

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 0029260-88.2021.8.19.0000

REPRESENTANTE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS CONCESSIONÁRIAS PRIVADAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO - ABCON

REPRESENTADA: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - ALERJ

LEGISLAÇÃO: LEI ESTADUAL nº 9.126/2020 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATOR: DES. MARILIA DE CASTRO NEVES VIEIRA

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI nº 9.126/2020 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

LEGITIMIDADE ATIVA DA REPRESENTANTE. ENTIDADE REPRESENTATIVA DE PARCELA SETORIZADA DE ATIVIDADE ECONÔMICA. ASSOCIAÇÕES E ENTIDADES DE CLASSE QUE SOMENTE PODERÃO LANÇAR MÃO DAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO QUANDO TIVEREM EM MIRA NORMAS JURÍDICAS QUE DIGAM RESPEITO AOS INTERESSES TÍPICOS DA CLASSE REPRESENTADA. REPRESENTANTE QUE SE APRESENTA COMO ASSOCIAÇÃO DE ENTIDADES REPRESENTATIVAS DE CONCESSIONÁRIAS PRIVADAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO, QUE POSSUI ESCOPO DE “APOIAR A SOCIEDADE E O PODER PÚBLICO PARA ASSEGURAR O ACESSO DAS GERAÇÕES ATUAL E FUTURAS AO SERVIÇO EFICIENTE DE SANEAMENTO NO BRASIL”. CASO EM ANÁLISE ONDE O DISPOSITIVO IMPUGNADO TRATA DE NORMA QUE VISA A ADOÇÃO DE “PLANO EMERGENCIAL PARA COMBATE E PREVENÇÃO DO CORONAVÍRUS (COVID-19) A SER SEGUIDO PELAS CONCESSIONÁRIAS DE ÁGUA E ESGOTO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, IMPONDO AS ASSOCIADAS DA REPRESENTANTE VULTOSOS CUSTOS OPERACIONAIS. NORMA COMBATIDA QUE PODERÁ GERAR GRAVE Desequilíbrio econômico-financeiro aos CONTRATOS DE CONCESSÃO FIRMADOS NO ÂMBITO DESTA ESTADO, O QUE TEM RELAÇÃO DIRETA COM INTERESSES TÍPICOS DA CLASSE

REPRESENTADA. ALÉM DISSO, PRESENTE A PERTINÊNCIA TEMÁTICA QUE É VERDADEIRA PROJEÇÃO DO INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO OBJETIVO, QUE SE TRADUZ NA NECESSIDADE DE QUE EXISTA UMA ESTREITA RELAÇÃO ENTRE O OBJETO DO CONTROLE E A DEFESA DOS DIREITOS DA CLASSE REPRESENTADA PELA ENTIDADE REQUERENTE. CLARA A CORRELAÇÃO ENTRE OS OBJETIVOS INSTITUCIONAIS PERSEGUIDOS PELA REPRESENTANTE E A NORMA IMPUGNADA, A QUAL DIZ RESPEITO AO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO FIRMADOS, O QUE ATRAI A LEGITIMIDADE ATIVA DA REPRESENTANTE. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR.

LIMINAR. LEI DE INICIATIVA DO PODER LEGISLATIVO ESTADUAL QUE INSTITUI ADOÇÃO DE “PLANO EMERGENCIAL PARA COMBATE E PREVENÇÃO DO CORONAVÍRUS (COVID-19), A SER SEGUIDO PELAS CONCESSIONÁRIAS DE ÁGUA E ESGOTO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”. IMPOSIÇÃO ÀS CONCESSIONÁRIAS DE VULTOSOS GASTOS E CUSTOS OPERACIONAIS. INTERFERÊNCIA NO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO, VIOLANDO AS GARANTIAS DO ATO JURÍDICO PERFEITO E DO DIREITO ADQUIRIDO. ACOLHIMENTO DO PEDIDO LIMINAR, DIANTE DA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO QUANTO AOS DISPOSITIVOS APONTADOS E PORQUE AS MODIFICAÇÕES TIVERAM EFICÁCIA IMEDIATA COM A PUBLICAÇÃO DA NORMA. RESTAM, ASSIM, DEMONSTRADOS EM SEDE LIMINAR, O REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA. SUSPENSÃO DA LEI ESTADUAL Nº 9.126/20. MAIORIA.

ACÓRDÃO

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Gabinete da Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira

Vistos, relatados e discutidos os autos da Representação de Inconstitucionalidade nº 0029260-88.2021.8.19.0000 em que é Representante Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto – ABCON e Representada Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro – ALERJ.

Acordam os Desembargadores que integram o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em conceder a liminar, na forma do voto do Relator. Vencido o Desembargador Nagib Slaibi Filho que indeferia a liminar e julgava improcedente a representação, acompanhado pelos Desembargadores Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo, Milton Fernandes de Souza e Nildson Araújo da Cruz, que o acompanhavam somente quanto ao indeferimento da liminar.

Com efeito, a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a legitimidade para o ajuizamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade, por parte de associações de classe, entidades de classe, associações e confederações sindicais (artigo. 103, IX, da Constituição Federal, c/c artigo 2º, IX, da Lei 9.868/1999) pressupõe: (a) relação de pertinência, que se reconhece como pertinência temática, entre a defesa de interesse próprio e específico e o objeto da ação (ADI 4.722 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 15/2/2017; ADI 2.747, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ de 17/8/2007; ADI-MC-AgR 1.507, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, DJ de 22/9/1995), confirmada a referibilidade direta entre as normas contestadas e os objetos sociais da requerente (ADI 4.400, Rel. Min. AYRES BRITTO, redator para acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 2/10/2013); (b) caracterização da entidade de classe como representante de categoria empresarial ou profissional; (c) abrangência da representação como ampla, devendo ser a entidade associativa expressão de toda uma categoria; e (d) demonstração da presença da entidade em pelo menos 9 (nove) Estados brasileiros como comprovação da amplitude nacional da representatividade (ADI 2.903, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 19/9/2008; ADI 4.009, Rel. Min. EROS GRAU, DJe de 29/5/2009).

Ademais, aquela E. Corte tem sido firme na compreensão de que tais entidades somente poderão lançar mão das ações de controle concentrado quando tiverem em mira normas jurídicas que digam respeito aos interesses típicos da classe representada

Confirmam-se, a respeito, os seguintes arestos:

**ADI 5837 AgR. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Relator(a):
Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 31/08/2018 Publicação:
17/10/2018**

Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 103, IX, CF. Controle concentrado. Entidade de classe de âmbito nacional. Ilegitimidade. Pertinência temática. Processo objetivo. Ausência de estreita relação entre o objeto do controle e a defesa dos direitos da classe representada pela entidade.

1. A jurisprudência firme da Corte é no sentido de que, dentre as entidades sindicais, apenas as confederações sindicais possuem legitimidade para propor ação direta, conforme o disposto no art. 103, IX, da Constituição Federal. Precedentes.

2. As entidades de classe e as confederações sindicais somente poderão lançar mão das ações de controle concentrado quando tiverem em mira normas jurídicas que digam respeito aos interesses típicos da classe representada. Precedentes.

3. A pertinência temática é verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e a defesa dos direitos da classe representada pela entidade requerente.

4. Não verificada correlação entre os objetivos institucionais perseguidos pela entidade e as normas impugnadas, as quais dizem respeito à majoração das alíquotas da contribuição ao PIS e da Cofins relativas à venda de combustíveis.

5. Nego provimento ao agravo regimental.

ADI 5860 AgRg, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe094 DIVULG 07-05-2019 PUBLIC 08-05- 2019).

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 848/2017 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. PROMOÇÃO DOS OFICIAIS COMBATENTES E ESPECIALISTAS DA POLÍCIA MILITAR E DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. ADOÇÃO DO CRITÉRIO DO MERECEMENTO. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. ALEGADA OFENSA OS ARTIGOS 5º, LIV, 37 E 42 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO QUE REPRESENTA MERO SEGMENTO DA

CARREIRA DOS MILITARES ESTADUAIS, CONSTITUÍDA NÃO SÓ PELOS OFICIAIS, MAS TAMBÉM PELOS PRAÇAS MILITARES. REQUERENTE QUE NÃO SE INCLUI NO ROL TAXATIVO DE LEGITIMADOS À PROPOSTURA DAS AÇÕES DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Constituição de 1988 ampliou consideravelmente a legitimidade ativa para provocar o controle normativo abstrato, reforçando a jurisdição constitucional por meio da democratização das suas vias de acesso. No caso de entidades de classe de âmbito nacional, a legitimidade deve observar três condicionantes procedimentais: a) homogeneidade entre os membros integrantes da entidade (ADI 108-QL, Rel. Min Celso de Mello, Plenário, DJ de 5/6/1992; ADI 146, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 19/12/2002); b) representatividade da categoria em sua totalidade e comprovação do caráter nacional da entidade, pela presença efetiva de associados em, pelo menos, nove estados-membros (ADI 386, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ de 28/6/1991; e ADI 1.486-MC, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ de 13/12/1996); e c) pertinência temática entre os objetivos institucionais da entidade postulante e a norma objeto da impugnação (ADI 1.873, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ de 19/9/2003).

2. A Requerente, entidade associativa que representa entidades de oficiais militares dos Estados e do Distrito Federal, representa mero segmento da categoria funcional dos policiais militares (os oficiais), que também é composta de praças militares (artigo 8º do Decreto-lei 667/1969)”

A Representante se apresenta como uma associação de entidades representativas de Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto, que possui escopo de apoiar a sociedade e o poder público para assegurar o acesso das gerações atual e futuras ao serviço eficiente de saneamento no Brasil.

Afirma que atua em 19 (dezenove) Estados da Federação, nas cinco regiões do país, sendo que, no Estado do Rio de Janeiro, seus associados estão presentes em mais de 60 (sessenta) Municípios, já que 21 (vinte e uma) grandes empresas fazem parte de seus quadros, sendo aquelas delegatárias de serviços de saneamento em cerca de 2/3 (dois terços) dos Municípios de nosso Estado, a saber:

1. **AEGEA** - vencedora de dois dos 04 (quatro) blocos da Concorrência Pública nº 01/2020, promovida pelo Estado do Rio de Janeiro com a Companhia de Água e Esgotos (CEDAE), onde passou a prestar serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário para 31 municípios do

Estado do Rio de Janeiro. Além disso, é uma das maiores empresas de saneamento básico do país, atendendo mais de 11,2 milhões de pessoas, espalhadas em 126 municípios e 12 estados da federação.

2. **BRK AMBIENTAL** - presta serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário a 22 Municípios do Estado do Rio de Janeiro, incluindo 22 bairros da zona oeste da capital. Em âmbito nacional, encontra-se presente em 13 estados da federação e 100 municípios atendendo mais de 16 milhões de usuários

3. **GRUPO ÁGUAS DO BRASIL** - presta serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, por meio de 13 concessionárias, a 10 Municípios do Estado do Rio de Janeiro e mais 5 municípios em 2 estados (SP e MG), atendendo cerca de 4 milhões de usuários;

3. **IGUÁ SANEAMENTO** - vencedora da disputa de 01 (um) dos quatro blocos da Concorrência Pública nº 01/2020, promovida pelo Estado do Rio de Janeiro com a Companhia de Água e Esgotos (CEDAE). Passou a prestar serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário para 2 municípios do Estado do Rio de Janeiro, e mais os bairros da Barra da Tijuca e Jacarepaguá, na capital. Conduz ainda operações em mais 4 estados (AL, MT, SP, PR e SC).

Afirma ainda a Representante ser uma associação constituída pelas empresas que possuem contratos de concessão em todo território nacional, e em 92 (noventa e dois) Municípios do Estado do Rio de Janeiro.

No caso sob análise, o dispositivo impugnado trata de norma que visa a adoção de *“plano emergencial para combate e prevenção do Coronavírus (Covid-19) a ser seguido pelas concessionárias de água e esgoto do Estado do Rio de Janeiro”*, impondo as associadas da Representante vultosos custos operacionais.

A norma combatida poderá gerar grave desequilíbrio econômico-financeiro aos contratos de concessão firmados no âmbito deste Estado, o que tem relação direta com interesses típicos da classe representada.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete da Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira

A pertinência temática é verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e a defesa dos direitos da classe representada pela entidade requerente.

Nos presentes autos, clara a correlação entre os objetivos institucionais perseguidos pela Representante e a norma impugnada, as quais dizem respeito ao desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão firmados, o que desloca a legitimidade ativa da Representante.

Isso posto, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa.

No tocante ao pedido liminar, alega a Representante que a Lei Estadual nº 9.126/20 incorre em “gravíssimo impacto no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão celebrados com as associadas à ABCON, em virtude da imposição de obrigações de caráter técnico inéditas e custosas ... versa sobre diversas obrigações a serem cumpridas e custeadas unicamente pelas concessionárias, afetando os termos e a equação econômico-financeira pré-estabelecida” (grifei)

Com efeito, a conjuntura econômica vivenciada no Brasil no início da década de 1990 diminuiu a capacidade do Estado em alocar recursos na expansão e manutenção dos setores de infraestrutura, resultando na deterioração da qualidade dos serviços públicos ofertados à sociedade e, por conseguinte, acelerou uma série de reformas institucionais para incentivar o investimento privado nesses setores por meio de concessões dos serviços públicos.

Nas concessões de serviço público, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, como resultado de uma equação complexa para a execução do objeto do contrato de forma adequada a partir da proposta do concessionário, pode ser entendido como um direito intangível decorrente dos princípios da mutabilidade do contrato, da segurança jurídica e da boa-fé nas relações contratuais.

O Brasil tem visto acentuado interesse pelo tema do equilíbrio econômico-financeiro, onde expressões como alocação de riscos, fluxo de caixa marginal, revisão ordinária e extraordinária têm se tornado cada vez mais comuns e presentes em análises de estudiosos e profissionais dos mais diferentes setores de infraestrutura.

Em decorrência da pandemia do Covid-19, debates em torno de temáticas relacionadas a reequilíbrio econômico-financeiro, compartilhamento de prejuízos e adaptações contratuais no setor de infraestrutura em decorrência dos impactos da crise ganham destaque.

A concessão de serviço público é o instituto por meio

do qual o Estado concede a um agente o exercício de um serviço público em nome próprio e por sua conta e risco, considerando condições fixadas pelo Poder Público, com garantias contratuais de um equilíbrio econômico-financeiro e com remuneração advinda da própria exploração dos serviços, baseada nas tarifas cobradas dos usuários do serviço.

Sua natureza jurídica é de um contrato administrativo de regime de direito público, com todas as prerrogativas e sujeições próprias do poder público quanto à finalidade, procedimento, forma, cláusulas exorbitantes, mutabilidade, entre outros.

Esses contratos são regidos por duas categorias básicas de regras: as cláusulas regulamentares ou de serviço, oriundas de lei, decreto ou do próprio contrato, que disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço a fim de sempre melhor atender aos seus objetivos; e as cláusulas contratuais, econômicas ou financeiras, correspondentes a questões econômico-financeiras contidas no contrato.

Quanto aos aspectos econômico-financeiros, os contratos de concessão geralmente possuem uma proteção contra instabilidades para preservar a sua equação econômico-financeira inicial, em face da sua longa duração e do fato de visarem ao exercício de uma atividade-fim do Estado, havendo, assim, uma preocupação em manter o equilíbrio econômico-financeiro desses contratos.

Assim, o equilíbrio contratual resulta de uma equação econômico-financeira complexa, devendo contemplar todos os fatores favoráveis e desfavoráveis a ambas as partes (poder concedente e prestador do serviço), visando evitar o enriquecimento injustificado de qualquer uma delas, portanto, uma garantia de mão dupla.

A legislação impugnada encontra-se lastreada em *“dois estudos internacionais, um realizado na China, outro em Cingapura, onde se defende que uma das estratégias para detecção da presença de doença ou infecção viral na população é o monitoramento do esgoto, além de medidas de proteção aos trabalhadores e pesquisadores do setor”*. Ocorre que os referidos estudos não foram juntados aos autos.

Além disso, a legislação combatida, determina que as concessionárias procedam a *“adoção de plano emergencial para combate e prevenção do Coronavírus ... que consistirá na adoção das seguintes ações ... monitoramento da carga viral nas unidades de tratamento de água e esgoto com a identificação das regiões com maior ocorrência do vírus ... monitoramento da carga viral presente nos mananciais superficiais ou subterrâneos compostos de rios e seus afluentes, lagos, represas e lençóis freáticos destinados ao abastecimento público de água ... adoção de procedimentos especiais para tratamento na origem de efluentes das unidades de saúde ... a adoção de Plano de contingência e emergências, de*

prevenção e segurança ocupacional dos trabalhadores ... retomada dos investimentos no setor saneamento, com prioridade para as favelas e periferias que apresentam déficit sanitário ... avaliação do estado de vulnerabilidade hídrica do Rio de Janeiro para adoção de medidas que garantam o abastecimento público no Estado do Rio de Janeiro". (grifei)

É certo que as determinações acima indicadas interferirão sobremaneira na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado pelas associadas da Representante. Tal manutenção é regra de regência das concessões, uma vez que dela depende a conservação de contratos diante de um futuro imprevisível, a tutela de relações de longo prazo e a consolidação de projetos complexos.

O processo de desenvolvimento necessita de investimentos em infraestrutura atrelados a mecanismos de incentivos ao setor privado, com instrumentos jurídicos adequados que garantam segurança nas avenças e promovam **adequada repartição de responsabilidades entre os signatários**.

Assim, além dos elevados graus de especificidade e complexidade inerentes aos setores de infraestrutura, a pandemia do "Novo Coronavírus" se materializou como um fator de difícil previsão contratual.

No caso em comento, a legislação impugnada imporá apenas as associadas da Representante vultuosos gastos que ferem sobremaneira no equilíbrio econômico-financeiro das concessões, o que ensejará conflitos entre o poder público e as concessionárias.

Ademais, a legislação impugnada não possui qualquer amparo técnico para se avaliar os verdadeiros impactos dos citados "estudos internacionais" no tratamento de esgoto realizado em nosso Estado.

É evidente, portanto, o desequilíbrio econômico-financeiro que será causado nas relações contratuais, notadamente porque a referida lei não autoriza que as concessionárias repassem os custos em que incorrerem aos consumidores.

Assim, quanto ao *fumus boni iuris*, contrastando os dispositivos impugnados com os mencionados artigos da Constituição Estadual e Constituição Federal, existe a possibilidade de vício por inconstitucionalidade.

O *periculum in mora* também é constatado. As alterações impostas pela legislação impugnada, dentre outras consequências, implicam em aumento de despesas para as empresas concessionárias de serviço público de água e esgoto.

Evidente é a possibilidade de ser prejudicada a

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete da Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira

prestação de serviços exercidas pelas concessionárias.

Por tais motivos, na forma da fundamentação supra, voto no sentido de conceder a medida cautelar requerida, suspendendo-se a eficácia da Lei Estadual nº 9.126/20

Rio de Janeiro, 12 de julho de 2021.

Marília de Castro Neves Vieira
Desembargadora Relator