

Processo SEI nº 120207/000707/2020

CONSULTA. SANEAMENTO BÁSICO. PROJETO DE DESESTATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO DO RIO DE JANEIRO. ANÁLISE DA MINUTA DO CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA. ART. 12 E ART. 10-A, § 2º DA LEI FEDERAL Nº 11.445/2007. INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELO NOVO MARCO LEGAL DE SANEAMENTO BÁSICO. LEI Nº 14.026/2020. INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS DISTINTOS PRESTADORES DAS ATIVIDADES RELACIONADAS À GESTÃO ASSOCIADA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO. RECOMENDAÇÕES PARA ADEQUAÇÃO JURÍDICA DA MINUTA DO CONTRATO.

1. Da Consulta

Cuida-se de consulta formulada sob o SEI nº **9212400**, por intermédio do Ofício SEDEERI/GAB SEI nº 482, que no contexto do Projeto de Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário em andamento, suscita manifestação jurídica quanto aos instrumentos contratuais encaminhados pelo BNDES como estruturador do projeto de desestatização dos referidos serviços, dentre os quais a minuta de *contrato de interdependência*, objeto do presente parecer.

Em breve síntese, o Estado celebrou o Acordo de Cooperação Técnica com o BNDES, em 12 de junho de 2017, para regular a estruturação do projeto de desestatização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário atualmente operados pela CEDAE, com vistas à universalização do saneamento básico no Estado.

Após a celebração do Acordo de Cooperação Técnica, o BNDES promoveu o certame licitatório nº 49/2017 para apoio técnico à estruturação do projeto, tendo se sagrado vencedor o consórcio composto pelo Banco Fator, a Concremat Engenharia e o Vernalha Guimarães e Pereira Advogados (VG&P) - Consórcio FATOR/CONCREMAT/VG&P (ora denominado “Consórcio BNDES”), com o qual o BNDES celebrou o Contrato de Prestação de Serviços OCS Nº 004/2018, de 02 de fevereiro de 2018.

A avaliação dos aspectos técnicos e econômico-financeiros dos serviços de saneamento resultaram em modelagem de projeto que aglutinou municípios do Estado em 4 (quatro) grandes blocos, seguindo a diretriz legal da prestação regionalizada, aplicada em regime de subsídio cruzado, com intuito de garantir os investimentos necessários e o cumprimento de metas, alcançando os municípios em que há déficit considerável na prestação dos serviços em função da insuficiência de recursos aportados nas últimas décadas.

A modelagem proposta abrangeu 64 (sessenta e quatro) municípios fluminenses atualmente atendidos pela CEDAE. Dentre estes 64, apenas 47 (quarenta e sete) manifestaram interesse em aderir à nova modelagem e, portanto, estão incluídos na versão final do projeto.

Foi definido que, para a prestação dos serviços de abastecimento de água em 15 (quinze) municípios atualmente atendidos pelos denominados “grandes sistemas de abastecimento de água da Região Metropolitana”, a divisão dos serviços de abastecimento de água se dará no modelo

upstream/downstream, sendo a operadora *upstream* responsável pela captação e tratamento da água e a operadora *downstream* responsável pela adução, reservação e distribuição da água.

Foi proposto que a CEDAE continue responsável pelo serviço de captação e tratamento da água – *upstream* e que os serviços *downstream* sejam prestados por concessionárias privadas selecionadas mediante procedimento licitatório. Nesta nova configuração, a CEDAE perderá grande parte do seu escopo de atuação e, por consequência, eventuais bens/investimentos realizados pela Companhia não poderão amortizados antes da transferência dos serviços às novas concessionárias.

Nesse contexto, após a apresentação de vastos estudos pelo BNDES e pelo Consórcio, o Estado do Rio de Janeiro promoveu, com fulcro no art. 11, inciso IV, da Lei 11.445/07, consulta pública e realizou 3 (três) audiências públicas, em 25/06/2020, 06/07/2020 e 04/08/2020, referentes ao projeto de universalização do saneamento básico do Estado do Rio de Janeiro, em que foram debatidos diversos aspectos da modelagem a ser adotada para as futuras concessões.

De modo a melhor sistematizar a compreensão dos temas de alta relevância e complexidade a serem enfrentados, o Subprocurador Geral do Estado Rafael Rolim de Minto, Presidente do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4610 de 29 de setembro de 2020, com a finalidade de promover suporte jurídico e acompanhamento do projeto de desestatização dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário, optou por dividir a análise em cinco pareceres distintos, de sorte que a presente exposição se dedicará especificamente ao exame jurídico do Contrato de Interdependência a partir dos elementos constantes da minuta acostada sob documento nº **9164628**.

Adentra-se neste parecer a análise relativa ao “contrato de interdependência”, assentado sob o SEI nº **9164628**, cuja celebração compõe o plexo de instrumentos jurídicos que serão firmados pela CEDAE com a finalidade de operacionalizar a prestação regionalizada dos serviços de água e esgotamento sanitário, na forma do modelo de negócios desenvolvido pelo BNDES¹.

2. Da Fundamentação

Na consulta formulada por meio do Ofício SEDEERI/GAB SEI N°482, de lavra do Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, sob documento nº 9212400, é mencionada a complexidade atinente ao modelo de negócios proposto pelo BNDES, no seguinte trecho:

“[d]iante da complexidade do sistema de abastecimento de água da região metropolitana, a modelagem propôs um sistema voltado a estabelecer as condições de funcionamento da estrutura de governança entre as concessionárias dos blocos de prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água nos sistemas da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a CEDAE, bem como apresentar as diretrizes de organização e relacionamento dessa estrutura”.

Cumpramos ressaltar que para melhor elucidar as questões atinentes ao contrato de interdependência, subdividiremos o presente parecer em 3 (três) pontos específicos: (2.a) Da legislação específica que disciplina o Contrato de Interdependência e sua finalidade: art. 12 da Lei Federal nº 11.455/2007 –

¹ Em resumo, como já dito anteriormente, a modelagem proposta pelo BNDES para a concessão dos serviços de saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro atribui: (i) à CEDAE a captação, o tratamento e o fornecimento de água; (ii) às concessionárias a distribuição de água, a coleta e o tratamento de esgoto, e investimentos em infraestrutura, inclusive para ampliação da capacidade e redução de perdas da rede de distribuição; e (iii) à AGENERSA a regulação da prestação desses serviços públicos.

LNSB (alterada pelo novo marco legal do saneamento - Lei federal nº 14.026/2020); (2.b) Dos contratos de interdependência já celebrados no âmbito do Estado do Rio de Janeiro: Municípios do Rio de Janeiro, Niterói, São João de Meriti e Macaé; e (2.c) Das considerações acerca da minuta do contrato de interdependência (**9164628**).

2.a. Da legislação específica que disciplina o Contrato de Interdependência e sua finalidade: art. 12 da Lei Federal nº 11.455/2007 - LNSB (alterada pelo novo marco legal do saneamento - Lei federal nº 14.026/2020)

Preliminarmente ao exame da minuta inserida sob indexador nº **9164628**, é preciso fazer uma breve explanação sobre a natureza jurídica do contrato de interdependência, cuja matéria foi recentemente alterada por meio da inovação legislativa conformada pela Lei Federal nº 14.026/2020, denominada “Novo Marco Legal de Saneamento Básico”, incluindo o art. 10º-A na Lei nº 11.445/2007, especificamente em seu §2º:

“Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

(...)§ 2º As outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida, permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos e a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água”. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Trazendo uma contextualização histórica das relações jurídicas desta natureza até o contrato de interdependência previsto na LNSB, Wladimir Antônio Ribeiro e Rafael Roque Garofano² no artigo “*Notas sobre os Contratos de Interdependência de Serviços de Saneamento Básico: O Caso do Fornecimento de Água no Atacado por Companhia Estadual*” explicam:

“[s]abe-se que, especialmente após a política de saneamento do regime militar (conhecida como Planasa - Plano Nacional de Saneamento), a convivência entre diferentes prestadores de serviços de saneamento em uma mesma localidade não se desenvolveu de forma pacífica. Exemplo maior é o caso de Município que distribui água aos usuários por meio de entidade municipal (departamentos ou serviços autônomos de água e esgoto municipais), mas que depende dos serviços prestados por Companhia Estadual em etapas mais distantes da cadeia (captação, tratamento e adução de água). Nessas situações, são comuns conflitos relacionados ao valor das tarifas de água cobradas pelo prestador no atacado em face do prestador municipal.

Em vista desta realidade é que a LNSB, com o intuito de resolver a lacuna regulamentar que colocava em dúvida a natureza jurídica da relação

² Saneamento Básico: Temas fundamentais, propostas e desafios. Coordenador: Guilherme Ferreira Gomes Luna, Luiz Felipe Pinto Lima Graziano, Rodrigo de Pinho Bertoccelliet. al. - 1. ed. - Rio de Janeiro: LumenJuris, 2017.

estabelecida entre esses agentes, cuidou de criar um instrumento capaz de regular e formalizar os direitos e obrigações de cada prestador no desempenho de suas respectivas atividades.

O objetivo manifesto da Lei é disciplinar a relação existente entre os diferentes prestadores de serviços de saneamento básico, evitando-se conflitos que possam colocar em risco a adequada, contínua e eficiente prestação dos serviços, através da imposição da celebração de um instrumento formal capaz de regular, por escrito, as condições da execução das atividades interdependentes, afastando a informalidade e a insegurança inerentes às relações mantidas, há anos, muitas vezes apenas por acordo verbal. (grifamos)

Quanto a este aspecto, é de ressaltar que a intenção do legislador ao disciplinar a cooperação interdependente entre os agentes econômicos delegatários da prestação do serviço público foi garantir que a execução das atividades seja harmônica e coordenada entre os prestadores, para que assim seja resguardado o princípio da eficiência em relação ao resultado final.

Desta feita, a LNSB, ao estabelecer as diretrizes nacionais para o saneamento básico, possibilita por intermédio de seu art. 12 a celebração de Contrato de Interdependência destinado a regular a relação entre prestadores de serviços complementares de saneamento básico, cujos aspectos deverão ser validados pela entidade reguladora respectiva, na forma do disposto pelo art. 12, §1º, senão vejamos:

“[a]rt. 12. Nos serviços públicos de saneamento básico em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e de fiscalização.

§ 1º A entidade de regulação definirá, pelo menos:

I - as normas técnicas relativas à qualidade, quantidade e regularidade dos serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos;

II - as normas econômicas e financeiras relativas às tarifas, aos subsídios e aos pagamentos por serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos;

III - a garantia de pagamento de serviços prestados entre os diferentes prestadores dos serviços;

IV - os mecanismos de pagamento de diferenças relativas a inadimplemento dos usuários, perdas comerciais e físicas e outros créditos devidos, quando for o caso;

V - o sistema contábil específico para os prestadores que atuem em mais de um Município. (...)”. (grifamos)

Diante da autorização do legislador para que mais de um agente figure como responsável pela prestação dos serviços de saneamento básico, o contrato de interdependência possui o condão de permitir uma articulação racional entre os distintos prestadores das atividades relacionadas à gestão associada, constituindo, assim, instrumento jurídico coligado ao contrato de produção de água, contrato de concessão, convênios de cooperação, contratos de gerenciamento, além das demais avenças correlatas, nos termos da cláusula segunda, em seu subitem 2.2³.

³ “2.2 São negócios jurídicos coligados a este CONTRATO, sem prejuízo de outros: Termos aditivos de rescisão dos vínculos existentes entre CEDAE e MUNICÍPIOS ATENDIDOS; CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO celebrados entre

Quanto a este aspecto, importante salientar o art. 54⁴ da Lei 8.666/93, dispõe que os contratos administrativos e suas cláusulas regulem-se pelas normas de direito público, mas aplicam-se, supletivamente, os princípios e disposições oriundos do direito privado, pelo que traz-se à presente análise os ditames desenvolvidos pela doutrina civilista que dizem respeito detidamente aos contratos coligados.

Nesse sentido, assume especial importância o conceito de contrato coligado, que se revela em circunstâncias nas quais, não obstante os negócios jurídicos sejam independentes entre si, os efeitos e obrigações pactuadas estão irremediavelmente interligados, de maneira que suas cláusulas contratuais devem ser examinadas em conjunto para que seja alcançada a finalidade negocial comum entre eles⁵. Veja-se trecho da doutrina civilista sobre tal questão:

“[c]onceito de grande importância para o Direito Civil contemporâneo é o de contratos coligados, situação em que, em regra, existe uma independência entre os negócios jurídicos cujos efeitos estão interligados”⁶.

Assim, a avença em tela tem como propósito consubstanciar os direitos e deveres de cada uma das partes, conferindo maior segurança jurídica à operacionalização dos serviços que serão desempenhados - de forma e conjunta e articulada - dentro do arranjo de responsabilidades estabelecido entre a CEDAE (produtora de água – serviços *upstream*) e a Concessionária, nos termos do objeto instituído pela cláusula terceira⁷.

Antes de se prosseguir com o exame do art. 12 da LNSB, e da minuta do contrato de interdependência, são relevantes algumas considerações a respeito da arquitetura estipulada a partir das alterações operadas no marco legal do saneamento básico por força da Lei nº 14.026/2020.

É preciso ter em mente a relação próxima que se estabeleceu entre, de um lado, a possibilidade do fracionamento do serviço público de saneamento básico prevista no art. 10-A, § 2º e a configuração de relações de interdependência mencionadas no ora comentado art. 12, todos eles da LNSB.

Verifica-se aí uma relação de *instrumentalidade*, ou seja, uma relação de *meio e fim*.

Dado o fracionamento no serviço público de saneamento básico entre, de um lado, a produção de água – *upstream* – e, de outro, a distribuição dessa mesma água para o consumidor final – *downstream* – surge a necessidade de coordenação entre essas duas atividades, entre essas duas pontas da cadeia de produção da utilidade pública.

titulares e ESTADO, com interveniência da AGÊNCIA REGULADORA; CONTRATOS DE GERENCIAMENTO e respectivos anexos celebrados entre os titulares e ESTADO, com interveniência da AGÊNCIA REGULADORA; CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA e respectivos anexos”.

⁴ Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. § 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.

⁵ Enunciado n. 621, da VIII Jornada de Direito Civil: “Os contratos coligados devem ser interpretados a partir do exame do conjunto das cláusulas contratuais, de forma a privilegiar a finalidade negocial que lhes é comum”.

⁶ TARTUCE, Flávio; Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie – v. 3 / Flávio Tartuce. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁷ 3. DO OBJETO 3.1. Este CONTRATO tem por objeto regular a relação de interdependência entre as PARTES, notadamente as obrigações e responsabilidades relativas à produção e ao fornecimento de água potável por atacado pela CEDAE à CONCESSIONÁRIA, nos MUNICÍPIOS ATENDIDOS, a partir do SISTEMA UPSTREAM.3.2. É de responsabilidade da CONCESSIONÁRIA a operação das captações de água nos MUNICÍPIOS ATENDIDOS que não estejam vinculadas ao SISTEMA UPSTREAM.

Essa coordenação, numa situação de livre concorrência, ocorreria por meio do mecanismo de preço, formado através da operação da lei da oferta e da demanda. Mas, em se tratando de atividade regulada, e, na espécie, rigorosamente regulada, dada a essencialidade da utilidade – água potável para o consumo das populações locais – e as inúmeras falhas de mercado em jogo⁸, essa coordenação de interesses contrapostos é realizada, não pelo mecanismo de livre concorrência, mas pela intervenção regulatória do Poder Público⁹.

Na medida em que o modelo eleito é o do fracionamento – e o fracionamento não é uma imposição do legislador, mas uma faculdade, tal como se pode aferir da redação do § 2º, do art. 10-A da LNSB –, mostrou-se necessário recorrer um *instrumento de regulação* que possibilitasse o encaixe, de um modo ótimo, à luz do interesse público na prestação de serviço público adequado, desses interesses – o interesse, de uma parte, da CEDAE, e, de outro, da concessionária em situação de interdependência, que *depende* do insumo produzido pela primeira em situação de exclusividade ou quase exclusividade.

O contrato referido no art. 12 da LNSB – que é o contrato de longo prazo ou longa duração referido pelo § 2º, do art. 10-A – é, como o próprio legislador mostra (“...a relação entre elas deverá ser regulada por contrato...”), um *instrumento regulatório*, instrumento este que, no caso, assumirá *forma contratual*. Está-se diante, portanto, de situação de *regulação por meio de contrato*¹⁰. E a relação entre o contrato de interdependência, o de produção de água, e o de concessão viabiliza a articulação de interesses entre as duas pontas da cadeia de produção do saneamento básico.

Retomando a leitura do dispositivo – art. 12 da LNSB – é de se notar que, além de a relação entre as partes no âmbito de uma atividade interdependente dever ser formatada primariamente por

⁸ Pode-se pensar aqui, por exemplo, na questão do monopólio natural, na medida em que a CEDAE, se não ocupará uma posição de monopolista em sentido estrito no que toca com a produção de água, ocupará sem dúvida, na mais branda das hipóteses, uma de dominância. O CADE, quando do Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18, que tratava de alegações de abuso de posição dominante por parte da SABESP, a concessionária paulista responsável pela produção da água potável consumida naquele Estado, considerou essa atividade – produção de água – como uma típica de monopólio natural.

⁹ “Para lograr restabelecer o equilíbrio garantidor da livre competição é necessário o ingresso de um terceiro agente, que não seja nem produtor nem consumidor, na verdade, um agente homoestático, capaz de impor uma regra que recupere e mantenha o equilíbrio e, para tanto, dotado de poder para intervir suficientemente para corrigir as deformações do mercado. (...) A técnica econômica da regulação vem a ser, portanto, o tipo de intervenção que as sociedades complexas industriais e pós-industriais vêm optando como solução institucional para ‘criar consistência entre a maximização do benefício social e a maximização do lucro da empresa’, o que Kenneth Train define como ‘o ponto crucial da economia da regulação’”. (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77-78)

¹⁰ “Two approaches to the economic regulation of utilities may be contrasted as ideal types: regulation-by-contract, which focuses on the terms of the agreement reached between the parties and relies on the judicial system to resolve disputes (and is typically used for public-private partnerships – PPPs), and regulation-by-commission, which depends heavily on discretionary authority given to a specialized regulator. Most of the drawbacks of regulation-by-contract stem from the inevitably incomplete nature of the contracts. Given asset specificity and the potential opportunism of the parties, unconstrained renegotiation between the parties in the face of changed conditions is an unreliable way of coping with contractual incompleteness”. (Tradução livre do original: “Duas abordagens para a regulação econômica de serviços públicos podem ser contrastadas como tipos ideais: regulação por contrato, que se concentra nos termos do acordo alcançado entre as partes e depende do sistema judicial para resolver disputas (e é normalmente usado para parcerias público-privadas - PPPs) e regulação por agência, que depende fortemente de autoridade discricionária concedida a um regulador especializado. A maioria das desvantagens da regulação por contrato deriva da natureza inevitavelmente incompleta dos contratos. Dada a especificidade dos ativos e o potencial oportunismo das partes, a renegociação irrestrita entre as partes em face das condições alteradas é uma forma pouco confiável de lidar com a incompletude contratual) (Shugart, Chris. Regulation-by-Contract and Municipal Services: The Problem of Contractual Incompleteness. Encontrado em: https://cri-world.com/publications/qed_dp_4525.pdf). No mesmo sentido, vai a crítica dos autores vinculados à linha da Economia dos Custos de Transação, como Oliver Williamson, à ideia de Harold Demsetz, que postulava a desnecessidade de regulação por agências, desde que a competição pelo mercado via leilões (licitações) fosse frequente e acompanhada de contratos completos, preferencialmente de curta duração. Ver Williamson, Oliver E. Franchising Bidding for Natural Monopolies: in general and with respect to CATV. The Bell Journal of Economics. v. 7, p. 73-104. spring. 1976.

instrumento contratual, deverá ser também regulada e fiscalizada por um mesmo ente regulador¹¹. Em apertada síntese, a *ratio* do dispositivo consiste em permitir que quaisquer questões advindas dessa relação – a exemplo de impactos gerados por reajustes e revisões tarifárias, questões oriundas de inadimplemento de usuários, perdas físicas etc. – sejam reguladas por um único órgão, de modo a evitar ineficiências, sobreposições e divergências que adviriam da regulação por dois órgãos distintos¹².

Em resumo, o fornecimento de água por atacado para Município ou concessionária constitui uma espécie de atividade interdependente, eis que a prestação dos serviços públicos de saneamento não prescinde da água, seu insumo básico. Na realidade, a obtenção de água junto a suas fontes naturais e a sua distribuição a consumidores constituem parcelas de um mesmo serviço público.

Todavia, é comum que entidades distintas executem as atividades. Por isso, uma das motivações para a previsão do artigo 12 da lei de saneamento foi justamente as contendas envolvendo Municípios e empresas estaduais de saneamento em razão do alto índice de inadimplemento na compra de água por atacado, conforme se pode observar da Exposição de Motivos nº 07/2005 do Ministério das Cidades, que consignou:

“[n]as regiões metropolitanas de São Paulo e Rio de Janeiro, há diversos conflitos entre Municípios e empresas estaduais nos quais se debate a possibilidade de a empresa estadual prestar os serviços sem contrato com o Município e o direito deste ente regular os serviços. Há também conflitos nos Municípios onde o prestador é municipal e depende, em maior ou menor grau, de serviços prestados por empresas estaduais de saneamento. Os conflitos dizem respeito, geralmente, ao valor e à inadimplência no pagamento das tarifas dos serviços prestados pelas empresas estaduais. Saliente-se que a relação entre as empresas estaduais e os prestadores municipais ocorre sem nenhuma espécie de regulação ou de contrato. Ambas as espécies de conflito colocam em risco o equilíbrio econômico e financeiro da prestação dos serviços e inibem investimentos públicos e privados.”

Ainda no que diz respeito ao já mencionado artigo 12 da Lei nº 11.445/2007, é de se destacar que o § 2º de referido dispositivo disciplina o conteúdo mínimo que os referidos ajustes deverão abarcar, *in verbis*:

¹¹ Aqui cabe um pequeno adendo: o contrato de gerenciamento – que pode ser encontrado no conjunto de documentos constantes do “Grupo 3 - Instrumentos de Gestão Associada” no sítio <http://www.rj.gov.br/consultapublica/Documentos.aspx> - traz como considerando que: “(XI) o consenso das PARTES de que a AGÊNCIA REGULADORA exerça a regulação, o controle e a fiscalização dos serviços objeto do CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO”. Agência reguladora, no presente caso, leia-se AGENERSA. Ademais, no mesmo contrato de gerenciamento consta da cláusula 4.4 o item iv: “4.4. No âmbito da delegação dos serviços, caberá ao ESTADO:(i) definir o conteúdo e condições do CONTRATO DE CONCESSÃO e do CONTRATO DE PROGRAMA, os quais não poderão conflitar com o disposto no presente CONTRATO DE GERENCIAMENTO e no PLANO METROPOLITANO DE SANEAMENTO BÁSICO;(ii) celebrar o referido CONTRATO DE CONCESSÃO, o CONTRATO DE PROGRAMA, o CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA e demais instrumentos jurídicos coligados, responsabilizando-se pelo seu acompanhamento e pela celebração de eventuais aditivos;(iii) prever no CONTRATO DE CONCESSÃO, CONTRATO DE PROGRAMA e CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA parâmetros, metas e indicadores, definidos em consonância com o PLANO METROPOLITANO DE SANEAMENTO BÁSICO; e (iv) prever a interveniência da AGÊNCIA REGULADORA, a qual ficará incumbida da fiscalização e regulação dos serviços delegados”. (grifamos)

¹² Ou seja, na espécie, a regulação por contrato será complementada por uma regulação por agência – a *regulation by commission*, dos norte-americanos. A solução mostra-se adequada diante da natureza inerentemente incompleta de um contrato de concessão de longo prazo e que naturalmente terá de lidar com inúmeras vicissitudes e acidente ao longo de sua existência. A estipulação de que um órgão regulador terá incumbência de fiscalizar a execução do contrato significa evitar que essas incompletudes tenham o condão de impactar demasiado o descargo das obrigações partes. O órgão regulador será o terceiro responsável pela manutenção do equilíbrio ótimo da relação operacional e econômica estampada no contrato à luz das exigências do interesse público.

“[a]rt. 12.(...)

§2º O contrato a ser celebrado entre os prestadores de serviços a que se refere o caput deste artigo deverá conter cláusulas que estabeleçam pelo menos:

I - as atividades ou insumos contratados;

II - as condições e garantias recíprocas de fornecimento e de acesso às atividades ou insumos;

III - o prazo de vigência, compatível com as necessidades de amortização de investimentos, e as hipóteses de sua prorrogação;

IV - os procedimentos para a implantação, ampliação, melhoria e gestão operacional das atividades;

V - as regras para a fixação, o reajuste e a revisão das taxas, tarifas e outros preços públicos aplicáveis ao contrato;

VI - as condições e garantias de pagamento;

VII - os direitos e deveres sub-rogados ou os que autorizam a sub-rogação;

VIII - as hipóteses de extinção, inadmitida a alteração e a rescisão administrativas unilaterais;

IX - as penalidades a que estão sujeitas as partes em caso de inadimplemento;

X - a designação do órgão ou entidade responsável pela regulação e fiscalização das atividades ou insumos contratados”.

Ao se levar em conta o conteúdo mínimo imposto pela LNSB, bem como a regulação exercida por entidade reguladora, os contratos de interdependência, por mais que celebrados entre partes privadas, sofrem decisiva intervenção estatal, exigida pelo princípio da supremacia do interesse coletivo, que não se afasta da relação jurídica, essencial ao contrato, decorrente da prestação de serviços públicos pelas partes, o que explica a mitigação da autonomia privada dos agentes econômicos envolvidos, embora seja o contrato de interdependência originariamente de "direito privado". Isso significa dizer que as partes não são inteiramente livres para negociar os contratos, devendo acatar o disposto na Lei nº 11.445/2007, com redação alterada pela Lei nº 14.026/2020.

Assim, os contratos de interdependência também podem, pois, ser classificados como contratos regulamentados ou coativos. Isto é, são contratos de natureza privada, celebrados em ambiente regulado, com forte incidência de regulamentação estatal¹³. Nesse ponto, Alexandre Santos de

¹³ Traçando um paralelo com o setor de energia elétrica, o modelo vigente do deste segmento prevê que a comercialização de energia elétrica pode ser realizada em dois ambientes de mercado: Ambiente de Contratação Regulada (ACR) e Ambiente de Contratação Livre (ACL). A contratação no ACR é formalizada por meio de contratos bilaterais regulados, denominados Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR), celebrados entre agentes vendedores (agente de geração, agente de comercialização ou agente de importação, que seja habilitado em documento específico para este fim) e distribuidores que participam dos leilões de compra e venda de energia elétrica. O Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004 trata desse ambiente no seu art. 1º, § 2º, I e também art. 19, senão vejamos: “[a]rt. 1º (...) §2º (...) I - Ambiente de Contratação Regulada - ACR o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica entre agentes vendedores e agentes de distribuição, precedidas de licitação, ressalvados os casos previstos em lei, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos; Art. 19: Art. 56. Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica firmados pelos agentes, seja no ACR ou no ACL, deverão ser registrados na CCEE, segundo as condições e prazos previstos em procedimento de comercialização específico, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL, nos casos aplicáveis”.

Aragão¹⁴ conclui sobre os contratos em ambientes fortemente regulados, ao comentar sobre a natureza de contratos de compartilhamento de infraestrutura:

“[h]á décadas o Direito Administrativo vem, através de limitações administrativas à liberdade contratual, incidindo sobre ajustes privados especialmente sensíveis para a coletividade: tabela preços, fixa cláusulas necessárias, veda outras, determina a venda de produtos essenciais, obriga a venda de participações societárias, de marcas, estabelece regulamentos de serviço que se incorporam aos contratos entre usuários e concessionárias de serviço público etc. O compartilhamento [de infraestrutura] tem, portanto, natureza de contrato privado, mas não, evidentemente, de um contrato privado oitocentista, calcado na liberdade da vontade, no princípio da relatividade e no caráter essencialmente privatístico. Há uma limitação administrativa da liberdade de contratar: trata-se, se incumbente e entrante chegarem a um acordo, de um contrato regulamentado (com cláusulas predeterminadas coercitivamente) e autorizado (sujeito à prévia aprovação da Administração Pública); e, caso o contrato seja fixado diretamente pela autoridade reguladora diante do impasse nas negociações das partes, de um contrato forçado. (...)

*Pela legislação tais contratos [de compartilhamento de infraestrutura] têm muitos dos seus elementos essenciais estabelecidos por lei ou regulamento, sendo inderrogáveis pelo acordo das partes, sendo ainda o contrato sujeito à prévia homologação da autoridade reguladora, o que os caracteriza, portanto, nesse primeiro momento (em que o acordo das partes ainda não foi descartado), como contratos regulamentados e autorizados. (...) **Mas, se as partes não chegarem a um acordo, a relação contratual será, com base na lei, imposta pela Administração Pública, (...) com o que, se chegarmos a esse segundo momento, estaremos diante de contratos coativos, e não mais apenas autorizados**”. (grifamos)*

Por derradeiro, muito embora as concessões que estão por vir representem, ao que nos parece, uma redução das atuais atribuições da CEDAE, a estatal será preservada para realizar a captação e o tratamento da água a ser vendida às futuras concessionárias. Essa função está prevista nos termos dos contratos de interdependência a serem celebrados entre as concessionárias e a CEDAE.

No próximo ponto deste opinamento, trataremos breves considerações acerca de alguns contratos de interdependência já celebrados no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, envolvendo 4 (quatro) de seus Municípios nos idos de 2011 a 2013.

2.b. Dos contratos de interdependência já celebrados no âmbito do Estado do Rio de Janeiro: Municípios do Rio de Janeiro (AP 5), São João de Meriti, Macaé e Niterói

De grande utilidade jurídica, esta modalidade contratual não tem recebido maior atenção da doutrina, nada obstante sua relevante aplicação prática¹⁵. No âmbito fluminense já foi celebrado

¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. 3º ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013, p. 449- 452

¹⁵ Em especial, após a EC 19/1998, que, ao alterar o conteúdo do art. 241 da CRFB/88, introduziu no Brasil, como destaca o prof. Wladimir Antônio Ribeiro em exposição oral, o modelo italiano de gestão associada de serviço público. O contrato de programa, à luz do que faz o acordo di programma daquele ordenamento europeu, complementa essa alteração, tendo

contrato de interdependência em 09/05/2011 entre a CEDAE e **Município do Rio de Janeiro**, tendo como intervenientes-anuentes o Estado do Rio de Janeiro, a antiga Secretaria de Estado de Obras – SEOBRAS – atual Secretaria de Infraestrutura e Obras – SEINFRA – e a Fundação Instituto das Águas do Município Rio de Janeiro – RIO ÁGUAS.

Tal contrato tem o intuito de regular os direitos e obrigações das partes em relação às atividades de gestão comercial e atividades operacionais dos serviços de abastecimento de água no âmbito da Área de Planejamento -5 – “AP5” (Zona Oeste do Município do Rio de Janeiro). A sua vigência, com base na Cláusula Terceira, se encerraria em 2057.

O contrato prevê algumas cláusulas específicas ao objeto “gestão comercial e atividades operacionais dos serviços de abastecimento de água”, tais como a Cláusula Sétima¹⁶, que detalha a Estrutura de Atendimento e Cláusula Décima Primeira¹⁷, que minudencia a questão dos Hidrômetros e outros equipamentos.

A Cláusula Décima Nona traz considerações atinentes ao período de transição em que o concessionário ainda estiver assimilando as funções anteriormente atribuídas à CEDAE. No subitem 19.3¹⁸ tem-se que a CEDAE vai disponibilizar profissionais para exaurimento de questões e elucidação de dúvidas necessárias à adaptação da futura concessionária contratada.

por objetivo a disciplina das relações de cooperação interfederativas com prestações recíprocas além da transferência de recursos.

¹⁶ 7.1. A Concessionária, nos termos, condições e prazos do Contrato de Concessão que porventura lhe seja outorgado pelo MUNICÍPIO, deverá operar e manter a Estrutura de Atendimento necessária para o adequado atendimento dos Usuários.

7.2. A CEDAE, para cumprir suas obrigações legais, continuará operando e mantendo a Estrutura de Atendimento da CEDAE; para tanto, a CONCESSIONÁRIA deverá ter seus sistemas de cadastro atualizados diariamente e repassados a CEDAE para que não haja prejuízo neste atendimento por desatualização de informações de qualquer forma.

7.3. Para fins deste Contrato, fica definido, desde já, que a Estrutura de Atendimento da CONCESSIONÁRIA deverá ter seus sistemas de cadastro atualizados diariamente e repassados a CEDAE para que não haja prejuízo neste atendimento por desatualização de informações de qualquer forma.

¹⁷ 11.1. Fica certo que, a partir da DATA DE INÍCIO DAS ATIVIDADES, a CONCESSIONÁRIA, em se sub-rogando à posição contratual do MUNICÍPIO neste ajuste, o que vale para os demais itens desta Cláusula, passará a ser a responsável pela averiguação, instalação, manutenção preventiva e corretiva, bem como troca de todas os hidrômetros nas Economias localizadas na ÁREA DE PLANEJAMENTO-5, nos termos do Contrato de Concessão.

11.1.1 Todos os hidrômetros que vierem a ser instalados pela CONCESSIONÁRIA deverão ser de modelo certificado pelo INMETRO, em conformidade com o sistema metrológico e no mínimo classe B.

11.2. Os hidrômetros que vierem a ser instalados pela CONCESSIONÁRIAS serão de propriedade da CEDAE, sendo registrados como ativos na contabilidade desta última empresa; para tal, a Concessionária se obriga a passar em até dois dias úteis todas as informações acerca das instalações e trocas de hidrômetros necessários a manter os arquivos da CEDAE atualizados.

11.3. A CEDAE deverá encaminhar à CONCESSIONÁRIA todas as especificações técnicas dos hidrômetros a serem instalados nas Economias.

11.3.1. A CEDAE e a Concessionária deverão firmar no PROTOCOLO DE PROCEDIMENTOS DE SERVIÇOS COMERCIAIS E DE PRÁTICAS INTERDEPENDENTES os critérios de dimensionamento dos hidrômetros a serem instalados no parque.

11.3.2. Qualquer alteração nas especificações técnicas dos hidrômetros deverá ser comunicada pela CEDAE à CONCESSIONÁRIA.

11.4. Os custos decorrentes dos primeiros hidrômetros ou substituição em caso de extravio não justificado das atividades mencionadas no item 11.1 correrão por conta dos usuários da ÁREA DE PLANEJAMENTO-5, os seguintes serão substituídos com os custos definidos pela Cláusula 16.

11.5. O Plano de Investimentos para Hidrometração da ÁREA DE PLANEJAMENTO-5 deverá ser aprovado, previamente, entre as Partes.

¹⁸ “19.3. Durante o período de transição, a CEDAE disponibilizará profissionais para acompanhar os trabalhos de adaptação da CONCESSIONÁRIA, prestando suporte na transição.

19.3.1. Sem prejuízo do disposto no “caput” deste item 19.3, em até 05 (cinco) dias contados da assinatura do Contrato de Concessão, a CEDAE e a CONCESSIONÁRIA deverão indicar uma à outra os dados de 1 (um) profissional responsável pelos contatos diários, para esclarecimento de dúvidas operacionais a respeito da transição, e de 1 (um) profissional responsável pelas discussões que não forem de alçada do primeiro profissional mencionado.”

A Cláusula Vigésima Segunda¹⁹ traz autorização expressa do Estado e da CEDAE ao Município e à futura concessionária para realização das atividades de gestão comercial e operacional dos serviços de abastecimento de água e a Cláusula Vigésima Terceira²⁰ traz a previsão de fiscalização da CEDAE nas aludidas operações.

Além deste contrato, no Of.SEDEERI/GAB SEI N°482, de 13 de outubro de 2020, constante do SEI n° **9212400**, endereçado a esta d. PGE, consta a informação da existência de 2 (dois) contratos de interdependência firmados entre os Municípios de São João de Meriti (**9165359**) e de Macaé (**9165272**) e a CEDAE.

O Contrato de Interdependência de São João de Meriti (**9165359**), foi celebrado em 18/02/2013 entre a CEDAE e **Município de São João de Meriti**, tendo como intervenientes-anuentes o Estado do Rio de Janeiro e a antiga SEOBRAS – atual SEINFRA, com o intuito de **regular os direitos e obrigações das partes em relação às atividades comerciais que viabilizam a exploração dos serviços de esgotamento sanitário pelo Município e ou Concessionária que serão realizadas de forma interdependente entre as partes, no âmbito territorial do Município. A sua vigência, de acordo com a Cláusula Terceira, se encerraria em 2041.**

Da mesma forma que o contrato celebrado no âmbito da AP-5 (Município do Rio de Janeiro), o ajuste também prevê algumas cláusulas relativas a “atividades comerciais que viabilizam a exploração dos serviços de esgotamento sanitário pelo Município e ou Concessionária”, tais como a Cláusula Sétima – Estrutura de Atendimento, Cláusula Décima Primeira – Hidrômetros e outros materiais e Ligações de Sistema de Água e Esgoto na Cláusula Oitava.

A Cláusula Décima Nona, igualmente, traz considerações atinentes ao período de transição em que o concessionário ainda estiver assimilando as funções anteriormente atribuídas à CEDAE. No subitem 19.3 tem-se que a CEDAE vai disponibilizar profissionais para exaurimento de questões e elucidação de dúvidas necessárias à adaptação da futura concessionária contratada.

A Cláusula Vigésima Segunda contém autorização expressa do Estado e da CEDAE ao Município de São João de Meriti e à futura concessionária para praticarem as atividades objeto do contrato, ou seja, atividades comerciais que viabilizam a exploração dos serviços de esgotamento sanitário pelo Município e ou Concessionária. Já a Cláusula Vigésima Terceira contém previsão de fiscalização da CEDAE nas aludidas operações e na Vigésima Sexta a fiscalização da SEOBRAS, atual SEINFRA.

No Parecer na 011-17- FAG, de 16 de março de 2017 (Proc. n°E-17/100398/2013) constatou-se que:

“O contrato de interdependência foi celebrado para permitir uma articulação racional entre os distintos prestadores, já que a atividade de abastecimento de água ficou a cargo da CEDAE e a atividade de esgotamento sanitário ficou a cargo do Município de São João de Meriti”.

¹⁹ “22.1. A CEDAE e o ESTADO, neste ato, autorizam o MUNICÍPIO e, conseqüente, a futura CONCESSIONÁRIA, a praticar as atividades previstas nesse Contrato, para, única e exclusivamente, a gestão comercial dos serviços de abastecimento de água na ÁREA DE PLANEJAMENTO - 5, tais como medição, negociação com os Usuários da ÁREA DE PLANEJAMENTO-5 e cobrança de valores decorrentes da prestação dos serviços de abastecimento de água, ligações e religações ao sistema de água, bem como a realização dos cortes de fornecimento de água e demais ações com vistas à redução de perdas, recuperação de crédito e redução de inadimplência, observada a legislação estadual que disciplina o serviço de abastecimento de água.”

²⁰ “23.1. Fica assegurado à CEDAE o direito de fiscalizar as ações praticadas pela Concessionária em relação à gestão comercial dos serviços de abastecimento de água, regulada por este Contrato, por meio do acesso "on line" ao sistema informatizado da CONCESSIONÁRIA e por meio de esclarecimentos a serem apresentados pela CONCESSIONÁRIA, quando assim solicitado pela CEDAE.”

Já o Contrato de Interdependência de Macaé, foi celebrado em 12/12/2012 entre a CEDAE e **Município de Macaé**, tendo como intervenientes-anuentes o Estado do Rio de Janeiro, a antiga SEOBRAS – atual SEINFRA e a Empresa Pública Municipal de Saneamento – ESANE, com o intuito de **regular os direitos e obrigações das partes em relação às atividades comerciais que viabilizam a exploração dos serviços de esgotamento sanitário pelo Município/Concessionária que serão realizadas de forma interdependente entre as partes, no âmbito territorial do Município. A sua vigência, de acordo com a Cláusula Quarta, está atrelada ao prazo do contrato oriunda da PPP.**

De modo semelhante ao contrato celebrado com o Município de São João de Meriti²¹, o ajuste contém cláusulas relacionadas ao seu objeto “atividades comerciais que viabilizam a exploração dos serviços de esgotamento sanitário pelo Município e ou Concessionária”, tais como a Cláusula Sétima – Estrutura de Atendimento, Cláusula Décima Primeira – Hidrômetros e outros materiais e Ligações de Sistema de Água e Esgoto na Cláusula Oitava.

A Cláusula Vigésima Segunda contém autorização expressa do Estado e da CEDAE ao Município de Macaé e à futura concessionária para praticarem as atividades objeto do contrato, ou seja, atividades comerciais que viabilizam a exploração dos serviços de esgotamento sanitário pelo Município/Concessionária. Já a Cláusula Vigésima Terceira prevê a fiscalização da CEDAE nas aludidas operações e a Vigésima Sexta a fiscalização da SEOBRAS, atual SEINFRA.

O Parecer LEF nº 379/2012, aprovado pelo Procurador Sergio Pimentel Borges da Cunha - Assessor jurídico chefe da CEDAE à época nos informa que:

“Pelo CONTRATO, a CONCESSIONÁRIA fica responsável pela prestação dos serviços de esgotamento sanitário, incluindo os investimentos, operação e manutenção deste sistema no Município de Macaé, responsabilizando-se, igualmente, pelo passivo oriundo de tal prestação, na forma estabelecida no CONTRATO DE PPP e na legislação vigente.

Já a CEDAE continuará sendo responsável pela prestação dos serviços de abastecimento de água no Município de Macaé, incluindo os investimentos, operação e manutenção deste sistema, excetuadas as ações de responsabilidade da CONCESSIONÁRIA previstas expressamente neste CONTRATO e no CONTRATO DE PPP.”

Por fim, consta nos anexos dos autos o Contrato CEDAE nº 096-A/2013 (DP), cujo objeto é o fornecimento de água potável por atacado pela CEDAE à concessionária Águas de Niterói, para abastecimento público no Município de Niterói. Tal contrato objetivou realinhar os preços praticados após 5 anos do acordo celebrado em janeiro de 2008, envolvendo algumas ações judiciais²².

Constata-se, portanto, que o contrato de interdependência é um instrumento de elevada importância para a convivência harmônica entre os prestadores de serviços de saneamento, e também para fins de atendimento aos princípios da universalização do acesso e efetiva prestação do serviço, da regularidade, da eficiência e da integralidade das atividades que compõem os serviços públicos de saneamento básico no Brasil (todos previstos no art. 2º da LNSB²³). Mais uma vez nas palavras de

²¹ A Cláusula Décima Nona, igualmente, traz considerações atinentes ao período de transição em que o concessionário ainda estiver assimilando as funções anteriormente atribuídas à CEDAE. No subitem 19.3 tem-se que a CEDAE vai disponibilizar profissionais para exaurimento de questões e elucidação de dúvidas necessárias à adaptação da futura concessionária contratada.

²² Processos nº 2001.001.026978-3 e 2001.001.107114-0 e Apelação Cível nº 17834/2006.

²³ “Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: I - universalização do acesso e efetiva prestação do serviço; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) II - integralidade, compreendida como o conjunto de atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento que propicie à população o acesso a eles em conformidade com suas necessidades e maximize a eficácia das ações e dos resultados;

Wladimir Antônio Ribeiro e Rafael Roque Garofano²⁴: “[t]rata-se de solução adequada para o caso de atividades divididas em diferentes etapas de prestação, mas que entre elas seja fundamental a ação coordenada e a cooperação, afim de assegurar-se a eficiência do resultado final”.

Traçados alguns breves pontos acerca dos contratos de interdependência até então celebrados no Estado, no tópico a seguir, trata-se da análise minudenciada das cláusulas da minuta do contrato de interdependência encartado no SEI no documento **9164628**, objeto da presente consulta.

2.c. Considerações da minuta do contrato de interdependência (9164628)

De início, frise-se que diante da excepcionalidade do negócio jurídico em exame, inexistente minuta-padrão atinente a contrato de interdependência disponibilizada pela PGE/RJ, de modo que a análise da minuta assentada sob o documento SEI nº **9164628** será realizada com auxílio dos documentos contratuais referentes à Concorrência Pública nº 09/2020, que teve por objeto a *Concessão dos Serviços Públicos de Fornecimento de Água e Esgotamento Sanitário da Região Metropolitana de Maceió*, cuja modelagem contratual fora igualmente desenvolvida pelo BNDES, e com fulcro no art. 12, §2º da Lei Federal nº 11.445/2007, que traz diretrizes mínimas sobre as cláusulas que deverão compor o Contrato de Interdependência, conforme já observado no tópico 2.a deste opinamento.

Antes de mais nada, é necessário que a minuta seja revisada e alterada para que reflita a real posição do Estado do Rio de Janeiro na presente relação jurídica. É preciso ver que o Estado participa do contrato ora em análise como “interveniente-anuente”, mas o faz, não em nome próprio, mas como mandatário dos titulares do serviço público de saneamento básico: a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e os Municípios²⁵.

(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de forma adequada à saúde pública, à conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) IV - disponibilidade, nas áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, tratamento, limpeza e fiscalização preventiva das redes, adequados à saúde pública, à proteção do meio ambiente e à segurança da vida e do patrimônio público e privado; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais; VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) VII - eficiência e sustentabilidade econômica; VIII - estímulo à pesquisa, ao desenvolvimento e à utilização de tecnologias apropriadas, consideradas a capacidade de pagamento dos usuários, a adoção de soluções graduais e progressivas e a melhoria da qualidade com ganhos de eficiência e redução dos custos para os usuários; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) IX - transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados; X - controle social; XI - segurança, qualidade, regularidade e continuidade; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) XII - integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) XIII - redução e controle das perdas de água, inclusive na distribuição de água tratada, estímulo à racionalização de seu consumo pelos usuários e fomento à eficiência energética, ao reúso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas de chuva; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) XIV - prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) XV - seleção competitiva do prestador dos serviços; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) XVI - prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)” (grifamos)

²⁴ “Notas sobre os Contratos de Interdependência de Serviços de Saneamento Básico: O Caso do Fornecimento de Água no Atacado por Companhia Estadual” in Saneamento Básico: Temas fundamentais, propostas e desafios. Coordenador: Guilherme Ferreira Gomes Luna, Luiz Felipe Pinto Lima Graziano, Rodrigo de Pinho Bertoccelliet. al.. - 1. ed. - Rio de Janeiro: LumenJuris, 2017.

²⁵ O mandato do Estado do Rio de Janeiro pode-se aferir a partir das disposições do convênio de cooperação firmado entre o Estado e a RMRJ: “2.1. Por meio deste CONVÊNIO, o ESTADO e a REGIÃO METROPOLITANA, por meio do seu Conselho Deliberativo, ajustam a implementação de ações de forma associada com vistas ao fornecimento amplo e adequado dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na área urbana dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS, pelo prazo de 35 (trinta e cinco) anos, prorrogáveis por igual período, por meio das seguintes medidas: 2.1.1. Criação de mecanismo de gestão das atividades de planejamento; 2.1.2. Atribuição ao ESTADO, com

É assim conveniente, do ponto de vista da boa técnica redacional jurídica, que as atribuições de poderes e posições jurídicas ao Estado estipulada ao longo do contrato explicitem esse ponto: que o Estado Rio de Janeiro está a exercer tal ou qual atribuição, competência ou poder, ou, ainda, assumindo ônus e obrigações, não em nome próprio por direito nativo, mas como *mandatário de terceiros*, os titulares do serviço público de saneamento básico.

É o que se pode notar nas considerações do Parecer Conjunto ARCY/FAG nº 01/20:

“[o] Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI no 1.842/RJ, fixou entendimento no sentido de que a competência para prestação de serviços públicos de saneamento básico nunca será exclusiva do Estado. Segundo o STF, tal competência, em princípio, é atribuída, pela Constituição, aos Municípios, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, CRFB), mas pode, por aglutinação, pertencer a uma região metropolitana (i.e. o colegiado de Estado e municípios), caso seja essa, eventualmente, criada por lei complementar estadual, na forma do art. 25, § 3º, CRFB. Isso significa dizer que a titularidade dos serviços públicos metropolitanos não é nem exclusiva do Estado, nem exclusiva dos municípios; todos os entes federativos integrantes da região metropolitana a compartilham e, por conseguinte, devem ter poder de decisão e direção dos rumos dos serviços compartilhados.

Nessa linha de raciocínio, com o advento da Lei complementar no 184/2018, a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro assumiu a titularidade dos serviços públicos de interesse metropolitano, dentre os quais o saneamento básico, incluindo a captação, o tratamento e a distribuição de água potável, a coleta, o tratamento e a destinação do esgotamento sanitário, gerenciamento de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Os Municípios não metropolitanos, por sua vez, continuam com a titularidade desses serviços.

Superou-se, assim, o entendimento pretérito de que, na hipótese de criação de uma Região Metropolitana por lei complementar estadual, o serviço público de saneamento básico passaria a ser titularizado pelo Estado que a instituiu”.
(grifou-se)

Além disso, deve-se adotar aqui a mesma cautela sugerida pelos ilustres Procuradores, conforme se vê do aludido Parecer Conjunto:

“[c]omo alternativa, sugere-se fazer constar uma cláusula que estabeleça que o edital e demais documentos do projeto, sempre que mencionarem o Estado do Rio de Janeiro, o indicam, apenas, como regra, como mero representante dos titulares dos serviços. Isto é: o Estado é um delegatário das funções administrativas de organização e promoção dessa licitação, bem como da

exclusividade, do desenvolvimento da função pública específica de organização e gerenciamento dos serviços objeto desse CONVÊNIO; 2.1.3. Atribuição à AGÊNCIA REGULADORA, com exclusividade, da função pública de regulação, inclusive tarifária; e 2.1.4. Atribuição à AGÊNCIA REGULADORA das funções públicas de fiscalização e controle dos serviços”. O contrato de gerenciamento firmado entre o Estado e a mesma RMRJ também deixa claro a natureza da posição jurídica do Estado nas questões relativas ao saneamento básico: “2.1. Constitui objeto deste CONTRATO DE GERENCIAMENTO a transferência pela REGIÃO METROPOLITANA, por meio do seu Conselho Deliberativo, das atividades específicas de organização e gerenciamento no que se refere à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário na área urbana dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS, ao ESTADO”.

função de gestão contratual, o que deve ser destacado desde o preâmbulo e como cláusula geral”. (grifou-se)

No que tange à **cláusula primeira**, que traz definições que deverão ser adotadas no âmbito do contrato, destaca-se o conceito de “Comitê de Transição”²⁶, que, em suma, constitui órgão colegiado responsável pela intermediação entre as equipes da CEDAE e da Concessionária ao longo do período de transferência do sistema e da operação dos serviços.

Alerta-se, contudo, para a ausência de previsão no decorrer do contrato das atribuições do Comitê em comento, pois ao revés do que se nota no Contrato de Concessão e de Produção de Água, que destinam cláusula específicas ao assunto, o instrumento sob análise prevê por meio da subcláusula 5.4.1 a necessidade de indicação de prepostos por cada parte com a finalidade de intermediar a comunicação entre elas.

Ainda relativamente à cláusula primeira, especificamente em relação ao item 1.1.13, que trata sobre “Operação Assistida”²⁷, destaca-se a incongruência sobre a possibilidade de prorrogação do instrumento e do Contrato de Produção de Água, em sua cláusula oitava.

Nesta linha, enquanto o Contrato de Produção de Água²⁸ condiciona o direito da Concessionária de solicitar a prorrogação do período de Operação Assistida do Sistema à negativa de fornecimento de informações e documentos que inviabilizem ou dificultem a operação do sistema, o Contrato de Interdependência tão somente exige comum acordo entre as partes para tanto, motivo pelo qual recomenda-se a padronização entre as cláusulas dos diferentes contratos que abordem a mesma matéria, caso seja pertinente.

No que tange à **cláusula segunda**, que dispõe sobre as regras de interpretação referentes ao instrumento sob análise, sugere-se que o contrato de concessão seja incluído no rol de contratos coligados ao contrato de interdependência. Da cláusula, destaca-se o item 2.3.2²⁹, que estabelece regra de prevalência em favor do Contrato de Concessão na hipótese de conflito com outros contratos, como o de Contrato de Produção de Água, por exemplo. Ocorre que, além de inexistir qualquer justificativa para a hierarquização contemplada na cláusula, a CEDAE sequer é parte do Contrato de Concessão. Por tais razões recomenda-se seja a cláusula revista, bem como explicitados os fundamentos que implicaram no estabelecimento da ordem de prevalência.

Ainda no que toca à cláusula segunda, relativamente à subcláusula 2.4, que elege a Agência Reguladora (AGENERSA) interveniente como responsável pela elucidação de eventuais dúvidas surgidas sobre a aplicação do contrato, a Agência Reguladora poderá elaborar normativo interno que disponha sobre o procedimento a ser adotado nestas hipóteses, respeitada a legislação pertinente³⁰.

²⁶ COMITÊ DE TRANSIÇÃO: órgão colegiado que tem a finalidade de facilitar a interlocução e a interação entre as equipes da CEDAE e da CONCESSIONÁRIA, de forma a contribuir com a troca de informações referentes aos aspectos essenciais à transferência do SISTEMA e da operação dos serviços.

²⁷ OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA: período de 180 (cento e oitenta) dias, contados da assinatura do CONTRATO, podendo ser prorrogado por mais 90 (noventa) dias em comum acordo das PARTES, durante o qual a CONCESSIONÁRIA fará o acompanhamento intensivo das atividades relacionadas à OPERAÇÃO DO SISTEMA, figurando a CEDAE, para todos os efeitos, como responsável direto pela OPERAÇÃO DO SISTEMA e titular das receitas provenientes desta operação.

²⁸ 8.16. O direito da(s) CONCESSIONÁRIA(S) à prorrogação do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, decorrerá da não provisão de informações e documentos mencionados nas subcláusulas **Erro! Fonte de referência não encontrada. a Erro! Fonte de referência não encontrada.**, que inviabilize ou dificulte sobremaneira o início da OPERAÇÃO DO SISTEMA; (SIC)

²⁹ 2.3.2. Em segundo lugar, as disposições constantes do CONTRATO DE CONCESSÃO e seus anexos que tenham maior relevância na matéria em questão, tendo prevalência as disposições do CONTRATO DE CONCESSÃO sobre as de seus anexos;

³⁰ Decreto nº 45.344 de 17 de agosto de 2015, que estabelece as condições gerais para a regulação e fiscalização das atividades da CEDAE pela AGENERSA e dá outras providências.

Na **cláusula quinta**, a subcláusula 5.6 prevê que as atas de reunião lavradas pela CEDAE e disponibilizadas às partes e à Agência Reguladora “*valerão como documento integrante do contrato*”.

Não obstante as atas de reunião tenham valor jurídico para a interpretação consensual do contato, dentre outros potenciais efeitos relevantes, entendemos que ditas atas não podem integrar o contrato. Isso porque a alteração ou complementação do contrato só poderia ser efetivada por termo aditivo, a ser celebrado com a anuência da Agência Reguladora, por se tratar de contrato relativo a serviço público regulado.

Na **cláusula sexta**, na subcláusula 6.1. não consta preenchido o valor do metro cúbico de água a ser pago à CEDAE pelo fornecimento. Alerta-se que a fixação do valor deve ser com base em parâmetros definidos a partir de estudo técnico específico e fundamentado, que demonstre o valor tecnicamente adequado para a sustentabilidade financeira da CEDAE, como empresa estatal prestadora de serviço público essencial. Em relação à relevância da sustentabilidade financeira da CEDAE, reiteramos o que foi explicado no Parecer Conjunto nº 01/2020 – AHWM-HBR-TCA e na Promoção 02/2020 – HBR.

Ademais, recomenda-se fortemente que haja validação técnica por parte de algum órgão do Estado dotado de expertise técnica para validar a forma paramétrica para cálculo do Índice de Reajuste Contratual (IRC).

Ainda na cláusula sexta, em relação à subcláusula 6.5.1, não obstante a previsão da subcláusula 6.5.1.3, que dispõe que a Agência Reguladora deverá decidir a divergência entre a CEDAE e a Concessionária atinente à reinstalação dos macromedidores, sugere-se que da proposta de instalação em nova localização seja remetida cópia à Agência Reguladora, e não apenas quando instaurada eventual divergência.

Além disto, em relação a substituições dos macromedidores, uma vez que a previsão da subcláusula 6.5.2 de que se deve observar o prazo de “vida útil” destes equipamentos é imprecisa em relação a tal prazo, sugere-se a inclusão de subcláusula relativa à necessidade de que a AGENERSA fiscalize o prazo de vida útil dos macromedidores.

Com relação à **subcláusula 6.8.2.**, que dispõe que superado o prazo de 30 dias “entende-se que houver anuência tácita por parte da AGÊNCIA REGULADORA”, trata-se de cláusula que procura conferir efeitos jurídicos ao “silêncio administrativo”, conforme analisado no Parecer Conjunto nº01/2020 –FAG/ASA/GUB/ARCY, recentemente aprovado pelo Grupo de Trabalho criado pela Resolução PGE nº 4610 de 29 de setembro de 2020 e pelo Procurador Geral do Estado.

Para evitar repetições desnecessárias, dado que os pareceres proferidos sobre os instrumentos elaborados pelo BNDES no bojo do Projeto de desestatização do serviço de saneamento no Estado constam todos deste mesmo Processo SEI nº 120207/000707/2020, recomenda-se a adaptação da subcláusula 6.8.2, *mutatis mutandis*, nos mesmos moldes preconizados no Parecer Conjunto nº01/2020 –FAG/ASA/GUB/ARCY.

Aliás, no presente contrato, além dos prazos cominados à Agência Reguladora para a prática de atos, indicados exemplificativamente em comentários às subcláusulas 6.5.1.3 e 6.5.4.1., verifica-se a previsão de uma série de atribuições para a Agenesra, nada obstante a autarquia figurar como interveniente do contrato, ponto esse que merece revisão, em acréscimo ao indicado anteriormente.

No que tange à **cláusula sétima**, relativamente à subcláusula 7.2.2, sugere-se a inclusão de cláusula relativa à necessidade de apresentação pela concessionária à AGENERSA de plano para a instalação de outras instrumentações nos pontos de entrega de água potável, com a localização destes pontos, o tipo de instrumento, especificações técnicas e demais informações pertinentes.³¹

³¹ Tal previsão consta da subcláusula 6.4 do Contrato de Interdependência celebrado pela CASAL, que ao tratar sobre as condições gerais de fornecimento de água, assim dispõe: “6.4. Até o final do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, a CONCESSIONÁRIA deverá apresentar para a CASAL plano para a instalação dos medidores de vazão dos

Ainda no que diz respeito à cláusula sétima, especificamente em relação à subcláusula 7.2.3, há menção ao Centro de Controle e Operação de Dados do Sistema, que constitui sistema responsável pelo controle de informações e aferição técnica dos dados de consumo e gestão do processo de quantificação de valores acerca das medições técnicas relativas ao fornecimento pela CEDAE e ao consumo de água pelas concessionárias, nos termos do item 1.1.2

Neste sentido, apesar de tratar-se de mecanismo fundamental à operação da prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água, estando, pois, intrinsecamente relacionado ao objeto deste instrumento sob análise, não houve inclusão de cláusulas atinentes à governança do sistema, mas tão somente referência pela subcláusula 7.2.3 ao Anexo X do Contrato de Concessão, que abordou de forma pormenorizada sobre as atividades exercidas pelo Centro de Controle Operacional. No ponto, considerando que a CEDAE não é parte do Contrato de Concessão, sugere-se que o conteúdo do Anexo X seja replicado no contrato ora em análise, ou mesmo deslocado para o presente contrato.

De igual modo, considerando que ficará a cargo do Instituto Rio Metr pole a cria o e gestão do Centro de Controle Operacional, recomenda-se a inclusão da referida autarquia como interveniente nesse contrato.

Relativamente à **cláusula oitava**, que excepciona a exclusividade da CEDAE no fornecimento de água potável em favor da Concessionária, **mostra-se imperioso** que nas hipóteses indicadas nas subcláusulas 8.6.1 a 8.6.3, haja prévia manifesta o da Agência Reguladora, de modo a se evitar questionamentos futuros quanto a descumprimentos contratuais e pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Questão importante relativa   cláusula oitava diz respeito ao risco de práticas discriminatórias ou de tratamento privilegiado que podem vir a ser praticadas pela CEDAE, contra as concessionárias, em virtude da posi o dominante da primeira – posi o esta que   reforçada por essa mesma cláusula oitava que estabelece direito de exclusividade no fornecimento do insumo   CEDAE.³² Esse risco, embora mitigado pela previsão de funcionamento do Centro de Controle e Opera o de Dados do Sistema, bem como pela atividade reguladora a ser exercida pela AGENERSA, pode ser visto como um empecilho ao engajamento e participa o de eventuais interessados na licita o dos contratos de concessão, pelo que se recomenda haja também uma disciplina contratual que reforce a obriga o de que a CEDAE dispense um tratamento equitativo, mitigando a probabilidade de concretiza o do risco apresentado.

Em cenário no qual a produ o de água mostrar-se escassa, não se pode perder de vista a importância da atua o da AGENERSA, pois será a CEDAE quem, de fato, alocar  os quantitativos de água potável para cada concessionária.

Prosseguindo, veja-se que a subcláusula 8.6 do contrato de interdependência tem o potencial de criar situa o de desequilíbrio dadas eventuais limita es na expansão da produ o de  gua. A subcláusula 8.7 estipula que, na hipótese de investimentos na expansão da produ o de água realizados pela Concessionária, esses  nus serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro a ser operado no contrato de concessão.

Ainda no que diz respeito   cláusula oitava, e levando em considera o que estamos diante de contratos coligados, cujos efeitos estão intrinsecamente relacionados, conforme já abordado, faz-se necessário um trabalho de harmoniza o com rela o às obriga es referentes às disposi es de

pontos de entrega da água tratada, com a 14 indica o da localiza o dos pontos, o tipo do medidor, especifica es técnicas e demais informa es pertinentes.”

³²   bem verdade que a modelagem das avenças, que indica que será celebrado um contrato de interdependência com cada um dos concessionários do segmento *downstream* poderia dificultar a previsão de tal cláusula, já que o tratamento discriminatório apresenta um componente horizontal (na convivência entre os concessionários). Mas não se pode descurar de um traço vertical (pensando-se no setor como a integra o de segmentos distintos e interdependentes, como   o caso de um ator no *upstream* prestando serviços simultâneos e mutuamente influenciáveis a distintos agentes no segmento a jusante).

Operação Assistida com vistas à maior coerência de sua sistemática, isto é, de um lado, as da minuta de Concessão e de Produção de Água, e, de outro, as da minuta de Contrato de Interdependência.

Em suma, no que for possível, sugere-se uma espécie de padronização entre as cláusulas que dão tratamento a uma mesma questão de modo a formar um todo coerente e harmônico.

A título de exemplo, é de mencionar a disposição constante da subcláusula 8.1 que dá tratamento distinto ao encerramento da Operação Assistida do Sistema em relação aos demais contratos, onde semelhante previsão não foi localizada. Veja-se trecho:

*“8.1. Após o encerramento da OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, a CEDAE deverá disponibilizar nos pontos de entrega definidos na cláusula **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, os volumes mínimos de água nos termos da deliberação da AGÊNCIA REGULADORA, conforme cláusula **Erro! Fonte de referência não encontrada.** e observado o ANEXO – TABELA DE VOLUMES MÍNIMOS DE ÁGUA POTÁVEL.” (SIC.)*

Trata-se de diferenças pontuais, mas que deverão ser solucionadas de forma que a sistemática da Operação Assistida do Sistema como um todo faça sentido.

Por fim, com relação à subcláusula 8.8.1., que prevê efeitos jurídicos para o “silêncio administrativo”, recomenda-se a sua adaptação tal qual recomendado acima para a subcláusula 6.8.2., mutatis mutandis, nos mesmos moldes preconizados no Parecer Conjunto nº01/2020 – FAG/ASA/GUB/ARCY para a Cláusula 46 do Contrato de Concessão.

No que concerne à **cláusula nona**, que trata do Reequilíbrio econômico-financeiro, recomenda-se na subcláusula 9.3, quando se fala de inadimplemento da obrigação do fornecimento mínimo, parece-nos que a referência correta diz respeito às subcláusulas 8.4.2 e 8.4.3, o que deverá ser confirmado.

Recomenda-se também que a questão da força maior e caso fortuito, prevista no item 9.1, seja objeto de maior detalhamento, se possível, inclusive, com a definição de uma matriz de riscos detalhada, de modo a trazer maior previsibilidade para o contrato.

Note-se que a minuta do contrato de concessão estipula que as hipóteses de caso fortuito e força maior serão as definidas em seguro. No presente caso, não existe a previsão de seguro, de modo que seria conveniente a especificação do que pode ser considerado, para fins de reequilíbrio, situações de caso fortuito e força maior, em moldes semelhantes ao que existe no contrato de produção de água, por exemplo.

A subcláusula 9.2. refere-se a “hipóteses previstas a seguir” como ensejadoras do reequilíbrio econômico-financeiro em favor da concessionária. Entretanto, não localizamos as ditas “hipóteses previstas a seguir”, de modo a que a cláusula deve ser complementada. Aproveitamos para recomendar que a Cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro reflita, tanto quanto possível, as recomendações do Parecer Conjunto nº01/2020 –FAG/ASA/GUB/ARCY, no que toca à cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

A subcláusula 9.3.1 estipula que os cálculos referidos na subcláusula 9.3 serão elaborados pela Concessionária e validados pela Agência Reguladora. A exemplo do recomendado em relação à subcláusula 6.1, aqui também se ressalta a necessidade de que órgão especializado se debruce e ratifique o conteúdo técnico expresso na previsão contratual.

As cláusulas **décima primeira** e **décima segunda** tratam respectivamente de hipótese de extinção do contrato e sucessão da concessionária e da CEDAE, devendo ser certificado se a hipótese de extinção exclusiva por expiração da vigência do contrato se coaduna com a minuta do contrato de concessão do caso concreto. Ademais, a subcláusula 12.1 traz a previsão de sub-rogação dos direitos e

obrigações no caso de a concessionária deixar de ser a prestadora dos serviços de abastecimento de água do Bloco, assim como se a CEDAE também não puder prestar serviços de produção de água bruta, na subcláusula 12.2.

Na subcláusula 11.4 restou omitida uma palavra após “obrigações do”, ao que nos parece, trata-se de obrigações da Concessionária, pelo que se requer a sua retificação.

A subcláusula 13.5.2 prevê que “no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da notificação da penalidade, a PARTE infratora poderá apresentar Recurso que deverá, necessariamente, ser apreciado pela AGÊNCIA REGULADORA. No entanto, ao que nos parece, essa previsão não se coaduna com o Regimento Interno da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA³³, que estabelece prazo diverso, na forma de seu art. 21, inc. XXI, “a”³⁴, pelo que se recomenda seja a subcláusula ajustada ou justificada a sua manutenção.

Na cláusula décima quinta, que cuida da arbitragem, observamos lacuna quando trata da Câmara a ser selecionada para a solução alternativa de eventuais conflitos. Cumpre mencionar que é eleita como sede a cidade do Rio de Janeiro/RJ, Brasil, bem como aplicável o direito brasileiro, sem indicação expressa de qual Câmara cuidará do procedimento. É essencial que, quando da assinatura do presente contrato, se indique a Câmara eleita, conforme o Decreto Estadual nº 46.245/2018.

Na subcláusula 15.1 além da referência à Lei nº 9.307/1996 e Decreto estadual nº 46.245/2018, recomenda-se à referência ao art. 23-A da Lei 8.987/1995³⁵.

Ainda na subcláusula 15.1 recomenda-se que após “todos os litígios oriundos do presente CONTRATO ou com ele relacionados” seja incluída a seguinte informação: “que possuam natureza pecuniária e não versem sobre interesses públicos primários”, a fim de que se coadune à cláusula arbitral prevista na minuta do contrato de concessão destes autos (9164584).

Ademais, a subcláusula 15.2³⁶ trata de cláusula escalonada ou *med-arb*³⁷ em que se prevê o método de solução de conflitos denominado “mediação” prévio ao método de solução de conflitos “arbitragem”. Recomenda-se, neste ponto, que seja feita referência também à Lei de mediação (Lei nº 13.140/2015), bem como seja trazido detalhamento em relação à escolha de mediadores, tal como se dá em relação aos árbitros na forma da subcláusula 15.4.

As subcláusulas 15.5 e 15.6 fazem referência a um parágrafo quarto inexistente na minuta, pelo que se requer a sua retificação.

Por fim, questão de relevo diz respeito ao **cálculo da remuneração da CEDAE pelo fornecimento de água potável e, mais importante, como se dará o reajustamento.**

De acordo com a **subcláusula 6.2**, o preço reajustado será o produto do “preço da água vigente no ano anterior” pelo índice de reajuste contratual – IRC. Desse modo, percebe-se que o elemento central aqui é a formação do IRC.

³³ AGENERSA: Lei Estadual nº 4.556, de 6 de junho de 2005 e regulamentada pelo Decreto nº 38.618, de 08 de dezembro de 2005 e alterado pelo Decreto Estadual nº 40.431, de 18/12/2006.

³⁴ “Art. 21 - Compete à Secretaria Executiva [da AGENERSA]: XXI - expedir auto de infração para a execução das penalidades impostas por Deliberação emanada pelo Conselho Diretor, em conjunto com as Câmaras Técnicas: a) após o recebimento do auto de infração conceder-se-á um prazo de 5 (cinco) dias úteis para a apresentação de eventual defesa, respeitado no que couber as disposições contratuais”. (grifamos)

³⁵ “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”.

³⁶ 15.2. Qualquer uma das PARTES possui a faculdade de iniciar procedimento de mediação previamente à arbitragem, podendo a PARTE contrária concordar ou não em participar da mesma, na forma do regulamento de mediação da instituição mencionada no item anterior.

³⁷ As Cláusulas escalonadas são aquelas que preveem a solução do conflito, inicialmente, por mecanismo autocompositivo, qual seja a mediação e, não chegando as partes à solução por consenso, optam por submeter a solução da controvérsia a um terceiro, o árbitro, que decidirá o caso em definitivo, substituindo-as.

É de se ver que, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o IRC deve refletir de maneira adequada a estrutura de custos da CEDAE, de modo que a atividade de produção de água, com todas suas despesas relativas a insumos, mão de obra e equipamentos, bem como a realização de investimentos e outras despesas de capital, possa se sustentar ao longo do tempo. É do interesse dos *stakeholders* do serviço de saneamento básico que a CEDAE, enquanto produtora de insumo de vital importância, preserve e sua saúde financeira e econômica, o que possibilitará, a médio e longo prazos, a realização de investimentos na melhoria e na expansão de sua capacidade de produção.

Pelo que se percebe, o IRC contempla, como fatores de ponderação, os três insumos básicos da produção de água: mão de obra, energia elétrica e produtos químicos. Esses fatores de ponderação serão periodicamente impactados por alguns índices de reajuste que, em tese, devem refletir a variação dos custos envolvidos na aquisição desses insumos. Esses índices são basicamente os de (i) reajuste salarial; (ii) tarifa de energia elétrica; e (iii) produtos industriais e produtos químicos.

Importante mencionar que a proporção entre os fatores de ponderação, fixada na subcláusula 6.2, que, como indicado neste opinamento, deverá ser validada por órgão do Estado com expertise técnica, está sujeita a revisão periódica quadrienal, desde que pleiteada pela CEDAE.

O ponto merece destaque, eis que trata de uma previsão contratual que abre espaço a uma maior completude do contrato a partir da atuação da agência reguladora. Trata-se, na feliz síntese de Flávio Amaral Garcia, da desejada função integrativa das agências reguladoras, preenchendo lacunas contratuais a partir do uso de discricionariedade, legitimada tecnicamente³⁸.

Nada obstante a previsão ser desejável, não se pode perder de vista que eventual revisão poderá influenciar fortemente o núcleo econômico do contrato de concessão de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Portanto, importante que a cláusula ora comentada do contrato de interdependência e todo o capítulo de equilíbrio econômico-financeiro daquela avença sejam tomados em conjunto, evitando-se tratamento desarmônico. Na questão em concreto, verifica-se que tal cuidado foi tomado, a partir previsão expressa no item 31.4.21 do contrato de concessão.

Por fim, ainda sobre este ponto, percebe-se também uma íntima relação entre o IRC do presente contrato de interdependência e o do contrato de concessão. Tal como se pode ver da minuta do contrato de concessão, na subcláusula 28.1, os índices que compõem o IRC são fundamentalmente os mesmos – mão de obra, tarifa de energia elétrica, produtos industriais e químicos – com o acréscimo do índice “Di” que é definido como “o valor do preço da água cobrado pela CEDAE”. Diante disso, é mesmo possível afirmar que, do ponto de vista econômico, o contrato de interdependência é um dos elementos do custo do contrato de concessão, eis que a importância econômica do primeiro está contida na fórmula de reajuste do segundo.

Importante observar que as questões financeiras inerentes à minuta de contrato de interdependência, ora apreciada, não podem ser analisadas e resolvidas por meio deste parecer jurídico, visto que os subscritores não têm qualificação técnica, nem atribuição funcional para análises de natureza financeira e operacional.

Dá a necessidade de a minuta ser objeto de parecer complementar, em que profissionais habilitados do Estado avaliem os aspectos financeiros e operacionais nela contidos, de modo a confirmar, sob a ótica do Estado, a adequação da modelagem apresentada pelo BNDES.

³⁸ A tomada de decisão pelo Poder Concedente pode impactar a integralidade de um setor regulado. A Agência setorial exerce, assim, em relação às concessões, verdadeiro papel integrativo. Nesse sentido, Flávio Amaral Garcia é preciso ao afirmar que: “a regulação por agência assume, diante da incompletude contratual, uma função integrativa relevante na composição dos interesses juridicamente protegidos dos contratantes, bem como na releitura do contrato à luz das circunstâncias econômicas, financeiras, tecnológicas e sociais que poderão sobrevir diante da execução do contrato”. (GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências**. Revista dos Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 5, mar.-ago. 2014, p. 59-83).

É igualmente imprescindível que a CEDAE, parte do contrato e a AGENERSA, como interveniente reguladora da relação jurídica, com funções especialmente indicadas no artigo 12, § 1º da Lei nº da Lei Federal nº 11.455/2007 (alterada pelo novo marco legal do saneamento – Lei Federal nº 14.026/2020), se pronunciem sobre a minuta objeto deste parecer, no que toca aos aspectos jurídicos, financeiros e operacionais, para assegurar que a modelagem proposta pelo BNDES é viável, no contexto do Estado do Rio de Janeiro.

3. Conclusão

Após o exame de todos os aspectos legais propostos pela presente análise, concluímos pela viabilidade jurídica da Minuta de Contrato de Interdependência (documento nº **9164628**), desde que consideradas as seguintes sugestões de alteração da minuta, caso pertinentes, a saber:

- a) Em relação à **Cláusula Primeira**, que traz definições relevantes para compreensão do presente contrato, indaga-se, para fins de padronização entre os diversos instrumentos coligados: (i) sobre a ausência das atribuições do "Comitê de Transição" ao longo deste ajuste, ao passo que tal órgão é previsto expressamente nos Contratos de Produção de Água e de Concessão; (ii) quanto a incongruência constatada entre esta avença e o Contrato de Produção de Água sobre as causas que ensejam eventual prorrogação do período de Operação Assistida;
- b) No que tange à **Cláusula Segunda**, sugere-se a inclusão do Contrato de Concessão no rol dos instrumentos coligados a este Contrato de Interdependência, sugerindo-se também a replicação do seu Anexo X ao contrato de interdependência, além da elaboração de normativo interno pela AGENERSA que disponha sobre o procedimento a ser adotado para elucidação de eventuais dúvidas surgidas sobre a aplicação deste contrato. Recomenda-se também a revisão da ordem de precedência entre os instrumentos coligados em caso de divergência;
- c) Relativamente à **Cláusula Quinta** a subcláusula 5.6 prevê que as atas de reunião lavradas pela CEDAE e disponibilizadas às partes e à Agência Reguladora “*valerão como documento integrante do contrato*”. Como a alteração ou complementação do contrato só poderia ser efetivada por termo aditivo, a ser celebrado com a anuência da Agência Reguladora, por se tratar de contrato relativo a serviço público regulado, sugere-se a supressão da expressão “que valerão como documento integrante do contrato”.
- d) Em relação à **Cláusula Sexta**, referente à medição do volume de água fornecido, bem como à instalação e substituição dos macromedidores, sugere-se incluir previsão de comunicação à Agência Reguladora; **Na subcláusula 6.1.** não consta preenchido o valor do metro cúbico de água a ser pago à CEDAE pelo fornecimento. Alerta-se que a fixação do valor deve ser com base em parâmetros definidos a partir de estudo técnico específico e fundamentado, que demonstre o valor tecnicamente adequado para a sustentabilidade financeira da CEDAE, como empresa estatal prestadora de serviço público essencial. Em relação à relevância da sustentabilidade financeira da CEDAE, reiteramos o que foi explicado no Parecer Conjunto nº 01/2020 – AHWM-HBR-TCA e na Promoção 02/2020 – HBR. Com relação à **subcláusula 6.8.2.**, recomenda-se a adaptação da subcláusula 6.8.2, *mutatis mutandis*, nos mesmos moldes preconizados no Parecer Conjunto nº 01/2020 – FAG/ASA/GUB/ARCY para a Cláusula 46 do Contrato de Concessão.
- e) No que concerne à **Cláusula Sétima**, especificamente em relação à subcláusula 7.2.2, sugere-se a inclusão de cláusula relativa à necessidade de apresentação pela concessionária de plano para a instalação de outras instrumentações nos pontos de entrega de água potável, com a localização destes pontos;
- f) Relativamente à **Cláusula Oitava**, tem-se os seguintes aspectos: (i) recomendação de que nas hipóteses assentadas nas subcláusulas 8.6.1 a 8.6.3, haja prévia manifestação da

AGENERSA com a finalidade de evitar futuros questionamentos quanto a descumprimentos contratuais e pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro; (ii) recomendação de harmonização das cláusulas atinentes à Operação Assistida nos contratos de Interdependência, Produção de Água e Concessão; e (iii) com relação à subcláusula 8.8.1., que prevê efeitos jurídicos para o “silêncio administrativo”, recomenda-se a sua adaptação tal qual recomendado acima para a subcláusula 6.8.2, *mutatis mutandis*, nos mesmos moldes preconizados no Parecer Conjunto nº01/2020 – FAG/ASA/GUB/ARCY para a Cláusula 46 do Contrato de Concessão.

- g) Em relação à **Cláusula Nona**, verifica-se o seguinte: (i) No que tange à subcláusula 9.3, quando se fala de inadimplemento da obrigação do fornecimento mínimo, parece-nos que a referência correta diz respeito às subcláusulas 8.4.2 e 8.4.3; (ii) Recomenda-se que a questão da força maior e caso fortuito, prevista no item 9.1, seja objeto de maior detalhamento, sendo conveniente a especificação do que pode ser considerado, para fins de reequilíbrio, situações de caso fortuito e força maior; e (iii) a subcláusula 9.2. refere-se a “hipóteses previstas a seguir” como ensejadoras do reequilíbrio econômico-financeiro em favor da concessionária recomendando-se que seja complementada, bem como que a cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro reflita, tanto quanto possível, *mutatis mutandis*, as recomendações do Parecer Conjunto nº01/2020 – FAG/ASA/GUB/ARCY, no que toca à cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.
- h) Relativamente às **Cláusulas Décima Primeira e Décima Segunda**, que cuidam, respectivamente, de hipótese de extinção do contrato e sucessão da concessionária e da CEDAE, (i) recomenda-se seja certificado se a hipótese de extinção exclusiva por expiração da vigência do contrato se coaduna com a minuta do contrato de concessão do caso concreto; (ii) alerta-se que na subcláusula 11.4 restou omitida uma palavra após “obrigações do”, e, ao que nos parece, trata-se de obrigações da Concessionária, pelo que se requer a sua retificação;
- i) No que tange à **Cláusula Décima Terceira**, constatou-se que a subcláusula 13.5.2 traz disposição que, ao que nos parece, não se coaduna com o Regimento Interno da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA³⁹, que traz prazo diverso, na forma de seu art. 21, inc. XXI, “a”⁴⁰, pelo que se requer seja a subcláusula ajustada ou se justifique a sua manutenção.
- j) Em relação à **Cláusula Décima Quinta**, que cuida dos aspectos atinentes a arbitragem, deverá ser indicada, no momento oportuno, a Câmara eleita, conforme o Decreto Estadual nº 46.245/2018;
- k) Por fim, no que tange a como se dará o reajustamento do cálculo da remuneração da CEDAE pelo fornecimento de água potável, especificamente em relação ao índice de reajuste contratual (IRC), que deverá refletir de maneira adequada a estrutura de custos da CEDAE, destacou-se a importância da atuação da Agência Reguladora sob o prisma de sua função integrativa para assegurar a maior completude do contrato; É de ressaltar, ainda, a relevância de que o reajustamento previsto na subcláusula 6.2 e todo o capítulo de equilíbrio econômico-financeiro daquela avença sejam tomados em conjunto com os demais instrumentos contratuais, evitando-se tratamento desarmônico.

Não é demasiado reiterar que as questões financeiras e operacionais contidas na minuta de contrato de interdependência, ora apreciada, não podem ser analisadas e resolvidas por meio deste

³⁹ AGENERSA: Lei Estadual nº. 4.556, de 6 de junho de 2005 e regulamentada pelo Decreto nº. 38.618, de 08 de dezembro de 2005 e alterado pelo Decreto Estadual nº. 40.431, de 18/12/2006.

⁴⁰ “Art. 21 - Compete à Secretaria Executiva [da AGENERSA]: XXI - expedir auto de infração para a execução das penalidades impostas por Deliberação emanada pelo Conselho Diretor, em conjunto com as Câmaras Técnicas: a) após o recebimento do auto de infração conceder-se-á um prazo de 5 (cinco) dias úteis para a apresentação de eventual defesa, respeitado no que couber as disposições contratuais”. (grifamos)

parecer jurídico, visto que os subscritores não têm qualificação técnica, nem atribuição funcional para análises de natureza financeira e operacional.

Daí a necessidade de a minuta ser objeto de parecer complementar, em que profissionais habilitados do Estado avaliem os aspectos financeiros e operacionais nela contidos, de modo a confirmar, sob a ótica do Estado, a adequação da modelagem apresentada pelo BNDES.

É igualmente imprescindível que a CEDAE, parte do contrato e a AGENERSA, como interveniente reguladora da relação jurídica, com funções especialmente indicadas no artigo 12, § 1º da Lei nº da Lei Federal nº 11.455/2007 (alterada pelo novo marco legal do saneamento - Lei Federal nº 14.026/2020), se pronunciem sobre a minuta objeto deste parecer, no que toca aos aspectos jurídicos, financeiros e operacionais, para assegurar que a modelagem proposta pelo BNDES é viável, no contexto do Estado do Rio de Janeiro.

Ressaltamos, por fim, que este parecer foi prolatado atendendo a pedido de urgência, relacionado à notória intenção do Poder Executivo Estadual de conferir celeridade ao procedimento de desestatização do serviço público de saneamento no Estado.

Conforme orientação do Exmo. Sr. Subprocurador Geral do Estado, submetemos o presente parecer ao Grupo de Trabalho criado pela Resolução PGE nº 4610 de 29 de setembro de 2020, para as considerações e sugestões cabíveis, para posterior apreciação do Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado.

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK MARTINS

Procurador do Estado

THIAGO CARDOSO ARAUJO

Procurador do Estado

HENRIQUE BASTOS ROCHA

Procurador do Estado

PROC. SEI-120207/000707/2020

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado,

Na qualidade de membros integrantes do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020¹, encaminhamos o Parecer Conjunto nº 02/2020 - AHWM/HBR/TCA, de lavra dos i. Procuradores do Estado Augusto Henrique Werneck Martins, Henrique Bastos Rochas e Thiago Cardoso Araújo por meio do qual analisada, sob o ângulo estritamente jurídico, a minuta de contrato de interdependência, a qual compõe o plexo de instrumentos jurídicos que serão formalizados pela CEDAE com a finalidade de operacionalizar a prestação regionalizada dos serviços de água e esgotamento sanitário, na forma do modelo de negócios desenvolvido pelo BNDES.

O Parecer Conjunto nº 02/2020 - AHWM/HBR/TCA foi submetido à análise pelo Grupo de Trabalho, que ao longo de reuniões (em regime de urgência), por intermédio dos seus Procuradores integrantes (que subscrevem a presente manifestação), realizaram amplo debate a respeito da temática em destaque.

O Grupo de Trabalho aprovou o pronunciamento, de modo todas **as conclusões do Parecer Conjunto nº 02/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB foram integralmente chanceladas.**

As conclusões finais do Parecer Conjunto, embora dotadas de inegável didática, não representam todos os pontos relevantes do pronunciamento, que **deverá ser lido e observado em sua integralidade pelas instâncias técnicas e políticas envolvidas, que deverão adotar as providências destacadas, nos limites das respectivas atribuições.**

Dito isso, registra-se que o Parecer Conjunto inicia traçando relevantes considerações sobre os contornos jurídicos da figura do contrato de interdependência.

No ponto, os nobres pareceristas assentam que o art. 12 da Lei nº 14.026/2020, ao estabelecer as diretrizes nacionais para o saneamento básico, possibilita a celebração de contrato de interdependência destinado a regular a relação entre prestadores de serviços complementares de saneamento básico, cujos aspectos deverão ser validados pela entidade reguladora respectiva.

O Parecer Conjunto bem destaca que contrato de interdependência é um instrumento de elevada importância para a convivência harmônica entre os prestadores de serviços de saneamento, e também para fins de atendimento aos princípios da universalização do acesso e efetiva prestação do serviço, da regularidade, da eficiência e da integralidade das atividades que compõem os serviços públicos de saneamento básico no Brasil (todos previstos no art. 2º da LNSB).

Na verdade, os nobres pareceristas registram que diante da autorização do legislador para que mais de um agente figure como responsável pela prestação dos serviços de saneamento básico, o contrato de interdependência possui o condão de permitir uma articulação racional entre os distintos prestadores das atividades relacionadas à gestão associada.

Ou seja: considerado o fracionamento no serviço público de saneamento básico entre, de um lado, a produção de água – *upstream* – e, de outro, a distribuição dessa mesma água para o consumidor final – *downstream* – surge a necessidade de coordenação entre duas pontas da cadeia de produção da utilidade pública.

É assim que assentam que embora as concessões que estão por vir representem uma redução das atuais atribuições da CEDAE, a estatal será preservada para realizar a captação e o tratamento da água a ser vendida às futuras concessionárias, atividade prevista nos termos dos contratos de interdependência a serem celebrados entre as concessionárias e a CEDAE.

¹ Grupo de Trabalho instituído com a finalidade de dar suporte jurídico e acompanhamento do projeto de desestatização dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário.

Feita uma exposição introdutória relativamente ao contrato de interdependência, passando, ainda, pela análise de outros ajustes celebrados no Estado do Rio de Janeiro, os nobres pareceristas passam a enfrentar aspectos ligados às cláusulas da minuta do contrato de interdependência, considerações essas integralmente chanceladas pelo Grupo de Trabalho.

Ainda assim, desde já, reforçamos o alerta no sentido de que o Parecer Conjunto naturalmente não enfrentou aspectos financeiros e jurídicos inerentes à minuta de contrato de interdependência, observado que os subscritores não têm qualificação técnica, nem atribuição funcional para análises de natureza financeira e operacional.

Não restam dúvidas, portanto, de que há necessidade de a minuta seja objeto de parecer complementar, em que profissionais habilitados do Estado avaliem os aspectos financeiros e operacionais nela contidos, de modo a confirmar, sob a ótica do Estado, a adequação da modelagem apresentada pelo BNDES.

Também segundo o Parecer Conjunto, é igualmente imprescindível que a CEDAE, parte do contrato e a AGENERSA, como interveniente reguladora da relação jurídica, com funções especialmente indicadas no artigo 12, § 1º da Lei nº da Lei Federal nº 11.455/2007 (alterada pelo novo marco legal do saneamento - Lei Federal nº 14.026/2020), se pronunciem sobre a minuta objeto deste parecer, no que toca aos aspectos jurídicos, financeiros e operacionais, para assegurar que a modelagem proposta pelo BNDES é viável, no contexto do Estado do Rio de Janeiro.

Ainda quanto a aspectos técnicos subjacentes ao contrato de interdependência, reforçamos a relevância das considerações sobre a cláusula sexta, subcláusula 6.1., **uma vez que não consta preenchido o valor do metro cúbico de água a ser pago à CEDAE pelo fornecimento. Nesse sentido, reiteramos o alerta de que a fixação do valor deve se dar com base em parâmetros definidos a partir de estudo técnico específico e fundamentado, que demonstre o valor tecnicamente adequado para a sustentabilidade financeira da CEDAE, como empresa estatal prestadora de serviço público essencial.**

No mais, **na esteira do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.842/RJ**, vale ressaltar os constantes alertas de anteriores pareceres no sentido de que as atribuições de poderes e posições jurídicas ao Estado estipulada ao longo do contrato explicitem que o Estado Rio de Janeiro está a exercer tal ou qual atribuição, competência ou poder, ou, ainda, assumindo ônus e obrigações, não em nome próprio por direito nativo, mas como mandatário de terceiros, os titulares do serviço público de saneamento básico.

No que concerne às recomendações, destacamos, sem prejuízo das demais, (i) a necessidade de revisão da cláusula segunda, que trata das regras de interpretação do contrato de interdependência, (ii) a necessidade de validação técnica por parte de algum órgão do Estado, dotado de expertise técnica, para validar a forma paramétrica para cálculo do Índice de Reajuste Contratual (IRC) – subcláusula 6.1, (iii) considerando que a CEDAE não é parte do Contrato de Concessão, a necessidade de que o conteúdo do Anexo X do contrato de Concessão seja replicado no contrato ora em análise, ou mesmo deslocado em definitivo para o presente contrato, (iv) a necessidade de validação técnica em relação aos cálculos referidos na subcláusula 9.3, a exemplo do recomendado em relação na subcláusula 6.1 e (v) a necessidade que a proporção entre os fatores de ponderação do índice de reajuste contratual – IRC também seja objeto de validação por órgão do Estado com expertise técnica.

De resto, consideramos relevantes reproduzir os pontos extraídos das conclusões finais do pronunciamento:

- a) Em relação à **Cláusula Primeira**, que traz definições relevantes para compreensão do presente contrato, indaga-se, para fins de padronização entre os diversos instrumentos coligados: (i) sobre a ausência das atribuições do “Comitê de Transição” ao longo deste ajuste, ao passo que tal órgão é previsto expressamente nos Contratos de Produção de Água e de Concessão; (ii) quanto a incongruência constatada entre esta avença e o*

Contrato de Produção de Água sobre as causas que ensejam eventual prorrogação do período de Operação Assistida;

- b) No que tange à **Cláusula Segunda**, sugere-se a inclusão do Contrato de Concessão no rol dos instrumentos coligados a este Contrato de Interdependência, sugerindo-se também a replicação do seu Anexo X ao contrato de interdependência, além da elaboração de normativo interno pela AGENERSA que disponha sobre o procedimento a ser adotado para elucidação de eventuais dúvidas surgidas sobre a aplicação deste contrato. Recomenda-se também a revisão da ordem de precedência entre os instrumentos coligados em caso de divergência;*
- c) Relativamente à **Cláusula Quinta** a subcláusula 5.6 prevê que as atas de reunião lavradas pela CEDAE e disponibilizadas às partes e à Agência Reguladora “valerão como documento integrante do contrato”. Como a alteração ou complementação do contrato só poderia ser efetivada por termo aditivo, a ser celebrado com a anuência da Agência Reguladora, por se tratar de contrato relativo a serviço público regulado, sugere-se a supressão da expressão “que valerão como documento integrante do contrato”.*
- d) Em relação à **Cláusula Sexta**, referente à medição do volume de água fornecido, bem como à instalação e substituição dos macromedidores, sugere-se incluir previsão de comunicação à Agência Reguladora; Na **subcláusula 6.1.** não consta preenchido valor do metro cúbico de água a ser pago à CEDAE pelo fornecimento. Alerta-se que a fixação do valor deve ser com base em parâmetros definidos a partir de estudo técnico específico e fundamentado, que demonstre o valor tecnicamente adequado para a sustentabilidade financeira da CEDAE, como empresa estatal prestadora de serviço público essencial. Em relação à relevância da sustentabilidade financeira da CEDAE, reiteramos o que foi explicado no Parecer Conjunto nº 01/2020 – AHWM-HBR-TCA e na Promoção 02/2020 – HBR. Com relação à **subcláusula 6.8.2.**, recomenda-se a adaptação da subcláusula 6.8.2, *mutatis mutandis*, nos mesmos moldes preconizados no Parecer Conjunto nº 01/2020 – FAG/ASA/GUB/ARCY para a Cláusula 46 do Contrato de Concessão.*
- e) No que concerne à **Cláusula Sétima**, especificamente em relação à subcláusula 7.2.2, sugere-se a inclusão de cláusula relativa à necessidade de apresentação pela concessionária de plano para a instalação de outras instrumentações nos pontos de entrega de água potável, com a localização destes pontos;*
- f) Relativamente à **Cláusula Oitava**, tem-se os seguintes aspectos: (i) recomendação de que nas hipóteses assentadas nas subcláusulas 8.6.1 a 8.6.3, haja prévia manifestação da AGENERSA com a finalidade de evitar futuros questionamentos quanto a descumprimentos contratuais e pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro; (ii) recomendação de harmonização das cláusulas atinentes à Operação Assistida nos contratos de Interdependência, Produção de Água e Concessão; e (iii) com relação à subcláusula 8.8.1., que prevê efeitos jurídicos para o “silêncio administrativo”, recomenda-se a sua adaptação tal qual recomendado acima para a subcláusula 6.8.2, *mutatis mutandis*, nos mesmos moldes preconizados no Parecer Conjunto nº 01/2020 – FAG/ASA/GUB/ARCY para a Cláusula 46 do Contrato de Concessão.*
- g) Em relação à **Cláusula Nona**, verifica-se o seguinte: (i) No que tange à subcláusula 9.3, quando se fala de inadimplemento da obrigação do fornecimento mínimo, parece-nos que a referência correta diz respeito às subcláusulas 8.4.2 e 8.4.3; (ii) Recomenda-se que a questão da força maior e caso fortuito, prevista no item 9.1, seja objeto de maior detalhamento, sendo conveniente a especificação do que pode ser considerado, para fins de reequilíbrio, situações de caso fortuito e força maior; e (iii) a subcláusula 9.2. refere-se a “hipóteses previstas a seguir” como ensejadoras do reequilíbrio econômico-financeiro em favor da concessionária recomendando-se que seja complementada, bem como que a cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro reflita, tanto quanto possível, *mutatis mutandis*, as recomendações do Parecer Conjunto nº 01/2020 –*

FAG/ASA/GUB/ARCY, no que toca à cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

- h) *Relativamente às Cláusulas Décima Primeira e Décima Segunda, que cuidam, respectivamente, de hipótese de extinção do contrato e sucessão da concessionária e da CEDAE, (i) recomenda-se seja certificado se a hipótese de extinção exclusiva por expiração da vigência do contrato se coaduna com a minuta do contrato de concessão do caso concreto; (ii) alerta-se que na subcláusula 11.4 restou omitida uma palavra após “obrigações do”, e, ao que nos parece, trata-se de obrigações da Concessionária, pelo que se requer a sua retificação;*
- i) *No que tange à Cláusula Décima Terceira, constatou-se que a subcláusula 13.5.² traz disposição que, ao que nos parece, não se coaduna com o Regimento Interno da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA2, que traz prazo diverso, na forma de seu art. 21, inc. XXI, “a”³, pelo que se requer seja a subcláusula ajustada ou se justifique a sua manutenção.*
- j) *Em relação à Cláusula Décima Quinta, que cuida dos aspectos atinentes a arbitragem, deverá ser indicada, no momento oportuno, a Câmara eleita, conforme o Decreto Estadual nº 46.245/2018;*
- k) *Por fim, no que tange a como se dará o reajustamento do cálculo da remuneração da CEDAE pelo fornecimento de água potável, especificamente em relação ao índice de reajuste contratual (IRC), que deverá refletir de maneira adequada a estrutura de custos da CEDAE, destacou-se a importância da atuação da Agência Reguladora sob o prisma de sua função integrativa para assegurar a maior completude do contrato; É de ressaltar, ainda, a relevância de que o reajustamento previsto na subcláusula 6.2 e todo o capítulo de equilíbrio econômico-financeiro daquela avença sejam tomados em conjunto com os demais instrumentos contratuais, evitando-se tratamento desarmônico.*

Feitos os apontamentos acima, o Grupo de Trabalho aprova o Parecer Conjunto nº 02/2020 - AHW/M/HBR/TCA, no que reitera todas as conclusões e recomendações formalizadas no referido pronunciamento.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 9 de dezembro de 2020.

RODRIGO CRELIER ZAMBÃO DA SILVA

Procurador do Estado

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Procurador do Estado

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

² AGENERSA: Lei Estadual nº. 4.556, de 6 de junho de 2005 e regulamentada pelo Decreto nº. 38.618, de 08 de dezembro de 2005 e alterado pelo Decreto Estadual nº. 40.431, de 18/12/2006.

³ 3“Art. 21 - Compete à Secretaria Executiva [da AGENERSA]: XXI - expedir auto de infração para a execução das penalidades impostas por Deliberação emanada pelo Conselho Diretor, em conjunto com as Câmaras Técnicas: a) após o recebimento do auto de infração conceder-se-á um prazo de 5 (cinco) dias úteis para a apresentação de eventual defesa, respeitado no que couber as disposições contratuais”. (grifamos)

NATHALIE CARVALHO GIORDANO MACEDO
Procuradora do Estado

VISTO

PROC. SEI-120207/000707/2020

Visto. Aprovo o bem lançado Parecer Conjunto nº 02/2020 - AHWM/HBR/TCA, de lavra dos i. Procuradores do Estado Augusto Henrique Werneck Martins, Henrique Bastos Rochas e Thiago Cardoso Araújo por meio do qual analisada, sob o ângulo estritamente jurídico, a minuta de contrato de interdependência, a qual compõe o plexo de instrumentos jurídicos que serão formalizados pela CEDAE com a finalidade de operacionalizar a prestação regionalizada dos serviços de água e esgotamento sanitário, na forma do modelo de negócios desenvolvido pelo BNDES.

Assim como fiz relativamente aos anteriores Pareceres Conjuntos submetidos ao Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020, destaco o acerto do pronunciamento que, de forma profunda e didática, sempre atento à relevância e complexidade do empreendimento, realizou minuciosa análise das repercussões jurídicas que gravitam o a minuta de contrato de interdependência elaborada em razão do processo de desestatização em andamento.

Na oportunidade, para evitar repetições desnecessárias, **permito-me reforçar os aspectos devidamente destacados no pronunciamento oriundo do Grupo de Trabalho, sem prejuízo dos demais pontos veiculados Parecer Conjunto nº 02/2020 - AHWM/HBR/TCA.**

Destaco, portanto, os contornos jurídicos do contrato de interdependência, o qual, consoante bem delimitado pelos nobres pareceristas, é um instrumento de elevada importância para a convivência harmônica entre os prestadores de serviços de saneamento, e também para fins de atendimento aos princípios da universalização do acesso e efetiva prestação do serviço, da regularidade, da eficiência e da integralidade das atividades que compõem os serviços públicos de saneamento básico no Brasil (todos previstos no art. 2º da LNSB).

Na esteira do que ficou consignado no encaminhamento do Grupo de Trabalho, salienta-se que diante da autorização do legislador para que mais de um agente figure como responsável pela prestação dos serviços de saneamento básico, o contrato de interdependência possui o condão de permitir uma articulação racional entre os distintos prestadores das atividades relacionadas à gestão associada.

Não há dúvida de que observado o fracionamento no serviço público de saneamento básico entre, de um lado, a produção de água – *upstream* – e, de outro, a distribuição dessa mesma água para o consumidor final – *downstream* – surge a necessidade de coordenação entre duas pontas da cadeia de produção da utilidade pública.

É assim que ambos os pronunciamentos registram que embora as concessões que estão por vir representem uma redução das atuais atribuições da CEDAE, a estatal será preservada para realizar a captação e o tratamento da água a ser vendida às futuras concessionárias, atividade prevista nos termos dos contratos de interdependência a serem celebrados entre as concessionárias e a CEDAE.

Alguns outros pontos ainda merecem especial atenção:

1. a necessidade de a minuta seja objeto de parecer complementar, em que profissionais habilitados do Estado avaliem os aspectos financeiros e operacionais nela contidos, de modo a confirmar, sob a ótica do Estado, a adequação da modelagem apresentada pelo BNDES;
2. é imprescindível que a CEDAE, parte do contrato e a AGENERSA, como interveniente reguladora da relação jurídica, com funções especialmente indicadas no artigo 12, § 1º da Lei nº da Lei Federal nº 11.455/2007 (alterada pelo novo marco legal do saneamento - Lei Federal nº 14.026/2020), se pronunciem sobre a minuta objeto deste parecer, no que toca aos aspectos jurídicos, financeiros e operacionais,

para assegurar que a modelagem proposta pelo BNDES é viável, no contexto do Estado do Rio de Janeiro.

3. a relevância das considerações sobre a cláusula sexta, subcláusula 6.1., uma vez que não consta preenchido o valor do metro cúbico de água a ser pago à CEDAE pelo fornecimento, de modo que reitero o alerta de que a fixação do valor deve se dar com base em parâmetros definidos a partir de estudo técnico específico e fundamentado, que demonstre o valor tecnicamente adequado para a sustentabilidade financeira da CEDAE, como empresa estatal prestadora de serviço público essencial;
4. na esteira do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.842/RJ, os cuidados necessários quanto à definição da posição jurídica do Estado do Rio de Janeiro nos ajustes vinculados ao processo de desestatização.

De resto, reporto-me às demais considerações ventiladas no Parecer Conjunto e no Encaminhamento do Grupo de Trabalho, **notadamente no que propõem ajustes, formalizam recomendações e solicitam esclarecimentos relativamente a cláusulas específicas do contrato de interdependência.**

À Secretaria de Estado da Casa Civil, em prosseguimento.

BRUNO DUBEUX
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO