente atestar a sua natureza de contrato de adesão e o órgão

³ Monopólios naturais e licitações de serviços públicos. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, p. 255-271, jan./abr. 2011.

⁴ Egon Bockmann, na obra citada, afirma: “Um dos exemplos clássicos de monopólio natural é o da instalação de rede de água, esgotamento e tratamento sanitário: até a presente data não se encontrou solução — técnica ou econômica — que permitisse a concorrência do lado da oferta, pois são exigidos investimentos iniciais imobilizados muito elevados, com retorno em longo prazo e risco significativo.”

administrativo cuidar para que as condições de prestação do serviço mantenham- se conformes ao padrão estabelecido pela agência reguladora.

3 – As empresas concessionárias de serviços públicos monopolizadas podem ser contratadas pela Administração Pública estadual sem a exigência das certidões de habilitação previstas no artigo 29 da Lei nº 8.666/93. Nos demais contratos celebrados com essas empresas, não relacionados à prestação de serviços públicos, aplica- se a regra geral de exigência das certidões de habilitação.

(Ref. Pareceres nºs 18/91- MFV, 03/95 - SBTP, 14/96- MJVS, 17/08 - FAG, 17/08 - SMG, 28/08 - CCM, 10/10 - DBL, Promoção nº 08/09 - HBR e Parecer nº 39/18 - HBR)

Publicado: DO I, 25 de outubro de 2013. Pág. 30

Publicado: DOI, de 10/08/2018 Pág. 31 – Alteração na redação.

Compulsando os pareceres que ensejaram a opinião consolidada dessa Casa, observa- se, conforme item 1 do enunciado, que a discussão inicialmente gravitava sobre a possibilidade ou não da contratação da Empresa de Correios e Telégrafos – ECT pelo ERJ, este na figura de usuário do serviço prestado, em desacordo com as minutas- padrão aprovadas pela PGE.

Diante da exclusividade exercida pela referida empresa pública, firmou- se o entendimento de que eventuais celeumas contratuais em âmbito administrativo seriam ineficientes, tendo em vista que poderiam ocasionar a ausência de prestação de serviços essenciais às atividades do Estado. Ainda que houvesse cláusulas consideradas iníquas, conforme prévio entendimento da Procuradoria do Estado⁵, tais contratos, por sua natureza de adesão, poderiam ser celebrados e, caso necessário, aquelas poderiam ser sindicadas ulteriormente em sede judicial.

O caráter exclusivo da prestação de alguns serviços públicos ensejou outras discussões: a necessidade de celebração de termo de contrato para formalização da contratação com essas prestadoras e a exigência da apresentação das certidões de habilitação previstas no art. 29 da Lei nº 8.666/93.

Tais problemáticas foram pacificadas por intermédio do Parecer nº 39/18 – HBR, o qual sugestionou a inclusão dos itens 2 e 3 do enunciado supratranscrito.

Em relação à apresentação das certidões de habilitação, aduziu- se que a conferência dos referidos documentos não se coaduna com o princípio da eficiência, tendo em vista que, diante da necessidade da prestação do serviço público monopolizado, a contratação com a empresa prestadora é inexorável, ainda que inadimplente com as obrigações previstas no art. 29 da Lei de Licitações.

No que tange à formalização do contrato, único tema relacionado com a atual consulta, o i. Procurador do Estado empreendeu análise legal, doutrinária e jurisprudencial, tendo concluído que:

Concordamos com o entendimento de que, sendo os contratos de prestação de serviços públicos monopolizados contratos de adesão, sujeitos a condições estabelecidas pelas respectivas agências reguladoras, não faz sentido, tanto sob o prisma da eficiência da Administração Pública, quanto sob o prisma da independência técnica dos órgãos jurídicos, a análise, aprovação e assinatura desses contratos.

⁵ A título de ilustração, o Parecer nº 17/08 – FAG opinou pela inaplicabilidade da taxa SELIC como indexador de atualização monetária nos contratos administrativos. Entretanto, diante da aposição de cláusula afim na minuta contratual disponibilizada pela ECT, entendeu pela viabilidade da celebração do contrato ante o caráter monopolista exercido.

Feita essa breve análise do parecer, passa - se à verificação da aplicação do Enunciado ao caso em tela.

5 – APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 30 À CONSULTA

Nos casos em que houver a exclusividade do prestador de serviço público do qual a Administração Pública necessitar, ela não terá como deixar de contratá-lo.

Inicialmente, conforme mencionado, destaca- se que não consta do p. PA qualquer outra informação. além da já mencionada das concessionárias, sobre os modelos utilizados pelos órgãos federais, localizados nos blocos concedidos, em suas contratações com as concessionárias. Dessa forma, resta prejudicada eventual comparação.

Entendemos a possibilidade da aplicação em tese do enunciado nº 30 da PGE, precisamente seu item 2, à contratação das concessionárias se confirmado pelo regulador competente se prestam seus serviços com caráter de exclusividade. Entretanto, é necessário que sejam esclarecidos previamente a existência dos demais requisitos previstos no enunciado.

Traz- se novamente à baila o item nº 2 do enunciado mencionado:

2 – É dispensável a celebração de termo de contrato para formalização da contratação de empresas prestadoras de serviços públicos monopolizados, em conformidade com as condições estabelecidas pelas respectivas agências reguladoras, que resultam em contratos de adesão, sendo facultada a sua substituição por um dos instrumentos previstos no caput do art. 62 da Lei nº 8.666/93, se esta for a prática da empresa, devendo o órgão jurídico simplesmente atestar a sua natureza de contrato de adesão e o órgão administrativo cuidar para que as condições de prestação do serviço mantenham-se conformes ao padrão estabelecido pela agência reguladora.

Para além da natureza do serviço público prestado, extraem- se do enunciado algumas condições formais para que seja dispensada a formalização do termo de contrato: a) contrato de adesão, aprovado pela agência reguladora; ou b) caso seja a prática da empresa, a substituição por um dos instrumentos previstos no art. 62 da Lei de Licitações, sendo necessário que o órgão jurídico ateste a natureza do contrato de adesão e o gestor fiscalize a boa prestação do serviço.

Nesse sentido, havendo algum dos requisitos acima mencionados, verifica-se a possibilidade de dispensa da formalização do termo contratual.

6 – CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS

Além dos requisitos constantes do item 2 do Enunciado nº 30- PGE acima minudenciados, proporíamos também as seguintes cautelas:

a) Inexistindo contrato de adesão aprovado pela Agência Reguladora ou outro que comprovadamente represente a prática da empresa, é interessante que o Estado empreenda tratativas com as concessionárias mencionadas visando à elaboração de uma minuta- padrão.

b) De qualquer maneira o Estado deve buscar assegurar que os interesses coletivos sejam protegidos durante a execução do contrato, por exemplo, em relação à suspensão do serviço público

prestado ao Estado por inadimplemento.

c) Mister se faz seja aferido pelo gestor a adoção da tarifa apropriada e, até mesmo, se eventualmente não há alguma previsão de isenção no contrato de concessão ou na regulação para os órgãos e entes do Estado;

d) Deve ser aferida a existência de similitude entre os termos da contratação propostos para o Estado com os de outros grandes consumidores, inclusive quanto à remuneração.

e) De toda sorte, diante da grande escala econômica do fornecimento ao Estado, alvitra-se que ele como um todo, e não de maneira atomizada por cada um de seus órgãos e entidades, negocie com as concessionárias de serviços públicos condições mais vantajosas, inclusive de remuneração.

f) Relembra-se que eventual contrato de adesão ou instrumento afim deverá de qualquer forma ser publicado no Diário Oficial.

g) Considerando a natureza de contrato de adesão, destaca-se, desde logo, que, em eventual litígio, deverá prevalecer a interpretação mais favorável ao aderente, conforme art. 423 do Código Civil.⁶

7 – CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, sem de forma alguma prescindir de todo o seu texto, é possível sintetizar as seguintes conclusões:

1. A presente consulta restringe-se à necessidade de formalização do termo contratual e, conseqüente, aplicação do item 2 do enunciado nº 30 da PGE, obedecendo a cada um dos requisitos dele constantes;
2. O presente parecer tem sua validade condicionada à manifestação do regulador respectivo sobre o caráter exclusivo da prestação do serviço público realizada pelas concessionárias; e
3. Como considerações adicionais, remetemos aos já sintetizados itens “a” a “g” do Tópico VI acima.

É o que, salvo melhor juízo, nos parece.

Rio de Janeiro, 24 de novembro de 2021.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Procurador do Estado

⁶ Nesse sentido, colaciona-se a lição de Anderson Schreiber: “(...) A interpretação pró-aderente, a rigor, não se limita a ‘cláusulas ambíguas ou contraditórias’, mas abrange todas as cláusulas do contrato, pelo simples fato de que concluir pela ambigüidade ou contradição de certa cláusula não é algo que antecede, mas sim que sucede o processo de interpretação. A interpretação do contrato de adesão deve se dar sempre, portanto, em favor do aderente. (...)”. (In: Código Civil Comentado. SCHREBER, Anderson et al. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 291).

VISTO

Processo Administrativo nº SEI-150001/013185/2021

Visto. **Aprovo** o Parecer n.º 48/2021 – ASA, da lavra do Procurador do Estado **ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO** (SEI nº 25313041), que examinou consulta formulada pela Secretaria de Estado da Casa Civil, quanto à necessidade do Governo do Estado do Rio de Janeiro e seus órgãos celebrarem termo formal de contrato com as concessionárias “Águas do Rio 1 e 4” e “Iguá”, vencedoras da Concorrência Internacional nº 01/2020, em relação à exploração dos blocos 1, 2 e 4. O objeto da contratação é a prestação de serviços de água e esgotamento sanitário para as próprias unidades gestoras do Governo do Estado do Rio de Janeiro (SEI nº 24772915).

O processo administrativo foi encaminhado a essa especializada a pedido do Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro Rafael Rolim de Minto para manifestação (SEI nº 24791713).

O Parecer nº 48/2021 – ASA, com o qual estou de pleno acordo, opinou no sentido da aplicabilidade do item 2 do Enunciado 30 da PGE à hipótese (objeto estrito do parecer). Ademais, consignou que: o **“parecer tem sua validade condicionada à manifestação do regulador respectivo sobre o caráter exclusivo da prestação do serviço público realizada pelas concessionárias”**.

Não menos importante, o parecerista recomendou que sejam tomadas certas cautelas adicionais, que pela clareza e relevância reproduzo:

- a) Inexistindo contrato de adesão aprovado pela Agência Reguladora ou outro que comprovadamente represente a prática da empresa, é interessante que o Estado empreenda tratativas com as concessionárias mencionadas visando à elaboração de uma minuta-padrão.
- b) De qualquer maneira o Estado deve buscar assegurar que os interesses coletivos sejam protegidos durante a execução do contrato, por exemplo, em relação à suspensão do serviço público prestado ao Estado por inadimplemento.
- c) Mister se faz seja aferido pelo gestor a adoção da tarifa apropriada e, até mesmo, se eventualmente não há alguma previsão de isenção no contrato de concessão ou na regulação para os órgãos e entes do Estado;
- d) Deve ser aferida a existência de similitude entre os termos da contratação propostos para o Estado com os de outros grandes consumidores, inclusive quanto à remuneração.
- e) De toda sorte, diante da grande escala econômica do fornecimento ao Estado, alvitra-se que ele como um todo, e não de maneira atomizada por cada um de seus órgãos e entidades, negocie com as concessionárias de serviços públicos condições mais vantajosas, inclusive de remuneração.
- f) Lembra-se que eventual contrato de adesão ou instrumento afim deverá de qualquer forma ser publicado no Diário Oficial.
- g) Considerando a natureza de contrato de adesão, destaca-se, desde logo, que, em eventual litígio, deverá prevalecer a interpretação mais favorável ao aderente, conforme art. 423 do Código Civil.

À PG-02, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2021.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador-Assistente da Procuradoria Administrativa

VISTO

Visto. Nos termos da manifestação do i. Procurador-Assistente da Procuradoria Administrativa, **aprovo** o bem lançado Parecer n.º 48/2021 – ASA, da lavra do Procurador do Estado ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, por meio do qual examinada consulta formulada pela Secretaria de Estado da Casa Civil quanto à necessidade do Estado do Rio de Janeiro e seus órgãos celebrarem termo formal de contrato com as concessionárias “Águas do Rio 1 e 4” “Iguá”, vencedoras da Concorrência Internacional nº 01/2020, em relação à exploração dos blocos 1, 2 e 4.

Endosso a conclusão no sentido da aplicabilidade do item 2 do Enunciado 30 da PGE à hipótese, **naturalmente limitada à prestação de serviços em regime de exclusividade**, aos quais se aplicam as premissas do entendimento consolidado desta Procuradoria-Geral do Estado.

Destaco, ainda, as cautelas adicionais traçadas no Parecer nº 48/2021, que merecem ser avaliadas pela Secretaria de Estado da Casa Civil como medidas de gestão:

- a) *Inexistindo contrato de adesão aprovado pela Agência Reguladora ou outro que comprovadamente represente a prática da empresa, é interessante que o Estado empreenda tratativas com as concessionárias mencionadas visando à elaboração de uma minuta-padrão;*
- b) *De qualquer maneira o Estado deve buscar assegurar que os interesses coletivos sejam protegidos durante a execução do contrato, por exemplo em relação à suspensão do serviço público prestado ao Estado por inadimplemento;*
- c) *Mister se faz seja aferido pelo gestor a adoção da tarifa apropriada e, até mesmo, se eventualmente não há previsão de isenção no contrato de concessão ou na regulação para os órgãos e entes do Estado;*
- d) *Deve ser aferida a existência de similitude entre os termos da contratação propostos para o Estado com os de outros grandes consumidores, inclusive quanto à remuneração;*
- e) *De toda sorte, diante da grande escala econômica do fornecimento ao Estado, alvitra-se que ele como um todo, e não de maneira atomizada por cada um de seus órgãos e entidades, negocie com as concessionárias de serviços públicos condições mais vantajosas, inclusive de remuneração;*
- f) *Relembra-se que eventual contrato de adesão ou instrumento afim deverá de qualquer forma ser publicado no Diário Oficial;*
- g) *Considerando a natureza de contrato de adesão, destaca-se, desde logo, que, em eventual litígio, deverá prevalecer a interpretação mais favorável ao aderente, conforme art. 423 do Código Civil.*

À Secretaria de Estado da Casa Civil, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2021

RAFAEL ROLIM DE MINTO

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO