

SEI-150001/006709/2021

Concessão da prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, Licitação deserta do Bloco 3. Publicação de edital com ingresso de novos municípios.

Alteração do objeto inicial. Necessidade de realização de novas audiência e consulta pública. Princípios da publicidade, transparência e controle social. Aplicação do art. 39 da Lei nº 8.666/93, art. 10, VI, da Lei nº 11.079/2004 e arts. 11, IV, 19, § 5º e 51 da Lei na 11.445/2007. Recomendação do prazo mínimo de 30 (trinta) dias para a consulta pública.

1

A Secretaria de Estado da Casa Civil e Governança formulou consulta acerca da obrigatoriedade da adoção de ritos de participação popular – consulta e audiência públicas – no curso do procedimento licitatório a ser realizado em complementação ao projeto de desestatização da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, *baja vista* O resultado aferido no leilão alusivo à Concorrência Internacional 01/2020, no último dia 30 de abril de 2021 (CI SECC/SUBADM SEI Nº19 – doc. SEI 17898929).

Conforme foi apurado, naquela oportunidade, dos quatro blocos definidos para a contratação dos concessionários privados, apenas um deles, o Bloco 03, não registrou oferta qualquer de lance, durante o leilão, e conseqüentemente restou deserto o procedimento para a área estabelecida, sem a apresentação de proposta e em decorrência sendo constatada a deserção da concorrência no que tocava ao referido Bloco 03.

A partir da anterior conceituação da divisão em blocos, com áreas definidas nos locais onde operava a CEDAE, o reportado Bloco 03 incluía os Municípios de Itaguaí, Paracambi, Pinheiral, Pirai, Rio Claro, Seropédica e a AP-5 da Cidade do Rio de Janeiro, ao passo que os Blocos 01, 02 e 04 abrangeram 29 (vinte e nove) Municípios, metropolitanos ou não, de um total de 64 (sessenta e quatro) inicialmente cogitados para integrar a nova modelagem de delegação do serviço público de saneamento.

O Edital da Concorrência Internacional O 1/2020 fora concebido no ensejo do Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, em 12 de junho de 2017, bem como do contrato nº 17.2.0389.1, celebrado em 16 de novembro de 2017, que teve como objeto a regulação e a estruturação, pelo BNDES, do projeto de desestatização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário atualmente operados pela CEDAE e do Contrato de Prestação de Serviços OCS Nº 004/2018, referente à contratação de serviços técnicos especializados para a estruturação de projetos, visando à desestatização da companhia¹.

O desenvolvimento do objeto culminou com a elaboração das minutas respectivas, envolvendo os entes federativos, a região metropolitana e a CEDAE, já no início do ano de 2020, o que resultou na

¹ O referido contrato de prestação de serviços foi celebrado com o consórcio formado pelas empresas Banco Fator, Concremat Engenharia e Vernalha Guimarães e Pereira Advogados.

abertura do processo de consulta pública e da convocação de três audiências públicas, estas em modelo remoto, dado o regime de isolamento social imposto pela pandemia da COVID-19.

Assim é que os atos participativos realizados nos meses de junho, julho e agosto de 2020 apreciaram o projeto já em seu delineamento final, envolvendo assim os quatro blocos e os 64 (sessenta e quatro) municípios que participariam potencialmente da futura licitação.

Foram observadas, portanto, contribuições de caráter geral quanto à economicidade e a técnica da contratação futura, em apreciação ampliativa do objeto, incorporadas ao ato previsto no art. 5º, da Lei 8987/95, por meio do Decreto Estadual nº 47.422, de 23 de dezembro de 2020 e da Resolução do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana nº 08/2020, de 28 de dezembro de 2020, que aprovou o plano de concessão e a concorrência pública, com base em sua competência definida no art. 11, inciso VII, da Lei Complementar nº 184/2018², requisitos procedimentais da publicação do Edital de Concorrência Internacional 01/2020.

Dada a natureza da contratação – concessão de serviço público de saneamento – houve participação permanente desta Procuradoria Geral do Estado e consultas e tratativas realizadas com o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Ministério Público e com a AGENERSA.

Válido o Edital, e iniciado o procedimento licitatório, realizar-se-ia o leilão para apurar as propostas de outorga para cada bloco, oportunidade em que se apurou a inexistência de licitante interessado no Bloco 03. Tal evento motivou a adoção de providências pela administração estadual para a instauração de novo procedimento.

Consta dos autos, ainda, o Of.SECC/ASSGE SEI N°101 (doc. SEI 17916091) por meio do qual o Secretário de Estado da Casa Civil dirige-se aos prefeitos dos Municípios que até o presente momento não aderiram ao processo de concessão regionalizada dos serviços de saneamento básico. Em sua manifestação alude aos benefícios que o referido modelo poderá proporcionar aos Municípios e conclui propondo a adesão dos entes municipais que deverá ser feita mediante a expedição de um ofício externando o interesse em aderir ao projeto até o dia 15 de junho de 2021.

Verifica-se, pela indagação trazida a esta Procuradoria-Geral que a questão se resume a uma só pergunta de pertinência jurídica, ou seja, se um novo procedimento de licitação para suprir a deserção havida quanto ao anteriormente denominado “bloco 03”, com a eventual participação de municípios que não ingressaram no certame anterior, obedeceria aos pressupostos de validade do procedimento, alusivos à participação popular, em especial a consulta pública e a audiência pública.

Esta é a história relevante do processo. Passamos a responder.

2

A hipótese que está delimitada na consulta revela uma premissa – a circunstância de existir modificação do objeto licitado em relação àquele em disputa na concorrência internacional originária, em que restou deserto o terceiro bloco. Em decorrência desta definição prévia é que se poderá resolver a questão decorrente, acerca da compulsoriedade dos ritos de participação em um novo procedimento a ser convocado, para finalização do Projeto.

² Lei Complementar nº 184/2018, Art. 11. São atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro: (...) VII – **exercer sua titularidade em relação aos serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário**, observando os Planos Diretores e a legislação urbanística e, principalmente, a situação operacional específica dos municípios envolvidos, incluindo: a) estabelecer as diretrizes para a elaboração dos planos de saneamento básico e aprova-los; b) **decidir sobre a forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem**. c) aprovar minutas de editais de licitação de prestação de serviços, contratos e convênios, bem como de outros instrumentos, precedidos ou não de licitação, que deverão ser remetidos ao Tribunal de Contas do Estado; d) autorizar a retomada da operação dos serviços e condições previstos em lei e nos documentos contratuais”. (grifos acrescentados)

A questão fulcral da consulta remetida pela ilustrada Casa Civil remete ao caráter compulsório dos atos de consulta e audiência pública no contexto do procedimento de licitação e, neste enfoque, verificar se as práticas participativas revelam mera formalidade ou se têm caráter essencial, opções que demandam a interpretação das leis que regem o assunto e sua correlata apreciação nos precedentes desta PGE, na jurisprudência e na doutrina.

Participação popular é uma categoria científica de conteúdo interdisciplinar, objeto da ciência política, do direito constitucional e do direito administrativo³, domínios teóricos em que se revela o fenômeno da recepção dos mecanismos típicos da democracia direta, com a finalidade de aperfeiçoar os institutos tradicionais da democracia representativa. A partir da segunda metade do século XX, a evolução do Estado de Direito, que passa a ser Estado Democrático de Direito traz para as Constituições de nossa era uma nova perspectiva para o exercício pleno da soberania popular, para além do sufrágio universal.

As premissas inspiradoras de um “princípio constitucional de participação popular”, presente em nossa Constituição Federal reproduz essa tendência do constitucionalismo de fins do século XX e proporcionaria a institucionalização dos principais instrumentos na legislação e desse modo se estabeleceu a inevitável adoção do princípio e dos institutos no direito administrativo.

Sob a ótica do direito positivo, o primeiro registro histórico quanto à previsão de audiência ou consulta pública proveio da Resolução CONAMA nº01/86, anterior, como se pode observar, à promulgação da Constituição Federal, antecipando de certo modo a previsão de institutos de democracia direta que seriam preconizados na ordem constitucional vigente a partir de 05 de outubro de 1988. Nessa ordem de ideias, a Lei 9784/99 – Lei de Processo Administrativo Federal – introduziu a audiência pública e a consulta pública⁴ como instrumentos de participação para garantir a imparcialidade, a moralidade e a eficiência das decisões e assim passaram tais atos a integrar o conceito de “devido processo legal” no procedimento administrativo.

Neste Parecer, cabe ressaltar os instrumentos que se comunicam especificamente com as normas e relações jurídicas de direito administrativo e de disciplinas conexas, caso do direito urbanístico e do próprio direito ambiental. Em decorrência, devem ser destacadas as regras mais relevantes para o deslinde do caso concreto, a formar uma linha do tempo iniciada com as fontes destacadas no parágrafo anterior, a partir das leis federais com status de norma geral, conceito constitucional que se aplica ao art. 39, e seu parágrafo único, da Lei 8.666/93, modificado pelo art. 21, da Lei 14.133/21, revogação submetida todavia ao permissivo do art. 191 e o art. 193, II, do novo Estatuto das Licitações e Contratações Públicas⁵.

Note-se, na sequência, que a lei específica que rege as concessões de serviço público em matéria de saneamento é explícita em prever ritos de participação popular no procedimento licitatório incidente às contratações dessa delegação de serviços de água e esgoto. A Lei é expressa acerca da exigência de realização prévia de audiência e consulta pública. Confira-se o que diz a Lei nº 11.445/07:

³ Desdobrou-se no direito ambiental, no direito urbanístico, no direito econômico, para exemplificar.

⁴ Lei 9784/99 – art. 31 – Quando a matéria do processo de envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo parte; art. 32 – Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

⁵ Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante a sua vigência.

Art. 193 – Revogam-se: (...) II – a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º e 47-A da Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

(...)

IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

(...)

Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:

§ 5º Será assegurada ampla divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentem, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas.

(...)

Art. 51. O processo de elaboração e revisão dos planos de saneamento básico deverá prever sua divulgação em conjunto com os estudos que os fundamentarem, **o recebimento de sugestões e críticas por meio de consulta ou audiência pública** e, quando previsto na legislação do titular, análise e opinião por órgão colegiado criado nos termos do art. 47 desta Lei.

Parágrafo único. A divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentarem **dar-se-á por meio da disponibilização Integral de seu teor a todos os interessados, inclusive por meio da internet e por audiência pública**. (grifas não são do original)

Como se vê, no setor de saneamento, até mesmo em razão dos fortíssimos impactos que a concessão produz na sociedade e na prestação de serviços públicos conectados à dignidade da pessoa humana, a realização de consultas e audiências públicas é um mandamento legal e um imperativo categórico.

Outro fundamento de direito positivo consta dos dispositivos do art. 43, n, do Estatuto da Cidade e do art. 6º, V, do Estatuto da Metrópole⁶, os quais são de aplicação indispensável neste procedimento, que envolve serviços de titularidade municipal e metropolitana. As leis citadas quando se reportam à gestão democrática da Cidade e estendem-na à regulação metropolitana, como é curial, referem-se precisamente aos instrumentos de consulta e audiência pública, em serviços públicos tipicamente urbanos. O que salienta, na região metropolitana, a construção participativa do conceito constitucional (art. 25, §3º, CF) de função pública de interesse comum.

Nesse viés, é de ser considerada a consequência da enunciação de um princípio de participação popular que dialoga com a inspiração geral da Lei de Processo Administrativo Federal e dá novo suporte às cláusulas precisas existentes na Lei Nacional de Saneamento, além daquelas as definições jurídicas aplicáveis quando adaptadas ao critério de subsidiariedade previsto nas Leis 8666/93 e 14.133/21.

Complementa este exame pontual da legislação acerca dos ritos de participação popular nas licitações a menção ao conteúdo da Lei Complementar nº 184/18, que dispõe sobre a Região

⁶ Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos: I - órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; II - debates, audiências e consultas públicas; III - conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; IV - iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

Art. 6º A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas respeitará os seguintes princípios (...) IV – gestão democrática da cidade, consoante os arts. 43 a 45 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

Metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização, gestão e define as funções públicas e serviços de interesse comum, a qual reiterou o que preconizara o Estatuto da Metrópole, em matéria de gestão democrática dos espaços urbanos.

De todo o conjunto normativo aqui apresentado, é que se confirma uma recente tradição jurídica que se consolidou no direito público brasileiro. Um grande repertório de ideias jurídicas acerca da participação popular na elaboração de leis e na validação de atos administrativos pode ser identificado no direito comparado em autores que retratam distintas experiências, como o constitucionalista norte-americano Bruce Ackerman⁷, o administrativista alemão Hartmut Maurer⁸, ou o publicista português Paulo Otero.⁹

Entre nós, na doutrina, podemos assinalar o magistério de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁰:

“O princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública e inerente à ideia de Estado Democrático de Direito, referido no Preâmbulo da Constituição de 1988, proclamado em seu artigo 1º e reafirmado no parágrafo único, com a regra de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos. ou diretamente, nos termos desta Constituição”; além disso, decorre implicitamente de várias normas consagradoras da participação popular em diversos setores da Administração Pública, em especial na parte referente à ordem social.”

Tal conclusão seria compartilhada e esmiuçada por RAFAEL OLIVEIRA¹¹:

“A participação popular no procedimento administrativo. nessa perspectiva do consensualismo, revela-se um importante instrumento de democratização da Administração Pública, pois permite uma melhor ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses dos particulares, identificando, com maior precisão, os problemas e as diferentes consequências possíveis da futura decisão. Ademais, a participação aumenta a probabilidade de aceitação dos destinatários das decisões administrativas. constituindo, por isso. Importante fator de legitimidade democrática da atuação da Administração Pública.”

⁷ É particularmente interessante: o comentário, em que considera “Nesse momento, nosso cidadão comum terá uma escolha difícil pela frente. Ele se encontra agora em observação: se ele permanecer imparcial. os aspectos fundamentais de sua situação social podem ser revolucionados sem a sua participação efetiva”. Uma explicação liberal, ao estilo norte-americano para o dever de participar e o reflexo da participação em direitos individuais. ACKERMAN, Bruce. Nós, o Povo Soberano. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2006. página 424/25.

⁸ Destaca-se a passagem: “... mostra-se que a administração cooperativa deve ser atada menos na forma definitiva de procedimento: ato administrativo ou contrato administrativo, mas consiste nisto, que a autoridade não decide autocraticamente sobre o cidadão e seus assuntos, mas o inclui na tomada de decisão” MAURER. Hartmut. Elementos de Direito Administrativo Alemão. Porto Alegre. Ed. Sérgio Fabris. 2001. página 138.

⁹ Traz o exemplo do direito positivo aplicado em Portugal, no caso o art. 100, do Código de Procedimento Administrativo. e assinala que “as observações tecidas pelos particulares ao projecto de decisão unilateral podem determinar urna reflexão do órgão decisor...”, OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade”. Coimbra. Almedina. 2011. pág.843

¹⁰ Di Pietro, Maria. Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pierro. - 33. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 469.

¹¹ Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - 8. ed. - Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 119.

O reconhecimento do caráter irreversível e obrigatório da participação popular em atos e procedimentos administrativos determinados pode ser ainda identificada na jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sempre com entendimentos que prestigiam a convocação de audiências e consultas e a invalidação de processos que mitiguem ou ignorem os ritos previstos em lei¹²⁻¹³.

Nesta Procuradoria-Geral do Estado foi consagrado o precedente contido no Parecer 04/2020-ASA, do eminente Procurador do Estado Alexandre Santos Aragão, do qual deve ser extraída a passagem que abona o raciocínio jurídico elaborado até aqui, com inspiração nas especulações teóricas do fecundo administrativista argentino Agustín Gordillo e do inesquecível Diogo de Figueiredo:

“As previsões normativas em referência destacam a importância da audiência pública, haja vista que esta objetiva proporcionar a participação social nos espaços institucionais, visando a promoção do diálogo e do caráter consultivo aos cidadãos, sobretudo naqueles temas considerados de interesse da coletividade, como no caso das licitações com valores elevados.”¹⁴

Evolui o Parecer para a resposta categórica à participação popular em tempos de isolamento social, para alvitar – e mesmo recomendar – a adoção de tecnologia compatível com as estratégias de combate à COVID-19, com a realização de audiências públicas virtuais, estas já experimentadas na aprovação prévia das cláusulas do Edital de Concorrência Internacional 01/2021. Veja-se o fundamento ali contido, que merece ser novamente invocado:

“Ne se sentido, mediante as facilidades da conectividade, como por exemplo, a realização de videoconferências, entende-se que a realização de audiências públicas em situação de isolamento social não precisa ser restrita ao comparecimento presencial dos interessados ao ambiente em que ela será realizada. A participação popular pode ser assegurada sem que, necessariamente, o cidadão se faça presente fisicamente, desde que cuidados e garantias adicionais se façam presentes”

Ante tais argumentos, é de ser admitida a obrigatoriedade da audiência e da consulta, ante o tempo decorrido entre a nova licitação e aquela em que restou deserto o Bloco 03. Além disso – e com maior relevo – deve ser observada a modificação no objeto a ser licitado, que não mais contém quatro blocos e possivelmente será alterado para a inclusão de novos municípios, o que leva à evidência da inovação relativamente à área da concessão e à especificação de seu objeto, que deixará de ser dividido em blocos.

¹² Do TCU veja-se, por todos, O excerto do voto do Ministro Augusto Nardes: “A ausência de audiência pública, segundo o TCU, configura vício insanável que macula todo o procedimento licitatório ocasionando a sua anulação” (Acórdão 2.397/2017 Plenário, Representação, Rel. Min. Aroldo Cedraz, 25.10.2017, Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 334).

¹³ No TJRJ observe-se os arestos: “A realização de audiências públicas ou de debates materializam o princípio constitucional da democracia participativa e viabilizam o direito à informação sobre o planejamento urbano também como instrumento apto a permitir o debate pleno sobre a política municipal de desenvolvimento urbano.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2013.058002-7, da Capital, Rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 16.9.2015). e também “O Projeto Substitutivo 02/2010 não é o mesmo Projeto de Lei 50/2009, que possui apenas 6 artigos e passou a ter 15 artigos no substitutivo. Ausência de participação popular em flagrante violação aos arts. 77, Caput, 231, §4º, 234, III, 236, 241, da CERJ. Inconstitucionalidade da Lei nº 2.810/2011 do Município de Niterói que se declara. Procedência da Representação. (TJRJ, RI nº 0070191-41.2018.8.19.0000, Tribunal Pleno e Órgão Especial, Des. Katya Maria D. Paula Menezes Monnerat, julgado em 09/09/2019).

¹⁴ Parecer nº 04/2020 – ASA

A rigor, a realização de nova consulta e audiência pública permitirá que a sociedade, usuários, associações e até mesmo os operadores econômicos externem problemas, apontamentos, sugestões e críticas acerca da modelagem e das características singulares do Bloco 03. **Concretiza-se, a um só tempo, os princípios da publicidade, transparência e do controle social.**

Estes pressupostos acarretam a imperatividade de apreciação pelos interessados acerca da renovação do certame e das novas características do contrato de concessão, no que aproveita ao local da prestação dos serviços, com a agregação de novos titulares e a extinção provável de relações jurídicas que foram titularizadas pelo Estado, pela CEDAE, ou até por ambas entidades, e a assunção de novas responsabilidades e direitos pelos municípios metropolitanos e não-metropolitanos e pelos órgãos e entidades de governança da região metropolitana do Rio de Janeiro.

A consulta pública e a audiência pública relacionam-se, como se viu, com valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, a soberania popular, o interesse coletivo, a publicidade, com maior evidência, mas é indispensável divisar nos ritos participativos um instrumento de otimização do princípio da eficiência. Esta, sem dúvida, a teleologia da radicalização da publicidade, para transformar o acesso geral aos dados de uma licitação em um verdadeiro critério de conformidade, e uma prática inovadora de consensualidade, assecuratória da melhor decisão possível e formando um contexto de usuários e interessados que são indispensáveis para a prestação adequada dos serviços públicos.

O argumento quanto à eficiência e à consensualidade para assinalar o quanto a disponibilização de dados e a oitiva da população interessada acarreta para o aperfeiçoamento do procedimento licitatório e do consequente contrato de concessão; esta contribuição é essencial para a administração pública e é instrumentalizada pelos atos comentados neste Parecer.

Os argumentos aqui elencados prestam-se, por isto, a sustentar a exigibilidade da realização de consulta pública e audiência pública para um novo procedimento licitatório, mesmo que instaurado em continuidade ao Projeto de Desestatização da CEDAE, seja pelo decurso do tempo, seja pela alteração do objeto, seja pelo fato da licitação do Bloco 3 ter sido deserta, o que impõe a cautela de decidir conforme a axiologia constitucional e os princípios e regras de direito administrativo, antes declinados.

3

Uma vez constada a necessidade de realização de consulta e de audiência pública, cabe examinar qual o procedimento a ser aplicado no caso concreto, bem como averiguação acerca dos prazos.

Contudo, se de um lado a legislação detém a realização de audiências e consultas públicas, de outro não estabelece os seus aspectos procedimentais, em especial em relação aos prazos. Note-se que a legislação setorial não estabeleceu: (i) o prazo mínimo de antecedência para a publicação do edital de convocação para a audiência pública, (ii) os prazos mínimos de antecedência entre a realização da audiência e consulta públicas e a publicação do edital de concorrência e (iii) o prazo mínimo de duração da consulta pública.

A Lei nº 8.987/95 (Lei Geral de Concessões) também não socorre no ponto, já que não regula a realização de audiências e consultas públicas, orientando a prática administrativa a aplicação subsidiária

o artigo 39, da Lei nº 8.666/1993¹⁵, que se aplica subsidiariamente às concessões de serviços público naquilo em que for compatível¹⁶.

Embora os contratos de concessão de serviços públicos e os contratos administrativos ordinários guardem racionalidades econômicas completamente distintas, impedindo a incidência subsidiária da Lei nº 8.666/93 às concessões de uma forma ampla, no caso específico das regras procedimentais das audiências e consultas públicas não há qualquer incompatibilidade.

A *práxis* administrativa também revela uma aplicação ampla das regras do art. 39 da Lei nº 8.666/93 como um parâmetro de procedimento para a convocação de audiências públicas. A título de exemplificação esse foi o caso das audiências públicas que precederam a Concorrência Pública nº 01/19, concessão do maior projeto de concessão de rodovia do país, envolvendo o lote Piracicaba-Panorama, modelada pela ARTESP e da Concessão Administrativa para a prestação dos serviços de esgotamento sanitário e de apoio à gestão comercial da CESAN no município de Cariacica, abrangendo, ainda, o tratamento de esgoto proveniente de bairros do município de Viana¹⁷.

Desse modo, em relação à **audiência pública** a ser designada, estará cumprido o seu requisito temporal se marcada “*com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada. com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação*”, conforme prevê o art. 39 da Lei nº 8.666/93.

Um ponto de indagação que poderia ser aventado é quanto à aplicação da Lei nº 14.133/2021, de 1º de abril de 2021. Três dispositivos se mostram relevantes para o exame da questão: os artigos 21, 186 e 191.

O art. 21 elenca regras procedimentais para a realização de audiência pública e prevê o prazo mínimo de antecedência de 8 (oito) dias úteis para sua convocação, que poderá ser presencial ou a distância, na forma eletrônica. O parágrafo único ainda inova ao estipular a possibilidade de submeter a licitação a prévia consulta pública¹⁸, uma vez que na Lei nº 8.666/93 não há previsão no mesmo sentido. Percebe-se que as leis estipulam regras diversas quanto ao prazo de antecedência mínimo para sua convocação.

O art. 186, por sua vez, aduz que se aplicam as disposições da Lei nº 14.133/2021 subsidiariamente à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Um pouco a frente, o art. 191 mitiga essa aplicação ao estabelecer que até o decurso do prazo de 2 (dois) anos da publicação da nova lei a

¹⁵ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso 1) alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.(...)

¹⁶ Nesse sentido: Lei nº 8.987/95. Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: (...) Lei nº 8.666/1993. Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto. A doutrina adota entendimento nesta linha: “Sua exigência deriva de que a Lei nº 8.987 remete a disciplina do procedimento licitatório para concessões e permissões à aplicação das normas gerais contidas na Lei nº 8.666. **Ora, o art. 39 da Lei nº 8.666 estabelece que, quando se estimar que o futuro contrato apresentará valor significativo, o processo licitatório será iniciado pela audiência pública. Logo, o processo licitatório para concessões e permissões deverá sujeitar-se a idêntica regra**”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 211.

¹⁷ Os referidos editais explicitam que as licitações foram precedidas de: audiências públicas **em atendimento aos termos do artigo 39 da Lei Federal nº 8.666/1993**.

¹⁸ Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis. Audiência pública. presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados. Parágrafo único. A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.

Administração poderá optar por licitar de acordo com a Lei nº 14.133/2021 ou com a Lei nº 8.666/93, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital.

A questão que se coloca, portanto, é saber se no processo de concessão dos serviços de saneamento do Bloco 3 deve se aplicar subsidiariamente a Lei nº 14.133/2021 ou a Lei nº 8.666/93, no que concerne especificamente às regras procedimentais da audiência pública. Ao nosso sentir, devem ser aplicadas as regras da Lei nº 8.666/93. Isso, por duas razões principais.

A **primeira razão** está relacionada ao fato de que nas outras três audiências públicas realizadas até o momento aplicou-se como parâmetro para a definição de regras procedimentais a previsão do art. 39 da Lei nº 8.666/93¹⁹. Naquele momento não se podia cogitar da aplicação da Lei nº 14.133/2021, já que essa sequer estava em vigor.

Embora a concessão do Bloco 3 esteja sendo realizada na vigência da nova lei, não há como ignorar o fato de que em grande medida as audiências públicas do Projeto de Concessão da Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Fornecimento de Água e Esgotamento Sanitário e dos Serviços Complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro foram realizadas tendo como base o art. 39 da Lei nº 8.666/93. Apesar do objeto da nova audiência pública não se confundir com aquele que fora analisado, a simetria entre os procedimentos levados a efeito dentro de um mesmo escopo, parece ser a alternativa mais segura do ponto de vista jurídico.

Mas não é apenas a questão das audiências e consultas públicas. Todos os contratos de concessão anteriores foram regulados, ainda que em caráter subsidiário, pela Lei nº 8.666/93. Não faria sentido, em primeiro exame, criar uma distinção para aplicar apenas para o Bloco 3 um conjunto de regras distintos dos demais contratos.

Poderia, inclusive, criar transtornos na regulação *ex post*. Portanto, eventual aplicação da Lei nº 14.133/21, ainda que juridicamente viável, deverá, na hipótese em exame, ter reforçado ônus argumentativo acerca das razões justificadoras do novo diploma legal.

A segunda razão decorre do entendimento quanto ao momento de aplicação da Lei nº 14.133/21. Não obstante a aplicação do novo regime seja, de fato, uma interpretação possível considerando a redação do artigo 191 da Nova Lei de Licitações e Contratos, um dos subscritores do presente parecer já teve a oportunidade de sustentar, em trabalho elaborado com o Procurador do Estado Rodrigo Zambão, que a incidência do novo regime não deve ser objeto de decisões casuísticas de cada gestor público, mas aplicada de modo gradual e com a observância de planejamento prévio²⁰.

¹⁹ Conforme se extrai das publicações do Diário Oficial dos dias 08/06/2020, 24/06/2020 e 06/07/2020 nas quais constaram convocações para as audiências públicas “em observância ao artigo 175 da Constituição Federal e aos artigos II, inciso VI, 19, §5º, e 51 da Lei nº 11.445/2007, e ao **art. 39 da Lei nº 8.666/93**”. Grifos não são do original.

²⁰ “A literalidade do artigo 191 sugere que a decisão por aplicar a Lei 14.133/21 ou a Lei 8.666/93, Lei 10.520/02 e os artigos 1º a 47-A da Lei 12.462/11 (RDC) é casuística. Em cada licitação ou contratação direta estaria o gestor autorizado a fazer uma escolha do regime jurídico a ser utilizado. Não obstante autorizado expressamente pelo artigo 191 da Lei 14.133/21, parece longe do ideal admitir a aplicação de distintos regimes jurídicos de forma fragmentada no âmbito de uma mesma estrutura administrativa, como, por exemplo, na possibilidade de secretarias distintas aplicando um ou outro regime a partir de uma avaliação pontual e excessivamente discricionária. (...). Ocorre que essa não é a solução jurídica mais adequada para o enfrentamento do problema. Bem vistas as coisas, a decisão de utilização da Lei 14.133/21, num plano ideal, demandaria decisão central oriunda do Chefe do Poder Executivo (direção superior da Administração Pública), no sentido de que a partir de determinado momento objetivamente fixado a estrutura administrativa do ente federativo não mais realizaria contratações com fundamento nas leis “futuramente revogadas”. (...). De todo modo, pouco provável que a Lei 14.133/21 venha a ser plenamente aplicada de imediato, dada as inúmeras regulamentações que deverão ser editadas e da implementação de medidas relevantes, tais como a instituição do Portal Nacional de Contratação Pública, que ocupa espaço central na nova sistemática de contratação pública. Enfim, a prudência, a coerência, a eficácia, o planejamento e a governança das contratações públicas recomendam que essa autorização do art. 191 não seja uma porta aberta para uma aplicação açodada da Lei 14.133/21 que pode, inclusive, comprometer a sua correta compreensão. O campo das contratações públicas demanda previsibilidade, estabilidade de uniformidade de comportamentos estatais, sob pena de se trazer maior prejuízo ao já tão criticado “mercado público”. GARCIA, Flávio Amaral; ZAMBÃO, Rodrigo. Disponível em: <https://jota.info/opinião-e-analise/artigos/dois-aspectos-importantes-da-lei-14-133-21-regulamentacao-e-conivencia-de-sistemas-23042021?amp>. Acesso em 10/06/2021.

Em relação ao procedimento da **consulta pública**, lembre-se que a Lei nº 8.666/93 não estabelece regras quanto ao prazo. Sugere-se o prazo mínimo de 30 (trinta) dias para o recebimento das sugestões.

Em primeiro lugar, porque é possível colher exemplos na praxis administrativa em que foi adotado o prazo de 30 (trinta) dias de duração para consultas públicas relacionadas a licitações no setor de infraestrutura. Esse é o caso das consultas públicas relacionadas aos projetos de concessão para a exploração do sistema rodoviário Lote Rodoanel Norte, bem como da concessão dos serviços rodoviários intermunicipais de transporte coletivo de passageiros (serviço regular) no Estado de São Paulo – Regiões de Jundiaí e Campinas, São José do Rio Preto e Ribeirão Preto, Bauru e Sorocaba e Baixada Santista e Vale do Paraíba, ambos modelados pela ARTESP. Nessas duas licitações o prazo de duração da consulta pública foi de aproximadamente 30 (trinta) dias²¹.

Em segundo lugar, poderia se aplicar, por analogia²², o disposto no 10, VI, da Lei nº 11.079/2004²³ (lei das parcerias público-privadas) que fixa prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões e termo final que deverá ocorrer pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital. Contratos de concessão e de parcerias público-privadas são contratos com racionalidade jurídica e econômica bastante similares.

A razoabilidade do prazo de 30 (trinta) dias para a consulta pública também pode ser constatada considerando o prazo da consulta pública realizada previamente à publicação do Edital de Concorrência Internacional nº 01 /2020. Naquela ocasião a minuta do edital, do Contrato de Concessão e demais anexos estiveram disponíveis para consulta pública no período de 09/06/2020 a 07/08/2020, ou seja, a consulta perdurou por aproximadamente 60 (sessenta) dias.

Importante referir que a consulta pública inicial foi realizada considerando o escopo original do projeto, em que os 64 (sessenta e quatro) municípios atualmente operados pela CEDAE estariam distribuídos pelos 4 blocos de concessão, tendo havido a adesão formal de 35 municípios na versão final do Edital (doc. SEI 17898929). Assim, se para um objeto que envolvia 64 (municípios) foi realizada uma consulta pública com duração aproximada de 60 (sessenta) dias, uma nova consulta que poderá englobar no máximo 29 (vinte e nove) municípios, número total de municípios em que a concessão regionalizada do serviço não foi concluída, o prazo de 30 (trinta) dias atende à proporcionalidade.

Essa constatação é reforçada a partir da manifestação da Secretaria de Estado da Casa Civil no sentido de que "as premissas do projeto são rigorosamente as mesmas postas em consulta pública e que foram consubstanciadas no Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020" (doc. SEI 17898929). De fato, embora o objeto da consulta pública a ser realizada seja diverso daquele examinado inicialmente, as premissas do projeto não são inéditas, O que corrobora a ideia de que o prazo de 30 (trinta) parece estar de acordo com a razoabilidade.

²¹ A Consulta Pública para colher contribuições para o projeto de concessão do sistema rodoviário Lote Rodoanel Norte teve início no dia 28 de maio e será encerrada no dia 30 de junho de 2021. A Consulta Pública referente à Concorrência Pública Internacional nº 02/2016, que trata da concessão dos serviços rodoviários intermunicipais de transporte coletivo de passageiros (serviço regular) nº Estado de São Paulo perdurou entre os dias 25 de setembro e 25 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/trasnparencia/audiencias-e-consultas-publicas.aspx>. Acesso em 11.06.2021.

²² “O processo analógico consiste em aplicar uma disposição legal a um caso não qualificado normativamente, mas que possui algo semelhante com o fato-tipo por ela previsto. Porém, para que tal se dê deve-se considerar como relevante alguma propriedade que seja comum a ambos”. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 142.

²³ Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (...) VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital;

Em face de todo o exposto, é possível alcançar as seguintes **conclusões objetivas:**

- a) ainda que seja o mesmo projeto, o fato de novos Municípios aderirem ao Bloco 03 já seria razão mais do que suficiente para a realização de nova consulta pública e audiência pública. Também o fato da licitação ter sido deserta para o Bloco 03, reforça a premissa de novo espaço de participação popular, permitindo que a sociedade, usuários, associações e os próprios operadores econômicos possam apresentar sugestões, apontamentos e críticas que, eventualmente, permitirão a compreensão para as razões do insucesso do Bloco 03;
- b) como demonstrado, o ordenamento jurídico, em vários dos seus ramos e subsistemas, impõe a realização de audiência e consulta pública como requisito prévio às concessões de serviços públicos, designadamente quando se está a tratar de serviços de saneamento básico, a partir das diretrizes expressas da Lei nº 11.445/07;
- c) havendo uma lacuna normativa sobre a procedimentalização na realização das consultas e audiências públicas, sugere-se que a audiência pública observe o regramento e os prazos do artigo 39 da Lei nº 8.666/93, que se aplica subsidiariamente aos contratos de concessão;
- d) o prazo recomendável para a realização de consulta pública seria o de 30 dias, considerando (i) a praxis administrativa; (ii) a aplicação analógica da Lei nº 11.079/04 (Lei de PPP); (iii) a proporcionalidade em relação aos prazos que foram fixados quando a licitação foi inicialmente concebida em quatro blocos;
- e) apesar de possível, em tese, a aplicação subsidiária da Lei nº 14.133/21, não se recomenda a sua incidência na presente concessão, já que, ao fim e ao cabo, o Bloco 03 é, em certa medida, um prolongamento de licitação realizada sob a égide da Lei nº 8.666/93, além do que poderia causar assimetrias regulatórias *ex post* em relação aos contratos de concessão dos demais blocos. Eventual aplicação da Lei nº 14.133/21 demandaria reforçado ônus argumentativo, com a explicitação de eventuais vantagens e benefícios em relação às externalidades negativas que dela poderia decorrer.

É o parecer, s.m.j

Rio de Janeiro, 21 de junho de 2021.

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK MARTINS

Procurador do Estado

VISTO

Visto. Aprovo o bem lançado Parecer Conjunto nº 01/2021 – AHWM/FAG, da lavra dos i. Procuradores do Estado AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUSA WERNECK MARTINS e FLAVIO AMARAL GARCIA (Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa), por meio do qual analisada consulta formulada pela Secretaria de Estado da Casa Civil, a versar sobre a obrigatoriedade da adoção de ritos de participação popular – consulta e audiência públicas – no curso do procedimento licitatório a ser realizado em complementação ao projeto de desestatização da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, haja vista o resultado aferido no leilão alusivo à Concorrência Internacional 01/2020, no último dia 30 de abril de 2021, no qual formalizada a deserção do Bloco 3.

Endosso na integralidade a robusta fundamentação apresentada pelos nobres pareceristas, de modo que reproduzo, para fins didáticos, as corretas conclusões lançadas no citado pronunciamento:

a) ainda que seja o mesmo projeto, o fato de novos Municípios aderirem ao Bloco 03 já seria razão mais do que suficiente para a realização de nova consulta pública e audiência pública. Também o fato da licitação ter sido deserta para o Bloco 03, reforça a premissa de novo espaço de participação popular, permitindo que a sociedade, usuários, associações e os próprios operadores econômicos possam apresentar sugestões, apontamentos e críticas que, eventualmente, permitirão a compreensão para as razões do insucesso do Bloco 03;

b) como demonstrado, o ordenamento jurídico, em vários dos seus ramos e subsistemas, impõe a realização de audiência e consulta pública como requisito prévio às concessões de serviços públicos, designadamente quando se está a tratar de serviços de saneamento básico, a partir das diretrizes expressas da Lei nº 11.445/07;

c) havendo uma lacuna normativa sobre a procedimentalização na realização das consultas e audiências públicas, sugere-se que a audiência pública observe o regramento e os prazos do artigo 39 da Lei nº 8.666/93, que se aplica subsidiariamente aos contratos de concessão;

d) o prazo recomendável para a realização de consulta pública seria o de 30 dias, considerando (i) a praxis administrativa; (ii) a aplicação analógica da Lei nº 11.079/04 (Lei de PPP); (iii) a proporcionalidade em relação aos prazos que foram fixados quando a licitação foi inicialmente concebida em quatro blocos;

e) apesar de possível, em tese, a aplicação subsidiária da Lei nº 14.133/21, não se recomenda a sua incidência na presente concessão, já que, ao fim e ao cabo, o Bloco 03 é, em certa medida, um prolongamento de licitação realizada sob a égide da Lei nº 8.666/93, além do que poderia causar assimetrias regulatórias ex post em relação aos contratos de concessão dos demais blocos. Eventual aplicação da Lei nº 14.133/21 demandaria reforçado ônus argumentativo, com a explicitação de eventuais vantagens e benefícios em relação às externalidades negativas que dela poderia decorrer.

Veja-se que o Parecer Conjunto nº 01/2021 -AHWM/FAG, além de encontrar sustentação em premissas extraídas do direito positivo, valoriza, corno não poderia deixar de ser, o princípio da participação na construção de políticas públicas relevantes, o que se extrai diretamente da cláusula do Estado Democrático de Direito, prevista no artigo 10 da Constituição da República.

Acrescente-se que a defendida realização de audiência e consulta públicas também tem o claro propósito de reduzir riscos de questionamentos futuros por parte de órgãos de controle externo o que poderia representar, ao fim e ao cabo, maior demora na conclusão de tão relevante projeto para a população fluminense.

É assim que, reforçando as conclusões antes listadas, encaminho o Parecer Conjunto nº 01/2021 – AHWM/FAG para ciência da Secretaria de Estado da Casa Civil.

Rio de Janeiro, 23 de junho de 2021.

BRUNO DUBEUX

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO