

INSTITUTO RIO METRÓPOLE

Parecer Conjunto PG-IRM nº 1/2020 – Nathalie Carvalho Giordano Macedo e Patrícia Maria de Mattos Coelho Rodrigues

Processo nº SEI-220002/001019/2020

Ementa: projeto de desestatização dos serviços de Saneamento básico. Instrumentos jurídicos e técnicos. Realização de consulta e audiência públicas. Disposições da lei complementar estadual n. 184/2018 e Da lei federal n. 11.445/2007 com a redação do novo Marco legal do saneamento. Viabilidade jurídica desde que atendidas as recomendações apontadas para a Instrução dos autos e adequação das minutas.

Ao Exmº Dr. **BERNARDO SANTORO PINTO MACHADO**

MD. Presidente do INSTITUTO RIO METRÓPOLE

1. Relatório

O presente processo foi instaurado a partir do envio do Ofício SEDEERI/GAB SEI Nº 504/2020 do então Exmo. Sr. Secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais (9676258), Marcelo Lopes, dirigido à Presidência do Instituto Rio MetrÓpole – IRM, tendo por finalidade encaminhar documentos do projeto de desestatização dos serviços de saneamento básico para análise jurídica e técnica deste Instituto, com vistas a subsidiar a decisão do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (CDRM), nos termos do art. 11, VII, c, da Lei Complementar Estadual nº 184/2018.

A Chefia de Gabinete da Presidência do IRM, por seu turno, encaminhou os autos a esta Procuradoria solicitando análise jurídica.

A referida comunicação da SEDEERI foi instruída com o Ofício SEDEERI/GAB SEI Nº 482/2020 (9516189), por cujo intermédio foram encaminhados à Procuradoria Geral do Estado – PGE, para análise, nos termos do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, as minutas dos instrumentos relativos ao projeto de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no âmbito da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ) e dos Municípios aderentes ao projeto. As minutas remetidas para o IRM para análise jurídica foram as seguintes (documentos abaixo citados se referem ao processo SEI n. 120207/000707/2020):

1. Edital de concorrência internacional (9164561) e Anexos II, III, IV e V (9164573);
2. Contrato de concessão (9164584) e anexos abaixo especificados[2]:
 - Indicadores de Desempenho e Metas de Atendimento – Anexo III (9164590);

- Caderno de encargos – Anexo IV (9164610);
 - Disposições para contratação de verificador e certificador independentes – Anexo V (9164621);
 - Estrutura tarifária e serviços complementares – Anexo VII (9164628);
 - Disposições para a contratação de garantias – Anexo VIII (9164651);
 - Conselho de Titulares – Anexo IX (9164660);
 - Disposições sobre a governança entre blocos do sistema de abastecimento de água – Anexo X (9165222);
 - Contrato de constituição de conta vinculada – Anexo XI (9165229);
 - Comitê de Monitoramento – Anexo XII (9165237);
 - Diretrizes para elaboração dos fluxos de caixa para fins de reequilíbrio econômico-financeiro – Anexo XIII (9165246);
3. Instrumentos de gestão associada: convênio de cooperação (9676227) e contrato de gerenciamento (9529996);
 4. Contrato de interdependência (Anexo VI do contrato de concessão) e contratos de interdependência firmados pela Cedae e os Municípios de Macaé (9165272) e São João de Meriti (9165359) – estes dois últimos correspondem ao Anexo XV do contrato de concessão;
 5. Contrato de produção de água (9165411);
 6. Contrato de indenização a ser celebrado entre o Estado do
 7. Rio de Janeiro e a CEDAE, visando à disciplina da subrogação de obrigações inerentes aos contratos de programa celebrados entre a CEDAE e os municípios (9165415);

Na comunicação dirigida à PGE, o Exmo. Sr. Secretário de Estado e Desenvolvimento Econômico tece considerações acerca da contratação do BNDES e a evolução do trabalho desenvolvido pelo Banco, sobre a opção do Estado pelo modelo de concessão *upstream/downstream*, e, ainda, sobre aspectos específicos do edital e dos instrumentos negociais que compõem o projeto acima referidos.

Na sequência dos autos eletrônicos, consta também o recente Parecer n° 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY (9516384), e seus vistos (9516707 e 9516950), em que foram analisados os instrumentos de gestão associada do projeto, cujas minutas foram inseridas nos autos a seguir (9529996 e 9676227, respectivamente).

Posteriormente, em 27/10/2020, o Exmo. Sr. Secretário de Estado e Desenvolvimento Econômico formaliza o envio de novas minutas dos instrumentos de gestão associada (9685761), que afirma terem sido adequadas pelo BNDES ao Parecer Jurídico n. 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY, solicitando parecer jurídico a respeito delas, quais sejam, o contrato de gerenciamento (9685594) e o convênio de cooperação entre o Estado do Rio de Janeiro e a Região Metropolitana (9676227).

Acerca do desenvolvimento do projeto, especificamente no âmbito da governança metropolitana, os autos foram instruídos pela Secretaria Executiva com os seguintes documentos a respeito do Conselho Deliberativo:

- Publicação em Diário Oficial da convocação do Conselho Deliberativo (9725802) e ata da subsequente Reunião do CD ocorrida em 28/11/2019 (9726210);
- Publicação em Diário Oficial da convocação do Conselho Deliberativo (9726324) e ata da subsequente Reunião ocorrida em 12/02/2020 (9726439);
- Publicação em Diário Oficial da convocação do Conselho Deliberativo (9726645) e ata da subsequente Reunião ocorrida em 29/05/2020 (9726775).

Constam também os documentos a seguir acerca das ações relacionadas ao Conselho Consultivo:

- Publicação em Diário Oficial da convocação do Conselho Consultivo (9728521) e ata da subsequente Reunião ocorrida em 03/08/20 (9728684);
- Publicação em Diário Oficial da convocação do Conselho Consultivo (9728787) e ata da subsequente Reunião ocorrida em 24/09/20 (9728892);
- Ofício da Secretaria Executiva encaminhado ao BNDES solicitando esclarecimentos exigidos pelos Conselheiros na Reunião ocorrida em 24/9/20 (9729172);
- Resposta com esclarecimentos do BNDES (9729253) comunicada aos membros do Conselho Consultivo (9729365)

No que concerne aos demais atos e procedimentos externos para assegurar a participação popular, no âmbito da consulta e audiências públicas, estão inseridos nos autos:

- Publicação em Diário Oficial da convocação para consulta e as audiências públicas (9727282);
- Publicação em Diário Oficial da prorrogação do prazo da consulta pública de 30 (trinta) para 60 (sessenta) dias (9727769),
- Ações de divulgação do Instituto Rio Metr pole (9727638);
- Listagem da documenta o disponibilizada no sítio eletrônico da consulta pública, www.rj.gov.br/consultapublica (9726902);
- Plano Metropolitano de Saneamento submetido   consulta (9726983),
- Regras da primeira audiência pública (9727396),
- Publica o da ata da 1  audiência pública (9727526)
- Apresenta o do projeto (9727934);
- Exposi o sobre o modelo jurídico adotado (9728057);
- Explica o do projeto ao cidadão (9728156);
- Regras da 2  audiência pública (9728222);
- Ata da 2  audiência pública (9728331);

- Ata da 3ª Audiência Pública (9918009).

O processo conta ainda com: Ofício da Procuradoria do Instituto Rio Metr pole para o BNDES sobre o PEDUI (10124583), E-mail do BNDES de Resposta ao ofício sobre o PEDUI, encaminhando nota técnica da CONCREMAT contendo avalia o acerca da compatibilidade do projeto com o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (10124791).

Posteriormente, em 10 de novembro de 2020, há novo Ofício enviado pelo então Exmo. Sr. Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Rela es Internacionais noticiando outras altera es nas minutas de instrumentos de gestão associada pelo BNDES, encaminhado ao Presidente do Instituto Rio Metr pole (10161500).

Foram recebidas, portanto, minutas dos mesmos instrumentos numa terceira versão: contrato de gerenciamento (10161444) e convênio de coopera o (10161470), encaminhadas pela Chefia de Gabinete do IRM   Diretoria de Gestão Interna (10456873).

Em seguida, tem-se notas técnicas sobre variados temas do projeto emitidas pelo BNDES (10901106 e 10901467), pelo escritório Vernalha Guimarães & Pereira Advogados (10900758, 9833733, 9818067, 10901384) e pela Concremat Engenharia e Tecnologia (10124886), estes últimos integrantes do consórcio técnico contratado pelo BNDES para consultoria na estrutura o do projeto.

Diante da extensa quantidade de documentos técnicos, deixaremos de abordar no relatório o conteúdo detalhado de cada um, mas salientamos que as referidas notas técnicas e seu conteúdo, assim como as manifesta es do Exmo. Sr. Secretário, foram analisadas, baseiam o presente parecer e serão citadas por ocasião da análise dos respectivos temas correlatos no seu desenvolvimento.

A partir desse rol de documentos, notas técnicas, instrumentos jurídicos e técnicos, será necessário analisar todo o contexto jurídico que permeia e d  substância ao projeto, naturalmente com maior enfoque nos aspectos centrais e estruturantes que digam respeito   atua o e às competências da RMRJ e os contratos que serão por ela celebrados, apontando as corre es que se façam necessárias, e indicando as providências que terão lugar a seguir, sobretudo por parte da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ).

As minutas objeto deste parecer foram aquelas também submetidas   PGE, com exce o unicamente das minutas dos contratos de gerenciamento (10161470) e convênio de coopera o (10161444), remetidas em ulterior versão pelo Exmo. Sr. Secretário de Desenvolvimento Econômico, com a informa o de que teriam sido consolidadas para atendimento a Parecer Jurídico da PGE (10161500).

Não constaram na consulta, a minuta da Resolu o de delega o do Conselho Deliberativo, ponto central do projeto a nosso sentir, eis que tem por propósito delegar ao Estado atribui es como a realiza o da licita o e a gestão dos contratos de concessão, além de estabelecer pontos centrais da presta o regionalizada dos serviços, bem como a minuta dos termos de rescisão dos contratos de programa celebrados entre a CEDAE e os Municípios. Assim, por terem conhecimento da sua existência e diante da sua imprescindibilidade para o projeto, analisaram as subscritoras as minutas submetidas   consulta pública (www.rj.gov.br/consultapublica), que serão anexadas após o presente parecer para o necessário registro.

Registra-se, ainda, que **o presente   elaborado em caráter de urgência diante do cronograma informado pelos gestores do projeto** – há reunião do Conselho Deliberativo agendada para o dia 17-12-2020 que tem entre os itens da pauta delibera es sobre o projeto. Deve-se destacar também, tal como se observa nos autos eletrônicos, o recebimento frequente, após a consulta que originou o processo, de novos documentos técnicos e jurídicos que demandaram constantes reanálises por parte das subscritoras. Por essas razões, em especial a limita o temporal e diante da alta complexidade do projeto, os temas enfrentados serão tratados da forma mais objetiva possível, sem prejuízo do propósito de orienta o jurídica ao gestor consulente.

Por fim, de forma a sistematizar a análise, o parecer foi organizado, além do presente relatório, por meio dos capítulos a seguir desenvolvidos:

2. Considerações prévias sobre a atividade de consultoria jurídica da Procuradoria do Instituto Rio Metr pole.
3. Necessidade de avalia o do projeto pelo gestor metropolitano.
4. Manifesta es jurídicas da Procuradoria-Geral do Estado
5. A titularidade dos serviços de saneamento básico. Esclarecimentos sobre o modelo de desestatiza o proposto.
 - 5.1. Competência dos serviços de saneamento básico no âmbito da Região Metropolitana
 - 5.2. A contrata o do Bndes e a modelagem sugerida
 - 5.3. Sobre o papel do Estado como mandatário dos titulares
6. Novo modelo de governança na Região Metropolitana do Rio de Janeiro.
7. Planejamento metropolitano e Pedui. Sobre o Plano Metropolitano de saneamento. Forma de elabora o. Competência. Forma de veicula o do plano.
8. Outras disposi es da Lei Complementar estadual n  184/2018.
 - 8.1. Participa o popular e controle social
 - 8.2. Oitiva   ALerj
9. Sobre as minutas dos instrumentos jurídicos relacionados nos autos.
 - 9.1. Resolu o de delega o.
 - 9.2. Edital.
 - 9.3. Contrato de concessão.
 - 9.4. Anexo X – Governança do Sistema – Obriga es do Instituto Rio Metr pole
 - 9.5. Anexo IX – Conselhos de titulares.
 - 9.6. Convênio de coopera o e contrato de gerenciamento da Região Metropolitana
 - 9.7. Termos de rescisão dos contratos de programa.
10. Conclusões.

  o relatório, pelo que passamos a opinar.

2. Considera es prévias sobre a atividade de consultoria jurídica da Procuradoria do Instituto Rio Metr pole

Diante do que dispõe o art. 16 da Lei Complementar Estadual nº 184/2018¹, compete a esta Procuradoria a atividade de consultoria jurídica que envolva a elaboração de pareceres jurídicos em matérias de interesse do Instituto Rio Metr pole e do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

Por sua vez, segundo o que prevê o art. 14, I e II do Decreto Estadual n  46.893/2019², que instalou o Instituto Rio Metr pole, regulamentando a referida Lei Complementar, essa consultoria abrange, entre outras fun es, a assessoria jurídica no controle interno para a preserva o da legalidade e integralidade dos atos da entidade/órgãos da governança metropolitana, a prote o do interesse público, bem como o exame e aprova o dos instrumentos jurídicos a serem celebrados no seu âmbito. No mesmo sentido, disp  o art. 38, parágrafo único da Lei Federal 8.666/1993³.

As manifesta es produzidas pela Procuradoria do Instituto Rio Metr pole, apesar de obrigatórias, não são vinculativas para o gestor público, que pode delas discordar, devendo, para tanto, apresentar as razões de fato e de direito que lhe deem sustentan o⁴. Isso porque *“o parecer jurídico não reflete o exercício de competência decisória. O assessor jurídico não   investido de poder para determinar a prática ou a omissão de um ato administrativo. A competência decisória   reservada   autoridade administrativa”*⁵.

Naturalmente, esta Procuradoria presta consultoria sob o prisma estritamente jurídico. Não lhe compete adentrar a análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados pelo gestor público no âmbito do Projeto de Desestatiza o dos Serviços de Saneamento, tampouco examinar os aspectos de natureza eminentemente técnica, econômica ou administrativa das minutas submetidas   análise por fugirem   *expertise* e às atribui es da Procuradoria.

No caso em tela, há, ainda, que ser levado em considera o o exíguo prazo de resposta da consulta em rela o ao volume total de páginas a serem analisadas, assim como o ineditismo e grau de complexidade da opera o jurídico-econômica envolvida.

Realizadas tais considera es iniciais, passa-se   análise solicitada pela Presidência.

3. Necessidade de avalia o do projeto pelo gestor metropolitano

  imprescindível que o gestor metropolitano promova uma detalhada análise técnica de todos os documentos que integram do projeto, acerca das decisões a serem adotadas quanto   política de saneamento, decisões relacionadas   licita o, adequa o dos projetos de engenharia, estimativas de custos, valores, fórmulas econ micas, enfim, todos os pontos que caracterizam a modelagem, sem prejuízo daqueles que serão citados ao longo desse parecer.

¹ “O Instituto Rio Metr pole contará com uma Procuradoria, incumbida da representa o judicial e da consultoria do Instituto e do Conselho Deliberativo, a ser formada por Procuradores do Estado e Procuradores de carreira dos Municípios integrantes da Região Metropolitana, a serem cedidos ao Instituto pelo prazo de até três anos, renováveis, por igual período.” (Grifou-se).

² “Art. 14 - A Procuradoria do Instituto Rio Metr pole   incumbida da representa o judicial e da consultoria do Instituto e do Conselho Deliberativo, cabendo-lhe ainda:

I - Assessorar os gestores do Instituto Rio Metr pole na preserva o da legalidade e integralidade dos seus atos, na edi o e interpreta o de atos normativos, de atos editados pelo Poder Público, de contratos e outros instrumentos celebrados pela administra o direta e indireta e de outros entes da Sociedade;

II - Examinar e aprovar previamente, observadas as minutas padronizadas pela Procuradoria Geral do Estado, as minutas de editais de concurso público, de licita o, de contratos, convênios, ajustes e acordos, inclusive de natureza trabalhista;”.

³ “As minutas de editais de licita o, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administra o.”

⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licita o e Contra o*, 1  ed., São Paulo: NDJ, 2012. p. 138

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários   Lei de Licita es e Contratos Administrativos: Lei n  8.666/1993*, 16  ed., rev., atual e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 688.

Apesar da existência de manifestações técnicas nos autos, que serão citadas oportunamente, os documentos foram produzidos pelo BNDES, consultor contratado, e pelos integrantes do consórcio por ele contratado, por vezes ratificada pela SEDEERI. No entanto, além de necessária uma análise técnica do gestor estadual – o que também foi apontado pela Procuradoria Geral do Estado no Parecer Conjunto n. 1/2020/ARCY/ASA/FAG/GUB –, também não consta nos autos nota técnica ou outro documento do gestor metropolitano contendo tal avaliação, o que deve ser providenciado.

4. Manifestações jurídicas da Procuradoria-Geral do Estado

O projeto de desestatização dos serviços de saneamento teve início ainda antes da edição da Lei Complementar Estadual n° 184/2018 e da própria instituição da entidade e órgãos metropolitanos, por meio da contratação dos serviços de consultoria do BNDES pelo Estado. Por tal razão, e também por causa de suas consequências em relação à CEDAE e da figura central do Estado como delegatário dos titulares dos serviços de saneamento, algumas questões jurídicas prejudiciais tiveram que ser respondidas ao longo desse período pela Procuradoria-Geral do Estado. A propósito, relacionamos abaixo os respectivos pareceres e seu objeto resumido.

2019

<u>Parecer</u>	<u>Objeto</u>
Parecer n° 03/2019 GUB	Questão federativa em face das leis locais e legislação estadual (quesitos 1.5; 1.7; 1.8; e 1.9)
Parecer n° 07/2019 ASA	Privatização da CEDAE up stream e suas implicações (quesitos 1.10 e 4.1)
Parecer n° 07/2019 JVSM PG 17	Análise de pagamentos ao ERJ e indenizações (quesitos 2.1 e 3.1)
Parecer n° 09/2019 ARCY PG 17	Competência metropolitana e o papel do ERJ (quesitos 1.1; 1.2;1.3;1.4; e 1.6)

2020

Parecer n° 1-A/2020/ARCY/PG-17	Impactos nos contratos de concessão de saneamento em vigor nos Municípios de Niterói, Petrópolis e Guapimirim
Parecer n° 04/2020/ASA/PG-17	Possibilidade de realização de audiência pública virtual, dada a Pandemia do COVID19
Parecer n° 03/2020/JVSM/PG-17	Viabilidade da realização pelo ERJ de consulta e/ou audiência pública de planos de saneamento
Parecer n° 06/2020/GUB/PG-17	Prazo de vigência do contrato de concessão: cláusula 7 do contrato (35 anos) X Lei Estadual de n° 2.831/97 (25 anos)
Parecer n° 07/2020/ASA/PG-17	Possibilidade de a CEDAE resilir unilateralmente os contratos de programa vigentes com os Municípios que não aderiram ao projeto
Parecer n° 5-20/ARCY/PG-17	Exame dos instrumentos de gestão associada.
Parecer Conjunto n° 01-20/ARCYFAG/PG-17	Exame da viabilidade jurídica de minuta de

	Edital de Concorrência Internacional.
Parecer Conjunto nº 01-20/ ASA/ARCY/FAG/GUB/PG-17	Exame da viabilidade jurídica da minuta do contrato de concessão.

Os dois últimos pronunciamentos, quais sejam, o Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG/PG-17 e o Parecer Conjunto nº 01-20/ASA/ARCY/FAG/GUB/PG17, foram também objeto de visto do Grupo de Trabalho, integrado pela Procuradora-Geral do IRM, criado pela Resolução PGE nº 4.610/2020, que tem por finalidade promover o suporte jurídico e acompanhamento do projeto de desestatização dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado.

Os pareceres acima referenciados, que analisaram de forma extensa e com excelência variados temas, serão, sempre que necessário, citados, notadamente quando tocarem pontos específicos que também precisarão ser enfrentados nesse parecer, registrando-se que foram anexados ao final do presente com os respectivos vistos.

5. A titularidade dos serviços de saneamento básico. Esclarecimentos sobre o modelo de desestatização proposto

5.1. Competência dos serviços de saneamento básico no âmbito da Região Metropolitana

Os serviços públicos de saneamento básico⁶ são de **competência municipal**, fundada no art. 30, V da Constituição da República⁷. E, **no caso da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, a titularidade de tais serviços é desta última**, conforme dispõem os art. 3º, II e 11, VII da Lei Complementar Estadual nº 184/2018, que a (re)criou⁸.

De acordo com o art. 25, § 3º da Constituição da República “*os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum*”.

A atribuição da titularidade dos serviços de saneamento ao Colegiado representado na RMRJ e, pois, a execução regionalizada de tais serviços, está em consonância com o acórdão proferido no julgamento da ADI 1842-RJ (temática a ser enfrentada adiante), com o Estatuto da Metrôpole (Lei Federal nº 13.089/2015) e com o superveniente novo marco legal do saneamento (Lei Federal nº 14.026/2020).

⁶ De acordo com o disposto no art. 3º, I, da Lei Federal nº 11.445/2007, já alterada pela Lei Federal nº 14.026/2020, “o saneamento básico compreende os serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.” A concessão tratada nestes autos abarca os serviços de **abastecimento de água potável** e de **esgotamento sanitário**.

⁷ Art. 30. Compete aos Municípios: (...)

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo, que tem caráter essencial;”

⁸ Art. 3º. **Consideram-se de interesse metropolitano ou comum** as funções públicas e os serviços que atendam a mais de um município, assim como aqueles que, embora restritos ao território de um deles, sejam, de algum modo, dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados entre si, notadamente: (...)

II – o saneamento básico, assim definido pela legislação federal, 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, sendo que: (...)

Art. 11. São atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro: (...)

VII – exercer sua titularidade em relação aos serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, observando os Planos Diretores e a legislação urbanística e, principalmente, a situação operacional específica dos municípios envolvidos, incluindo: (...)” (grifos nossos).

Com efeito, dispõe o Estatuto da Metrópole que considera-se região metropolitana a “*unidade regional instituída pelos Estados, mediante lei complementar, constituída por agrupamento de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum*” (art. 2, VII), as quais conceitua como “*política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes*” (art. 2º, II). A lei complementar estadual que instituir uma região metropolitana deverá definir, no mínimo, “*os campos funcionais ou funções públicas de interesse comum que justificam a instituição da unidade territorial urbana*” (art. 5º, II).

A norma vai além, ao prever, no art. 7º, II, que a governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas observará, como diretriz específica, o “*estabelecimento de meios compartilhados de organização administrativa das funções públicas de interesse comum*”, privilegiando, não há dúvida, a regionalização, em detrimento da execução apartada ou individualizada das competências reputadas, na lei, como de interesse comum metropolitano.

O art. 3º da Lei Complementar Estadual nº 184/2018, por seu turno, define tais funções públicas e serviços de interesse comum metropolitano, compatibilizando-se, pois, com o que prevê o Estatuto da Metrópole. O **saneamento básico** está contemplado no inciso II do aludido artigo, compreendendo 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.

No novo marco legal do saneamento, a Lei Federal nº 14.026/2020, o art. 3º, IV estipulou como serviços públicos de saneamento básico de *interesse comum*, os serviços prestados em Regiões Metropolitanas “em que se verifique o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais Municípios” denotando a necessidade de organização e planejamento comum”⁹.

Consta, ainda, no art. 8º, que a titularidade dos serviços de saneamento básico é exercida pelo Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas¹⁰.

O incentivo ao planejamento e à execução regionalizada de serviços e funções públicas de interesse comum também foi cristalizado no novo marco legal do saneamento. O art. 7º da lei alterou os art. 2º e 3º da Lei Federal nº 11.445/2007, para prever, no inciso XIV do art. 2º, a “*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*”, e, no inciso VI do art. 3º, que a prestação regionalizada é a “*modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, podendo ser estruturada em: a) região metropolitana...*”.

Portanto, como foi antes dito, a regionalização é a diretriz que hoje preside o saneamento – na verdade, a execução das funções públicas de interesse comum metropolitano – o que cristaliza a competência e a titularidade da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, no particular.

⁹ Cf. Art. 3º da Lei Federal nº 11.445/2007, com as alterações da Lei Federal nº 14.026/2020: “ Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: XIV - serviços públicos de saneamento básico de interesse comum: serviços de saneamento básico prestados em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas por lei complementar estadual, em que se verifique o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais Municípios, denotando a necessidade de organizá-los, planejá-los, executá-los e operá-los de forma conjunta e integrada pelo Estado e pelos Municípios que compartilham, no todo ou em parte, as referidas instalações operacionais;”.

¹⁰ Cf. Art. 8º da Lei Federal nº 11.445/2007, com as alterações da Lei Federal nº 14.026/2020: “Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: (...)

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.”

A instituição de uma região metropolitana entre Municípios conturbados atende ao propósito de facilitar e de viabilizar funções e competências comuns municipais, quando, pelas circunstâncias presentes em cada caso, assumirem elas relevância regional. Uma vez criada a região metropolitana, a integração dos Municípios é **compulsória**¹¹ – e já decidiu o E. STF que tal não se mostra incompatível com a autonomia municipal preconizada na Constituição da República, contanto que os Municípios participem efetivamente das decisões tomadas em tal instância colegiada, por meio de um sistema de governança sobre o qual se falará mais adiante.

Nesta linha, a concentração de poderes decisórios em mãos do Estado do Rio de Janeiro, bem como a “transferência” da titularidade de serviços de interesse comum metropolitano para o mesmo ente, especialmente em matéria de saneamento básico, como estava previsto na Lei Complementar Estadual n° 87/1997, foram tidas por **inconstitucionais** pelo E. STF no julgamento da ADI 1842-RJ¹², decisão que trouxe os parâmetros orientativos para a atuação do Estado e dos Municípios metropolitanos nesta seara.

A Corte Constitucional reconheceu **no colegiado formado pelo Estado do Rio de Janeiro e pelos 22 Municípios metropolitanos o poder concedente, titular dos serviços de saneamento básico**. Além disso, firmou que a participação dos entes não precisa ser paritária, contanto que não haja, como antes dito, concentração de poderes com o Estado.

O julgamento da ADI se alongou por anos, fruto da complexidade e ineditismo da matéria, e o acórdão ainda não transitou em julgado, já que estão pendentes de apreciação embargos de declaração interpostos pelo Partido Democrático Trabalhista, autor da ação direta de inconstitucionalidade, e por outros dois partidos. Não obstante, em dezembro de 2018, foi editada a Lei Complementar Estadual n° 184/2018, que “*dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização e gestão, define as funções públicas e serviços de interesse comum, cria a autoridade executiva da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e dá outras providências*”, operando, de tal modo, a (re)fundação da RMRJ, porém sem os vícios de inconstitucionalidade reconhecidos pelo STF na lei anterior.

Nesse ponto, deve-se registrar que alguns dispositivos da Lei Complementar Estadual n° 184/2018 foram objeto Representação de Inconstitucionalidade n° 0025236-85.2019.8.19.0000, ajuizada pelo Município do Rio de Janeiro. No entanto, considerando que a medida cautelar foi indeferida pelo Relator¹³, as normas mantêm-se integralmente eficazes e devem ser cumpridas.

¹¹ ADI 1841/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO; ADI 1842/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX.

¹² ADI 1842/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX. Redator do Acórdão MIN. GILMAR MENDES. Julgamento concluído em 06/03/2013.

¹³ A seguir estão elencadas as normas da Lei Complementar Estadual que foram objeto de impugnação, na petição inicial e na emenda realizada pelo Município do Rio de Janeiro e um resumo de suas disposições:

(a) arts. 10, caput e 12, I, que concedem ao Governador do Estado a Presidência do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana;

(b) arts. 11, VII, c e 11, §§ 1° e 6°, que submetem questões administrativas metropolitanas ao exame do Tribunal de Contas do Estado;

(c) arts. 11, § 1°; 12, IV, V e VI; 18, §4o , IV; 23; e 24 §1°, que estipulam a publicação, no Diário Oficial do Estado de acontecimentos relevantes da administração metropolitana;

(d) arts. 13 e 20, que, respectivamente, vinculam o Instituto Rio Metr pole e o Fundo de mnDesenvolvimento da Região Metropolitana, para efeitos organizacionais, à estrutura administrativa do Estado, além do art. 24, que encarrega o Governador do Estado da criação do Instituto Rio Metr pole.

(e) art. 14, caput, §§5o, I e II, que encarregam o Governador do Estado, respectivamente, da nomeação e exoneração dos diretores do Instituto Rio Metr pole;

(f) art. 24, caput e §§1o e 2o, que transferem servidores estaduais para a administração do Instituto Rio Metr pole;

(g) art. 25, que estabelece que o mandato dos diretores do Instituto Rio Metr pole coincidirá com o do Governador do Estado.

E as seguintes disposições que decorreram de emenda legislativa:

(h) dos arts. 11, § 6°; 13, I, c e d; e II, d; 22; e 23 acerca da participação da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro em diversas matérias do processo normativo e executivo da Região Metropolitana;

(i) do art. 12, I, IV, V e VI e parágrafo  nico, II ao prever a consulta direta da popula o em projetos de alto impacto.

Feitos esses esclarecimentos, destacamos que o modelo de governança introduzido pela Lei Complementar Estadual nº 184/2018 e os procedimentos que deverão ter lugar para que a licitação possa ser deflagrada serão tema do próximo tópico. Neste ponto, centramo-nos nos aspectos relacionados à titularidade dos serviços e no processo que hoje resulta na minuta de edital sob análise.

De todo modo, já está claro que a decisão de licitar e contratar os serviços provém de seus legítimos titulares, que são a Região Metropolitana e os Municípios do interior que ingressaram no projeto.

5.2.A contratação do BNDES e a modelagem sugerida

No ano de 2017, o Estado contratou o BNDES, *em nome próprio*, para elaborar projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto, o qual traz em seu escopo proposta de modelagem dos aspectos jurídicos e econômicos da operação¹⁴. Isto, em princípio, *se contrapõe* à realidade do julgamento da ADI 1842-RJ, no qual o E. STF tornou explícito que o Estado não é o titular dos serviços, mas apenas, em última análise, *um dos membros do Colegiado titular* – e isto quando se tratar de serviços prestados no âmbito da Região Metropolitana, pois em relação aos Municípios do interior o exercício da titularidade é pleno.

O contrato entre Estado e BNDES foi celebrado em novembro de 2017 – época em que a RMRJ era regida pela Lei Complementar Estadual 87/1997, norma que, relembre-se, intentava transferir ao Estado do Rio de Janeiro a titularidade dos serviços de saneamento. Acreditava-se, à época da edição da referida lei, que com a criação de uma região metropolitana por lei complementar estadual o serviço público de saneamento básico passaria a ser titularizado pelo Estado que a instituiu¹⁵.

No mesmo ano de 2017, o Estado aderiu ao Regime de Recuperação Fiscal proposto pela União Federal, comprometendo-se a desestatizar o setor de saneamento básico, e, neste processo, privatizar a Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE), que hoje presta os serviços à maioria dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro¹⁶.

Sob tais premissas, o Banco iniciou o trabalho de modelagem jurídica e econômico-financeira do projeto, que hoje encontra-se em sua fase final, após sucessivas transformações e adequações, que foram motivadas pela conformação que a lei e os fatos foram encaminhando, em especial em decorrência da demarcação jurídica quanto à titularidade dos serviços no âmbito da RMRJ e da promulgação da Lei Federal nº 14.026/2020 (novo marco legal do saneamento), ambas no curso do projeto. Tratemos agora sobre ela.

O produto do trabalho de consultoria do BNDES é uma modelagem que indica seja contratada uma concessão comum para os serviços de esgotamento sanitário, com prazo de 35 anos, em meio a uma formatação jurídica que parte da realidade atual da RMRJ, com suas específicas regras de

(j) do art. 21, parágrafo único, incisos I, II, III e IV nos quais teria o Legislador cometido erro material na previsão, como despesas do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, de elementos que configuram, na verdade, fontes de receita.

¹⁴ Cf. contrato n. 17.2.0389.1, disponível em:

http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/path/Contribution%20Folders/site_fazenda/licitacao/contratos/contratos/2017/026.2017%20-%20BANCO%20NACIONAL%20DE%20DESENVOLVIMENTO%20ECON%20C3%94MICO%20E%20SOCIAL%20-%20BNDES.pdf?lve, acesso em 3/12/2020.

¹⁵ Confira-se, a respeito, o Parecer nº 09/2019/ARCY/PG-17, elaborado pelo I. Procurador do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO.

¹⁶ Cf. Parecer nº 05/2020/ARCY/PG-17, elaborado pelo I. Procurador do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO, no qual foram examinadas as minutas de convênios de cooperação, de contratos de gerenciamento e de termos de rescisão dos contratos de programa vigentes.

governança, sem envolver, portanto, a privatização da CEDAE, mas sim a desestatização dos serviços de saneamento.

Seu escopo abrange atualmente 47 Municípios da Região Metropolitana e de fora dela – 17 Municípios não aderiram¹⁷ –, organizados em quatro blocos. Sobre o tema, remetemos o leitor ao que foi explicitado na nota técnica s/n de 23/10/2020 preparada pelo escritório Vernalha Guimarães & Pereira Advogados (9818067), anexada ao Ofício AEP n. 18/2020, que foi encaminhada pelo BNDES à SEDEERI (9818021) contendo informações gerais acerca do projeto¹⁸:

“Tomando por referência os produtos e materiais formalmente apresentados pelo BNDES, gerados ao longo da primeira fase da modelagem contratada, o Estado decidiu pela adoção de formato de projeto sob o modelo de blocos de concessões regionalizadas, abrangendo 64 (sessenta e quatro) municípios fluminenses atualmente atendidos pela CEDAE. Atualmente, dos 64 municípios, há 28 (vinte e oito) municípios do interior que manifestaram interesse em aderir e mais os 19 (dezenove) da Região Metropolitana, que aderiram por meio de manifestação do Conselho Deliberativo da RM, totalizando 47 (quarenta e sete) que efetivamente manifestaram interesse em aderir e, portanto, estão incluídos na versão final do projeto
O modelo consiste na divisão da região abrangida pelos municípios atendidos pela CEDAE em quatro blocos, com vistas a obter a concessão da prestação regionalizada dos serviços de públicos de (i) abastecimento de água potável e de (ii) esgotamento sanitário.” (Pág.9).

Prosseguindo na análise das bases da modelagem, vê-se que foi segregado o serviço de fornecimento de água em duas etapas distintas, a ser prestado por duas operadoras. A etapa *upstream* compreenderia a captação, a adução e o tratamento de água na Região Metropolitana, enquanto a etapa *downstream* compreenderia a adução, reservação de água tratada e sua distribuição, e os serviços de esgotamento sanitário. A opção é explicada pelos consultores:

“Optou-se por esta divisão na Região Metropolitana, tendo em vista que a produção de água, que atende a maior parte da população metropolitana, é muito concentrada em poucas captações e é importante ter um único operador para esses sistemas, já que ele fornece água para os quatro blocos. Ademais, visando garantir a segurança hídrica decorrente da prestação dos serviços de produção de água, foi definido que a CEDAE continuaria responsável por estes serviços.”¹⁹ (Pág. 9-10).

¹⁷ São eles: Cardoso Moreira, São Fidélis, Varre-Sai, Rio das Ostras, Teresópolis, Valença, Santa Mari Madalena, Itaperuna, Angra dos Reis, Mangaratiba, Macaé, São João da Barra, Barra do Piraí, Italva, Paraíba do Sul, Bom Jesus do Itabapoana e Porciúncula.

¹⁸ Constam na citada nota técnica um histórico acerca da contratação do BNDES e do desenvolvimento da modelagem no âmbito da consultoria realizada, detalhando as respectivas entregas e etapas do projeto, há explicações acerca do modelo concessório proposto, notadamente sobre a prestação regionalizada, considerações acerca da natureza e conteúdo dos instrumentos jurídicos constantes no projeto, e considerações acerca de alguns aspectos da minuta do contrato de concessão com destaque para os requisitos de habilitação e qualificação técnico profissional – esses últimos posteriormente foram objeto de nota técnica autônoma adiante citada.

¹⁹ Cf. Nota técnica s/n de 23/10/2020 preparada pelo escritório Vernalha Guimarães E Pereira Advogados (9818067), anexada ao Ofício AEP n. 18/2020, que foi encaminhada pelo BNDES à SEDEERI (9818021), p. 9-10

O modelo construído, portanto, sugere a contratação da CEDAE para os serviços relacionados à etapa *upstream* nos Municípios abrangidos total ou parcialmente pelos sistemas Guandu, Imunana/Laranjal, Ribeirão das Lajes e Acari, conforme explicitado:

Foi definido que, para a prestação dos serviços de abastecimento de água em 15 municípios atualmente atendidos pelos denominados “grandes sistemas de abastecimento de água da Região Metropolitana”, haveria a divisão dos serviços de abastecimento de água no modelo *upstream/downstream*. Assim, este modelo se aplica apenas aos Municípios do Rio de Janeiro, São Gonçalo, Maricá, Duque de Caxias, Nilópolis, Mesquita, Queimados, Itaboraí, Itaguaí, Japeri, Seropédica, Paracambi, Nova Iguaçu, Belford Roxo, São João de Meriti, atendidos, total ou parcialmente, pelos sistemas Guandu, Imunana/Laranjal, Ribeirão das Lajes e Acari²⁰.

O Município do Rio de Janeiro, por sua vez, foi dividido em quatro partes, cada qual sendo associada a determinados Municípios metropolitanos e também a Municípios do interior, para formar blocos de concessão e garantir economia de escala²¹.

Em relação à Região Metropolitana, o modelo concede a etapa *downstream* à iniciativa privada por meio de licitação, e a etapa *upstream* remanesceria, como afirmado, com a CEDAE. Na Nota Técnica AEP/DEP1 nº 24/2020 16/11/2020 elaborada pelo BNDES acerca da contratação direta da CEDAE (SEI-10901384), constam alguns esclarecimentos acerca da sua recomendação como consultor acerca desse modelo, destacando que considera viável financeiramente a manutenção da companhia com o fluxo de caixa do serviço *up stream*. Segue trecho:

“Portanto, a decisão sobre qual modelo de negócios deverá ser implantado é uma decisão que cabe ao Estado do Rio de Janeiro, tendo o BNDES a função de sugerir determinadas soluções, sempre com o foco na busca do projeto mais adequado. Deve-se destacar que o BNDES entende não haver óbices à concessão também do serviço *upstream*, por meio de um procedimento licitatório, e a decisão de manter a CEDAE operando esse serviço é uma decisão discricionária do ente público. Porém, considerando a complexidade da operação e o alto volume de investimentos necessários para ampliar e melhorar o abastecimento de água e esgotamento sanitário em todos os municípios incluídos no escopo do projeto, este modelo de manutenção da CEDAE *upstream* também pode ser visto como uma solução de transição para um modelo de participação integral da iniciativa privada ao setor de saneamento, após a consolidação dos operadores dos blocos regionais. Evita-se, assim, uma mudança abrupta em um setor socialmente sensível”. (Pag. 2).

A decisão acerca da modelagem, naturalmente, como alertam os Consultores, compete aos gestores estaduais e também ao gestor metropolitano.

A Nota Técnica citada aponta que a contratação direta da CEDAE, sem a prévia realização de licitação, teria por fundamento o art. 10-A, §2º da Lei Federal nº 11.445/2007 com as alterações da

²⁰ Cf. Nota técnica s/n de 23/10/2020 do escritório Vernalha Guimarães E Pereira Advogados (9818067), p. 9.

²¹ Cf. Nota técnica s/n de 23/10/2020 do escritório Vernalha Guimarães e Pereira Advogados (9818067), p. 913: “É nesse contexto que se insere o modelo de desestatização da CEDAE. A estruturação da modelagem preocupou-se em viabilizar quatro blocos de concessão que atendessem às premissas de economia de escala afixando a toda área urbana da prestação a ampliação do acesso dos serviços à 99% da população com abastecimento de água e 90% da população com esgotamento sanitário.”

Lei 14.026/2020²², segundo o qual, *seria permitida a continuidade* da prestação do serviço público de produção de água pela empresa estadual detentora de recursos hídricos, sendo prevista na Lei a celebração de um 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*.

Tal contrato no projeto é denominado de **contrato de produção de água**, a ser celebrado entre o Estado, na qualidade de mandatário dos titulares, e a CEDAE, com a interveniência da AGENERSA, para garantir a disponibilidade de água tratada no sistema. Neste formato, as futuras concessionárias privadas comprariam água tratada da CEDAE – como hoje já ocorre com as concessões existentes nos Municípios de Niterói, Petrópolis e Guapimirim, os quais já haviam licitado e contratado suas próprias concessões.

Acerca dessas concessões, por se tratarem de atos jurídicos perfeitos, a previsão é de que tais contratos ficam mantidos até os respectivos termos finais, vedada a prorrogação, após o que passariam a ser objeto de decisão segundo formato autorizado pela RMRJ, como foi objeto de análise pela Procuradoria Geral do Estado por meio do Parecer nº 1-A/2020 ARCY-PG-17, da lavra do I. Procurador do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO. A minuta de contrato de concessão, inclusive, já indica os blocos nos quais cada um destes serviços poderá ser incluído quando os contratos de concessão forem extintos (v. subitens 33.2.1.1 a 33.2.1.4 SEI-9164584, SEI-120207/000707/2020).²³ Voltaremos ao tema adiante por ocasião da análise da minuta do contrato de concessão.

Uma vez que a CEDAE continuaria a captar, aduzir e tratar a água que será fornecida diretamente ao consumidor final da RMRJ pelas concessionárias vencedoras da licitação, o modelo propõe a formalização de um **contrato de interdependência** entre a CEDAE e a concessionária vencedora de cada bloco, tendo como intervenientes o Estado e a AGENERSA, e, como objeto, regular justamente a relação de interdependência entre as partes, especialmente as obrigações e responsabilidades relativas à produção e à garantia de fornecimento de água potável por atacado pela CEDAE às concessionárias.

E os contratos de programa (ou quaisquer instrumentos que lhes façam às vezes) atualmente existentes entre a CEDAE e os Municípios metropolitanos, assim como os Municípios do interior, deverão ser extintos para darem lugar aos novos contratos de concessão derivados da licitação²⁴.

5.3. Sobre o papel do Estado como mandatário dos titulares

Firme na premissa de que a competência acerca da decisão de licitar os serviços é da Região Metropolitana, há que se perquirir, então, qual seria o papel e no que consistiria efetivamente a participação do Estado do Rio de Janeiro no processo.

Respondendo à questão, a modelagem prevê a participação do Estado do Rio de Janeiro como mandatário dos Titulares na condução do processo. O ente estadual figura, portanto, como delegatário de funções de organização, regulação, fiscalização, delegação da prestação dos serviços e gestão dos contratos com os operadores privados. É bom enfatizar que a titularidade dos serviços remanesce com a RMRJ e com os demais Municípios nela não incluídos.

O vínculo jurídico entre a RMRJ e o Estado e entre os Municípios do interior e o Estado será regulado por dois instrumentos: (a) por um **convênio de cooperação**, nos moldes previstos no art.

²² Cf. Art. 10-A, § 2º da Lei n. 11.445/2007: “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.”

²³ Voltaremos ao tema de forma mais detida por ocasião da análise da minuta de delegação.

²⁴ O art. 10 da Lei Federal nº 14.026/2020 veda a celebração de novos contratos de programa para a prestação de serviços públicos de saneamento básico.

241 da CRFB/88 e na Lei Federal nº 11.445/2007, para a constituição da gestão associada do serviço público entre os titulares do serviço e o Estado, prevendo-se a delegação, a este último, das atividades de organização e gerenciamento dos serviços, e à Agência Reguladora (AGENERSA), as funções de regulação, inclusive tarifária, e de fiscalização e controle dos serviços, e (b) por um **contrato de gerenciamento**, complementar ao primeiro, tendo por objeto a estabilização daquele vínculo. O contrato de gerenciamento regulamenta a transferência da organização e do gerenciamento da prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário ao Estado, e regulamenta, também, a transferência das funções antes citadas, à AGENERSA.

Antes de se avançar com a descrição e análise do modelo, é preciso alertar para a cautela com que se deve analisar os instrumentos apresentados, para que não se afete a titularidade do serviço, tanto da Região Metropolitana, como dos demais Municípios do interior que integram o projeto.

A respeito do papel a ser desempenhado pelo Estado, a referida nota técnica s/n de 23/10/2020 preparada pelo escritório Vernalha Guimarães e Pereira Advogados (9818067), expõe o seguinte:

“Tais concessões serão outorgadas a empresas privadas diretamente pelo Estado do Rio de Janeiro, como mandatário dos titulares dos serviços de saneamento. A relação jurídica estabelecida entre o Estado e os titulares será estabelecida pelo instrumento de gestão associada – convênio de cooperação – e, para fins de estabilização do vínculo, contrato de gerenciamento. Tanto no que se fere ao *downstream* como ao *upstream*, a aquisição pelo Estado do Rio de Janeiro da competência da organização e do gerenciamento dos referidos serviços pressupõe necessariamente a extinção dos contratos de programa atualmente vigentes entre municípios e a CEDAE. A opção por assegurar ao Estado as competências de organizar e gerenciar os serviços *downstream e upstream*, *justifica-se na conveniência em se reformatar a regulação contratual atinente à produção de água, conectando-a e harmonizando-a com as concessões a operadores privados dos serviços de abastecimento de água e tratamento de esgoto.* (Pág. 11, grifamos).

As razões para a adoção desse modelo constituem decisão de gestão de ordem técnico-econômica e, do mesmo modo, a avaliação da sua conveniência escapa à presente análise jurídica.

Assim, em que pese tal manifestação técnica, essa atividade do consultor e seus contratados, sem embargo da sua diligência, não dispensa a necessidade de avaliação das instâncias decisórias estaduais e metropolitanas das questões relevantes do projeto, como a presente, conforme exposto no segundo capítulo e como tornaremos a apontar quando oportuno.

Além disso, a avaliação da juridicidade dessa delegação constitui aspecto central, eis que não é possível que a delegação da gestão do contrato possa, na prática, vir a transferir de fato a competência do saneamento, premissa que orientará a posterior avaliação das minutas dos instrumentos.

Passemos agora ao novo modelo de governança da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, veiculado na Lei Complementar Estadual nº 184/2018, e os procedimentos que são exigidos para que a iniciativa de licitar e conceder os serviços possa, de fato, ter lugar.

6. Novo modelo de Governança na Região Metropolitana do Rio de Janeiro

Como já referimos anteriormente, o E. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei Complementar Estadual nº 87, que primeiro instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

Em linhas gerais, a Corte considerou inconstitucionais: (a) a transferência do poder concedente em matéria de saneamento básico para o Estado, assim como (b) a concentração de poderes decisórios no âmbito da RMRJ em mãos do mesmo ente, tudo para preservar o autogoverno e a autoadministração dos Municípios.

Confirmam-se, porque pertinentes, os seguintes excertos extraídos da ementa do julgado:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n.º 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do

Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos **Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro.** (...)

3. Autonomia municipal e integração metropolitana. A Constituição Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988). A essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo. **O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano.** O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999). **O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais.**

4. Aglomerações urbanas e saneamento básico. O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. **A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal.** Para o

adequado atendimento do interesse comum, **a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada**, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, **como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos.** Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal.

5. Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum. O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região.

O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto.

Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembleia Legislativa” constante do art. 5º, I; e do § 2º do art. 4º; do parágrafo único do art. 5º; dos incisos I, II, IV e V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10; e do § 2º do art. 11 da Lei Complementar n. 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos arts. 11 a 21 da Lei n. 2.869/1997 do Estado do Rio de Janeiro.”

(ADI 1842/RJ, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe-181 DIVULG 13-09-2013 PUBLIC 16-09-2013 EMENT VOL-02701-01 PP-00001 – grifos nossos)

A vista de tais determinações da Corte Constitucional, a Lei Complementar Estadual nº 184/2018 foi editada com o claro propósito de **superar** as inconstitucionalidades que viciavam a lei anterior, encampando as diretrizes e as soluções veiculadas no acórdão que julgou a ADI 1842/RJ²⁵.

A garantia de participação de todos os entes metropolitanos no processo de tomada de decisão da Região Metropolitana foi assegurada por meio da instituição de um Órgão Colegiado Deliberativo, denominado Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (CD), composto pelo Governador e pelos Prefeitos de todos os Municípios englobados na RMRJ.

O peso nas votações do CD não é igual para todos os entes. E isto, decidiu o E. STF, não é inconstitucional. A ideia da representação paritária dos entes na Região Metropolitana, que defendia, por exemplo, o Ministro Joaquim Barbosa²⁶ não prevaleceu no julgamento. Como se vê no voto condutor do acórdão, da lavra do Min. Gilmar Mendes²⁷, a participação dos entes “...*não necessita ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração de poder decisório no âmbito de um único ente*”. Em suas palavras, “*a participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha domínio absoluto.*”

Assim é que o peso nas votações no CD está fixado nos incisos I a VIII do art. 10 da Lei Complementar Estadual nº 184/2018, variando entre 1 (um) para os representantes da sociedade civil e para os Municípios com até 100.000 habitantes; 02 (dois), 04 (quatro), 06 (seis) e 08 (oito) para Municípios entre 100.001 e 250.000 habitantes; entre 250.001 e 500.000 habitantes; entre 501.000 e 1.000.000 de habitantes e acima de 1.000.001 habitantes, respectivamente; peso 15 (quinze) para o Município do Rio de Janeiro e, por fim, peso 25 (vinte e cinco) para o Estado do Rio de Janeiro.

Quanto ao segundo aspecto sensível do julgamento da ADI – a inconstitucionalidade da transferência do poder concedente em matéria de saneamento para o Estado – a Lei Complementar Estadual nº 184/2018 enuncia que a titularidade dos serviços há de ser exercida pelo CD (art. 11, VII), o que respeita o quanto foi decidido na ADI 1842/RJ sobre a titularidade dos serviços **competir ao Colegiado** formado pelos entes integrantes da RMRJ e não ao Estado do Rio de Janeiro, de forma isolada.

Avançando na análise, o novo modelo de governança da RMRJ prevê a atuação de três instâncias diferentes, a saber:

- I – o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (CD), integrado pelo Governador, pelos Prefeitos de todos os Municípios abarcados na Região Metropolitana e por 3 representantes da sociedade civil indicados pelo Conselho Consultivo;
- II – o Órgão Executivo da Região Metropolitana, que é o Instituto Rio Metrópole e, por fim,
- III – o Conselho Consultivo Da Região Metropolitana (CC), integrado por representantes da sociedade civil (art. 9º e seguintes da Lei Complementar Estadual nº 184/2018).

²⁵ Conforme notícia o Parecer nº 02/2015/RTAM/PG-2, da lavra do I. Procurador do Estado RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS, que analisou a minuta do anteprojeto de lei complementar.

²⁶ ADI 1842/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX. Redator do Acórdão MIN. GILMAR MENDES. Julgamento concluído em 06/03/2013.

²⁷ ADI 1842/RJ, p. 184.

O Conselho Deliberativo é, por excelência, o órgão diretivo da Região Metropolitana. Previu a lei, em seu art. 11, as atribuições do CD, que são naturalmente conformes às funções e interesses comuns metropolitanos, definidos no art. 3º da mesma norma.

O Conselho Consultivo é o órgão que tem como objetivo assegurar a participação da população no processo de planejamento e tomada de decisões, bem como no acompanhamento da execução de serviços e atividades relacionadas às funções públicas de interesse comum (art. 18 da Lei Complementar Estadual nº 184/2018). É composto por 47 membros nomeados pelo Presidente do CD, com mandato de 4 anos, oriundos dos Poderes Executivo e Legislativo do Estado e dos Municípios e de segmentos da sociedade civil descritos na norma.

Por fim, a Região Metropolitana conta com um **órgão executivo**, que é o Instituto Rio Metrópole (IRM), autarquia especial integrante, para fins organizacionais, da Administração Pública Estadual Indireta e vinculada, igualmente para fins organizacionais, ao Governo do Estado. O IRM tem como função precípua executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como assegurar suporte necessário ao exercício de suas atribuições, em especial quanto ao detalhamento das diretrizes gerais, planos e normas metropolitanas, definidas pelo próprio Conselho Deliberativo (art. 13 da Lei Complementar Estadual nº 184/2018).

Em matéria de saneamento, função pública de interesse comum que a licitação em vias de ser deflagrada visa a realizar, o art. 11, VII da Lei Complementar prevê que incumbe ao CD:

- a) estabelecer diretrizes para a elaboração dos planos de saneamento básico e aprová-los;
- b) decidir sobre a forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem;**
- c) aprovar minutas de editais de licitação de prestação de serviços, contratos e convênios, bem como de outros instrumentos, precedidos ou não de licitação**, que deverão ser remetidos ao Tribunal de Contas do Estado;
- d) autorizar a retomada da operação dos serviços, nos casos e condições previstos em lei e nos documentos contratuais. (alíneas “a” a “d” do art. 11, VII da Lei Complementar Estadual nº 184/2018)

A matéria relativa ao item “a” será abordada em capítulo próprio, centrado no planejamento metropolitano, no PEDUI (plano de desenvolvimento urbano integrado) e demais aspectos relacionados.

O disposto nas alíneas “b” e “c” indica que o CD precisa deliberar e decidir sobre a forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem, e, também, aprovar as minutas do edital de licitação e de todos os instrumentos relacionados à concessão.

Com relação a tais atribuições, em reunião ocorrida no dia 28/11/2019 (SEI 9726210), o Presidente do Conselho Deliberativo apresentou as linhas do projeto de saneamento formulado pelo BNDES, informando que o mesmo seria disponibilizado a todos os membros para análise e posterior deliberação em nova reunião, em fevereiro de 2020.

A reunião subsequente ocorreu no dia 12/02/2020 e a ata correspondente consta do SEI-9726439. Referido ato contou com a participação do BNDES, que fez a apresentação do projeto para o CD, que aprovou a modelagem e a distribuição dos percentuais de outorga fixa entre o Estado (80%), os Municípios da RMRJ (15%) e o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana – FDRM (5%), fundo orçamentário especial vinculado ao CD, criado com a finalidade de dar suporte financeiro às despesas de custeio e investimento da RMRJ, incluídas as despesas do IRM (art. 20 e seguintes da Lei Complementar Estadual nº 184/2018).

Com a aprovação da modelagem da concessão, deu-se seguimento à elaboração das minutas dos instrumentos jurídicos, do edital de licitação, do contrato de concessão e seus anexos, dos convênios de cooperação, assim como o detalhamento da documentação técnica e dos planos de saneamento. Segundo constou da ata da reunião do CD de 09/05/2020 (SEI 9726775), a etapa seguinte do processo seria a realização de consulta pública e audiências públicas, findas as quais as contribuições oferecidas pela sociedade civil seriam incorporadas aos instrumentos, cujas novas versões seriam levadas à deliberação definitiva do CD, antes da deflagração da licitação.

O projeto foi, então, levado à consulta pública, tendo sido realizadas 3 (três) audiências públicas para o debate do projeto – uma a mais do que havia sido previsto – as quais ocorreram nos dias 25/06/2020 (ata no SEI-9727526); 06/07/2020 (ata no SEI-9728331) e 04/08/2020 (ata no SEI-9918009). O período de consulta pública também foi estendido para 60 (sessenta) dias, conforme publicação encartada no SEI-9727769.

Esta é, precisamente, a etapa em que nos encontramos hoje. O BNDES efetuou as alterações e adequações derivadas da consulta e das audiências públicas, e encaminhou as minutas para análise dos setores competentes (Estado e Região Metropolitana), submissão e aprovação do Conselho Deliberativo.

A análise jurídica específica dos instrumentos e demais documentos (como a Resolução de delegação ao Estado) será objeto da segunda parte do presente Parecer. Por ora, cabe-nos apontar, **em relação aos atos e procedimentos que deverão ter lugar a seguir, a necessidade de reunião do CD, para que o Colegiado reunido debata e tome as principais decisões relacionadas à concessão dos serviços.** Somente mediante a aprovação do CD (que configura o Conselho dos próprios Titulares na Região Metropolitana), as providências atinentes à fase externa da licitação poderão ter lugar.

Neste sentido, o CD deverá deliberar e aprovar as minutas do edital, do contrato de concessão e dos instrumentos jurídicos da concessão; do plano metropolitano de saneamento, além da minuta de Resolução que objetiva delegar, ao Estado, as atividades descritas no projeto (10900601).

Adiantamos, também, que o CD deverá deliberar quanto à possibilidade do eventual ingresso, no futuro, quando findos os contratos atualmente em vigor, de outros Municípios no projeto e sobre viabilidade de o Município de Maricá prosseguir com a prestação do serviço de esgotamento sanitário – caso assim se venha a decidir.

No que se refere à atuação do Conselho Consultivo da RMRJ, cumpre-nos anotar que foram realizadas duas reuniões para acompanhamento do projeto de saneamento e discussão sobre o plano metropolitano de saneamento. A primeira reunião (publicação da convocação no SEI-9728521) ocorreu no dia 03/08/2020, ao passo que a segunda (publicação no SEI-9728787) se realizou no dia 24/09/2020.

A ata correspondente à primeira reunião (SEI-9728684) registra que os membros foram formalmente notificados por e-mail sobre os instrumentos então postos em consulta pública, para que pudessem efetivamente analisar e acompanhar o projeto e ofertar suas contribuições. Os Deputados Estaduais Waldeck Carneiro e Luiz Paulo fizeram considerações acerca da necessidade de submissão do projeto à ALERJ com base no disposto no art. 11, § 6º da Lei Complementar Estadual nº 184/2018, e, também, sobre o prazo da concessão, que ultrapassaria o limite previsto em lei estadual.

A segunda reunião (ata no SEI-9728892) contou com a presença do Diretor de Saneamento do IRM, que trouxe informações sobre as tratativas com os Municípios do interior para seu ingresso no projeto, apresentando o balanço existente naquele momento. O Deputado Luiz Paulo apresentou alguns questionamentos, que foram endereçados ao BNDES (SEI 9729063) e pelo mesmo respondidos no SEI b9729253, que foi compartilhado com os membros do Conselho via e-mail (SEI 9729365).

Portanto, em síntese, no que se refere aos procedimentos no âmbito da Região Metropolitana, anotamos que além das alterações nas minutas em decorrência do presente Parecer jurídico, como já

se vai expor, deverá o Conselho Deliberativo se reunir para análise e deliberação sobre: os instrumentos; o plano metropolitano; a resolução que delega funções ao Estado; a possibilidade de ingresso de novos Municípios e, por fim, a possibilidade de Maricá prosseguir com a prestação dos serviços de esgotamento sanitário.

Na sequência, a ata da reunião e a Resolução de delegação deverão ser publicadas, em atenção ao que dispõe o art. 11, § 1º da Lei Complementar Estadual nº 184/2018 (*“Os atos do Conselho Deliberativo serão publicados no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, sendo que os atos normativos adotarão a forma de Resoluções e também deverão ser disponibilizados em sítio eletrônico”*).

Adotadas tais providências, a fase externa do certame poderá ser deflagrada, mediante a publicação do aviso da licitação, observando-se os prazos e procedimentos que a partir deste momento são aplicáveis, inclusive o envio do edital de concorrência ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

7. Planejamento metropolitano e PEDUI. Sobre o Plano Metropolitano de saneamento. Forma de Elaboração. Competência. Forma de veiculação do plano

O plano de desenvolvimento urbano integrado é um instrumento de planejamento metropolitano, disciplinado pelo Estatuto da Metrôpole e também pela Lei Complementar Estadual nº 184/2018. O plano da RMRJ foi elaborado e finalizado em 2018, estando atualmente pendente de aprovação na ALERJ, tendo em vista a necessidade de sua complementação para a inserção do Município de Petrópolis, que foi incluído na Região Metropolitana por força do art. 1º da Lei Complementar Estadual nº 184/2018 após a elaboração do PEDUI.

Feito esse esclarecimento acerca da situação atual do plano, essencial que o projeto de desestatização dos serviços de saneamento e o plano metropolitano estejam em consonância com o PEDUI, o que deve ser avaliado pelo gestor metropolitano, e.g, a Diretoria de Saneamento Integrado e outras Diretorias, conforme suas competências, não se verificando nos autos informações a esse respeito. Ainda que se trate de instrumento mais geral, estão ali as diretrizes para a execução das funções de interesse comum, inclusive do saneamento.

Nota-se que a questão foi enfrentada na Nota Técnica (SEI-10124886), emitida pela CONCREMAT, em que se avaliou comparativamente o Plano Estratégico de Desenvolvimento Urbano Integrado da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (PEDUI) e o Plano Metropolitano de Saneamento Básico.

A nota explica que, por se tratar de um plano setorial, o Plano Metropolitano de Saneamento Básico apresenta as soluções de forma mais detalhada e com estimativas de custo de implantação de operação, algo que, segundo a nota, não ocorre no PEDUI. No mais, em síntese, destacou-se que:

“A principal diferença, ou talvez o que possa chamar mais a atenção entre propostas apresentadas nos dois planos, está na proposição de Cinturão Sanitário do PEDUI como solução transicional para coleta de esgoto por sistema do tipo separador absoluto. Não obstante uma aparente divergência, uma vez que o Plano Metropolitano de Saneamento Básico não faz menção a Cinturões Sanitários, as soluções de transição propostas nos dois planos guardam mais similaridades do que diferenças”.

Tais considerações do consultor devem, assim, ser objeto de avaliação pelo gestor, procedendo-se, se for o caso, às necessárias modificações no plano de saneamento para a sua adequação ao PEDUI.

No que se refere ao plano metropolitano de saneamento, bem como aos planos municipais dos demais titulares que aderiram ao projeto, eles foram elaborados pelo BNDES no bojo da consultoria contratada²⁸ e têm por objeto especificamente os serviços envolvidos na concessão, quais sejam, o fornecimento de água e o esgotamento sanitário.

Essas circunstâncias envolvem indagações jurídicas, tais como, se é possível sua elaboração com o suporte do BNDES, se é possível a elaboração de um plano específico para a concessão, de quem é a competência e qual a forma para sua veiculação no âmbito da Região Metropolitana.

Na Lei Federal nº 11.445/2007, com a redação dada pelo novo marco legal do saneamento (Lei Federal nº 14.026/2020), os planos regionais são disciplinados no art. 17, que prevê no § 1º que os planos poderão contemplar um ou mais componentes do serviço de saneamento para a otimização do planejamento e da prestação dos serviços, e no § 4º que *“poderá ser elaborado com suporte de órgãos e entidades das administrações públicas federal, estaduais e municipais, além de prestadores de serviço”*²⁹.

Assim, considerado o art. 17, § 4º da Lei Federal nº 11.445/2007, é juridicamente possível o modelo adotado, com a elaboração dos planos por meio do suporte do BNDES, empresa pública integrante da administração pública indireta federal e dos prestadores de serviço por ele contratados na consultoria prestada.

O plano poderá ser específico para cada serviço, mas deverá possuir todos os requisitos mínimos necessários, expostos no art. 19 da Lei Federal nº 11.445/2007:

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

I - diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas;

II - objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais;

III - programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento;

IV - ações para emergências e contingências;

²⁸ Para detalhamentos acerca do histórico da contratação do BNDES para a consultoria em tela, Cf. manifestação do Secretário de Estado e Desenvolvimento Econômico, SEI Ofício SEDEERI/GAB SEI Nº482 (9516189), fls. 1 a 3.

²⁹ Cf. Art. 17 da Lei nº 11.445/2007 com a redação da Lei nº 14.026/2020: “O serviço regionalizado de saneamento básico poderá obedecer a plano regional de saneamento básico elaborado para o conjunto de Municípios atendidos.

§ 1º O plano regional de saneamento básico poderá contemplar um ou mais componentes do saneamento básico, com vistas à otimização do planejamento e da prestação dos serviços.

§ 2º As disposições constantes do plano regional de saneamento básico prevalecerão sobre aquelas constantes dos planos municipais, quando existirem.

§ 3º O plano regional de saneamento básico dispensará a necessidade de elaboração e publicação de planos municipais de saneamento básico.

§ 4º O plano regional de saneamento básico poderá ser elaborado com suporte de órgãos e entidades das administrações públicas federal, estaduais e municipais, além de prestadores de serviço.”

V - mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas. (Grifamos):

Dessa forma, deve ser avaliado pela Diretoria de Saneamento Integrado e demais Diretorias competentes se o plano elaborado, submetido à consulta e audiências públicas, cumpre todos os requisitos do citado art. 19, sendo necessária sua complementação se não for o caso.

Posteriormente, a competência para deliberação e aprovação do plano metropolitano de saneamento é do Conselho Deliberativo, nos termos do art. 11, VII “a” da Lei Complementar Estadual nº 184/2018³⁰, devendo a sua deliberação ser incluída na pauta da reunião do Conselho.

Caso o plano seja aprovado, é preciso refletir sobre como ele seria veiculado formalmente. Historicamente, os planos municipais de saneamento por vezes eram veiculados por lei, por outras via decreto. O atual art. 19, par. 1º da Lei Federal nº 11.445/2007, recentemente alterado, previu que os planos de saneamento básico devem ser aprovados “*por ato dos seus titulares*”.

A questão não traz maiores complexidades na Região Metropolitana, pois nela não há um parlamento; o Conselho Deliberativo é um órgão decisório com atribuições executivas, como se denota das suas competências legais acima reproduzidas.

Portanto, considerando o disposto no art. 11, parágrafo 1º da Lei Complementar Estadual nº 184/2018³¹, que dispõe que os atos do CD devem ser publicados no Diário Oficial e que os atos normativos devem adotar a forma de resolução, recomenda-se que o plano metropolitano seja formalizado por essa via, similar a um Decreto.

8. Outras disposições da Lei Complementar Estadual 184/2018

8.1. Participação popular e controle social

A participação popular na formulação das políticas públicas metropolitanas é um pilar da Lei Complementar Estadual nº 184/2018, que criou o Conselho Consultivo, um órgão com a finalidade de assegurar a integração com a sociedade civil por meio dos representantes oriundos dos mais variados setores públicos e privados.

Além do Conselho, cujas atribuições foram detalhadas acima quando discorreremos acerca da governança metropolitana, a Lei Complementar Estadual prevê, ainda, outras formas de participação popular, que são as consultas e audiência públicas.

De fato, dentre as regras de funcionamento do Conselho Deliberativo no art. 12, V³², está previsto que as minutas de atos normativos devem ser submetidas à consulta pública, disponibilizadas em sítio eletrônico e formalizadas por meio de publicação no Diário Oficial. E no

³⁰ Cf. Art. 11 da Lei Complementar Estadual nº 184/2018: “São atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro: (...)

VII - exercer sua titularidade em relação aos serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, observando os Planos Diretores e a legislação urbanística e, principalmente, a situação operacional específica dos municípios envolvidos, incluindo: Ver tópico (6 documentos)

a) estabelecer diretrizes para a elaboração dos planos de saneamento básico e aprová-los; (Grifei).”

³¹ Cf. Art. 11, § 1º da Lei Complementar Estadual nº 184/2018: “Os atos do Conselho Deliberativo serão publicados no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro sendo que os atos normativos adotarão a forma de Resoluções e também deverão ser disponibilizados em sítio eletrônico.”

³² Cf. Art. 12, V da Lei Complementar Estadual nº 184/2018: “O funcionamento do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana observará as seguintes regras: (...)

V - as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro e disponibilizada no em sítio eletrônico na rede mundial de computadores;” (Grifamos).

art. 12, parágrafo único, I³³ que o Conselho deve convocar audiências públicas para debater estudos, programas e projetos em desenvolvimento na Região Metropolitana.

Além disso, segundo o art. 4º, § 5º da Lei Complementar Estadual nº 184/2018, os instrumentos de planejamento e gestão metropolitanos devem ser disponibilizados para consulta pública também em sítio eletrônico³⁴. Especificamente sobre os planos de saneamento, a obrigatoriedade de realização de consulta pública é objeto do art. 51 da Lei Federal n. 11.445/2007 (Marco Legal do Saneamento)³⁵.

Ainda no Marco Legal do Saneamento, o art. 11 estabelece como condição de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços de saneamento básico, a realização prévia de audiência e consulta públicas sobre o edital de licitação e a minuta de contrato de concessão³⁶.

Esse é um plano geral da regulamentação sobre o tema, sendo certo que a titularidade da Região Metropolitana e a natureza dos serviços atraem a aplicação dessas disposições, exigindo a realização da consulta pública e das audiências dos referidos instrumentos.

Em atenção a essas obrigações, no âmbito da Região Metropolitana, a deliberação quanto à realização de consulta e audiências públicas, de atribuição do Conselho Deliberativo, foi tema da citada reunião virtual ocorrida em 29 de maio de 2020 (SEI-9726775).

Já em relação aos Municípios de fora da Região Metropolitana, foi realizada consulta à Procuradoria-Geral do Estado acerca da viabilidade de realização pelo Estado do Rio de Janeiro de consulta e/ou audiência pública dos planos de saneamento. A resposta foi veiculada no Parecer nº 03/2020/JVSM/PG-17, que concluiu acerca da viabilidade da realização condicionada ao cumprimento de alguns requisitos. Veja-se uma síntese deles extraída do parecer:

“A implementação do projeto deve possuir, no entanto, condicionantes para sua efetivação. Eles se extraem seja da dicção legal (que fala, por exemplo, na necessidade de consideração acerca das sugestões dos participantes), seja do conteúdo mínimo de princípios jurídicos aplicáveis ao caso.

(a) Voluntariedade do município. O titular do serviço de saneamento básico é o município, razão pela qual a adesão aos termos do acordo de cooperação técnica que prevê a realização de consultas e audiências públicas deve ser voluntária. O município, repita-se, não pode ser obrigado a aderir ao sistema.

(b) As plataformas tecnológicas das audiências e consultas públicas devem ser estáveis, transparentes e inclusivas. A consulente pretende estabelecer plataforma para participar das consultas ou audiências. Uma possibilidade seria a disponibilização, em espaço de fácil acesso público, de computadores com acesso à internet.

³³ Cf. Art. 12, parágrafo único, I da Lei Complementar Estadual n. 184/2018: “O funcionamento do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana observará as seguintes regras: (...)”

Parágrafo único. O Conselho Deliberativo da Região Metropolitana deverá: I - convocar audiências públicas, que poderão ser locais e setoriais, para debater estudos, programas e projetos em desenvolvimento na Região Metropolitana; (...)

³⁴ Art. 4º São instrumentos de Planejamento e Gestão Metropolitana, dentre outros: (...)

§ 5º Todos os instrumentos de planejamento e gestão deverão ser disponibilizados para consulta pública, por meio de sítio da internet. (Grifamos).

³⁵ Cf. Art. 51 da Lei Federal n. 11.445/2007: “O processo de elaboração e revisão dos planos de saneamento básico deverá prever sua divulgação em conjunto com os estudos que os fundamentarem, o recebimento de sugestões e críticas por meio de consulta ou audiência pública e, quando previsto na legislação do titular, análise e opinião por órgão colegiado criado nos termos do art. 47 desta Lei.”

³⁶ Cf. Art. 11 da Lei Federal n. 11.445/2007: “São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

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

(c) As iniciativas devem ser formal e materialmente públicas. Em sentido formal, as chamadas para as audiências e consultas públicas devem ser publicadas no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro e no dos municípios. Em sentido material, sugiro que as ações sejam divulgadas, por exemplo, em canais de comunicação populares de cada região (televisão local, rádio, associações de moradores, carros de publicidade automotiva etc.).

Observação final: os municípios podem aderir à sistemática proposta por manifestação inequívoca de vontade direcionada ao Estado do Rio de Janeiro (que é quem, afinal, estruturará as consultas/audiências), sendo, à luz do princípio da eficiência, desnecessária a elaboração e a adesão formal, município a município, a termo de cooperação ou documento congênere.”

A possibilidade de realização das audiências públicas em meio virtual por força da pandemia do coronavírus, por seu turno, foi objeto do Parecer nº 04/2020/ASA/PG-17:

“Ante ao exposto, ao longo de todo o Parecer considerando a anormalidade do período vivenciado pela pandemia de COVID-19, entendemos pela viabilidade da realização de audiência pública de forma virtual e remota, desde que, além das garantias usualmente presentes, sejam também atendidos requisitos que garantam a publicidade, transparência e participação, requisitos estes que grifamos ao longo do Tópico II, supra.

Posteriormente, à luz de tais orientações jurídicas, o Estado do Rio de Janeiro e o Conselho Deliberativo promoveram a realização da consulta pública e três audiências públicas virtuais (publicações constantes no SEI-9727769), tendo se iniciado a consulta em 9/6/2020 pelo prazo de 60 dias – o prazo original de 30 dias foi estendido a partir de recomendação do Ministério Público Estadual.

Do que se tem notícia, a manifestação de concordância dos Municípios do interior ocorreu por meio do envio de ofícios pelos Prefeitos e as ações de divulgação do Instituto Rio Metrôpole constam nos autos (SEI-9727638).

Diante do que consta no endereço www.rj.gov.br/consultapublica, foram objeto da consulta a minuta de Resolução de delegação, espécie de ato normativo previsto no regimento interno do Conselho Deliberativo (cf. art. 23, I da Resolução do CD nº 1/2019), o plano metropolitano de saneamento, além dos demais documentos técnicos e jurídicos que integram o projeto de desestatização dos serviços de concessão.

O procedimento previsto para apresentação de comentários na consulta foi a submissão por meio do site de formulário contendo as sugestões/críticas do participante. Segundo consta na manifestação do então Exmo. Sr. Secretário de Estado e Desenvolvimento Econômico, Marcelo Lopes, foram recebidos mais de mil contribuições sobre o projeto (SEI-9516189).

Não consta nos autos, contudo, a indicação da resposta que foi destinada aos comentários, as sugestões que foram acatadas, as que não foram, os respectivos fundamentos, etc. **É imprescindível que o resultado da consulta seja apresentado e publicizado para que a sociedade e os Conselhos Deliberativo e Consultivo dele tenham ciência.**

As 3 (três) audiências públicas virtuais ocorreram nos dias 25/06/2020 (SEI-9727526); 06/07/2020 (SEI-9728331) e 04/08/2020 (SEI-9918009) por meio da plataforma Zoom e por

transmissão ao vivo no *youtube*. Os vídeos estão acessíveis online, recomendando-se seu acautelamento na hipótese de descontinuação do website.

As regras de participação nas audiências públicas foram objeto de orientações disponibilizadas no citado sítio eletrônico, ali constando também apresentações, informações ao público, perguntas e respostas, além de outros documentos técnicos para conhecimento geral (SEI-9727396 e 9728222).

Sobre tais documentos, recomenda-se a verificação se houve a instrução desses autos com os principais documentos que lá constam (alguns documentos já constam a partir do SEI-9727396), não apenas em atenção à necessária formalidade de que se reveste o processo administrativo, mas também porque aquele possivelmente será temporário e se eventualmente desativado, perder-se-ia tal memória.

Além dos procedimentos de participação popular acima descritos, há, ainda, **outra disposição da Lei Complementar Estadual nº 184/2018 prevendo uma espécie de consulta direta à população como uma obrigação do Conselho Deliberativo prevista no art. 12, parágrafo único, II**, transcrevemos abaixo para análise:

Art. 12 O funcionamento do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana observará as seguintes regras:

(...)

Parágrafo único. O Conselho Deliberativo da Região Metropolitana deverá:

I - convocar audiências públicas, que poderão ser locais e setoriais, para debater estudos, programas e projetos em desenvolvimento na Região Metropolitana;

II - adotar mecanismo de consulta direta à população, antes da implementação de projetos de alto impacto na Região Metropolitana ou impactado, que terá direito a veto, caso a população, uma vez consultada, rejeite o projeto.

Veja-se que, no inciso II, é indicado esse dever do Conselho Deliberativo de realizar consulta direta à população em projetos de alto impacto ou “impactado” na Região Metropolitana.

A redação do dispositivo deixa margem para dúvidas acerca da sua interpretação. Em primeiro lugar, sobre quais seriam suas hipóteses de aplicação ou incidência, ou seja, o que é considerado um projeto de alto “impacto ou impactado”. A outra dúvida seria pelo aspecto subjetivo, isto é, quem teria o citado direito a veto.

Quanto às hipóteses de incidência, ou seja, o que poderia ser considerado projeto de “alto impacto”, é preciso interpretar o que significa a expressão. Um projeto de impacto somente “negativo” para a população sequer seria possível, por violar o interesse público.

No entanto, a expressão “alto impacto” poderia se referir a um projeto que implique uma intervenção significativa no setor de transportes ou de reorganização urbana de grande monta e que traga consequências positivas, mas também alguma externalidade negativa, e.g., uma nova rodovia que necessite cruzar uma área de uma unidade de conservação ou que implique a desapropriação de uma grande área com a remoção de muitas pessoas residentes.

Veja-se, a partir do exemplo do direito do ambiente, a necessidade de prévia realização de estudos de impacto-ambiental, que são elaborados exatamente para avaliar os impactos *negativos* ao meio ambiente de obras e empreendimentos.

Outra possibilidade é que o propósito do legislador complementar pode ter sido a atenção a grandes projetos, cuja decisão ou não por sua execução ostenta maior grau de discricionariedade do administrador. Veja-se o exemplo de eventos esportivos que aconteceram no Brasil e no Rio de Janeiro, como a Copa do Mundo, Jogos Pan-americanos e Jogos olímpicos. Trata-se de projetos de alto impacto em vários aspectos, orçamentário-financeiro, social, etc., que poderiam ter sido rejeitados pela população caso previamente ouvida. Foi o que ocorreu, por exemplo, na Suíça, que rejeitou as olimpíadas de inverno de 2026³⁷.

Cabe, contudo, averiguar sua aplicabilidade na desestatização dos serviços de saneamento *downstream* atualmente a cargo da CEDAE, eis que a titularidade dos serviços hoje é da Região Metropolitana, não apenas por força do que foi decidido pelo STF na ADI n. 1842, como também pela governança estabelecida pela Lei Complementar Estadual nº 184/2018, como reiteradamente apontado nesse parecer. Assim, há um dever legal de assunção pela Região Metropolitana de sua titularidade nos serviços de saneamento³⁸.

Além disso, a concessão dos serviços de saneamento por meio de prestação regionalizada é o espírito do novo marco do saneamento veiculado na recente Lei Federal nº 14.026/2020. Nesse caso, não há dispêndio de recursos pelo Poder Público, mas o recebimento de outorga pela concessão. Os impactos, como obras a serem realizadas pelo concessionário, têm como objetivo o cumprimento do dever legal de assegurar a universalização dos serviços nos prazos previstos pelo art. 33 da Lei Federal nº 14.026/2020.

No que pertine ao aspecto subjetivo, cabe avaliar se o titular do direito a veto seria o Conselho Deliberativo (o *caput* do parágrafo faz referência a ele), após a oitiva da população, ou a própria população, mencionada apenas posteriormente no texto.

Vejamos novamente o trecho, segundo o qual o “*Conselho Deliberativo da Região Metropolitana deverá: (...) adotar mecanismo de consulta direta à população, antes da implementação de projetos de alto impacto na Região Metropolitana ou impactado, que terá direito a veto, caso a população, uma vez consultada, rejeite o projeto.*”

A partir da sua leitura, percebe-se que o “direito a veto” na frase parece se referir ao próprio Conselho Deliberativo. Há o pronome relativo “que” na oração “que terá direito a veto”, referindo-se a um antecedente na frase com o qual se relaciona, e apenas o Conselho Deliberativo foi citado anteriormente, como acima transcrito.

No entanto, tal interpretação, em consonância com a literalidade do texto, não parece possível, pois o Conselho Deliberativo já é competente para adotar a decisão, não teria lógica a cumulação de um direito a veto.

A alternativa, por outro lado, de um “direito a veto” atribuído à população, faria crer se tratar de uma espécie de consulta similar a um plebiscito, a atrair debate sobre sua inconstitucionalidade, como é a posição do Município do Rio de Janeiro, autor da citada Representação de Inconstitucionalidade n. 0025236-85.2019.8.19.0000, ajuizada em face de alguns dispositivos da Lei Complementar, dentre eles o artigo em tela, no qual se pleiteou sua declaração de

³⁷ “A população do cantão de Valais, no sudoeste da Suíça, rejeitou neste domingo a candidatura da cidade de Sion para sediar os Jogos Olímpicos de Inverno de 2026. Em um referendo popular, os eleitores disseram “não” à proposta do governo local para destinar 100 milhões de francos suíços (cerca de R\$ 380 milhões) para o evento, o que, na prática, inviabiliza sua realização. Fonte: Esporte - iG @, disponível em <https://esporte.ig.com.br/maisesportes/2018-06-10/suica-rejeita-candidatura-olimpiadas.html>, acesso em 25/11/2020.

³⁸ Tal dever foi temperado apenas pela regra de transição do art. 27 da Lei Complementar Estadual n. 184/2018, que previu um prazo máximo de até quatro anos a partir da edição da Lei para que ocorra a assunção da titularidade dependendo de decisão expressa do Conselho Deliberativo: “Art. 27 – A assunção das atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana em relação a saneamento poderá ser parcialmente postergada, por decisão do próprio Conselho, pelo prazo máximo de 04 (quatro) anos, a contar da data de entrada em vigor desta Lei, com o objetivo de garantir a continuidade e a qualidade dos serviços, observados o direito adquirido, o ato administrativo perfeito e a coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República.”.

inconstitucionalidade por constituir, na interpretação do Município do Rio de Janeiro, por configurar uma consulta que constituiria instrumento de democracia direta sem abrigo na Constituição Estadual³⁹.

Nesse mesmo sentido, a interpretação de que a consulta teria natureza plebiscitária esbarraria no artigo 120 da Constituição Estadual, que exige, para a realização de plebiscito, que haja proposição fundamentada de 2/5 dos deputados ou cinco por cento dos eleitores do Estado.

Diante de tais considerações e ressaltando que o dispositivo permanece vigente, pois não foi deferida medida cautelar na referida ação, como já apontado, à luz da presunção de constitucionalidade das leis a sua aplicação é necessária pelo gestor metropolitano, quando verificados os requisitos nele estabelecidos, ou seja, a implementação de um projeto de alto impacto – o que deve ser avaliado – e a sua consulta à população.

8.2. Oitiva à ALERJ

Há, na Lei Complementar Estadual, uma disposição acerca de uma etapa preparatória a ações que *demandarem concessão, permissão ou alienação de serviço público estadual* envolvendo uma oitiva à ALERJ, que é o art. 11, § 6º. Segue abaixo a sua transcrição na íntegra:

Art. 11. São atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro:

§ 6º As ações que demandarem concessão, permissão ou alienação de serviço público estadual deverão ser submetidas à apreciação do Governador do Estado, que ouvirá previamente a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ), mediante envio de Mensagem Executiva, ficando tais ações sujeitas à fiscalização pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Esse artigo, como o próprio art. 12, parágrafo único, II da Lei Complementar Estadual, também foi objeto da mesma Representação por Inconstitucionalidade criada no subtópico anterior diante da alegação de interferência do Estado na gestão da Região Metropolitana, e também permanece vigente.

A norma exige que as ações que demandarem a desestatização de serviços públicos estaduais – por diversas modalidades – devem ser apreciadas pelo Governador do Estado, que deveria ouvir a ALERJ por meio de mensagem executiva, seguindo-se o controle a cargo do Tribunal de Contas do Estado.

O Governador acumula a função de Presidente do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (cf. art.10, caput da Lei Complementar Estadual nº 184/2018). O controle do Tribunal de Contas do Estado em relação ao projeto, por sua vez, decorre do art. 11, VII, “d” (competência para aprovar minutas de editais e contratos que devem ser remetidos ao TCE) e do art. 11, parágrafo 4º (obrigatoriedade de remessa de convênios e outros ajustes), ambos da Lei Complementar Estadual. Concentraremos-nos na oitiva à ALERJ.

³⁹ Cf. Segundo consta na petição inicial da Representação por Inconstitucionalidade: “A outorga de poder de veto à população no inciso II do parágrafo único do art. 12 importa em exercício de democracia direta, sistema de governo não contemplado na Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

O art. 2º da Constituição Estadual prevê que o exercício de poder pelo povo se dá por meio dos representantes eleitos, indiretamente; e, nos termos do art. 3º, pelo plebiscito e pelo referendo, diretamente. Em nenhum dos modos de exercício direto do poder pelo povo está incluído o poder de veto em abstrato”, Cf. Petição Inicial da Representação de Inconstitucionalidade, n. 0025236- 85.2019.8.19.0000, pág. 8

A partir da análise do texto, a referência a “serviço público estadual”, afastaria a incidência projeto de desestatização dos serviços de saneamento. Isso porque os serviços de saneamento na Região Metropolitana não são de titularidade do Estado, como exposto no tópico 5.1.

Por conta disso, não seria aplicável a norma nesse caso em linha do que foi exposto no Parecer nº 06/2020/GUB/PG-17, no qual foi afastada a incidência do prazo máximo de 25 anos previsto na legislação estadual para as concessões de serviços estaduais, em oposição ao prazo de 35 anos desse projeto pelo mesmo fundamento.

Além disso, a nosso sentir, quando a Lei se refere a serviços estaduais, há uma distinção clara entre esses e os serviços de interesse metropolitano ou comum objeto de detalhado tratamento no artigo 3º, que inclusive prevê que a inclusão de novos serviços – *a priori* estaduais, por exemplo - no seu rol dependeria da edição de Lei Complementar.

No presente caso, no entanto, conquanto não pareça necessária a oitiva à ALERJ diante da dicção literal da norma com a referência a serviço estadual, do ponto de vista sistemático, por força de sua inserção na Lei Complementar Estadual que estruturou a nova governança metropolitana, seria possível interpretar que o legislador complementar pode ter dito menos do que pretendia.

Por essa razão, o envio da mensagem minimizaria riscos jurídicos. De toda sorte, não seria exigida uma anuência do parlamento, que não detém poder de veto no caso, eis que as ações previstas no dispositivo são atos de gestão, constituindo matéria tipicamente administrativa, de forma que interpretação diversa esbarraria no princípio da separação de poderes – registra-se que a questão da inconstitucionalidade está posta em Juízo na mencionada Representação por inconstitucionalidade.

Feitas as considerações acima, assinalamos que a decisão, naturalmente, competirá aos gestores do projeto.

9. Sobre as minutas dos instrumentos jurídicos relacionados nos autos

9.1. Resolução de delegação

Como afirmado, a base da modelagem desenvolvida é a delegação, ao Estado, pela Região Metropolitana e pelos Municípios do interior aderentes ao projeto, de determinadas atribuições, dentre as quais as principais atividades são a organização e realização da licitação e a gestão dos contratos de concessão em cada um dos quatro blocos regionalizados.

A minuta de Resolução proposta para a delegação e a prestação regionalizada do serviço adota a modelagem proposta pelo BNDES regulando pontos centrais do projeto. Sobre esses pontos, já há, em grande parte, manifestação da d. PGE sobre as questões nela envolvidas por meio de pareceres que serão abaixo citados quando oportuno. Vejamos o conteúdo das respectivas disposições e eventuais sugestões de alteração.

Preâmbulo

No preâmbulo, sugere-se a inclusão dos demais artigos da Lei Complementar Estadual nº 184/2018 que afirmam a titularidade da Região Metropolitana para os serviços do saneamento, ou seja, além do art. 11, VII, dela já constante, também os arts. 3º, II, 11, parágrafo quarto da Lei Complementar Estadual nº 184/2018.

Além da competência do Conselho Deliberativo para exercer a titularidade em relação aos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário (art. 11, VII, da Lei Complementar Estadual nº 184/2018), esse detém a correlata competência para decidir sobre a forma da prestação dos serviços de saneamento, sua delegação e modelagem.

Sugere-se também a inclusão no preâmbulo da Resolução dos processos administrativos SEI relativos ao projeto, tanto no Estado quanto no Instituto Rio Metrópole, que passaria a contar com a

seguinte redação:

“O CONSELHO DELIBERATIVO DA REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO, no exercício da titularidade dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, nos termos dos artigos 3º, II, 11, VII e 11, §4º da Lei Complementar Estadual nº 184, de 27 de dezembro de 2018 e diante do que consta nos processos SEI nº 120207/000707/2020 e nº 220002/001019/2020.”

Recomenda-se a inclusão de um último considerando a respeito da realização da consulta pública e das audiências públicas, fatos ocorridos posteriormente à redação da minuta ora analisada, nos seguintes termos:

“Considerando a realização de consulta pública pelo prazo de 60 dias e a realização de três audiências públicas.”

Artigo 1º:

O art. 1º da minuta de resolução traz a autorização para que a Região Metropolitana do Rio de Janeiro celebre “*gestão associada*” com o Estado do Rio de Janeiro, por meio de convênio de Cooperação, para “transferência das atividades específicas e determinadas à Administração Pública fluminense”, com base no art.11, parágrafo quarto da Lei Complementar Estadual nº 184/2018⁴⁰.

Quanto à referência ao citado dispositivo, sugere-se a inclusão dos art. 3º, II e 11, VII da mesma lei, que igualmente fundamentam a delegação⁴¹ nos mesmos moldes da sugestão acima quanto ao preâmbulo, recomendando-se a seguinte redação:

Art. 1º- Autorizar o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro a celebrar gestão associada com o Estado do Rio de Janeiro, por convênio de cooperação, para transferência das atividades específicas e determinadas à Administração Pública fluminense, nos termos dos artigos 3º,

⁴⁰ Cf. Art.11, §4º da Lei Complementar Estadual nº 184/2018: “§ 4º O Conselho Deliberativo poderá decidir pela celebração de convênios ou outros instrumentos com pessoas jurídicas de direito público e com empresas públicas ou sociedades de economia mista, universidades e suas fundações, tendo como objeto a execução conjunta, ou por delegação, de atividades específicas e determinadas que sejam de competência da Região Metropolitana, os quais deverão ser remetidos ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.”

⁴¹ Cf. Art. 3º, II da Lei Complementar Estadual nº 184/2018: “Consideram-se de interesse metropolitano ou comum as funções públicas e os serviços que atendam a mais de um município, assim como aqueles que, embora restritos ao território de um deles, sejam, de algum modo, dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados entre si, notadamente:

II - o saneamento básico, assim definido pela legislação federal, 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, sendo que: (...)”

Cf. Art. 11, II da Lei Complementar Estadual nº 184/2018: “VII - exercer sua titularidade em relação aos serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, observando os Planos Diretores e a legislação urbanística e, principalmente, a situação operacional específica dos municípios envolvidos, incluindo:

a) estabelecer diretrizes para a elaboração dos planos de saneamento básico e aprová-los;
b) decidir sobre a forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem;
c) aprovar minutas de editais de licitação de prestação de serviços, contratos e convênios, bem como de outros instrumentos, precedidos ou não de licitação, que deverão ser remetidos ao Tribunal de Contas do Estado;
d) autorizar a retomada da operação dos serviços, nos casos e condições previstos em lei e nos documentos contratuais.”

Artigo 2º:

O art. 2º da minuta de resolução traz a autorização para a “*delegação das atividades de organização e gerenciamento da prestação regionalizada dos serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário ao Estado do Rio de Janeiro*”.

Como afirmado, o ponto central da modelagem proposta pelo BNDES é a delegação pelos titulares – dentre esses a Região Metropolitana – ao Estado, por meio de convênio de cooperação, das atribuições para a realização da licitação e para a celebração e gestão dos contratos de concessão.

A possibilidade de celebração de convênios para a delegação de competências administrativas na Região Metropolitana é objeto do art. 9º, VII do Estatuto da MetrÓpole⁴² (Lei Federal nº 13.089/2018), encontrando também fundamento no art. 11, parágrafo 4º da Lei Complementar Estadual nº 184/2018⁴³.

O modelo de gestão associada por meio de convênio de cooperação teve sua juridicidade reconhecida no Parecer nº 09/ARCY/PG17, *in verbis*:

(...) nada obsta que se combine a instituição de uma Região Metropolitana com o emprego, por esta, de convênio de cooperação para possibilitar que outros entes cooperem com ela na gestão associada de serviços públicos de sua competência. Trata-se de um reforço ao já mencionado federalismo de cooperação. Tal arranjo além de se adequar à jurisprudência do STF, também encontra respaldo na doutrina.

(...)

Ademais, a delegação de competências administrativas, via Convênio de Cooperação, pela Região Metropolitana ao Estado do Rio de Janeiro, funda-se no artigo 90, VII, da Lei na 13.089/2015 (Estatuto da MetrÓpole) e no art. 11, §4º, da LC Estadual na 184/2018 (lei que institui a Região Metropolitana do Rio de Janeiro).”

A viabilidade jurídica da delegação nos moldes propostos foi objeto de alguns pareceres da Procuradoria-Geral do Estado sobre a modelagem, dentre os quais os pareceres nº 09/2019/ARCY/PG-17, Parecer nº 1A/2020/ARCY/PG-17 e o Parecer nº 03/2020/ARCY/PG-17.

No Parecer nº 09/2019/ARCY/PG-17, afirma-se que o Estado pode concentrar atribuições por meio de atos de delegação (p. 3) na esteira do que decidido pelo Eg. STF na ADI n. 1842,

⁴² Cf. Art. 9º Sem prejuízo da lista apresentada no art. 4º da Lei nº 10.257, de 10 de julho 2001, no desenvolvimento urbano integrado de regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas serão utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – plano de desenvolvimento urbano integrado;

II – planos setoriais interfederativos;

III – fundos públicos;

IV – operações urbanas consorciadas interfederativas;

V – zonas para aplicação compartilhada dos instrumentos urbanísticos previstos na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

VI – consórcios públicos, observada a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005;

VII – *convênios de cooperação*;(Grifamos).

⁴³ Cf. Art.11, § 4º: “*O Conselho Deliberativo poderá decidir pela celebração de convênios ou outros instrumentos com pessoas jurídicas de direito público e com empresas públicas ou sociedades de economia mista, universidades e suas fundações, tendo como objeto a execução conjunta, ou por delegação, de atividades específicas e determinadas que sejam de competência da Região Metropolitana, os quais deverão ser remetidos ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.*” (Grifamos).

constituindo uma forma legítima de cooperação interfederativa com fundamento no art. 241 da CFRB e no art. 65 da Constituição Estadual⁴⁴. Deve-se, no entanto, atentar para os limites dessa delegação, estabelecendo-se uma distinção entre delegação de competências específicas e a renúncia da titularidade, que não se afigura viável (p. 6).

Esse ponto é sensível, pois a delegação pretendida não pode ter o condão de implicar renúncia da competência dos titulares em favor do Estado. A Lei Estadual n. 5.427/2009, que dispõe sobre processo administrativo no âmbito estadual, trouxe algumas previsões acerca da delegação de funções, permitindo-a por meio da celebração de convênios ou instrumentos congêneres, mas estabelecendo que ela deve ser parcial (art. 11), o ato de delegação deve conter as matérias e os poderes transferidos, os limites da atuação do delegado e os objetivos da delegação (art. 12, parágrafo 1º)⁴⁵.

Tais requisitos precisam estar delineados no ato de delegação, que é o convênio de cooperação, a ser analisado adiante. De toda sorte, é imprescindível que a delegação não implique a renúncia de competências, bem como ofensa à citada decisão do STF na ADI n. 1842 que afastou a possibilidade de concentração dos poderes da Região Metropolitana em um único ente, permitindo, ainda, a retomada dessas atribuições pelos titulares de modo a não desnaturar a delegação.

A possibilidade de delegação das atividades de organização e promoção da licitação e da gestão da concessão do serviço público de saneamento básico, na qual o Estado atuaria como um agente dos titulares, foi exposta no Parecer nº 09/2019/ARCY/PG-17, tal como se observa:

“(...) não vislumbro, em princípio, maiores problemas quanto ao Estado do Rio de Janeiro ser o responsável pela modelagem, organização e gestão da licitação e pela formatação da divisão dos blocos de municípios a serem licitados.

(...)

A arquitetura institucional elaborada, em que o Estado figura como agente da Região Metropolitana e dos municípios não metropolitanos na

⁴⁴ Cf. Art. 241 da CRFB: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

cf. Art. 65 da Constituição Estadual: “No exercício de sua autonomia o Estado editará leis, expedirá decretos, praticará atos e adotará medidas pertinentes aos seus interesses, às necessidades da administração e ao bem-estar do seu povo.

Parágrafo único - O Estado poderá celebrar convênios com a União, outros Estados e Municípios ou respectivos órgãos da administração indireta, inclusive fundacional, para execução de suas leis, serviços ou decisões por servidores federais, estaduais ou municipais.”

⁴⁵ Cf. Art. da Lei Estadual n. 5.427/2009: “Art. 10. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que for atribuída como própria, ressalvadas as hipóteses de delegação e avocação previstas nesta Lei ou em Leis específicas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a celebração de convênios, consórcios ou instrumentos congêneres, nos termos de legislação própria.

Art. 11. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte de sua competência a outros órgãos ou titulares, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de natureza técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

§1º O disposto neste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

§2º Não podem ser objeto de delegação as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Art. 12. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.

§1º O ato de delegação especificará as matérias e os poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva do exercício da atribuição delegada.

§2º O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.

§3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegante.

§4º A delegação poderá ser admitida por meio de convênio ou outros atos multilaterais assemelhados.”

coordenação de interesses comuns, tem guarida no art. 241 CRFB, em linha com a jurisprudência do STF, e com a Lei Geral de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007). Trata-se de uma das muitas possíveis formas de cooperação interfederativa”.

Assim, considerou-se que o Estado não poderia assumir a titularidade do serviço público de saneamento básico, atuando, na realidade, como mandatário, para atividades específicas, de modo que o poder concedente continua sendo a Região Metropolitana, além dos Municípios do interior aderentes ao projeto, entendimento com o qual nos alinhamos.

Quanto ao objeto da delegação, consideramos relevante que o dispositivo da Resolução indique a delegação da função administrativa de realização da licitação para a concessão do serviço. Em que pese haver a referência, no art. 1º da minuta, da autorização para a celebração da gestão associada por convênio e esse último prever a delegação dessa atividade, pela sua centralidade no projeto, é importante a previsão da licitação na Resolução.

Recomenda-se, ainda, que seja feita referência ao anexo que detalha a prestação regionalizada (que passará a ser o I, enquanto o plano de saneamento será o II). Ademais, também é necessário providenciar as atualizações do anexo, considerando as alterações do projeto desde sua elaboração. O texto sugerido seria:

Artigo 2º - Autorizar a delegação das funções de organização e promoção da licitação e organização e gerenciamento da prestação regionalizada dos serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário ao Estado do Rio de Janeiro, nos termos do Anexo I.

Outro ponto que deve ser abordado em relação à prestação regionalizada é que não serão todos os Municípios metropolitanos envolvidos no projeto, ao menos no seu início.

De fato, o Anexo informa que *“os municípios onde já há operação concedida para a iniciativa privada não foram incluídos no escopo dessa estruturação: concessões plenas de Niterói, Petrópolis, Guapimirim, concessão do esgotamento sanitário de São João de Meriti e da Área de Planejamento 5 (AP-5) do município do Rio de Janeiro. Além disso, a operação do esgotamento sanitário de Maricá continuará a cargo do município”.*

Iniciaremos pela questão do esgotamento sanitário de Maricá, também excluída do escopo da gestão associada por força do anexo da Resolução, acima transcrito. O recente Parecer nº 05/2020/PGE/ARCY/PG-17, com visto do Procurador-Chefe Flávio Amaral e do Subprocurador-Geral Rafael Rolim, que avaliou os instrumentos de gestão associada do projeto, trata de forma pormenorizada do tema entre fls. 10-17.

Em síntese do que ali foi explicitado, a questão é que a partir da edição da Lei Complementar Estadual nº 184/2018 não seria mais possível a manutenção da prestação do serviço com o Município de Maricá, eis que o titular do serviço é a Região Metropolitana, não subsistindo a outorga ex lege então promovida pela Lei Complementar Municipal nº 183/2009⁴⁶, que autorizou a criação de empresa pública para a prestação dos serviços de saneamento, posteriormente alterada pela Lei

⁴⁶ Cf. Art. 1º e 2º da Lei Complementar de Maricá nº 183/2009: “Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a criar uma sociedade cuja finalidade será o saneamento ambiental no Município de Maricá, podendo, para tanto, promover os atos e medidas necessárias à sua constituição, instalação e funcionamento.

Art. 2º O objeto da sociedade a ser criada consistirá na prestação dos serviços de infraestrutura e instalações operacionais de captação, adução, tratamento e distribuição de água, bem como o de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequado dos esgotos sanitário.”

Complementar Municipal nº 190/2009, que alterou sua natureza para uma sociedade de economia mista.

Compete, assim, à Região Metropolitana assumir a titularidade do saneamento, consoante prevê o art. 3º, II, 11, VII, “a” e “b” Lei Complementar Estadual nº 184/2018. A regra é a prestação regionalizada do serviço não apenas diante das previsões da governança metropolitana, como por força do Estatuto da MetrÓpole e do (novo) Marco Legal do Saneamento (cf. art. 7º da Lei Federal nº 13.089/2015 c/c art. 2º, XIV, 49, XIV e 50, VII e parágrafo primeiro da Lei Federal nº 11.445/2007⁴⁷). O referido parecer acena, contudo, para uma possibilidade excepcional de manutenção da prestação do serviço de esgotamento sanitário com o Município, desde que seja demonstrado que haveria uma inviabilidade técnica e/ou econômica a afastar a existência de interesse comum no caso, consoante requisitos lá expostos.

Em acréscimo ao que prevê o parecer, consideramos relevante apontar que essa verificação, para fins de averiguar eventual inviabilidade técnica e/ou econômica, não pode envolver isoladamente o esgotamento sanitário sem abranger o fornecimento de água, eis que se trata de serviços interdependentes. De fato, ambos são conjugados na citada definição de serviço de saneamento do art. 3º, II⁴⁸, bem como na enumeração das atribuições do Conselho Deliberativo no art. 11, VII⁴⁹, ambos da Lei Complementar Estadual nº 184/2018.

⁴⁷ Art. 7º da Lei Federal nº 13.089/2015: “Além das diretrizes gerais estabelecidas no art. 2º da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, a governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas observará as seguintes diretrizes específicas: I – implantação de processo permanente e compartilhado de planejamento e de tomada de decisão quanto ao desenvolvimento urbano e às políticas setoriais afetas às funções públicas de interesse comum; II – estabelecimento de meios compartilhados de organização administrativa das funções públicas de interesse comum; III – estabelecimento de sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas; IV – execução compartilhada das funções públicas de interesse comum, mediante rateio de custos previamente pactuado no âmbito da estrutura de governança interfederativa; V - participação de representantes da sociedade civil nos processos de planejamento e de tomada de decisão; (Redação dada pela Lei nº 13.683, de 2018). VI – compatibilização dos planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais dos entes envolvidos na governança interfederativa; VII – compensação por serviços ambientais ou outros serviços prestados pelo Município à unidade territorial urbana, na forma da lei e dos acordos firmados no âmbito da estrutura de governança interfederativa. Parágrafo único. Na aplicação das diretrizes estabelecidas neste artigo, devem ser consideradas as especificidades dos Municípios integrantes da unidade territorial urbana quanto à população, à renda, ao território e às características ambientais.”

Cf. Art. 2º da Lei Federal nº 11.445/2007: “Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais - 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)

“Art. 49. São objetivos da Política Federal de Saneamento Básico: (...)

XIV - promover a regionalização dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala, por meio do apoio à formação dos blocos de referência e à obtenção da sustentabilidade econômica financeira do bloco; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”

Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados: (...)

VII - à estruturação de prestação regionalizada § 1º Na aplicação de recursos não onerosos da União, serão priorizados os investimentos de capital que viabilizem a prestação de serviços regionalizada, por meio de blocos regionais, quando a sua sustentabilidade econômico-financeira não for possível apenas com recursos oriundos de tarifas ou taxas, mesmo após agrupamento com outros Municípios do Estado, e os investimentos que visem ao atendimento dos Municípios com maiores déficits de saneamento cuja população não tenha capacidade de pagamento compatível com a viabilidade econômico-financeira dos serviços. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).”

⁴⁸ Cf. Art. 3º, II da Lei Complementar Estadual nº 184/2018: “Consideram-se de interesse metropolitano ou comum as funções públicas e os serviços que atendam a mais de um município, assim como aqueles que, embora restritos ao território de um deles, sejam, de algum modo, dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados entre si, notadamente: .

II - o saneamento básico, assim definido pela legislação federal, 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, sendo que: (...)”

⁴⁹ Cf. Art. 11, II da Lei Complementar Estadual nº 184/2018: “**VII** - exercer sua titularidade em relação aos serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, observando os

Para tal análise, portanto, deverá o gestor metropolitano avaliar tecnicamente os requisitos ali indicados pelo Parecerista, com os quais estamos de acordo, desde que considerados conjuntamente os serviços de fornecimento de água e o esgotamento sanitário.

Há, ainda, uma outra possibilidade aventada, que é a manutenção da prestação do serviço de esgotamento pelo Município de Maricá pelo prazo de até quatro anos previsto no art. 27 da Lei Complementar Estadual nº 184/2018, tal como indicado no parecer. Assim, caso não seja possível a avaliação acima considerando o cronograma previsto para o projeto, poderia o Conselho Deliberativo decidir pela aplicação do art. 27, postergando a assunção do serviço na forma prevista na lei. Para tanto, recomenda-se seja tal questão objeto de deliberação expressa, contendo especificamente na convocação essa especificidade.

Caso se decida nesse sentido, recomenda-se a inclusão de um parágrafo no art. 2º da Resolução com a seguinte redação:

Parágrafo Primeiro. Autoriza a manutenção dos serviços públicos de esgotamento sanitário a cargo do Município de Maricá, admitindo-se sua operação pelo prazo previsto no artigo 27 da LC-RJ n. 184/2018.

Acerca dos demais serviços/Municípios citados no anexo, a preservação dos contratos de concessão em curso foi objeto do Parecer nº 1A/2020/ARCY/PG-17, aprovado por visto do então Subprocurador-Geral do Estado Sérgio Neves. Nele, concluiu o parecerista que esses contratos devem ser mantidos até o advento de seus termos finais ou outra causa extintiva, por constituírem atos jurídicos perfeitos (art. 5º, XXXVI da CFRB⁵⁰ c/c art. 6º, par. 1º da LINDB⁵¹), já consumados ao tempo da edição da Lei Complementar Estadual nº 184/2018, que atribuiu a titularidade dos serviços de saneamento à Região Metropolitana.

No parecer, afirma-se também que essa proteção aos contratos em curso tem por fundamento o *caput* do art. 27 da Lei Complementar Estadual nº 184/2018⁵², que prevê um prazo de até quatro anos para assunção dos serviços de saneamento, observados o direito adquirido, ato *jurídico perfeito* e a coisa julgada. Ou seja, tais contratos estão protegidos em face de eventual decisão do Conselho Deliberativo para sua assunção até que atinjam seu termo final.

Essa proteção, fundada na segurança jurídica, impõe o respeito ao prazo original de vigência dos contratos, sendo vedada, contudo, a sua prorrogação pelos Municípios, que não detém a

Planos Diretores e a legislação urbanística e, principalmente, a situação operacional específica dos municípios envolvidos, incluindo:

- a)** estabelecer diretrizes para a elaboração dos planos de saneamento básico e aprová-los;
- b)** decidir sobre a forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem;
- c)** aprovar minutas de editais de licitação de prestação de serviços, contratos e convênios, bem como de outros instrumentos, precedidos ou não de licitação, que deverão ser remetidos ao Tribunal de Contas do Estado;
- d)** autorizar a retomada da operação dos serviços, nos casos e condições previstos em lei e nos documentos contratuais.”

⁵⁰ Cf. Art. 5º, XXXVI da CFRB “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

⁵¹) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; 51 Cf. Art. 6º da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942): “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

⁵² Cf. Art. 27 da Lei Complementar Estadual nº 184/2018: “A assunção das atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana em relação a saneamento poderá ser parcialmente postergada, por decisão do próprio Conselho, pelo prazo máximo de 04 (quatro) anos, a contar da data de entrada em vigor desta Lei, com o objetivo de garantir a continuidade e a qualidade dos serviços, observados o direito adquirido, o ato administrativo perfeito e a coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República.”

titularidade do serviço, salvo para reequilíbrio econômico-financeiro, desde que com anuência prévia do Conselho Deliberativo. Competirá, portanto, ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana deliberar se após o fim de tais prazos de vigência, ou outra forma de extinção anômala antecipada, os serviços serão incluídos no projeto, o que deverá ser materializado na Resolução de Delegação e demais instrumentos jurídicos, que já preveem cláusula com procedimento para reequilíbrio econômico-financeiro e os respectivos blocos onde ingressariam no contrato (v. subitens 33.2.1.1 a 33.2.1.4).

Nesse contexto, recomenda-se seja indicado no art. 2º da minuta da Resolução os municípios metropolitanos que, possuindo contratos de concessão em curso, não farão parte da delegação de competências relativas aos serviços de saneamento básico ao Estado no início do projeto, sugerindo-se a inclusão dos parágrafos que seguem:

Parágrafo Segundo. Os serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário dos Municípios de Niterói, Petrópolis e Guapimirim e o esgotamento sanitário dos Municípios de São João de Meriti e da AP-5 no Município do Rio de Janeiro permanecerão sendo prestados por meio dos contratos de concessão em execução até a extinção desses instrumentos, seja em virtude do advento do termo contratual ou outra forma de extinção antecipada.

Parágrafo Terceiro. A prorrogação do prazo de vigência dos atuais contratos de concessão será admitida única e exclusivamente para fins de reequilíbrio econômico-financeiro e deverá ser precedida de autorização do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana.

Parágrafo Quarto. Após a extinção dos contratos a que se refere o parágrafo segundo, os citados Municípios serão incluídos na gestão associada autorizada pela presente Resolução. (*Caso o CD decida pela definição da inclusão*).

Dessa forma, não se vislumbra óbice jurídico ao exposto no dispositivo em questão com a alteração sugerida.

Artigo 3º

Antes de analisar o atual artigo terceiro da minuta, sugere-se a inclusão de dispositivo por meio do qual seja aprovado o plano metropolitano de saneamento básico, se, após deliberação, assim decidir o Conselho Deliberativo, que é competente para tanto de acordo com o art. 11, VII, “a” da Lei Complementar Estadual n. 184/2018⁵³⁻⁵⁴.

Em tal hipótese, recomenda-se a inclusão do plano como anexo II e renumerando-se o anexo atual para que figure como o anexo I. Para tanto, recomenda-se dispositivo com a seguinte redação:

⁵³ Cf. Art. 11: “São atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro:

(...)

VII - exercer sua titularidade em relação aos serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, observando os Planos Diretores e a legislação urbanística e, principalmente, a situação operacional específica dos municípios envolvidos, incluindo:

a) estabelecer diretrizes para a elaboração dos planos de saneamento básico e aprová-los;”

⁵⁴ Acerca dos planos de saneamento e da competência para sua elaboração, para evitar repetições, remetemos o leitor para o capítulo sobre o planejamento da Região Metropolitana acima desenvolvido.

Art. 3º - Aprovar o plano metropolitano regionalizado de abastecimento de água e esgotamento sanitário, cuja íntegra se encontra anexada à presente (Anexo II).

O atual art. 3º da minuta de resolução - a ser renumerado para art. 4º-, prevê que ficarão a cargo da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA – as atividades de regulação, inclusive tarifária, e a fiscalização do serviço metropolitano de saneamento básico.

De acordo com o marco legal do saneamento, compete ao titular do serviço formular a respectiva política pública, devendo definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização da prestação dos serviços públicos de saneamento básico (Cf. art. 8º, § 5º e art. 9º, II da Lei Federal nº 11.445/2007⁵⁵).

No âmbito da Região Metropolitana, tal decisão compete ao seu Conselho Deliberativo (cf. art. 11, VII, “b”) e, fora dela, aos Municípios não metropolitanos aderentes ao projeto.

Em relação à AGENERSA ser a responsável pela regulação, a Lei Estadual n. 4556/2005, prevê que a agência tem por finalidade exercer o poder regulatório na área do saneamento (Cf. art. 2º, II⁵⁶), autorizando que atue como delegatária de atribuições compatíveis com sua esfera de competências (Cf. art. 4º, 1º⁵⁷). A possibilidade de delegação da função regulatória e fiscalizatória de um ente federado para outro foi objeto de análise pelo Parecer nº 09/2019/ARCY/PG-17:

“não há obstáculo jurídico a que a AGENERSA seja responsável pela regulação e fiscalização da prestação do serviço, à luz da legislação (art. 2º, II, c/c art. 4, incisos e §1º da Lei Estadual nº 4.556/2005; art. 15, I c/c art. 23, §1º, da Lei Federal nº 11.445/2007) e da jurisprudência do STF, devendo o ato de delegação especificar a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas. Tal medida, aliás, iria ao encontro dos princípios da economicidade e da eficiência, com o aproveitamento do aparato institucional já existente no Estado⁵⁸”

As referências legais do marco do saneamento citadas no parecer se alteraram por força da Lei Federal nº 14.026/2020, mas a lógica se manteve a mesma, como visto acima. Assim, a delegação da função regulatória do serviço de saneamento básico à AGENERSA, agência reguladora do Estado do

⁵⁵ Cf. Art. 8º da Lei n. 11.445/2007: “Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

§ 5º O titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços, independentemente da modalidade de sua prestação.

Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

(...)

II - prestar diretamente os serviços, ou conceder a prestação deles, e definir, em ambos os casos, a entidade responsável pela regulação e fiscalização da prestação dos serviços públicos de saneamento básico;”.

⁵⁶ Cf. Art. 2º da Lei Estadual n. 4556/2005: “A AGENERSA tem por finalidade exercer o poder regulatório, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos concedidos:

(...)

II - na área de serviços de esgoto sanitário e industrial e de abastecimento de água e de coleta e disposição de resíduos sólidos prestados pelas empresas outorgadas, concessionárias e permissionárias, nas quais o Estado figure como Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais, regulamentares e consensuais pertinentes, e por serviços autônomos dos municípios, estes, respeitados os limites de autonomia municipal, mediante convênios.”

⁵⁷ Cf. Art. 4º, § 1º da Lei Estadual n. 4556/2005: “Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

§ 1º - Poderá a AGENERSA aceitar, parcial ou integralmente, a delegação de atribuições compatíveis com a sua esfera de competência.”

⁵⁸ Cf. Parecer PGE nº 09/2019/ARCY/PG-17, p.25

Rio de Janeiro, mostra-se adequada em relação aos Municípios metropolitanos, tendo em vista que os arts. 8º, §5º e 9º, §2º do marco legal do Saneamento Básico (Lei Federal nº 11.445/2007, alterado pela Lei Federal nº 14.026/2020) trazem a possibilidade de delegação da fiscalização e da regulação do serviço em questão.

Além disso, por força da edição da Lei Complementar Estadual nº 184/2018, com fulcro no art. 25, §3º da CRFB, ao instituir a região metropolitana e fixar como serviço de interesse comum o saneamento básico, não só a competência para delegar o serviço é transferida para o órgão colegiado formado pelos municípios metropolitanos e o Estado, mas também a regulação e fiscalização, tendo em vista que se trata de competência inerente à própria competência constitucional para prestação do serviço público em questão.

A constitucionalidade do exercício da regulação por agência estadual dos serviços de saneamento por meio de delegação dos titulares foi, ainda, objeto de manifestação judicial expressa do Eg. STF, por meio da ADI 2.095, na qual se discutiu a delegação à agência gaúcha⁵⁹.

A edição da resolução, entretanto, não supre a necessidade de celebração de ajuste para efetivar a delegação à Agência, pois não poderia o ato normativo metropolitano dispor sobre competência de entidade integrante da administração pública estadual. Tanto que o art. 4º, §1º, da Lei Estadual nº 4.556/2005 traz a possibilidade de a AGENERSA *aceitar*, parcial ou integralmente, delegação de atribuições compatíveis com as suas competências.

Do que se expôs, a previsão do atual art. 3º ostenta caráter autorizativo, dependendo a efetivação da delegação de ulterior ajuste por meio do qual sejam disciplinados a forma de atuação e a abrangência das atividades da Agência, bem como da anuência expressa desta, indicada como interveniente nos respectivos instrumentos.

Diante dessas razões, não vislumbramos óbice jurídico ao dispositivo em tela.

Artigo 4º

O atual art. 4º da minuta de resolução – a ser renumerado para 5º –, dispõe sobre o instrumento a ser utilizado na formalização da delegação da prestação dos serviços de água e esgotamento sanitário no âmbito da região metropolitana, mencionando que a delegação do serviço público será formalizada por meio de “contrato, nos termos do art. 10, da Lei Federal n. 11.445/2007”.

O art. 10⁶⁰, que antes se referia apenas a “contrato”, foi alterado recentemente pelo novo marco legal do saneamento para prever a obrigatoriedade de celebração de contrato de concessão mediante prévia licitação e vedar a celebração de contratos de programa e outros instrumentos de natureza precária.

⁵⁹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRIAÇÃO DA AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DO RIO GRANDE DO SUL. AGERGS. AUSÊNCIA DE AFRONTA À AUTONOMIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO OU DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. LEGITIMIDADE PARA ATUAR NA ÁREA DE SANEAMENTO BÁSICO. COMPETÊNCIA COMUM ENTRE UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. COMPETÊNCIA REGULADORA DE NATUREZA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A atuação da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Rio Grande do Sul – AGERGS não se opõe à autonomia do Chefe do Poder Executivo (inc. II do art. 84 da Constituição da República). Não lhe incumbe atuar na conformação de políticas de governo, mas prevenir e arbitrar, conforme a lei e os contratos, os conflitos de interesses entre concessionários e usuários ou entre aqueles e o Poder concedente. 2. É da essência da regulação setorial a autonomia das agências para a definição dos valores de tarifas, observados os termos e a juridicidade do contrato subjacente. Precedentes. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF - ADI: 2095 RS - RIO GRANDE DO SUL 0004371- 55.1999.1.00.0000, Relator: Min. CARMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 11/10/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-257 26-11-2019)

⁶⁰ Cf. Art. 10 da Lei n. 11.445/2007 com a redação alterada pela Lei n. 14.026/2020: “A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.”

Quanto à regionalização dos serviços *downstream*, o Anexo da Minuta de Resolução – que passará a Anexo II - esclarece que “*serão organizados em quatro blocos de municípios, objetivando a geração de sinergias e economias de escala na prestação dos serviços, sendo que os blocos formados serão adjudicados a operadores privados, mediante a realização de processos licitatórios específicos e celebração de contratos de concessão*”.

Portanto, a delegação dos serviços de distribuição de água tratada, a coleta e tratamento de esgotos e a disposição final de efluentes sanitários serão delegadas por meio de licitação que dará origem ao contrato de concessão, não havendo maior complexidade quanto ao ponto.

Quanto ao serviço *upstream*, o Anexo revela que serão atribuídos à CEDAE, “*que atuará como produtora e fornecedora exclusiva de água tratada aos quatro operadores de serviços downstream*”. O instrumento constante do projeto por meio do qual esse fornecimento seria formalizado é denominado de “contrato de produção de água” (cf. SEI-10904733).

A respeito da redação do atual art. 4º da minuta de Resolução, por ser o texto genérico, referindo-se apenas a “contrato”, não vemos óbice a sua manutenção mesmo após a alteração do art. 10 da Lei Federal nº 11.445/2007.

Artigo 5º

O atual art. 5º da minuta de Resolução prevê a necessidade de submissão das minutas de editais, contratos, convênio de cooperação e do plano metropolitano de água e esgotamento sanitário à ratificação do Conselho Deliberativo após realização de consulta pública.

A exigência de ratificação do Conselho Deliberativo decorre do art. 11, inciso VII, alínea “c”, da Lei Complementar Estadual nº 184/2018, como referenciado no próprio dispositivo da minuta.. Sugere-se, no entanto, a supressão do dispositivo. Isso porque se for editada, essa Resolução será posterior à reunião do Conselho Deliberativo que deliberará sobre os instrumentos. Assim, a ratificação dos instrumentos jurídicos, se levada a efeito, já terá ocorrido, perdendo sentido tal previsão.

Artigo 6º

O art. 6º da minuta de Resolução autoriza que o Estado do Rio de Janeiro celebre contratos para delegação da prestação dos serviços de água e esgoto, no que tange aos municípios descritos no Anexo da Resolução – que passará a ser Anexo II. Em algumas oportunidades, a Procuradoria-Geral do Estado foi chamada a tratar sobre o tema dos limites à delegação, como acima tratado, bem como do papel do Estado e da Região Metropolitana nos contratos de concessão a serem assinados.

Acerca da questão, deve ser feita uma observação – que se estende a outros instrumentos, como o contrato de produção de água, de que as recomendações da PGE foram no sentido de que o Estado do Rio de Janeiro não celebrasse o contrato, mas neles atuasse como interveniente anuente. Nesse sentido, trecho do Parecer nº 09/2019/ARCY/PG-17:

“Assim, recomendo que fique claro que a competência para firmar os contratos de concessão permaneça com os titulares do serviço público (Leia-se: Região Metropolitana e municípios não metropolitanos), ainda que haja a delegação de determinadas competências ao Estado. **Para tanto, sugiro que o Estado do Rio de Janeiro exerça função análoga a de um mandatário sem representação, não figurando como parte nos contratos de concessão.** O Estado, na verdade, não exercerá a função de concedente, mas de uma espécie de intermediário e coordenador. **Logo, é recomendável que o Estado não assine os contratos como concedente, mas como interveniente anuente.** Até para que se deixe clara a titularidade dos envolvidos, deverão figurar como concedentes nos contratos de concessão: a Região

Metropolitana, bem como cada um dos Municípios que não integrar a região.” (Destacamos).

Também os Pareceres nº 1-A/2020/ARCY/PG-17 (fl. 4) e nº 3/2020/ARCY/PG-17 (fl. 4) afirmam a possibilidade dessa delegação da função da gestão contratual ao Estado, por se tratar de uma forma possível de cooperação interfederativa, reiterando, no entanto, o alerta para os riscos jurídicos dessa construção. Mais recentemente, no excelente Parecer Conjunto nº 1/2020/ARCY/FAG/PG-17, os pareceristas, na análise do edital de licitação, novamente destacaram a questão do papel desempenhado pelo Estado na cooperação⁶¹. A recomendação para avaliação pelos órgãos técnicos responsáveis da participação da Região Metropolitana como interveniente no contrato, de modo a reforçar juridicamente a construção e afastar questionamentos, foi objeto de sugestão no visto do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020:

“Para finalizar o primeiro aspecto relevante a ser enfrentado na presente manifestação, acrescenta-se uma única recomendação, com vistas a minimizar questionamentos jurídicos futuros, fruto dos debates realizados nas reuniões do Grupo de Trabalho: que os órgãos técnicos responsáveis pela modelagem avaliem, como reforço de segurança jurídica, a inclusão do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, como interveniente do futuro contrato a ser celebrado.”

Portanto, para que seja afastado o risco apontado, reitera-se a recomendação de que a Região Metropolitana participe dos contratos de concessão.

Por fim, independente da decisão do gestor quando ao ponto, diante do inquestionável papel do Estado como mandatário, recomenda-se modificação do referido dispositivo para tornar clara a circunstância, passando a contar com a seguinte redação:

“Autorizar o Estado, *na qualidade de mandatário*, a participar dos contratos para delegação da prestação dos serviços de água e esgoto nas áreas urbanas dos municípios descritos no Anexo desta Resolução”. (Grifamos a alteração).

Artigo 7º

O art. 7º da minuta de Resolução traz a previsão de que, no âmbito da delegação da prestação do serviço público de saneamento, ressalva-se o exercício das atividades de acompanhamento, fiscalização e planejamento no âmbito do serviço público de saneamento à Região Metropolitana.

Trata-se, aqui, de previsão decorrente da impossibilidade de delegação total de uma prerrogativa, conforme explicitado no Parecer nº 09/2019/ARCY/PG-17.

“(…) até onde vai a possibilidade de delegação, ao Estado, de uma função que, originariamente, não lhe pertence? Nesse ponto, deve-se demarcar a diferença entre renúncia de titularidade de competências constitucionais em relação à delegação de competências específicas.

⁶¹ Sobre o ponto, v. página 7 e seguintes do desenvolvimento e conclusão na página 80 e seguintes do Parecer Conjunto nº 1/2020/ARCY/FAG/PG-17

Como regra, tem-se por ilegítima a renúncia, por parte de entes federativos, de competências legislativas e administrativas fixadas pela própria Constituição da República. Da mesma forma, a titularidade de determinado serviço público, fixada pela lei, deve ser modificada também por lei (cf.: art. 2, §1º, III, da Lei Estadual nº 5.427/2009) ou pela Constituição, e não por ato infralegal.

Se a renúncia de competências constitucionais é inválida, por outro lado, a delegação voluntária, via ato infralegal, entre os entes federados, de competências constitucionais específicas é viável, desde que observados alguns cuidados, a fim de se evitar que uma suposta delegação configure, na prática, verdadeira renúncia. Quais são as cautelas necessárias? O art. 11 da lei de processo administrativo estadual (Lei nº 5.427/2009) é um bom começo. Segundo a letra do dispositivo, a delegação de competências é possível, desde que parcial”.

Ainda quanto a esse artigo, sugere-se a inclusão de inciso acerca da participação da Região Metropolitana no Conselho de Titulares e no Comitê de Monitoramento:

“**Art. 7º** - Incumbe à Região Metropolitana, no âmbito da delegação dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário:

(...)

III – Integrar o Conselho de Titulares e o Comitê de Monitoramento.”

Dessa forma, não vislumbramos óbice jurídico a sua manutenção no ato normativo em análise.

Artigos 8º, 9º e 10

Os art. 8º, 9º e 10 da minuta de Resolução trazem os percentuais e a regulamentação da forma de partilha dos valores recebidos, a título de outorga fixa e variável, pelos Municípios integrantes da Região Metropolitana no âmbito da delegação do serviço público de saneamento, tratando especificamente da repartição de recursos auferidos no início e ao longo da concessão (outorgas fixa e variável).

O montante da outorga fixa mínima não está preenchido nos instrumentos apresentados, estando apenas indicados os percentuais de repartição (80% para o Estado, 15% para os Municípios metropolitanos e 5% para o Instituto Rio Metrópole), que foram objeto de decisão do Conselho Deliberativo ocorrida em fevereiro de 2020. Sobre a outorga variável, também objeto da decisão, a previsão é de que o concessionário desembolse aos Municípios percentual de sua arrecadação que ocorrer nos respectivos limites territoriais (3%).

O compartilhamento da outorga fixa, que, em princípio, deveria ser destinada somente aos titulares do serviço (Região Metropolitana e Municípios do Interior), foi um dos pontos abordados na Nota Técnica do consultor VERNALHA GUIMARÃES & PEREIRA ADVOGADOS (SEI-10901384), que trata de recomendação do Parecer nº 05/2020-PGE/PG-17/ARCY acerca da necessária avaliação das obrigações a serem assumidas pelo Estado e a receita a ser percebida a título de outorga fixa (p. 20), e dos Pareceres nº 9/2020-PGE/PG-17/ARCY e Parecer nº 7/2020-PGE/PG17/JVSM, reiterados pelo Parecer Conjunto nº 1/2020-PGE/PG-17/ARCY/FAB, que apontam como requisitos a (i) necessidade de celebração de acordo entre titulares e a (ii) *motivação técnica que demonstre a existência de uma causa econômica* (p. 16).

No que toca à Região Metropolitana, a preocupação é a existência de causa econômica para esse compartilhamento com o Estado em tal proporção, o que deve ser avaliado tecnicamente. Na Nota Técnica, afirma-se a regularidade da discussão e decisão por parte do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, que no exercício da sua titularidade, decidiu nesse sentido. Veja-se o trecho da Nota:

“dada a natureza jurídica da decisão do Conselho Deliberativo – ato administrativo de competência discricionária –, que obedeceu às regras atinentes à participação dos municípios que compõem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e sabendo-se que o direito deliberado – compartilhamento da outorga – diz respeito a um direito disponível, não se vislumbra qualquer irregularidade na decisão.” (Pág. 10).

Quanto aos fundamentos para essa percepção da outorga fixa pelo ente estadual, afirma, ainda, que esse se colocaria na posição de garantidor, reduzindo riscos e valorizando o negócio, além de abrir mão de dividendos dos contratos de programa da CEDAE a serem rescindidos:

“O Estado coloca-se na figura de garantidor das obrigações dos municípios, originariamente titulares do serviço, reduzindo o risco do concessionário, o que gerará maior atratividade à concessão, beneficiando a posição dos municípios. Por fim, o Estado abrirá mão de dividendos, tendo em vista que a CEDAE rescindir os contratos de programa atualmente em vigor.” (Pág. 9).

A tais fundamentos, acresce também a assunção pelo Estado das obrigações financeiras dos titulares de indenização à CEDAE dos investimentos não amortizados dos contratos em curso (p. 11 e seguintes).

No entanto, em que pese os percentuais de outorga e repartição indicados terem sido objeto de decisão do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana na reunião de fevereiro de 2020 e o que consta na referida manifestação técnica do consultor do BNDES, deve ser realizada avaliação do gestor acerca da justificativa técnico-econômica para o compartilhamento, considerando tais circunstâncias, em consonância com o posicionamento da PGE.

Acerca da redação dos dispositivos na minuta da Resolução, essa está em dissonância com a versão do edital submetida à consulta jurídica (cf. cláusulas 5.4 e 36.1) notadamente quanto aos prazos para pagamento da outorga fixa, o que precisa ser refletido na Resolução. Em razão disso, sugere-se a modificação da redação dos dispositivos, a inclusão de novo artigo para refletir os momentos de pagamento da outorga fixa estabelecidos no edital e a inversão da ordem dos artigos, tratando-se da outorga fixa antes da outorga variável. Propõe-se a redação nos seguintes termos:

Art. 8º - O valor mínimo de outorga fixa previsto na licitação das concessões para prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário deverá ser repartido na seguinte proporção:

I – 80% para o Estado do Rio de Janeiro;

II – 15% entre os municípios integrantes da Região Metropolitana e demais municípios não metropolitanos incluídos no escopo do projeto, tendo como critério de rateio a população de cada município, conforme estimativas de

população divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, com data de referência em julho de 2020; e

III - 5% para o Instituto Rio Metr pole, por meio do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no art. 20 da Lei Complementar Estadual n  184/2018.

Parágrafo primeiro. Os valores de outorga a serem repartidos entre os municípios compreendidos no escopo do projeto observarão os percentuais previstos no Anexo II desta Resolu o.

Parágrafo segundo. Eventual oferta excedente, realizada no âmbito da licita o em lotes de concessão que supere o valor mínimo de outorga fixa prevista, terá o excedente repartido na propor o de 50% (cinquenta por cento) para o Estado, e 50% (cinquenta por cento) para os municípios agrupados no respectivo bloco, observada a proporcionalidade em rela o ao número de habitantes de cada município, conforme estimativas de popula o divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com data de referência e julho de 2020.

Art. 9  - O pagamento do valor da outorga fixa será promovido diretamente pelos concessionários ao Estado e será dividido em 3 (três) parcelas. A primeira parcela, no valor de 60% (sessenta por cento) da outorga fixa, será paga como condi o para assinatura dos contratos de concessão. A segunda parcela, no valor de 20% (vinte por cento) da outorga fixa, será paga até 2 (dois) dias úteis após a emissão do termo de transferência do sistema. A terceira parcela, no valor de 20% (vinte por cento) da outorga fixa, será paga até o último dia do terceiro ano de vigência do CONTRATO.

Parágrafo  nico. O Estado repassará integralmente até xx (xxx) dias úteis após o recebimento da primeira parcela os percentuais de outorga fixa indicados no art. 8 , II e III aos municípios integrantes da Região Metropolitana, demais municípios não metropolitanos incluídos no escopo do projeto e ao Instituto Rio Metr pole.

Art. 10 - Os municípios integrantes da Região Metropolitana terão direito a receber, a título de outorga variável, 3% (três por cento) da arrecada o das concessionárias de distribui o de água e esgotamento sanitário que ocorrer dentro de seus respectivos limites territoriais.

Parágrafo  nico: A Região Metropolitana, por meio do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no art. 20 da Lei Complementar estadual n  184/2018, terá direito a receber, a título de outorga variável, 0,5% (meio por cento) da arrecada o das concessionárias de distribui o de água e esgotamento sanitário referentes aos municípios metropolitanos incluídos no escopo do projeto.

No parágrafo primeiro do art. 9  ora sugerido, foi indicado o estabelecimento de um prazo para que o Estado realize o repasse dos recursos recebidos a título de outorga fixa aos municípios metropolitanos, devendo o gestor avaliar qual o intervalo de dias necessário a ser apontado considerando os trâmites burocráticos e financeiros para execu o orçamentária pela Secretaria estadual competente.

Artigo 11

O art. 11 da minuta de Resolu o traz uma limita o quanto aos entes beneficiários da reparti o dos recursos auferidos a título de outorga, fixando que tal reparti o se restringe aos

municípios que integram o bloco de concessão, ou seja, são abrangidos pela área delimitada para a prestação do serviço público delegado.

Nessa toada, entende-se que não há óbices jurídicos a tal previsão, tendo em vista que a delimitação em questão não excluirá os entes que possuem competência para a prestação do serviço. Assim, o dispositivo em questão apenas exclui da repartição das receitas da outorga os entes que não se encontram dentro da área de prestação do serviço por determinado delegatário, ou seja, que não se encontram dentro do “bloco de concessão”.

Artigo 12

O art. 12 traz a priorização das áreas irregulares e dos núcleos urbanos informais no que tange à utilização dos valores obtidos a título de outorga com a licitação e com os investimentos a serem executados, o que é uma finalidade louvável. A Lei Complementar Estadual nº 184/2018, contudo, tem previsões acerca das situações específicas para as quais pode ser destinado o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana (combinação dos arts. 21, caput e art. 3º) e há ali outras previsões para utilização dos recursos além do saneamento, como ordenamento territorial, mobilidade urbana, macrodrenagem⁶².

Há, assim, um conjunto de destinações eleitas pelo parlamento estadual no que tange aos recursos destinados ao Fundo. Além disso, no que se refere aos recursos direcionados aos Municípios metropolitanos e ao Estado, há também que se considerar a autonomia federativa dos entes e a necessidade de cumprimento das respectivas legislações quanto à eventual destinação dos recursos.

No que toca ao Estado, por exemplo, tem-se notícia de que os recursos da outorga deverão ser utilizados para o pagamento de dívidas pretéritas, como o empréstimo do Banco BNP Baribas, no qual foram dadas em garantia ações da própria CEDAE.

Dessa forma, sugere-se avaliar a manutenção do dispositivo à luz, ainda, da avaliação técnica quanto à adequação do tratamento contido no caderno de encargos acerca dos investimentos destinados às comunidades irregulares a cargo do concessionário.

9.2. EDITAL

Como já havíamos anotado no início do presente Parecer, a licitação seguirá a modalidade concorrência pública internacional, adotando-se a inversão entre as fases de habilitação e proposta, na forma prevista no art. 18-A da Lei Federal nº 8.987/95⁶³.

⁶² Cf. Art. 21 Constituição receitas do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro: (...)

Parágrafo único. As aplicações dos recursos do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro deverão ser destinadas a programas, projetos e ações que contemplem as disposições contidas no art. 3º desta Lei, tais como:

I - o pagamento pela outorga de serviços de titularidade da Região Metropolitana;

II - o pagamento de multas decorrentes do descumprimento de contratos celebrados pela Região Metropolitana;

III – outras receitas previstas em contrato ou norma de regulação dos serviços de responsabilidade da Região Metropolitana;

IV - produto decorrente da arrecadação de taxa, instituída pelo Estado ou pelos municípios integrantes da Região Metropolitana, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização de serviços públicos metropolitanos

⁶³ Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

De início, anotamos que o edital centrava a aferição da qualificação técnica dos licitantes na demonstração de capacidade efetiva para a captação de recursos (subitem 22.11 e seguintes). Posteriormente, após provocação do Tribunal de Contas do Estado, que encaminhou questionamentos ainda na fase interna do procedimento, foi também inserida neste capítulo do instrumento convocatório a previsão da necessidade de apresentação de atestado, acompanhado da respectiva certidão de acervo técnico (CAT) - que é emitida pelo CREA - comprovando que a licitante (ou sua afiliada) possui, em seu quadro permanente, profissional de nível superior que tenha experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários (subitens 22.11.2 a 22.11.5).

Com tal modificação se buscou aliar ao requisito que privilegia a demonstração da capacidade efetiva de investimento dos proponentes a aferição propriamente dita de sua experiência anterior na execução de serviços compatíveis com aqueles que se pretende contratar, na vertente da capacidade técnico-profissional, tal qual está previsto no art. 30, II da Lei nº 8.666/93.⁶⁴

Segundo esclareceu a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico e Relações Internacionais (SEDEERI) no Ofício inicial, a complexidade e a relevância da contratação em foco (contrato de longa duração, com vultosos investimentos) impõem que no edital se mitiguem eventuais *“assimetrias informacionais e comportamentos oportunistas em relação ao futuro contratado”* (SEI 9516189, fl. 6). Neste sentido, *“...o modelo concebido propõe a exigência de qualificação técnica centrada na comprovação de captação de recursos, juntamente com a imposição de requisitos técnico-profissionais que comprovem a experiência prévia na operação de sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário. O objetivo é, ao mesmo tempo, atrair licitantes capazes de honrar com os investimentos a serem realizados e garantir o conhecimento de operação similar, exatamente o que se pretendeu na cláusula 22.11 e suas subcláusulas 22.11.1 e 22.11.2 da minuta do Edital.”*

Esta questão - da qualificação técnica - foi objeto de notas técnicas apresentadas pelo BNDES, da já citada justificativa do Secretário de Desenvolvimento Econômico – Ofício SEDEERI/GAB SEI Nº482 (SEI-9516189) – e foi também analisada pela Procuradoria-Geral do Estado por meio do detalhado Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, elaborado pelos I. Procuradores do Estado André Rodrigues Cyrino e Flávio Amaral Garcia (p. 34 e seguintes).

A Nota Técnica apresentada pelo BNDES (SEI-9818067, fls. 30-31) enfatiza que a qualificação técnica nos moldes citados foi concebida para que fosse avaliada *“...diante de dois parâmetros igualmente importantes: de um lado, a exigência de atestados de investimentos, garantir que os licitantes comprovem a capacidade de cumprimento dos aportes necessários às metas de universalização pretendidas pelo novo marco legal do saneamento e, de outro, a exigência de capacidade técnico-profissional compatível com o objeto do futuro contrato que comprove que o licitante possui vínculos com profissionais que tenham experiência e conhecimentos específicos na operação.”*

A Nota Técnica (10900758) destacou a necessidade da relativização da interpretação restritiva dos requisitos de habilitação da Lei nº 8.666/93 e, em especial, as exigências de qualificação técnica, afirmando ser necessária, para este projeto, a formulação de medidas que mais se adequem aos objetivos pretendidos para alcançar o interesse público objeto da parceria com o setor privado,

IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

⁶⁴ Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, *“a qualificação técnico-operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública. Por outro lado, utiliza-se a expressão ‘qualificação técnico-profissional’ para indicar a existência, nos quadros (permanentes) de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico constasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração.”* (grifo nosso) JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8.ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 333.

garantindo ainda a segurança jurídica ao Poder Concedente na escolha do futuro concessionário, que demonstrará ser capaz de executar todo o objeto contratual.

Ponderou ainda que, de acordo com o Novo Marco Legal do Saneamento, art. 11-B, as metas de universalização do serviço de saneamento básico devem ser atendidas até dezembro de 2033, o que significa que na presente estruturação de projeto é essencial considerar os vultosos investimentos a serem feitos pelo futuro concessionário nos primeiros anos da concessão.

Depois disso, foi emitida ainda Nota Técnica (SEI-10901106), em virtude de solicitação feita pelo Estado do Rio de Janeiro, onde justificou-se que as especificidades sobre a habilitação econômico-financeira adotadas pelo edital se referem basicamente à exigência de certidão negativa de falência ou concordata e (b) garantia de proposta, elementos previstos respectivamente nos incs. II e III do art. 31 da Lei 8.666/93, não sendo exigidos os demais elementos referenciados no art. 31, da Lei Geral de Licitações e Contratos.

Explicou-se que os demais elementos foram descartados já que a seleção dos requisitos de qualificação econômico-financeira se insere no campo da discricionariedade administrativa e que faria *“pouco sentido exigir balanço patrimonial, demonstrações contábeis, atendimento a índices contábeis, capital social ou patrimônio líquido dos licitantes num contexto em que não é propriamente o licitante vencedor quem irá executar o contrato – mas sim uma outra sociedade, constituída posteriormente para esse fim, dotada de personalidade jurídica própria e dissociada financeiramente de seus acionistas.”*

Seguidamente aduziu que há, em verdade, a necessidade de exigir outros elementos que reforcem a robustez financeira da concessionária de modo a garantir uma boa prestação dos serviços públicos delegados. *“No caso, o edital de licitação da concessão dos serviços de água e esgoto prestados no Estado do Rio de Janeiro traz, entre outras, as seguintes exigências principais que reforçam essa preocupação com a força financeira do concessionário: i. Necessidade de integralização de capital em montantes mínimos, em datas pré-estabelecidas, como condição para a assinatura do contrato de concessão e como condição para a assunção efetiva dos serviços (item 30.2.3, do edital e Cláusula 16 do Contrato); ii. Contratação e renovação periódica de garantia de execução contratual (item 30.2.4, do edital e Cláusula 17 do Contrato); iii. Contratação e renovação periódica de seguros diversos (Cláusula 18 do Contrato)”*.

Por fim, explica que *“É importante atentar que o público alvo do certame são consórcios formados por licitantes de perfis variados, os quais podem abranger operadores atuantes no setor de infraestrutura (notadamente saneamento), instituições financeiras, fundos de diferentes naturezas, admitindo-se ainda a possibilidade de participação de instituições estrangeiras. Justamente por conta desse perfil multifacetado de licitantes, com naturezas diferentes e inseridos em setores econômicos variados, afigura-se complexo estabelecer requisitos de qualificação econômico-financeira que sejam aptos a funcionar como um filtro de capacidade financeira que atenda a todos os possíveis concorrentes”*.

Conclui, portanto, que as propostas de habilitação técnica e econômico-financeira apresentam justificativas técnicas para sua utilização, cabendo ao Estado do Rio de Janeiro a decisão sobre a utilização destes requisitos de habilitação ou de requisitos diversos no futuro Edital de licitação a ser publicado pelo ente estadual.

De acordo com a percuciente análise levada a cabo no Parecer antes citado, três são as razões para que a demonstração de experiência pretérita em angariar recursos integre as exigências de qualificação técnica e não de qualificação econômico-financeira.

A primeira razão repousa sobre o fato de se tratar de um contrato de investimento e não de um contrato de desembolso, na medida em que a experiência técnica em engenharia financeira seria, segundo o BNDES, tão ou mais relevante para o atendimento da concessão. Desta feita, como o objeto em um contrato de investimento *tem como parcela de maior relevância a captação de*

recursos no mercado, a cláusula 22.11.1 está “...topograficamente bem localizada e sistemicamente bem enquadrada no item da qualificação técnica” (fl. 42 do Parecer).

A segunda razão está em que a qualificação econômico-financeira ocupa-se da saúde financeira interna e subjetiva do licitante, ao passo que a exigência de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura prevista no edital é externa à pessoa jurídica e distinta dos aspectos econômico-financeiros de índole estritamente subjetiva e internos da sociedade empresária.

Por fim, os I. Pareceristas apontam uma série de cautelas que o edital adota para garantir a segurança da contratação e a qualidade na prestação dos serviços, como a obrigatoriedade de o licitante vencedor se constituir em SPE, cuja finalidade será prestar os serviços públicos objeto da concessão (cláusulas 1.2.58 e 30.2.1. 30.2.2 e 30.2.3), criando vinculação indissolúvel com a execução do objeto, e a obrigatoriedade de o concessionário cumprir os indicadores de desempenho e as metas de atendimento, sob fiscalização estrita do poder concedente e da AGENERSA.

Este conjunto de razões nos leva, na confortável companhia dos Pareceristas citados, a também concluir pela viabilidade jurídica de tal critério, qual seja, o da exigência de comprovação de capacidade para a captação de recursos como item de qualificação técnica – escolha que, não se perca de vista, está a cargo do gestor, que deve justificá-la tecnicamente.

Permitimo-nos observar, todavia – agora centrando foco na capacidade técnico-profissional - que apesar do visível vulto do certame, não foram destacadas parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto, nos moldes previstos no art. 30, § 1º, I da Lei de Licitações, *in verbis*:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica **limitar-se-á a:**

(...)

§ 1o A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, **limitadas as exigências a:** (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, **limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação**, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

As parcelas de maior relevância técnica delimitam o campo de incidência dos atestados de capacidade técnico-profissional. Em caráter bastante simplificado, a Administração destaca do objeto determinados serviços cuja execução anterior por parte de profissional dos licitantes é capaz de indicar sua aptidão para bem executar o objeto que se quer contratar. Em tema de habilitação, sobretudo no que se refere à qualificação técnica, o edital deve se ater ao mínimo necessário para comprovar a capacidade do licitante de satisfatoriamente dar conta do objeto que se busca contratar, medida que privilegia e amplia a competitividade.

Da forma como estão redigidos os subitens 22.11.2 e seguintes, sem a especificação de qualquer parcela de relevância técnica, conclui-se que a experiência do profissional deverá recair sobre a totalidade do objeto a ser licitado, o que não respeita o parâmetro da lei geral e sequer parece se justificar à luz do caso concreto.

Portanto, é necessário que o gestor avalie a questão, descrevendo e inserindo no edital a(s) parcela(s) de maior relevância técnica e valor significativo da licitação.

No que se refere ao **critério de julgamento da maior outorga**, o mesmo está previsto no art. 15, II da Lei Federal nº 8.987/95 (Lei Geral de Concessões), *in verbis*:

“Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;”

É comumente adotado em licitações para a contratação de concessões de serviços públicos, valendo citar como exemplos recentes o edital de concorrência nº 010/2020, do Município de Petrolina, PE, para a contratação de concessão comum para exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário (https://www.saneamentobasico.com.br/wpcontent/uploads/2020/09/H7HmS3x6vINu_EDITALCN0102020.pdf); a concorrência pública nº 09/2020, voltada para a contratação de concessão para serviços de saneamento na Região Metropolitana de Maceió, AL (<http://seinfra.al.gov.br/concessao-regiao-metropolitana-de-maceio>) e, também, concorrência a ser promovida pelo Distrito Federal para a gestão do complexo da Rodoviária do Plano Piloto (edital disponível em: http://www.semob.df.gov.br/wpconteudo/uploads/2020/10/1Minuta-de-Edital-Concessao_ANEXO_I_II.pdf).

Neste formato, a Administração auferir vantagem financeira com a contratação da concessão, “...*produzindo-se uma espécie de alienação onerosa do poder-dever de exploração do serviço*”, e não apenas transferindo sua execução aos particulares, como também obtendo enriquecimento por meio deste processo⁶⁵.

É necessário enfatizar que a adoção deste formato pressupõe que tenha havido predefinição no edital do valor das tarifas, justamente para garantir que as ofertas dos proponentes se mostrem economicamente viáveis, a partir do conhecimento e possibilidade de projeção de ganhos com o futuro contrato.⁶⁶ No caso dos autos, tal previsão consta (ou constará) no Anexo VII do edital, que se refere à estruturação tarifária e que deve ter suas fórmulas paramétricas avaliadas tecnicamente pelo gestor.

Feitas estas distinções, parece-nos que alguns aspectos específicos do edital reclamam aprimoramento, para a correção de erros materiais e, também, para se obter maior clareza. Por medida de simplificação, trataremos dos mesmos nos tópicos abaixo:

a) **subitem 1.2.7** – sugerimos acrescentar a expressão “e, subsequentemente, aos Titulares” após “Estado”, haja vista que este ente não é o destinatário último dos bens reversíveis;

b) **subitem 1.2.22** – não fez referência à Lei Federal nº 14.026/2020 (novo marco do Saneamento), recomendando-se a inclusão;

c) **subitem 5.4** – a terceira parcela da outorga foi indevidamente descrita como segunda, sendo necessário retificar o dispositivo;

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 252.

⁶⁶ É o que adverte, com toda propriedade, MARÇAL JUSTEN FILHO, *ibidem*, p. 252.

- d) **subitem 5.8**, parte final – não constou o subitem ao qual o dispositivo faz referência, o que deve ser sanado;
- e) **subitem 10.1** – a referência correta é ao subitem 25.5, não 255, como constou, sendo necessário corrigir;
- f) **subitem 15.3** – o edital prevê que o agendamento da visita técnica deve ocorrer até o 15º dia anterior à data de entrega dos volumes, o que em princípio poderia importar em restrição à competitividade, marcada pela impossibilidade de os licitantes que retirassem o edital em data mais próxima da data de abertura realizarem a visita técnica, justamente por estarem fora do limite temporal imposto pelo edital. Todavia, a SEDEERI esclareceu (SEI-9516189, fl. 6) que a data de recebimento dos volumes será agendada com interregno mínimo de 100 dias, conforme cronograma constante do subitem 25.1, número 8, o que afasta a possibilidade de tal restrição vir a ocorrer, desde que seja mantido o prazo citado;
- g) **subitem 20.2.2** – a referência correta é ao subitem 20.2.5, devendo ser alterado o dispositivo;
- h) **subitem 22.5.1** – prevê que no caso de empresa individual, o licitante deverá apresentar seu registro comercial. Todavia, tal previsão parece conflitar com o que estatuem os subitens 13.1 e 13.2, que aludem à participação, no certame, de pessoas jurídicas, nas hipóteses e condições neles descritas. Recomenda-se, pois, verificar a compatibilidade entre as disposições, eliminando-se o subitem 22.5.1 em caso de seu descabimento;
- i) **subitem 22.11.1.2** – as opções pelo percentual mínimo de 20% e pelo valor mínimo de R\$ 15.000.000,00 deverão ser justificadas;
- j) **subitem 22.11.2** – além do que foi apontado anteriormente neste Capítulo do Parecer, observamos que as exigências de qualificação técnica devem ser justificadas nos autos do procedimento preparatório da licitação. Embora a SEDEERI e o BNDES tenham apresentado suas ponderações sobre as razões e os fundamentos para a exigência de demonstração de capacidade de investimento e, somada à mesma, a demonstração de experiência anterior, não vislumbramos em tais manifestações a indicação das razões pelas quais apenas um atestado, por exemplo, foi reputado suficiente para a comprovação da capacidade técnico-profissional dos licitantes. Trata-se de critério que escapa à competência desta Procuradoria, cabendo-nos, no entanto, apontar a necessidade de complementação da instrução a este título;
- k) **subitem 30.2.5** – a referência correta é ao subitem 33.1 do edital; necessária a correção;
- l) **subitem 30.2.7** – faltou indicar, ao final, o subitem a que se faz referência;
- m) **subitem 33.1** – faz referência, em sua parte final, ao subitem 32.1.1, que não consta do edital. Impõe-se, pois, revisão do texto, corrigindo-se a referência.

No mais, manifestamos nossa adesão às conclusões constantes do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, antes citado, recomendando que sejam efetuadas as correções e adequações no instrumento convocatório, sintetizadas em seu capítulo 6 (“Encerramento”).

9.3. Contrato de Concessão

A minuta do contrato de concessão compõe o Anexo I do edital (SEI9164584) e será, agora, objeto de análise.

Em linhas gerais, o instrumento sintetiza as bases da modelagem do projeto e também contém as cláusulas obrigatórias exigidas pelo art. 23 da Lei Federal nº 8.987/95, dentre as quais estão a previsão de objeto, área e prazo da concessão; de indicadores e fórmulas para aferição da qualidade do serviço; de alocação de riscos, preço, mecanismos de reajuste e de revisão, ordinária e extraordinária; direitos e garantias do poder concedente, do concessionário e dos usuários; disposições sobre os bens reversíveis e sobre indenizações eventualmente devidas à concessionária; hipóteses de prorrogação, dentre outras.

A nosso sentir, ao menos **três** aspectos relevantes merecem comentário, seguindo-se os apontamentos específicos para os itens do instrumento que eventualmente reclamem revisão.

Em primeiro lugar, o modelo está centrado no **cumprimento de metas de atendimento e indicadores de desempenho** (Anexo III do contrato), expressos em fórmulas e parâmetros previstos no edital e correspondentes anexos de ordem técnico-financeira. O concessionário deverá ser capaz de aportar recursos substanciais – *e a capacidade para tanto já terá sido demonstrada na concorrência* – e de aplicá-los em intervenções e melhorias que propiciem a efetiva ampliação da cobertura para os serviços até a sua universalização, respeitando os padrões técnicos previamente definidos.

De acordo com o disposto no art. 11-B da Lei 11.445/1995, na redação dada pela Lei 14.026/2020, os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento deverão garantir **metas de universalização** que garantam o atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgotos **até 31 de dezembro de 2033**.

Esta nova realidade trazida pelo novo marco do saneamento acarretou a necessidade de que fossem implementados ajustes no projeto, com vistas à antecipação das metas inicialmente previstas, que eram mais alongadas, para a data-limite imposta pelo legislador. Por se tratar de questão de ordem técnica, **faz-se necessário que a Diretoria de Saneamento proceda à verificação técnica de tal requisito, atestando se de fato o projeto sob análise cumpre o requisito legal e, também, em relação às metas que eventualmente não possam ser cumpridas até 31/12/2033, se o BNDES apresentou os estudos e justificativas suficientes para embasar a dilação, nos moldes previstos no § 9º do mesmo dispositivo, e se tais esclarecimentos se mostram suficientes.**

A eventual insuficiência no atingimento das metas e no cumprimento dos parâmetros definidores de desempenho vai impactar diretamente a tarifa cobrada dos usuários, podendo evoluir até, em caso de manutenção de baixa performance, para a caducidade da concessão (item 26 e subitens 37.4.9 e 37.7; 42.2.2; 42.2.9 do contrato, além do art. 11-B, § 7º da Lei 11.445/1995, com as alterações introduzidas pela Lei Federal 14.026/2020).

Neste modelo, reputado mais moderno, há maior liberdade para o concessionário em relação aos investimentos que irá realizar. Em relação às áreas irregulares não urbanizadas, o prestador deverá apresentar plano de ação quinquenal, com a finalidade de *“descrever e detalhar a implementação dos investimentos previstos para as ÁREAS IRREGULARES NÃO URBANIZADAS”* (subitem 1.1.47), cujo cumprimento será aferido pelo Estado, mandatário dos Titulares, e pela AGENERSA. Tais diretrizes estão expressas nas cláusulas 11 (áreas irregulares não urbanizadas), 13 (obras de aperfeiçoamento do sistema) e 29 (aplicação dos indicadores de desempenho nas tarifas) da minuta do contrato de concessão.

Não vislumbramos, quanto ao ponto, incompatibilidade com a disciplina da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95), em cujo art. 23, incisos II e III, constam, respectivamente, a obrigatoriedade de o contrato estabelecer o *“modo, forma e condições de prestação do serviço”* e *“critérios, indicadores, fórmulas, e parâmetros definidores da qualidade do serviço”*.

No entanto, é preciso avaliar a compatibilidade das disposições acerca da aferição do cumprimento de metas, para áreas regulares e irregulares, com a previsão do art. 11, § 5º a Lei 11.445/1995 também com as alterações introduzidas pela Lei Federal nº 14.026/2020: “§ 5º O cumprimento das metas de universalização e não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento deverá ser verificado anualmente pela agência reguladora, observando-se um intervalo dos últimos 5 (cinco) anos, nos quais as metas deverão ter sido cumpridas em, pelo menos, 3 (três), e a primeira fiscalização deverá ser realizada apenas ao término do quinto ano de vigência do contrato”.

O **segundo aspecto** que deve ser enfrentado diz respeito à viabilidade jurídica de **extensão da concessão** para áreas e localidades que não estariam inicialmente contempladas no contrato.

O contrato regula duas situações. No subitem 33.3 e seguintes admite a expansão da área da concessão, com a correspondente extensão dos serviços à área adicionada, mediante a adesão de **outros Municípios**, “conforme art. 8º-A da Lei Federal nº 11.445/2007, desde que haja viabilidade técnica, econômica e jurídica para tanto, observados os procedimentos estabelecidos neste CONTRATO”. A regra é ampla e abarca, em tese, qualquer Município não metropolitano que não tenha aderido ao projeto.

A outra situação contemplada no edital diz respeito aos Municípios metropolitanos (que, sob tal condição, estão no projeto), mas possuem contratos em vigor, que se encerrarão no curso do contrato de concessão. De acordo com o disposto nos subitens 33.3.2 e seguintes da minuta de contrato, é expressamente reconhecida a possibilidade de expansão da área de concessão estabelecida em cada contrato para incluir áreas metropolitanas que contam com contratos de concessão de abastecimento de água e de esgotamento sanitário preexistentes, os quais serão preservados até seus correspondentes termos finais.

Em ambos os casos, a dúvida que emerge recai sobre a ideia de que a inclusão de tais áreas poderia, em tese, suscitar a incorporação ao objeto da concessão de parcela do serviço que não teria sido licitada.

Iniciemos pela segunda situação – a dos Municípios da Região Metropolitana que têm contratos de concessão que perdurarão até seus correspondentes termos finais. Em relação a este ponto, trata-se, segundo nos parece, de questão que não se interpõe contrariamente à aprovação do instrumento a este título. Explicamos.

Quando a expansão da concessão é desde logo contemplada no próprio edital de licitação e na minuta de contrato, como ocorre na hipótese, parece forçoso reconhecer que o serviço correspondente – que, ao que se sabe, não guarda inovação ou nota distintiva em relação ao escopo da concessão – compõe, sim, o objeto licitado, apenas com uma diferenciação: tal(is) parcela(s) ingressará(ão) no contrato em momento posterior ao início de sua execução. É como se em relação a tais segmentos de serviço figurasse espécie de condição suspensiva, cujo implemento só será conhecido no futuro.

Sobre o tema, o art. 18, inciso VII, da Lei federal nº 8.987/95 prevê a possibilidade de expansão da área da concessão desde que atendidas as exigências de viabilidade, segundo o qual o edital de licitação deve conter os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço.

A possibilidade de expansão do serviço também foi considerada no art. 23, V da Lei 8.987/95 entre as cláusulas obrigatórias do contrato de concessão, vendo-se, de tal modo, que não se trata de hipótese inusitada ou desarrazoada. Confira-se:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

(...)

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, **inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço** e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;

A cláusula 33.3.1.1 e seguintes elenca os requisitos para a expansão, enquanto os subitens 33.3.2.1.1 a 33.3.2.1.4 do contrato já estabelecem os blocos onde cada uma das concessões em vigor seria incluída⁶⁷. A concessão de Petrópolis, por exemplo, será incluída no bloco 2 (subitem 33.3.2.1.2).

Além de a possibilidade ter sido contemplada no edital e no contrato, sob condições claras – não importando, pois, em inclusão de serviço que não tivesse sido licitado – a previsão de semelhante evento também faz com que a variável que a ele corresponde seja contemplada na equação econômico-financeira da concessão, sob a chancela de fórmula que seja capaz de considerar sua incidência eventual e a repercussão econômica a ela atrelada.

Desdobramento disto é a previsão correlata de avaliação quanto ao cabimento do pagamento de outorga fixa e de outorga variável apenas se e quando da inclusão das áreas (subitens 33.3.3 a 33.3.4). Naturalmente, a higidez da equação econômico-financeira quanto às variáveis que devem integrá-la escapa às competências desta Procuradoria, devendo ser aferida pela área técnica, com apoio do BNDES.

Cumprir alertar que sendo a Região Metropolitana a titular dos serviços de saneamento, incumbe-lhe efetivamente decidir sobre a solução que será adotada para prover os serviços para os Municípios após a extinção dos contratos em vigor. Para tanto, descortinam-se basicamente duas possibilidades: a aventada extensão dos contratos que serão firmados em decorrência da presente licitação – matéria sobre a qual se está tratando agora – ou a realização de novas contratações.

Poder-se-ia dizer apressadamente que tal deliberação só deverá ter lugar no futuro, na ocasião do implemento dos termos finais dos contratos de concessão em vigor. Todavia, de acordo com as premissas consideradas neste opinativo, a extensão dos contratos só será viável se tiver sido contemplada no edital e no contrato de concessão, acompanhada da repercussão econômica a ela inerente, nos termos antes expostos. Em resumo, a possibilidade de expansão, mesmo que por qualquer razão não venha a se concretizar, deverá ter sido incluída na licitação, ou não poderá ser adotada no futuro, justamente por suscitar a inclusão de serviço que não constava originariamente da proposta.

Por tal razão afirmamos que a possibilidade de extensão dos contratos, na forma considerada no modelo, **deverá ser levada ao conhecimento e deliberação do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana na mesma reunião em que serão submetidos os atos atinentes ao projeto, incumbindo, pois, à Região Metropolitana do Rio de Janeiro, por seu órgão deliberativo, anuir em relação a tal solução.**

Firmes nas premissas e na análise acima construída, parece-nos não haver entrave jurídico para a previsão da possibilidade de expansão dos contratos de concessão para as áreas metropolitanas previstas no subitem 33.3.2.1, nos limites e sob as condições expressas no edital e no contrato, e com as advertências e recomendações deste parecer.

⁶⁷ Questão a ser abordada por ocasião da eventual celebração dos termos aditivos seria a submissão da expansão aos Limites do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93. Em relação aos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, o artigo 22 da Lei Federal nº 13.448/2017 dispôs que as alterações de contratos de concessões sob sua égide não estão limitadas aos percentuais previstos no artigo 65, parágrafos 1º e 2º da Lei Federal nº 8.666/93: “Art. 22. As alterações dos contratos de parceria decorrentes da modernização, da adequação, do aprimoramento ou da ampliação dos serviços não estão condicionadas aos limites fixados nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

No que se refere à aventada expansão da área de concessão para abarcar Municípios do interior que não tenham aderido ao projeto, conforme previsão no subitem 33.3.1 da minuta de contrato, a questão demanda maior reflexão, por indicar a inclusão posterior de áreas que não compuseram a área de concessão parametrizada no edital e no contrato (art. 23, I da Lei Federal nº 8.987/1995). No caso, se estará diante de ampliação subjetiva do contrato de concessão pela adição de novo(s) titular(es), e, também, de ampliação objetiva, marcada pelo aumento da área de concessão.

O novo art. 8º-A da Lei Federal nº 11.445/2007, introduzido pela Lei Federal nº 14.026/2020, prevê a possibilidade de adesão facultativa dos titulares dos serviços de interesse local às formas de prestação regionalizada⁶⁸. O dispositivo não demarca o momento ou o limite temporal para tal adição. A adesão “às estruturas das formas de prestação regionalizada” tanto poderia querer dizer a integração a uma prestação regionalizada já em operação, como parece ser a proposta, como a integração a uma prestação regionalizada ainda não contratada.

É fato que o novo marco legal do saneamento incentiva a 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” (art. 2º, XIV da Lei Federal nº 14.026/2020), o que também não resolve a questão, pois apresenta tal noção como um princípio fundamental, mas não torna claro se a regionalização – no caso, a ampliação da regionalização – pode ocorrer a qualquer tempo.

Em linha com os fundamentos antes apresentados, parece-nos que a interpretação mais adequada é no sentido de que a adesão dos Municípios deve ser anterior à licitação, de forma que as áreas e condições implicadas sejam consideradas no modelo e na equação econômico-financeira da concessão. A menção genérica à posterior inclusão de Municípios que não haviam aderido ao projeto (subitem 33.3.1 e seguintes) não torna, tais serviços, parcelas que foram consideradas efetivamente na licitação.

Neste caso, mesmo tendo sido considerada a hipótese no contrato, a efetiva expansão da concessão haverá que ser analisada no futuro, em concreto, ocasião em que as questões atinentes: (a) à viabilidade da inclusão de um novo titular no contrato; (b) à possibilidade de expansão da concessão para áreas inicialmente não abarcadas e (c) à aplicabilidade ou não dos limites quantitativos previstos no art. 65, § 1º da Lei nº 8.666/93, deverão ser examinadas, divisando-se ou não sua juridicidade.

Deve ficar claro que o presente parecer, até pela falta de elementos concretos delimitando o ponto, não é conclusivo a este respeito.

O **terceiro e último ponto** a merecer comentário antes de ser feita a análise específica dos dispositivos do contrato de concessão diz respeito à **alocação de riscos** na presente concessão. A questão está tratada na cláusula 34 da minuta (equilíbrio econômico-financeiro e alocação de risco), a cuja leitura remetemos para melhor ilustrar o ponto.

Concessões de serviços públicos são contratos complexos, representativos de empreendimentos de grande vulto, com elevados investimentos e prazos extensos de duração, para propiciar a amortização de tais investimentos e o retorno justo ao particular.

A matriz de risco, ou a adequada alocação de riscos é tema fundamental dos contratos de longo prazo, como o são as concessões de serviço público, e que inclusive transcende a análise puramente jurídica, dependendo de uma “...necessária interface do direito com a economia, obedecendo a uma racionalidade que se poderia dizer jurídico-econômica.”⁶⁹ Pressupõe-se que a atribuição de riscos a

⁶⁸ Cf. Art. 8º-A da Lei Federal nº 11.445/2007: “É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada.” (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

⁶⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:

uma parte induza ao esforço da mesma para a eliminação ou para a minimização dos eventos que possam acarretar a materialização deste risco. Avulta fundamental, portanto, que a distribuição do risco considere sua alocação à parte que tenha melhores condições de lidar com ele e, também, de gerenciá-lo.

MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO⁷⁰ esclarece que os indicadores de desempenho e o sistema de pagamentos definem o que a Administração Pública e o usuário vão adquirir por meio do contrato, e, também, o preço e a forma de pagamento. Noutra giro, a matriz de riscos “...estabelece qual das partes é responsável por dar cabo de determinada atividade prevista no contrato e, também, por lidar com as incertezas positivas e negativas – e os consequentes ganhos e ônus – que afetam tal natividade.” Nas palavras do prestigiado autor,

“A matriz de riscos, ao estipular as responsabilidades de cada uma das partes do contrato, fixa o conjunto de encargos e benefícios de cada parte e, assim, em conjunto com os indicadores de serviços e o sistema de pagamentos constituem o que a doutrina jurídica costuma chamar de “equação econômico-financeira” do contrato.”

Neste sentido, **a função do sistema de equilíbrio econômico-financeiro “...é o cumprimento permanente da matriz de risco contratual”**⁷¹. Portanto, o contrato deve definir a matriz de riscos e, também, a forma e os critérios pelos quais se suscitará, eventualmente, a necessidade de revisão para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Embora não se desconheça a possibilidade de fixação de matriz de risco implícita, é altamente recomendável que a matriz de risco em um contrato de concessão seja explícita, isto é, com a clara definição, no contrato, da distribuição dos riscos entre as partes, acompanhada da fixação dos mecanismos para sua mitigação, sem que seja necessário recorrer à lei ou a outras fontes para resolver a questão.

Em linha com tais diretrizes, o subitem 34.1.1 da minuta de contrato enuncia que “*sempre que forem atendidas as condições deste CONTRATO e mantida sua matriz de riscos, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro*”. Reputa o contrato, portanto, que os riscos estão suficientemente previstos e alocados às partes, estando estabelecido no subitem 34.2 que os riscos que não tiverem sido expressamente alocados à responsabilidade do ESTADO serão de integral e exclusiva responsabilidade da CONCESSIONÁRIA (subitem 34.2) – como prevê, aliás, o art. 2º, II da Lei 8.987/95.

O enquadramento das diversas situações – as que podem ser antevistas e as que figuram no rol dos eventos imprevistos ou imprevisíveis – entre riscos que devem ser manejados pelo Estado ou pela concessionária é tarefa nem sempre fácil e que se assenta em definitivo apenas no caso concreto, pois envolve tanto a experiência anterior no mercado e na evolução de contratos análogos, como a prospecção de situações que possam ter incidência ou relação na hipótese. Deste modo, é necessário alertar que não recai sobre esta Procuradoria – sobretudo quando não há nos autos elementos que esclareçam ou embasem as decisões que foram tomadas a este respeito – o ônus de avaliar o mérito de tais decisões, cabendo-nos apenas apontar para a necessidade de avaliação técnica que garanta a suficiência e a adequação dos critérios.

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parceriaspublico-privadas>. Acesso em 19/11/2020.

⁷⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos / Mauricio Portugal Ribeiro. — São Paulo: Atlas, 2011. Capítulo III.5 (Distribuição de riscos e equilíbrio econômico-financeiro). Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/asmelhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-aprestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financeiro/>. Acesso em: 19/11/2020.

⁷¹ RIBEIRO, Maurício Portugal, *ibidem*.

As hipóteses e riscos cuja concretização, e desde que impactem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, darão ensejo à revisão ordinária ou extraordinária da concessão, estão expressamente elencados no subitem 34.4 da minuta de contrato. E, embora a cláusula não o tenha dito, dado o teor do subitem 34.2, vê-se que tais riscos foram alocados ao Estado.

Sobre as situações descritas, pode-se dizer que veiculam hipóteses marcadas, em linhas gerais, pela impossibilidade de interferência da concessionária, mas cujos efeitos repercutem em seu desfavor, pelo incremento de seus custos, sem a correspondente contraprestação – que é o que a revisão visará justamente a eliminar.

Há que se analisar, sobretudo com enfoque técnico, se se trata de riscos que podem ser melhor gerenciados ou gerenciados pelo particular, hipótese em que será mais factível e recomendável alocá-los a este último. Observa-se, no particular, que riscos derivados de caso fortuito ou força maior estão sendo imputados apenas ao Estado, o que parece-nos deva ser reformulado para favorecer o equilíbrio contratual. Neste particular, reiteramos nossa concordância com o disposto no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, particularmente aos comentários à cláusula 34 da minuta do contrato de concessão.

Dispõe o subitem 34.9 que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato será implementada por meio de uma das alternativas descritas nos subitens 34.9.1 a 34.9.13, que concentram opções que vão desde as óbvias alteração na tarifa, redução ou ampliação do prazo da concessão e indenização direta, à previsão de alteração das metas de investimento em tempo seco e áreas irregulares não urbanizadas (34.9.5) e à alteração nos indicadores de desempenho (34.9.11).

A este respeito cumpre-nos asseverar que a eventual adoção dos últimos critérios listados deve ser avaliada com bastante cautela, para que não se comprometam as metas de universalização previstas no art. 11-B da Lei 11.445/95, com as alterações do novo marco legal do saneamento (Lei 14.026/2020), o que se deve a todo custo evitar. Parece-nos oportuno até mesmo indicar que se imponha tal limitação nos dispositivos, para conhecimento dos interessados e, por que não dizer, para o correto dimensionamento de riscos.

Passaremos agora a realizar alguns comentários mais específicos em relação às cláusulas da minuta do contrato, para seu aperfeiçoamento.

* * *

No subitem **1.1.8** foi previsto que os bens reversíveis reverterão ao Estado quando da extinção da concessão. Considerando não ser o Estado o titular da concessão, atuando como mandatário da Região Metropolitana, sugerimos incluir a expressão “*e, após, aos Titulares*” logo após “*Estado*”, o que se harmoniza inclusive com o disposto no subitem 24.1.2. Relembramos que fizemos a mesma sugestão em relação à minuta do edital, que foi objeto do tópico anterior deste Parecer.

O subitem **36.2** traz o regramento acerca do pagamento da outorga fixa, que ocorrerá em três parcelas. Há um erro material no dispositivo, registrando “segunda parcela” ao se referir à “terceira parcela”, o que demanda correção, tal como já havíamos apontado em relação ao edital. Do mesmo modo, cabe-nos apontar que não há prazo definido para que o Estado efetue o repasse das parcelas a que têm direito a Região Metropolitana (por seu Fundo) e os Municípios do interior, o que precisa ser suprido (36.2.1; 36.2.2 e 36.2.3).

O subitem **36.2.3** adota como data de referência para a aferição da população dos Municípios 1º de julho de 2018, sugerindo-se seja avaliada a alteração para 2020 em razão da superveniência de novos referenciais do IBGE, como foi sugerido no Parecer n. 5/2020/ARCY-FAG. A mesma sugestão está sendo apontada para a minuta de Resolução do Conselho Deliberativo (VIII.1).

Segue-se que a referência ao subitem **33.3.1.5**, constante do subitem 5.5 deve ser corrigida, na medida em que tal dispositivo não consta do contrato. Ao que tudo indica, trata-se do subitem 33.3.2.

Com respeito à **cláusula 7** da minuta de contrato (vigência da concessão), registramos a necessidade de anuência prévia dos titulares do serviço para que se opere a alteração do prazo da

concessão – sob pena do risco de uma delegação da própria titularidade do serviço-, como já refletido, inclusive, no Anexo relativo ao Conselho de Titulares. Recomenda-se também, para maior segurança jurídica e transparência, a inclusão de cláusula no contrato de concessão com a seguinte redação:

34.15. A hipótese prevista no subitem 34.9.2 depende da anuência prévia dos titulares do serviço (REGIÃO METROPOLITANA e MUNICÍPIOS), nos termos previstos no subitem 3.1.6 do Anexo IX (Conselho de Titulares).

Em decorrência da inclusão do subitem acima transcrito, os atuais subitens 34.15 e 34.16 deverão ser renumerados para 34.16 e 34.17, respectivamente.

No subitem **14.2**, foi previsto que durante a vigência do contrato os loteadores só poderão implantar as redes coletoras de esgoto e distribuidoras de água após a aprovação dos respectivos projetos de engenharia pela concessionária. Todavia, s.m.j., o licenciamento de tais atividades é de competência dos Municípios onde se situem os empreendimentos, de maneira que a imposição desta exigência adicional ao procedimento – cuja pertinência não está aqui em causa – há de ser objeto de prévio ajuste com as administrações municipais, sob pena de acarretar entraves desnecessários à execução das obras.

Observação análoga deve ser feita com respeito ao subitem **14.4**, que prevê a cessão de instalações construídas por loteadores à concessionária. Não se trata propriamente de item inserido no processo de licenciamento, mas de obrigação posterior à conclusão das obras, que pelas mesmas razões expostas a propósito do comentário anterior, deve ser ajustada com os Municípios. Na mesma linha, o subitem **24.2.11** imputa ao Estado a obrigação de *“encaminhar à concessionária, para análise e apreciação, no prazo de 10 (dez) dias a contar de seu recebimento, os projetos relativos à implantação de novos loteamentos que se localizem na ÁREA DA CONCESSÃO”*. São os Municípios os responsáveis pelo recebimento, análise e aprovação dos projetos, de maneira que há que se pactuar com os mesmos como se desenvolverá o procedimento previsto no instrumento.

A expressão “do sistema” está em duplicidade no subitem **18.8**, reclamando correção.

Na parte final do subitem **25.3** consta referência incorreta, o que deve ser corrigido.

Em relação ao subitem **26.7**, parece-nos que se deveria prever *“enquanto o VERIFICAR INDEPENDENTE não for contratado”*, estabelecendo-se um prazo para que tal ocorra e as consequências derivadas de sua inobservância. A redação atual parece indicar que tal contratação pode não se realizar.

O subitem **31.3** contém erro em sua parte final, devendo ser revisto para que nele se faça constar a referência correta.

Em relação ao subitem **33.3.3**, presume-se que o pagamento adicional de outorga variável nele contemplado vá ocorrer nos mesmos prazos estipulados para o pagamento já pactuado para as áreas originariamente contempladas no contrato. Para que não haja dúvidas a respeito, recomenda-se incluí-lo no dispositivo, mediante a inclusão, entre vírgulas, da expressão *“nos mesmos prazos previstos para o pagamento da outorga variável das áreas já contempladas no contrato” logo após “Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana”*.

Os subitens 33.6 e 33.7 estão duplicados, reclamando a supressão de um deles e a renumeração dos subsequentes, atentando-se para a correção de eventuais referências a outros subitens que nele tenham sido feitas.

Prosseguindo, no subitem **37.4.6** foi prevista a imposição, à concessionária, de multa por haver descumprido a alocação de volume mínimo de água potável de que trata a subcláusula 8.15. Todavia, tal obrigação incumbe à CEDAE, que será responsável pela etapa *upstream* e pelo fornecimento de

água potável aos blocos. Sugere-se, portanto, proceder à revisão do conteúdo do dispositivo, efetuando as compatibilizações acaso cabíveis e necessárias no contrato pertinente.

O subitem **39.3** apresenta erro em sua parte final e demanda correção.

As redações atuais das cláusulas envolvendo a alteração do contrato e o reequilíbrio econômico-financeiro não se referem à possibilidade de outros entes/entidades além do próprio Estado realizar investimentos nos serviços, bem como não há previsão expressa de ressarcimento quanto aos investimentos, o que se impõe, sob pena de enriquecimento sem causa do concessionário.

Além do Estado, outros atores, como os Municípios e os Comitês de Bacias Hidrográficas, poderiam ter interesse na realização de certos investimentos nos serviços, os quais, em função da superveniente redefinição jurídica dos serviços de saneamento no âmbito da Região Metropolitana, se eventualmente realizados, deverão ser ressarcidos pela concessionária que vier a se sagrar vencedora do bloco correspondente.

Nesse sentido, sugerimos as seguintes alterações nos dispositivos, para deixar claras tais possibilidades e o tratamento que deverá ser dado (alterações com destaque):

“13.18. O ESTADO poderá, por meio de alteração unilateral do CONTRATO, nos termos da cláusula 33.2.2, incorporar no objeto do CONTRATO obras executadas pelo *ESTADO, pelo MUNICÍPIO participante da PRESTAÇÃO REGIONALIZADA ou por entidades devidamente autorizadas, assegurado seu ressarcimento pela CONCESSIONÁRIA, mediante a observância dos pressupostos e requisitos previstos neste CONTRATO e da manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro.* (Marcamos) (...)

33.2. O CONTRATO poderá ser alterado, dentre outros motivos, para: (...)

33.2.2. incluir ou suprimir obras e serviços no objeto do CONTRATO; (...)

34.9. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO será implementada por meio de uma das alternativas abaixo, por decisão justificada da AGÊNCIA REGULADORA, inclusive para preservar a modicidade tarifária, quando for o caso, podendo ser implementada por quaisquer das seguintes modalidades, isolada ou cumulativamente: (...)

34.9.6. assunção de investimentos por parte do ESTADO e dos *MUNICÍPIOS titulares, de forma direta, ou mediante o recebimento de contribuições de terceiros;* (Marcamos).

34.9.7. inclusão ou supressão de obras ou serviços no CONTRATO;”

Por fim, feitas as considerações acima com sugestões de modificações à minuta do contrato de concessão, notadamente aquelas relacionadas à Região Metropolitana, reportamo-nos ao Parecer nº 1/2020 ARCY/ASA/FAG/GUB/PG-17, que tratou de forma detalhada e exauriente de inúmeras recomendações para seu aperfeiçoamento, às quais aderimos integralmente.

9.4. Anexo IX – Governança do Sistema – Obrigações do Instituto Rio Metrópole

Neste ponto, trataremos acerca do papel que foi reservado ao Instituto Rio Metrópole (IRM) na aferição e validação de dados relacionados à distribuição e consumo de água tratada entre os blocos da concessão. Relembre-se que pela modelagem proposta a água seria produzida pela CEDAE na etapa *upstream* e dividida por força de critérios técnicos entre os concessionários dos blocos para posterior distribuição na etapa *downstream*, sendo necessária a gestão desse fornecimento.

Para tanto, de acordo com o disposto no Anexo X do “Grupo 2” dos documentos (SEI-10140196), foram estabelecidas **regras de governança** entre as concessionárias dos blocos de prestação regionalizada dos serviços, de forma complementar ao contrato de concessão, com a fiscalização da AGENERSA.

Naturalmente, haverá pontos de intersecção entre as estruturas dos blocos e, mesmo, possível interdependência de infraestruturas, além da circulação propriamente dita de água tratada entre os grandes sistemas e os blocos, sendo necessário que se prevejam regras para garantir a vazão e a regularidade do abastecimento, bem como meios para se medir o fornecimento para cada concessionária e, por derivação, substanciar a cobrança a ser dirigida pela concessionária *upstream* às concessionárias *downstream*.

Neste contexto, o IRM “...será o responsável pela gestão do sistema de fornecimento de água, compreendendo as atribuições de monitoramento e fornecimento de informações técnicas quanto ao fornecimento de água pela CEDAE às CONCESSIONÁRIAS, assim como quanto ao consumo individualizado de água pelas CONCESSIONÁRIAS, segundo as condições e limites estabelecidos neste instrumento” (art. 4º do Anexo X), incumbindo-lhe providenciar a contratação de um **Centro de Controle e Operação** de dados do sistema (cf. art. 5º do Anexo X), que tem por finalidade constituir um sistema integrado de informações acerca das medições relativas ao fornecimento de água aos blocos, inclusive para efeitos de quantificação dos valores devidos.

O **Centro de Controle e Operação** será operado por empresa ou entidade tecnicamente independente e qualificada para prestar tais serviços, com comprovada experiência técnica, a qual deverá ser remunerada pelas concessionárias, na proporção de ¼ dos custos para cada uma (cf. art. 6º, §3º).

Tal obrigação, de total relevância para o sucesso da operação, mantém conformidade com as atribuições traçadas na Lei Complementar Estadual nº 184/2018 para o IRM. De fato, o caput do art. 13 estabelece que incumbe ao INSTITUTO RIO METRÓPOLE executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (CDRM) e, também, assegurar o suporte necessário ao exercício das atribuições deste último (dentre as quais está o exercício da titularidade em relação aos serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, conforme art. 11, VII, da aludida lei).

Mais especificamente, a alínea “b” do inciso I do art. 13 da Lei Complementar Estadual nº 184/2018 prevê que o IRM deva “*gerir sistema de informações sobre os serviços, articulado com o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS*”, evidenciando, pois, a competência do Instituto.

O art. 6º do Anexo prevê que a operação do Centro de Controle e Operação deverá estar disponível antes do final do período de operação assistida (cf. art. 6º, §1º) – que constitui uma transição de 180 (cento e oitenta) dias a partir da celebração do contrato de concessão, período no qual a CEDAE permanece responsável pela prestação dos serviços enquanto os concessionários adotam as providências necessárias para a assunção daqueles.

Além disso, o edital que resultará em tal contratação deverá ser previamente aprovado pela CEDAE e pelas CONCESSIONÁRIAS. Evidentemente, tal contratação não é objeto da presente análise jurídica. **Todavia, é oportuno sinalizar para a premência de tal providência, cujos atos preparatórios, como a elaboração de termo de referência, deverão ser deflagrados de imediato, em paralelo ao exame dos instrumentos relacionados ao edital de concessão, para não comprometer o início da operação.**

Em consonância com essa obrigação, constitui um dos instrumentos de planejamento e gestão metropolitana o **sistema de informações metropolitano**, de forma a coletar e armazenar

informações de interesse metropolitano para que o Estado e os Municípios possam elaborar com maior precisão suas políticas (Cf. art. 4º, III e § 1º da Lei Complementar Estadual nº 184/2018⁷²).

Nos mesmos moldes, o art. 9º, VI da Lei Federal 11.445/2007⁷³ exige do titular do serviço implantação de um sistema de informações sobre os serviços públicos de saneamento básico, articulado com os demais sistemas existentes.

Diante das disposições legais, deve o gestor metropolitano diligenciar a respeito, de forma a implantar um sistema de informações metropolitano que contemple todas as informações relativas ao serviço de saneamento prestado na Região Metropolitana e acerca das futuras concessões que forem realizadas, para possibilitar seu acompanhamento pela população, pelos órgãos de controle, a verificação do cumprimento de metas, etc. Recomenda-se, ainda, na hipótese de uma prestação de serviços regionalizada que envolva outros Municípios do interior, que se avalie eventual articulação com esses e/ou com o Estado para eventual atuação conjunta, se for o caso.

9.5. Anexo X – Conselhos de titulares

Especificamente em relação à Região Metropolitana, tem relevo o anexo IX do edital, que regulamenta os Conselhos de Titulares. Os Conselhos de Titulares são uma estrutura bastante relevante. Seria, naturalmente, de alto grau de complexidade que a gestão do contrato envolvesse as dezenas de titulares do serviço – a Região Metropolitana e os Municípios do Interior.

Ainda que se planeje optar pela delegação, ao Estado, da atividade de gestão contratual – o que reserva para este ente a responsabilidade pela solução das questões habituais da execução contratual – é indispensável uma interação entre o Estado e os titulares do serviço, além desses entre si, em especial em situações de maior importância, que devam ser solucionadas ou decididas ao longo da execução contratual.

Para possibilitar essa interação, há a proposta de constituição de um Conselho de Titulares para cada bloco, constituído pelos titulares do serviço e presidido pela AGENERSA, sem direito a voto (2.1 e 2.2). Sobre a participação da Região Metropolitana nos Conselhos, as cláusulas 1.1 e 1.2 preveem que **cada titular poderá indicar um representante e que a Região Metropolitana deve indicar um dos Municípios integrantes do bloco da concessão do qual faz parte para funcionar como membro representante**⁷⁴.

⁷² Cf. Art. 4º da Lei Complementar Estadual nº 184/2018: “São instrumentos de Planejamento e Gestão Metropolitana, dentre outros:

(...)

III - Sistema de Informações Metropolitanas, que se constitui por meio do processo de coleta, tratamento, armazenamento e recuperação de informações de natureza físico-territorial, demográfica, econômico-financeira, urbanística, social, cultural, ambiental de interesse metropolitano, bem como de produção de uma base cartográfica necessária à elaboração das diversas escalas de planejamento, com o objetivo de proceder, periodicamente, à análise de configuração e tendências das cidades da região, de seu processo de urbanização, crescimento demográfico, organização, mudanças funcionais e espaciais, visando ao planejamento e à execução do interesse metropolitano.

(...)

§ 1º O Sistema de Informações Metropolitanas tem também como finalidade constituir-se como plataforma de informações técnicas e cartográficas, de modo a permitir que o Estado e os municípios elaborem, com maior precisão, seus projetos de caráter metropolitano, setoriais e locais, bem como acompanhar suas implantações e os resultados deles advindos.”

⁷³ Cf. Art. 9º, VI da Lei 11.445/2007: O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto: “VI - implementar sistema de informações sobre os serviços públicos de saneamento básico, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (Sinisa), o Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (Sinir) e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh), observadas a metodologia e a periodicidade estabelecidas pelo Ministério do Desenvolvimento Regional; (...)

⁷⁴ Cf. cláusula 1.1. do Anexo X: “Os membros de cada CONSELHO DOS TITULARES terão o direito de indicar um membro representante. 1.2. A REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO deverá indicar como membro representante um dos municípios integrantes do BLOCO da CONCESSÃO do qual faz parte.”

Em que pese não se vislumbrar óbice jurídico a essa proposta, sugere-se a avaliação técnica do gestor metropolitano. Tal representante deve ser indicado pelo Conselho Deliberativo, recomendando-se seja estabelecido um procedimento para as deliberações do Conselho, o que não ocorreu no anexo proposto.

Destaque-se que a Região Metropolitana integrará os Conselhos, representando as respectivas parcelas dos seus 22 Municípios, por meio de somente um deles em cada bloco, de forma que se fosse estabelecido um voto paritário com os demais Municípios do interior em cada Conselho, a Região Metropolitana, e sua substancial participação no serviço, não seria adequadamente representada. Na Lei Complementar nº 184/2020, para solucionar problema similar, o artigo 10 utilizou como critério as respectivas populações dos municípios para a atribuição de um peso.

As atribuições dos Conselhos de Titulares previstas são as seguintes:

3.1. Os CONSELHOS DOS TITULARES, na qualidade de órgãos consultivos, terão como atribuições:

3.1.1. Acompanhar os processos de revisão dos planos de água e esgoto de todos os titulares que integram o BLOCO de CONCESSÃO, para garantir que estejam em conformidade com a prestação regionalizada de tais serviços;

3.1.2. Manifestar-se previamente sobre a apuração do montante da indenização eventualmente devida à CONCESSIONÁRIA em decorrência da extinção da CONCESSÃO, do CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA e do CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA, incluindo a apuração do montante a ser indenizado pela transferência dos BENS REVERSÍVEIS, de acordo com as diretrizes estipuladas no CONTRATO DE CONCESSÃO.

3.1.3. Manifestar-se previamente sobre quaisquer formas de extinção antecipada do CONTRATO DE CONCESSÃO;

3.1.4. Manifestar-se previamente sobre a ampliação da ÁREA DA CONCESSÃO pelo ingresso de novos municípios no respectivo BLOCO, sejam eles integrantes ou não da REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO;

3.1.5. Manifestar-se previamente sobre a saída de municípios do respectivo BLOCO de CONCESSÃO;

3.1.6. Anuir previamente sobre a prorrogação dos CONTRATOS DE CONCESSÃO e dos CONTRATOS DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, nos casos em que o prazo total desses instrumentos ultrapassarem 40 (quarenta) anos;

3.2. A atuação dos titulares dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário está limitada ao BLOCO da CONCESSÃO por ele integrado, excetuando-se a REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO, a qual integra todos os BLOCOS da CONCESSÃO.

Como se vê, uma característica desses Conselhos propostos é o seu caráter consultivo. No entanto, há uma situação em que esse caráter parece-nos inadequado, que são os casos em que se decida por uma eventual extensão do prazo da concessão, de sorte que é extremamente relevante a exigência de uma anuência expressa, tal como previsto no subitem 3.1.6 acima transcrito.

Os Conselhos de Titulares devem ter assegurado papel preponderante para a eventual extensão do prazo da concessão. Vale lembrar também que a estrutura do projeto se funda na delegação ao

Estado da gestão de um contrato que tem prazo inicial de 35 anos (Cf. cláusula 7.1 da minuta do contrato de concessão).

Neste sentido, considerando que poderia ocorrer eventualmente uma modificação no prazo de vigência dos contratos de concessão de serviços públicos, como é o caso de extensões de prazo por força de reequilíbrios econômico-financeiros, o prazo contratual não poderia ser modificado sem ingerência dos titulares do serviço. No extremo, desenho diverso implicaria em verdadeira transferência ao Estado da competência legal dos titulares e que desnaturaria a qualidade do Estado de mandatário daqueles.

Diante do exposto, recomenda-se que os órgãos técnicos providenciem o aperfeiçoamento do Conselho, estabelecendo regras e um procedimento que assegure que a representação da Região Metropolitana seja realizada de forma adequada para assegurar sua participação na proporção de sua representatividade.

9.6. Convênio de cooperação e contrato de gerenciamento da Região Metropolitana

A delegação ao Estado a ser promovida pela Região Metropolitana seria formalizada por meio de dois instrumentos coligados, como já havíamos citado no tópico V.2: por um convênio de cooperação, nos moldes previstos no art. 241 da CRFB/88 e na Lei Federal nº 11.445/2007, e por um contrato de gerenciamento, complementar ao primeiro, tendo por objeto a estabilização daquele vínculo. As minutas correspondentes compõem o SEI-10161470 e o SEI-10161444.

Convênios em geral são instrumentos de parceria que comportam denúncia por qualquer dos partícipes, o que traria instabilidade para a delegação. A eventual denúncia do convênio faria cessar a delegação ao Estado, importando, em última análise, na encampação do serviço. Tratando-se, referido convênio, de instrumento coligado a outros, todos no bojo da concessão do serviço, o problema poderia ser contornado com a vinculação de seu prazo de vigência ao prazo do contrato de concessão e, também, mediante a previsão de eventuais penalidades e de obrigação de indenizar – mas isto, todavia, não conta com aceitação ampla da doutrina.⁷⁵

Neste cenário é que surgiu a sugestão da celebração concomitante⁷⁶, e em caráter complementar ao convênio de cooperação, de um contrato de gerenciamento, justamente para estabilizar o vínculo associativo.

Trata-se, em verdade, de um contrato de programa, como tal previsto nos arts. 24, XXVI da Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações) e no art. 13 da Lei Federal nº 11.107/2005 (Lei de Consórcios Públicos), *in verbis*:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)”

“Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de

⁷⁵ Conforme descrito no já citado Parecer nº 09/2019/ARCY/PG-17.

⁷⁶ Conforme Parecer nº 09/2019/ARCY/PG-17.

serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

(...)

§ 2º No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam:

I – os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;

II – as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos;

III – o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade;

IV – a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido;

V – a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado;

VI – o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços.

§ 3º É nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços **por ele próprio prestados.**

§ 4º O contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos.

(...)

§ 7º Excluem-se do previsto no caput deste artigo as obrigações cujo descumprimento não acarrete qualquer ônus, inclusive financeiro, a ente da Federação ou a consórcio público.

(...)” (grifos nossos)

Merece análise atenta o disposto no § 4º do dispositivo, que firma que o contrato continuará vigente mesmo quando extinto o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos, premissa que verdadeiramente propicia a estabilização do convênio, à medida em que o contrato de programa (ou contrato de gerenciamento, para seguir a nomenclatura que foi aqui utilizada) possui natureza mais claramente contratual, podendo nele ser fixadas sanções por descumprimento e por denúncia imotivada (confira-se, a respeito, o §2º do art. 13), como de fato constam em sua cláusula décima sétima, que será analisada adiante.

No que toca à AGENERSA, o §5º do art. 13 enuncia que o contrato pode ser celebrado por entidade de direito público ou privado que integre a Administração Indireta de qualquer dos entes conveniados, o que legitima a delegação operada pelos titulares em favor da Agência para a regulação, inclusive tarifária, fiscalização e controle dos serviços. A questão foi detidamente

analisada no tópico VIII.1 deste Parecer, na ocasião do exame da minuta de Resolução do Conselho Deliberativo.

Desta forma, concluímos, ratificando o que consta dos Pareceres nº 09/2019 ARCY/PG-17 e 03/2020 – PGE/PG-17/ARCY, ser viável juridicamente a celebração dos instrumentos citados (convênio de cooperação e contrato de gerenciamento) para a gestão associada dos serviços e para regular os pormenores da delegação, ao Estado e à AGENERSA, das funções descritas no bojo dos citados negócios jurídicos, cujos termos passamos a analisar.

As minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento já contaram com exame jurídico da Procuradoria Geral do Estado, corporificado no Parecer 05/2020-PGE/PG-17/ARCY (SEI-9516384), que recomendou alterações. As minutas agora sob análise são posteriores ao Parecer citado e deveriam já ter incorporado as sugestões apontadas – o que, no entanto, apenas em parte se verifica ter ocorrido.

Desta forma, recomendamos uma reavaliação de todas as suas recomendações para que sejam cumpridas. Em especial, ratificamos os tópicos IV.2.1, IV.2.2 e IV.2.3 do aludido Parecer e apontamos que os seguintes itens de sua conclusão (alusiva à matéria tratada nos citados tópicos) encontram-se pendentes de cumprimento, o que deverá ser providenciado: 4.4; 4.5; 4.8; 4.9 e 4.10 (primeira parte, com respeito à previsão de critérios para o cálculo das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão).

Em relação ao tópico IV.2.4 do Parecer, ratificamos as conclusões objeto do subitem 5.8 (concernente à necessidade de previsão, no contrato de gerenciamento, entre os direitos e obrigações, do poder de decidir sobre a retomada dos serviços, seguindo-se o que já consta do convênio de cooperação).

Com respeito ao tópico IV.2.6, subscrevemos as conclusões dos subitens 7.2 e 7.3, à medida em que não se constata alteração na redação dos dispositivos implicados na análise. Também ratificamos os subitens 7.4, 7.5; 7.10 (este último sugestivo da inclusão de regra que preveja o que deverá ocorrer se os contratos de concessão se extinguirem antes do contrato de gerenciamento, ou de haver retomada dos serviços pelo titular, hipóteses em que não fará sentido que os bens permaneçam afetos aos serviços, se o titular não quiser mais participar da prestação regionalizada) e 7.11 (os bens reversíveis devem ser entregues à Região Metropolitana e não aos Municípios metropolitanos individualmente considerados). Neste sentido, reiteramos que nos subitens 12.4.1 e 12.4.2 se preveja a reversão de bens em favor da Região Metropolitana e não dos Municípios metropolitanos.

Afora tais aspectos, registramos que as cláusulas décima terceira e décima sétima da minuta de contrato de gerenciamento merecem especial atenção.

A cláusula décima terceira dispõe sobre as diretrizes para o rateio de ônus financeiro e sobre indenizações decorrentes dos contratos de concessão, do contrato de produção de água e demais instrumentos coligados.

A orientação prevista no contrato é que caso o Estado seja obrigado a reequilibrar os contratos de concessão ou o contrato de produção de água em decorrência da materialização dos riscos que lhe foram alocados nos aludidos pactos, haverá partilha do ônus correspondente entre as partes, incumbindo a cada qual o pagamento daqueles a que tenha dado causa (13.1.1. e 13.1.2) e a ambas, na proporção de 50% para cada, em caso de corresponsabilidade (13.1.3).

Caso o desequilíbrio econômico-financeiro decorra de alteração no Plano Metropolitano de Água e Esgoto ou de alterações normativas no âmbito da Região Metropolitana, o reequilíbrio priorizará a redução da outorga variável devida ao Município em cujo bloco houver se originado a alteração (13.1.4). Esta medida e aquela prevista no subitem 13.1.5 - que aloca ao Município inadimplente com a obrigação de implantar drenagem, que impeça a concessionária de realizar investimento para alcançar as metas pactuadas, o ônus de ressarcir o Estado por eventual reequilíbrio

- refletem consequências diretas e proporcionais às causas elencadas à responsabilidade da parte, pelo que não vislumbramos aqui oposição jurídica.

No que se refere ao subitem 13.1.5.1, a redação parece-nos bastante ampla ao imputar aos Municípios metropolitanos a redução das outorgas variáveis nas hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro quando pendentes obras de urbanização que possam impactar o atingimento de metas pelo concessionário. Diante da ausência de maior detalhamento, haveria o risco de que ser potencialmente aplicável em qualquer situação em que pendente urbanização.

É notório o déficit de urbanização nas cidades, em especial da Região Metropolitana e, é certo, ainda, que essa é uma obrigação municipal, cujo descumprimento pode vir a afetar o cumprimento das metas pelo concessionário que denota a relevância da previsão, mas diante da circunstância de há liberdade do concessário na eleição dos locais onde as obras de saneamento que serão realizadas – o contrato de concessão tem uma regulação por performance –, consideramos necessário uma ressalva no sentido de que a responsabilidade municipal dependeria da demonstração **da ausência de opção de investimentos eficientes nas demais áreas do Município Metropolitano**. Segue a redação que se recomenda:

13.1.5.1. Nas hipóteses em que o desequilíbrio econômico-financeiro de que trata a subcláusula 13.1.2 for causado por ausência de implantação, por parte de município(s) integrante(s) do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, de pavimentação ou rede de drenagem na ÁREA DE CONCESSÃO que impeça a CONCESSIONÁRIA de realizar os investimentos para alcançar as metas de atendimento ou de realizar demais obrigações, o reequilíbrio econômico-financeiro será realizado preferencialmente por meio de redução no valor da OUTORGA VARIÁVEL devida ao(s) município(s) integrante(s) do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA que deveria(m) ter implantado a pavimentação ou rede de drenagem, desde que reste demonstrado a ausência de opção de investimentos eficientes nas demais áreas já urbanizadas do Município metropolitano.

Os subitens 13.2 e 13.3. atribuem a responsabilidade pelo ressarcimento ao Estado ao Titular (Região Metropolitana e Municípios) dos ativos (e investimentos) que não tenham sido inteiramente amortizados e da fração da outorga fixa igualmente não amortizada.

Neste particular, o dispositivo que parece despertar alguma dúvida é a alínea “b” do subitem 13.2.1.3, que tem a seguinte redação:

“13.2.1.3. Cada titular dos serviços deverá arcar com o pagamento da indenização na parcela dos ativos não amortizados que espelham obrigações e direitos perante o(s) OPERADOR(ES), da seguinte forma:

a) Os investimentos não amortizados em ativos da REGIÃO METROPOLITANA deverão ser ressarcidos ao ESTADO pela REGIÃO METROPOLITANA; e

b) O valor da parcela da OUTORGA FIXA correspondente ao(s) titular(es) dos serviços que ainda não tenha sido amortizado deverá ser ressarcido por este ao ESTADO, na proporção da distribuição da OUTORGA FIXA que lhe foi(ram) atribuída(s).” (grifo nosso)

A regra inscrita parece ser a de que responderá pelo ressarcimento, ao Estado, da parcela de outorga fixa que não tenha sido amortizada, o titular dela beneficiário, na proporção dos valores que lhe tenham sido distribuídos. A guisa de exemplo, se no rateio dos 15% de outorga fixa destinados aos Municípios 20% desse montante não forem amortizados, os titulares implicados no bloco arcarão com o ressarcimento destes 20% ao Estado – que terá adiantado o valor à concessionária – na proporção em que os tiverem recebido, segundo a regra pactuada no Conselho Deliberativo (de forma proporcional à população).

Ocorre que o próprio Estado é beneficiário do pagamento de outorga fixa, e na fração de 80% do valor total (cláusula 36 do contrato de concessão). Obviamente, a parcela destes 80% que não tiver sido amortizada será devida à concessionária pelo próprio Estado, jamais pela Região Metropolitana ou por qualquer outro Titular.

Embora se trate de óbvia constatação, é fato que tal não foi previsto nesta cláusula e consideramos, pela relevância da matéria e para evitar desnecessárias discussões, que deva sê-lo. Para tanto, sugerimos a seguinte redação:

“13.2.1.3. Cada titular dos serviços. (...)

b) **Excetuada a parcela de outorga fixa destinada ao ESTADO**, o valor da parcela da OUTORGA FIXA correspondente ao(s) titular(es) dos serviços que ainda não tenha sido amortizado deverá ser ressarcido por este ao ESTADO, na mesma proporção da distribuição da OUTORGA FIXA que lhe foi(ram) atribuída(s).” (trecho acrescido à redação original)

A cláusula décima sétima da minuta do contrato de gerenciamento regula a extinção da avença e as consequências e ônus implicados. Além das recomendações constantes do Parecer nº 05/2020-PGE/PG-17/ARCY (SEI-9516384) a que se fez alusão no início, observamos que a cláusula prevê duas penalidades para a Região Metropolitana incidentes sobre a mesma situação. Citemos os dispositivos, para melhor ilustrar:

17.3. Caso a REGIÃO METROPOLITANA rescinda unilateralmente o presente CONTRATO ou descumpra suas obrigações, de modo a torná-lo inexecutável, **ficará sujeita à sanção de multa no valor de 20% (vinte por cento) da OUTORGA FIXA não amortizada**, observado o rito procedimental estabelecido pela Lei estadual nº 5.427/2009, sem prejuízo da indenização devida à(s) CONCESSIONÁRIA(S).

17.3.1. Caso a rescisão unilateral por parte da REGIÃO METROPOLITANA ocorra antes da licitação da CONCESSÃO, a sanção prevista na subcláusula 17.3 será calculada sobre o valor mínimo da OUTORGA FIXA, definido como critério de julgamento da licitação a ser realizada pelo ESTADO para contratação da CONCESSÃO.

17.4. A **indenização** de que trata a subcláusula 17.3 deverá considerar o pagamento aos OPERADORES dos investimentos **por ela realizados** nos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS, que ainda não tenham sido amortizados, além do valor recebido pelos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS e pelo Fundo de Desenvolvimento da RMRJ a título de OUTORGA FIXA, proporcional ao prazo remanescente do CONTRATOS DE CONCESSÃO, **bem como de multa no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor desta OUTORGA FIXA, quando a REGIÃO METROPOLITANA houver dado causa à extinção;** (grifos nossos)

Os subitens 17.3 e 17.4 preveem multas em desfavor da Região Metropolitana que têm a mesma causa. O primeiro estabelece que incidirá multa de 20% da outorga fixa não amortizada em caso de rescisão unilateral ou descumprimento do contrato por parte da RMRJ – **base de cálculo elevada já que não distingue a parcela destinada apenas à Região Metropolitana**. Além disso, a penalidade foi dimensionada em percentual também considerável (20%) e abarca tanto situações de inadimplemento, como a hipótese de rescisão unilateral, presumidamente imotivada, por iniciativa da RMRJ.

O segundo subitem, na sua parte final, elenca outra multa, de 10% sobre o valor da outorga fixa, quando a RMRJ der causa à rescisão, o que já está contemplado no subitem anterior, caracterizando *bis in idem*.

Trata-se, não há dúvida, de um excesso ainda que sob o declarado intento de estabilizar a relação de cooperação entre RMRJ e ESTADO, colocando as partes em posição de indiscutível desigualdade e obstando que a RMRJ possa validamente exercer suas posições jurídicas.

No que toca à parte inicial do subitem 17.4, está previsto, em redação um pouco truncada, que a indenização, constante na parte final do subitem 17.3, deverá considerar os pagamentos ainda não amortizados e os valores recebidos pelos Municípios Metropolitanos e pelo FDRM a título de outorga fixa, proporcional ao prazo remanescente do contrato de concessão. Ocorre que a indenização pela extinção antecipada do contrato já foi contemplada na cláusula décima terceira, particularmente nos subitens 13.2 e seguintes, que foram objeto de comentário acima. A nosso sentir, a previsão é despicienda.

À conta de tais razões, **opinamos pela SUPRESSÃO da parte final do subitem 17.4 da minuta do contrato de gerenciamento no tocante à multa estabelecida em duplicidade, bem como a avaliação da possibilidade de supressão de todo o subitem** diante das demais disposições do contrato quanto às consequências da extinção antecipada.

Além disso, o **subitem 17.3.1 precisa ter a redação aprimorada** para deixar claro que o valor mínimo da outorga fixa estimada é daquela mesma licitação e não de uma licitação futura, o que poderia ser depreendido numa leitura apressada da segunda referência a “licitação a ser realizada pelo Estado” na parte final do subitem.

Cabe registrar, por fim, que, naturalmente, tais disposições que envolvem penalidades, suas hipóteses e respectivos montantes, reúnem conteúdo negocial, devendo ser analisadas e deliberadas no âmbito do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, o que se recomenda. Do ponto de vista estritamente jurídico, cabe-nos alertar para os equívocos das tratativas implicadas e para os riscos que delas decorrem, para a competente avaliação dos Gestores, neste caso, do Conselho Deliberativo.

* * *

Com respeito à minuta do **convênio de cooperação**, recomendamos que, para fins de uniformização de nomenclatura em relação aos termos adotados nos dois instrumentos ora sob análise, que se acresça, ao final da definição dos contratos de interdependência (1.1.11), a expressão “às *CONCESSIONÁRIAS*”.

Por outro lado, mostra-se necessário definir efetivamente no que consistem os serviços *upstream*, descrevendo as parcelas neles compreendidas (subitem 1.1.25 das duas minutas).

No subitem 2.6.2 da minuta de convênio, a respeito do Município de Maricá, sugerimos incluir a expressão “*pelo prazo previsto no art. 27 da Lei Complementar Estadual nº 184/2018*”, dado que o exercício efetivo da titularidade pela Região Metropolitana pode ocorrer em até 4 anos após a promulgação da aludida lei, devendo ser celebrado termo aditivo no futuro para extensão do prazo, se for o caso. A este respeito, remetemos aos comentários objeto do capítulo 8.1 deste Parecer, onde foi analisada a minuta da resolução do Conselho Deliberativo.

Também recomendamos inserir na minuta de convênio cláusula equivalente à cláusula 3.6.2 da minuta do contrato de gerenciamento. No subitem 4.2.7, faz-se necessário atualizar a referência para a mais recente, conforme anotamos, a respeito, quando da análise da minuta do contrato de concessão (tópico 9.3).

O subitem 4.2.8 prevê dentre as competências inerentes à organização, a cargo do Estado, monitorar a priorização da expansão quantitativa e qualitativa dos serviços, sendo admitida “...a utilização de valores obtidos a título de outorga e/ou de investimento oriundos do orçamento estadual e do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro”.

Ora, uma vez que os investimentos na expansão e melhoria da qualidade dos serviços estão a cargo da concessionária, havendo inclusive metas de atendimento e índices de desempenho atrelados, eventual aporte de recursos por parte do Estado ou da RMRJ só deverá ocorrer se houver previsão de ressarcimento por parte das concessionárias, pelo que sugerimos alterar a redação do dispositivo a este título, inclusive mediante remissão aos artigos da minuta de contrato que preveem tal mecanismo.

Questão de grande importância recai sobre a natureza vinculante da manifestação prévia do CONSELHO DE TITULARES em caso de prorrogação dos contratos de concessão, como abordamos no tópico 9.3.

A minuta de convênio deve prever, na **alínea “f” do subitem 5.7.1**, à maneira do que sugerimos em relação ao subitem 3.1.6 do Anexo IX, que em caso de extensão, por força de reequilíbrios econômico-financeiros, dos contratos de concessão e do contrato de produção de água para além de seu prazo inicial o CONSELHO DE TITULARES deverá **anuir previamente**, em lugar de apenas se manifestar.

No subitem 10.5.2 a alusão aos anexos “*que tenham maior relevância na matéria em questão*” mostra-se demasiado aberta, não havendo critérios para definir, em concreto, qual será a ordem de priorização entre os anexos. Recomendamos, pois, revisão, para melhorar a clareza e o alcance do dispositivo.

Por fim, reportamo-nos às considerações e conclusões do Parecer nº 05/2020-PGE/PG-17/ARCY para que seja verificado seu integral atendimento, além das recomendações aqui aduzidas.

9.7 Termos de rescisão dos contratos de programa

A CEDAE celebrou com diversos Municípios da Região Metropolitana e de fora dela contratos de programa para a prestação dos serviços de saneamento que ainda estão em execução – com prazos de vigência variados -, existindo, ainda, Municípios nos quais há a prestação dos serviços de saneamento atualmente sem cobertura contratual, havendo, portanto, uma situação de fato.

No projeto, consta uma minuta de termo de rescisão da prestação dos serviços de saneamento básico a ser celebrado entre a CEDAE e os Municípios integrantes do projeto para promover o distrato desses ajustes. A principal obrigação prevista neste termo é a obrigação assumida pelo Estado de indenizar em nome dos titulares do serviço a CEDAE por eventuais investimentos ainda não amortizados, trazendo, ainda, a segurança jurídica da extinção formalizada – de outro modo, o fim da avença decorreria tacitamente da própria realização da concessão.

Considerando que na Região Metropolitana a competência para o saneamento é compartilhada entre os Municípios metropolitanos e o Estado – remetemos o leitor ao tópico V.1, onde o tema é desenvolvido - entendemos que esse termo de rescisão individualizado é adequado apenas para os Municípios do interior.

No caso da Região Metropolitana, diante da sub rogação legal operada com a assunção da titularidade, sugere-se a celebração de um único termo, tendo como parte subscritora, de um lado, a CEDAE, e de outro a Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

Assim, na especificação das partes contida no preâmbulo do termo de rescisão, sugere-se a substituição de “Município” por “Região Metropolitana do Rio de Janeiro” e sua representação pelo Presidente do Conselho Deliberativo (Cf. art. 11, par. 2º da Lei Complementar Estadual n. 184/2018).

Quanto às cláusulas do termo de rescisão a ser celebrado com a Região Metropolitana, opina-se pela alteração da redação para a cláusula primeira, sugerindo-se sejam listados os respectivos contratos de programa, datas e Municípios, bem como a inclusão de cláusula reconhecendo a extinção da situação de fato envolvendo Cachoeiras de Macacu, Município metropolitano que não detém contrato de programa vigente celebrado com a CEDAE, segundo tivermos notícia.

10. Conclusão

Diante do exposto, analisado o contexto jurídico que embasa o projeto, naturalmente com enfoque nos aspectos centrais e estruturantes que dizem respeito à atuação e às competências da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, a Procuradoria do Instituto Rio Metrôpole, sem adentrar a análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados pelo gestor público no âmbito do Projeto de Desestatização dos Serviços de Saneamento, tampouco examinar os aspectos de natureza eminentemente técnica, econômica ou administrativa das minutas submetidas à análise, por fugirem à expertise e às atribuições da Procuradoria, concluímos que as minutas de edital, do contrato de concessão, do contrato de gerenciamento, do convênio de cooperação e da Resolução são viáveis juridicamente, desde que cumpridas as exigências formuladas ao longo do presente parecer, que podem ser resumidas como exposto a seguir:

1. Quanto à instrução, em que pese as notas técnicas do BNDES e demais consultores contratados pelo Banco, essas não afastam a necessidade de uma robusta avaliação técnica pelos gestores estadual e metropolitano, na forma exposta ao longo de todo o parecer, procedendo-se às necessárias avaliações e justificativas quanto às decisões relacionadas ao projeto, as fórmulas paramétricas de reajuste de preços, equações econômicas, projetos de engenharia que o embasam, enfim, todos os aspectos técnicos e econômicos envolvidos.
2. Recomenda-se que o gestor emita manifestação técnica informando se o projeto de desestatização dos serviços de saneamento e o plano metropolitano estão em consonância com o PEDUI, devendo informar ainda se o plano cumpre os requisitos do art. 19 da Lei Federal nº 11.445/2007, sendo necessária a sua complementação/alteração se for o caso.
3. A depender do resultado da verificação acima, caso o Conselho Deliberativo aprove o plano metropolitano, que será objeto de discussão, deve ser efetivada sua publicação em Diário Oficial, sugerindo-se que seja veiculada por meio de Resolução (diante do extenso conteúdo do plano, esse poderá ser publicado extrato com referência ao arquivo a ser inserido no sítio eletrônico do IRM).
4. No que tange à participação popular no procedimento em curso, devem ser apresentadas as respostas que foram destinadas aos comentários recebidos por força da consulta pública realizada, as sugestões que foram acatadas, as que não foram, os respectivos fundamentos, sendo imprescindível que o resultado da consulta seja apresentado e publicizado para que a sociedade e os Conselhos Deliberativo e Consultivo dele tenham ciência.
5. Também quanto à consulta pública, deve-se verificar se todos os vídeos e demais documentos que constam no www.rj.gov.br/consultapublica se encontram acautelados no processo administrativo ou, caso não seja possível, em outras vias para a hipótese da página vir a ser descontinuada.
6. No que toca à participação popular e o controle social, deverá ser avaliada a forma de cumprimento do art. 12, par. único, II da Lei Complementar nº 184/2018. Além disso, deve-se atentar às ações preparatórias aos projetos de concessão de serviços públicos estaduais previstas no art. 11, par. 6º da Lei Complementar nº 184/2018, notadamente quanto à oitiva da ALERJ. Em ambos os casos, remetemos o gestor às considerações do tópico 8.

7. O Conselho Deliberativo, no exercício de suas atribuições, deve deliberar acerca das minutas do edital, do contrato de concessão, do contrato de gerenciamento e do convênio de cooperação, além dos demais instrumentos jurídicos da concessão; do plano metropolitano de saneamento e da minuta de Resolução que objetiva delegar, ao Estado, as atividades descritas no projeto. Deverá ainda, deliberar quanto à possibilidade do eventual ingresso, no futuro, quando findos os contratos atualmente em vigor, de outros Municípios metropolitanos na concessão e sobre a viabilidade de o Município de Maricá prosseguir com a prestação do serviço de esgotamento sanitário pelo prazo do art. 27 da Lei Complementar Estadual nº 184/2018 – caso assim se venha a decidir.
8. Os instrumentos jurídicos, caso sejam aprovados, devem ser enviados ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, conforme o art. 11, VII, “c” e §4º da Lei Complementar Estadual nº 184/2018.
9. Quanto ao texto da minuta da Resolução, no preâmbulo, sugere-se a inclusão da referência aos arts. 3º, II, 11, § 4º da Lei Complementar Estadual nº184/2018 e dos processos administrativos SEI relativos ao projeto, tanto no Estado quanto no Instituto Rio Metrópole, que passaria a contar com a seguinte redação:

“O CONSELHO DELIBERATIVO DA REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO, no exercício da titularidade dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, nos termos dos artigos 3º, II, 11, VII e 11, §4º da Lei Complementar Estadual nº 184, de 27 de dezembro de 2018 e diante do que consta nos processos SEI nº 120207/000707/2020 e nº 220002/001019/2020.” (trecho incluído em destaque)

10. Recomenda-se a inclusão de um último considerando a respeito da realização da consulta pública e das audiências públicas, fatos ocorridos posteriormente à redação da minuta ora analisada, nos seguintes termos:

“Considerando a realização de consulta pública pelo prazo de 60 dias e a realização de três audiências públicas.”

11. Sugere-se que na redação do art. 1º da minuta de resolução seja incluída também referência aos arts. 3º, II e 11, VII da Lei Complementar Estadual nº 183.2018, que igualmente fundamentam a delegação, nos mesmos moldes da sugestão quanto ao preâmbulo.
12. **O anexo deverá ser atualizado considerando as alterações do projeto desde então**, bem como o art. 2º da Resolução deve indicar que a delegação da função administrativa de **realização da licitação** para a concessão do serviço, o que não foi expressamente apontado, e que seja feita referência ao anexo que detalha a delegação (que passará a ser o I, enquanto o plano será o II). Segue o texto sugerido:

Artigo 2º - Autorizar a delegação das *funções de organização e promoção da licitação* e organização e gerenciamento da prestação regionalizada dos serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário ao Estado do Rio de Janeiro, nos termos do Anexo I. (trecho incluído em destaque)

13. Quanto ao esgotamento sanitário de Maricá, deverá ser avaliado tecnicamente se estão configurados os requisitos indicados no Parecer nº 05/2020 – PGE/PG17/ARCY (SEI-

9516384), com os quais estamos de acordo, com o acréscimo de que devem ser avaliados, conjuntamente, os serviços de fornecimento de água e o esgotamento sanitário. Caso não haja tempo hábil para a avaliação acima, diante do cronograma sinalizado, outra possibilidade é uma decisão pelo Conselho Deliberativo pela aplicação do art. 27 da Lei Complementar Estadual nº 184-2018, postergando a assunção do serviço na forma prevista na lei. Caso se decida nesse sentido, recomenda-se a inclusão de um parágrafo no art. 2º da Resolução com a seguinte redação:

Parágrafo Primeiro. Autoriza a manutenção dos serviços públicos de esgotamento sanitário a cargo do Município de Maricá, admitindo-se sua operação pelo prazo previsto no artigo 27 da LC-RJ n. 184/2018.

14. Também no art. 2º, recomenda-se sejam indicados os municípios metropolitanos que, possuindo contratos de concessão em curso, não farão parte da delegação de competências relativas aos serviços de saneamento básico ao Estado no início do projeto, sugerindo-se a inclusão de parágrafos com a seguinte redação:

Parágrafo Segundo. Os serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário dos Municípios de Niterói, Petrópolis e Guapimirim e o esgotamento sanitário dos Municípios de São João de Meriti e da AP-5 no Município do Rio de Janeiro permanecerão sendo prestados por meio dos contratos de concessão em execução até a extinção desses instrumentos, seja em virtude do advento do termo contratual ou outra forma de extinção antecipada.

Parágrafo Terceiro. A prorrogação do prazo de vigência dos atuais contratos de concessão será admitida única e exclusivamente para fins de reequilíbrio econômico-financeiro e deverá ser precedida de autorização do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana.

Parágrafo Quarto. Após a extinção dos contratos a que se refere o parágrafo segundo, os citados Municípios serão incluídos na gestão associada autorizada pela presente Resolução. *(Caso o CD decida pela inclusão).*

15. Sugerimos a inclusão do plano metropolitano como anexo II, renumerando-se o anexo atual para que figure como o anexo I - por força da inclusão, o atual art. 3º da minuta de resolução, deve ser renumerado para art. 4º e o art. 4º para art.5º. Para tanto, recomenda-se dispositivo com a seguinte redação:

Art. 3º - Aprovar o plano metropolitano de água e esgotamento sanitário, cuja íntegra se encontra anexada à presente (Anexo II).

16. Sugere-se a supressão do atual art. 5º da Resolução, já que, se for editada, essa Resolução será posterior à reunião do Conselho Deliberativo, que deliberará sobre os instrumentos. Assim, a ratificação dos instrumentos jurídicos, se levada a efeito, já terá ocorrido, perdendo sentido tal previsão.
17. Quanto ao art. 6º da Resolução, recomenda-se pequena modificação do referido dispositivo para incluir que o Estado atua na qualidade de mandatário dos titulares, que passaria a constar com a seguinte redação:

“Autorizar o Estado, na *qualidade de mandatário*, a participar dos contratos para delegação da prestação dos serviços de água e esgoto nas áreas urbanas dos municípios descritos no Anexo I desta Resolução”. (Alterações marcadas).

18. A propósito do artigo acima, recomenda-se, na esteira dos reiterados entendimentos pretéritos da PGE, que a Região Metropolitana participe dos contratos de concessão para reduzir riscos jurídicos, eis que o Estado constitui um mandatário dos titulares do serviço.
19. Sugere-se incluir na Resolução inciso acerca da participação da Região Metropolitana no Conselho de Titulares e no Comitê de Monitoramento:

“**Art. 7º** - Incumbe à Região Metropolitana, no âmbito da delegação dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário: (...)

III – Integrar o Conselho de Titulares e o Comitê de Monitoramento.”

20. Deve ser apresentada *motivação técnica que demonstre a existência de uma causa econômica para o compartilhamento* da outorga fixa com o Estado, que, em princípio, deveria ser destinada somente aos titulares do serviço (Região Metropolitana e Municípios do Interior).
21. Quanto aos art. 8º, 9º e 10º da Resolução, para adequação à minuta de edital constante nos autos, sugere-se: (i) a inversão dos dispositivos para assumirem a ordem outorga fixa e depois a variável. O art. 8º passaria a tratar da outorga fixa (atual 9º), sendo necessária a avaliação quanto à referência aos dados do IBGE de 2020 no seu inciso II e §2º; (ii) Logo após, a especificação do tempo quanto ao pagamento da outorga fixa com a inclusão de artigo, atentando-se para a necessidade de avaliação e estipulação de prazo para que o Estado faça o repasse dos recursos da primeira parcela. Seguem as versões alteradas e a reprodução dos demais artigos na forma exposta:

Art. 8º - O valor mínimo de outorga fixa previsto na licitação das concessões para prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário deverá ser repartido na seguinte proporção: (...)

II – 15% entre os municípios integrantes da Região Metropolitana e demais municípios não metropolitanos incluídos no escopo do projeto, tendo como critério de rateio a população de cada município, *conforme estimativas de população divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE, com data de referência em julho de 2020*; (Alterações marcadas).

Parágrafo segundo. Eventual oferta excedente, realizada no âmbito de licitação em lotes de concessão que supere o valor mínimo de outorga fixa prevista terá o excedente repartido na proporção de 50% (cinquenta por cento) para o Estado, e 50% (cinquenta por cento) para os municípios agrupados no respectivo bloco, observada a proporcionalidade em relação ao número de habitantes de cada município, *conforme estimativas de população divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com data de referência em julho de 2020*. (Alterações marcadas).

Art. 9º - O pagamento do valor da outorga fixa será promovido diretamente pelos concessionários ao Estado e será dividido em 3 (três) parcelas. A primeira parcela, no valor de 60% (sessenta por cento) da outorga fixa, será paga como condição para assinatura dos contratos de concessão. A segunda parcela, no valor de 20% (vinte por cento) da outorga fixa, será paga até 2 (dois) dias úteis após a emissão do termo de transferência do sistema. terceira

parcela, no valor de 20% (vinte por cento) da outorga fixa, será paga até o último dia do terceiro ano de vigência do CONTRATO.

Parágrafo único. O Estado repassará integralmente até xx (xxx) dias úteis após o recebimento da primeira parcela os percentuais de outorga fixa indicados no art. 8º, II e III aos municípios integrantes da Região Metropolitana, demais municípios não metropolitanos incluídos no escopo do projeto e ao Instituto Rio Metrópole.

22. Deve ser estabelecido um prazo para que o Estado realize o repasse dos recursos recebidos a título de outorga fixa aos municípios metropolitanos, devendo o gestor avaliar qual o intervalo de dias necessário a ser apontado considerando os trâmites burocráticos e financeiros para execução orçamentária pela Secretaria estadual competente.
23. Quanto ao art.12 da minuta de Resolução, sugere-se avaliar a manutenção do dispositivo pelas razões expostas nesse parecer.
24. Alguns aspectos específicos do **edital** reclamam aprimoramento, para a correção de erros materiais e, também, para se obter maior clareza, por essa razão, sugerimos as seguintes modificações:
 - a) **subitem 1.2.7** – sugerimos acrescentar a expressão “e, subseqüentemente, aos Titulares” após “Estado”, haja vista que este ente não é o destinatário último dos bens reversíveis;
 - b) **subitem 1.2.22** – não fez referência à Lei Federal nº 14.026/2020 (novo marco do Saneamento), recomendando-se a inclusão;
 - c) **subitem 5.4** – a terceira parcela da outorga foi indevidamente descrita como segunda, sendo necessário retificar o dispositivo;
 - d) **subitem 5.8, parte final** – não constou o subitem ao qual o dispositivo faz referência, o que deve ser sanado;
 - e) **subitem 10.1** – a referência correta é ao subitem 25.5, não 255, como constou, sendo necessário corrigir;
 - g) **subitem 20.2.2** – a referência correta é ao subitem 20.2.5, devendo ser alterado o dispositivo;
 - i) **subitem 22.5.1** – prevê que no caso de empresa individual, o licitante deverá apresentar seu registro comercial. Todavia, tal previsão parece conflitar com o que estatuem os subitens 13.1 e 13.2, que aludem à participação, no certame, de pessoas jurídicas, nas hipóteses e condições neles descritas. Recomenda-se, pois, verificar a compatibilidade entre as disposições, eliminando-se o subitem 22.5.1 em caso de seu descabimento;
 - j) **subitem 22.11.1.2** – as opções pelo percentual mínimo de 20% e pelo valor mínimo de R\$ 15.000.000,00 deverão ser justificadas;
 - k) **subitem 22.11.2** – Não vislumbramos nas manifestações do BNDES e da SEEDERI a indicação das razões pelas quais apenas um atestado, por exemplo, foi reputado suficiente para a comprovação da capacidade técnico-profissional dos licitantes. Trata-se de critério que escapa à competência desta Procuradoria, cabendo-nos, no entanto, apontar a necessidade de complementação da instrução a este título. E também quanto ao subitem 22.11.2 e seguintes do edital, não há a especificação de qualquer parcela de relevância técnica em relação à qualificação técnico-profissional, recomendando-se que o gestor avalie a questão, descrevendo e inserindo no edital a(s) parcela(s) de maior relevância técnica e valor significativo da licitação vedadas as exigências de quantidades mínimas

ou prazos máximos, segundo o disposto no art. 30, 1º, I, da Lei nº 8.666/93.

- l) **subitem 30.2.5** – a referência correta é ao subitem 33.1 do edital; necessária a correção;
- m) **subitem 30.2.7** – faltou indicar, ao final, o subitem a que se faz referência;
- n) **subitem 33.1** – faz referência, em sua parte final, ao subitem 32.1.1, que não consta do edital. Impõe-se, pois, revisão do texto, corrigindo-se a referência.

25. No que tange ao contrato de concessão, é preciso avaliar a compatibilidade das disposições acerca da aferição do cumprimento de metas, para áreas regulares e irregulares, com a previsão do art. 11, § 5º a Lei 11.445/1995 também com as alterações introduzidas pela Lei Federal nº 14.026/2020.
26. Parece-nos não haver entrave jurídico para a previsão da possibilidade de expansão dos contratos de concessão para as áreas metropolitanas previstas no subitem 33.3.2.1, nos limites e sob as condições expressas no edital e no contrato, e com as advertências e recomendações deste parecer. Quanto à expansão para outros Municípios do interior, contudo, são necessárias informações adicionais para uma avaliação conclusiva.
27. No que se refere à matriz de riscos, deve haver avaliação técnica de sua distribuição, para assegurar a suficiência e adequação dos critérios adotados, assinalando-se desde logo que os riscos derivados de caso fortuito ou força maior estão sendo imputados apenas ao Estado, o que parece-nos deva ser reformulado para favorecer o equilíbrio contratual. No que se refere à repartição de riscos, reiteramos nossa concordância com o disposto no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, particularmente aos comentários à cláusula 34 da minuta do contrato de concessão.
28. Quanto ao subitem 34.9 do Contrato, que prevê alternativas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato nos subitens 34.9.1 a 34.9.13, cumpre-nos asseverar que a eventual adoção dos últimos critérios listados deve ser avaliada com bastante cautela, para que não se comprometam as metas de universalização previstas no art. 11-B da Lei 11.445/95, com as alterações da Lei Federal nº 14.026/2020, o que se deve a todo custo evitar. No mais, parece-nos oportuno até mesmo indicar que se imponha tal limitação nos dispositivos, para conhecimento dos interessados.
29. Alguns aspectos específicos do **contrato** reclamam aprimoramento e, por essa razão, sugerimos as seguintes modificações:
- a) No subitem **1.1.8**, sugerimos incluir a expressão “*e, após, aos Titulares*” logo após “*Estado*”, o que se harmoniza inclusive com o disposto no subitem 24.1.2.
 - b) No subitem **36.2**, há um erro material no dispositivo, registrando “segunda parcela” ao se referir à “terceira parcela”, o que demanda correção;
 - c) Do mesmo modo, cabe-nos apontar que não há prazo definido para que o Estado efetue o repasse das parcelas a que têm direito a Região Metropolitana (por seu Fundo) e os Municípios do interior, como apontado acima em relação à Resolução, o que precisa ser suprido também no contrato de concessão (36.2.1; 36.2.2 e 36.2.3).
 - d) O subitem **36.2.3** adota como data de referência para a aferição da população dos Municípios 1º de julho de 2018, sugerindo-se seja avaliada a alteração para 2020 em razão da superveniência de novos referenciais do IBGE, como foi sugerido no Parecer n. 5/2020/ARCY-FAG.

- e) Segue-se que a referência ao subitem **33.3.1.5**, constante do subitem 5.5 seja corrigida, na medida em que tal dispositivo não consta do contrato. Ao que tudo indica, trata-se do subitem 33.3.2.
- f) Com respeito à **cláusula 7** da minuta de contrato, recomenda-se a inclusão de cláusula com a seguinte redação:
34.15. A hipótese prevista no subitem 34.9.2 depende da anuência prévia dos titulares do serviço (REGIÃO METROPOLITANA e MUNICÍPIOS), nos termos previstos no subitem 3.1.6 do Anexo IX (Conselho de Titulares).
- g) Em decorrência da inclusão do subitem acima transcrito, os atuais subitens 34.15 e 34.16 deverão ser renumerados para 34.16 e 34.17, respectivamente.
- h) Quanto ao subitem 14.2, 14.4 e 24.2.11, sugerimos que a previsão seja objeto de ajuste com as administrações municipais.
- i) Quanto ao subitem 18.8, a expressão “do sistema” está em duplicidade, reclamando correção.
- j) Na parte final do subitem **25.3** consta referência incorreta, o que deve ser corrigido.
- k) O subitem **26.7**, deve prever um prazo para que ocorra e as consequências derivadas de sua inobservância.
- l) O subitem **31.3** contém erro em sua parte final, devendo ser revisto para que nele se faça constar a referência correta.
- m) No subitem 33.3.3 recomenda-se, a inclusão, entre vírgulas, da expressão “nos mesmos prazos previstos para o pagamento da outorga variável das áreas já contempladas no contrato” logo após “Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana”.
- n) Os subitens 33.6 e 33.7 estão duplicados, reclamando a supressão de um deles e a renumeração dos subsequentes, atentando-se para a correção de eventuais referências a outros subitens que nele tenham sido feitas
- o) Quanto ao subitem 37.4.6, este prevê a imposição, à concessionária, de multa por haver descumprido a alocação de volume mínimo de água potável de que trata a subcláusula 8.15. Todavia, recomenda-se avaliar se tal obrigação não incumbiria à CEDAE, que será responsável pela etapa *upstream* e pelo fornecimento de água potável aos blocos. Sugere-se, portanto, se for o caso, proceder à revisão do conteúdo do dispositivo, efetuando as compatibilizações acaso cabíveis e necessárias no contrato pertinente.
- p) O subitem **39.3** apresenta erro em sua parte final e demanda correção.
- q) Quanto aos subitens 13.18. e 34.9.6., recomenda-se as seguintes redações:
“13.18. O ESTADO poderá, por meio de alteração unilateral do CONTRATO, nos termos da cláusula 33.2.2, *incorporar no objeto do CONTRATO obras executadas pelo ESTADO, pelo MUNICÍPIO participante da PRESTAÇÃO REGIONALIZADA ou por entidades devidamente autorizadas, assegurado seu ressarcimento pela concessionária*, mediante a observância dos pressupostos e requisitos previstos neste CONTRATO e da manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro. (trecho incluído em destaque) (...)

34.9.6. *assunção de investimentos por parte do ESTADO e dos MUNICÍPIOS titulares, de forma direta, ou mediante o recebimento de contribuições de terceiros;* (trecho incluído em destaque).

30. A gestor metropolitano deve proceder à verificação dos ajustes feitos no caderno de encargos do contrato de concessão, com vistas à antecipação das metas inicialmente previstas por força do Novo Marco Legal do Saneamento, atestando se de fato o projeto sob análise cumpre os requisitos legais previstos pela nova legislação.
31. O gestor metropolitano deve atentar para suas obrigações constantes no Anexo IX – Governança do Sistema, notadamente quanto à gestão de um Centro de Controle e Operação, a ser operado por empresa a ser contratada pelo IRM para tanto, que deve estar disponível antes do final do período de operação assistida prevista do projeto (transição de 180 dias a partir da assinatura do contrato), bem como para a obrigação legal de implantar um sistema de informações metropolitano, que abrange também o saneamento (cf. art. 4º, III e par. 1º da Lei Complementar Estadual n. 184/2018). Considerando que a prestação de serviços regionalizada envolve outros Municípios do interior, recomenda-se que se avalie eventual articulação com esses e/ou com o Estado para eventual atuação conjunta caso se considere conveniente e oportuno.
32. Quanto às cláusulas 1.1 e 1.2 do anexo IX – Conselho de Titulares, sugere-se a avaliação técnica do acerca da representação da Região Metropolitana em cada Conselho, sendo necessária a regulamentação das regras e procedimento para que seja considerada uma proporcionalidade, representativa da dimensão da Região em relação ao serviço, nas deliberações em relação aos demais titulares.
33. Quanto ao subitem 13.2.1.3 da minuta de contrato de gerenciamento, sugerimos a seguinte redação:

“Cada titular dos serviços. (...)

b) Excetuada a parcela de outorga fixa destinada ao ESTADO, o valor da parcela da OUTORGA FIXA correspondente ao(s) titular(es) dos serviços que ainda não tenha sido amortizado deverá ser ressarcido por este ao ESTADO, na mesma proporção da distribuição da OUTORGA FIXA que lhe foi(ram) atribuída(s).” (trecho acrescido à redação original)

34. No que se refere ao subitem 13.1.5.1, recomendamos ressalva no sentido de que a responsabilidade municipal dependeria da demonstração **da ausência de opção de investimentos eficientes nas demais áreas do Município Metropolitano**. Segue a redação que se recomenda:

13.1.5.1. Nas hipóteses em que o desequilíbrio econômico-financeiro de que trata a subcláusula 13.1.2 for causado por ausência de implantação, por parte de município(s) integrante(s) do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, de pavimentação ou rede de drenagem na ÁREA DE CONCESSÃO que impeça a CONCESSIONÁRIA de realizar os investimentos para alcançar as metas de atendimento ou de realizar demais obrigações, o reequilíbrio econômico-financeiro será realizado preferencialmente por meio de redução no valor da OUTORGA VARIÁVEL devida ao(s) município(s) integrante(s) do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA que deveria(m) ter implantado a pavimentação ou rede de drenagem, **desde que reste demonstrado a ausência de opção de investimentos eficientes nas demais áreas já urbanizadas do Município metropolitano**.

35. Opinamos pela **SUPRESSÃO da parte final do subitem 17.4 da minuta do contrato de gerenciamento no tocante à multa estabelecida**, por consubstanciar bis in idem em relação à multa do subitem 17.3, bem como pela avaliação da possibilidade de supressão de todo o subitem diante das demais disposições do contrato quanto às consequências da extinção

antecipada. Além disso, recomenda-se que o **subitem 17.3.1 precisa ter a redação aprimorada** para deixar claro que o valor mínimo da outorga fixa estimada é daquela mesma licitação e não de uma licitação futura, o que poderia ser depreendido numa leitura apressada da segunda referência a “licitação a ser realizada pelo Estado” na sua parte final.

36. Considerando que as disposições envolvendo penalidades, suas hipóteses e respectivos montantes tem conteúdo negocial, devem ser analisadas e deliberadas no âmbito do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, o que se recomenda.
37. Recomendamos, com respeito à minuta do **convênio de cooperação**, que se acresça, ao final da definição dos contratos de interdependência (1.1.11), a expressão “às **CONCESSIONÁRIAS**”
38. Quanto ao subitem 1.1.25 da minuta, recomenda-se definir efetivamente no que consistem os serviços *upstream*, descrevendo as parcelas neles compreendidas.
39. No subitem 2.6.2 da minuta de convênio, a respeito do Município de Maricá, sugerimos incluir a expressão “*pelo prazo previsto no art. 27 da Lei Complementar Estadual nº 184/2018*”;
40. Recomendamos inserir na minuta de convênio cláusula equivalente à cláusula 3.6.2 da minuta do contrato de gerenciamento.
41. No subitem 4.2.7, faz-se necessário atualizar a referência para a mais recente, conforme anotamos, a respeito, quando da análise da minuta do contrato de concessão (tópico 9.3).
42. O subitem 4.2.8 prevê dentre as competências inerentes à organização, a cargo do Estado, monitorar a priorização da expansão quantitativa e qualitativa dos serviços, sendo admitida “...a utilização de valores obtidos a título de outorga e/ou de investimento oriundos do orçamento estadual e do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro”. Uma vez que os investimentos na expansão e melhoria da qualidade dos serviços estão a cargo da concessionária, havendo inclusive metas de atendimento e índices de desempenho atrelados, eventual aporte de recursos por parte do Estado ou da RMRJ só deverá ocorrer se houver previsão de ressarcimento por parte das concessionárias, pelo que sugerimos alterar a redação do dispositivo a este título, inclusive mediante remissão aos artigos da minuta de contrato que preveem tal mecanismo.
43. A minuta de convênio deve prever, na **alínea “f” do subitem 5.7.1**, à maneira do que assinalamos em relação ao subitem 3.1.6 do Anexo IX, que em caso de prorrogação dos contratos de concessão e do contrato de produção de água para além de seu prazo inicial o CONSELHO DE TITULARES deverá **anuir previamente**, em lugar de apenas se manifestar.
44. No subitem 10.5.2, a alusão aos anexos “*que tenham maior relevância na matéria em questão*” mostra-se demasiado aberta, não havendo critérios para definir, em concreto, qual será a ordem de priorização entre os anexos. Recomendamos, pois, revisão, para melhorar a clareza e o alcance do dispositivo.
45. Finalmente, no que tange aos instrumentos do edital, do contrato de concessão e de gestão associada, reportamo-nos também às considerações e conclusões dos Pareceres: Conjunto nº 1/2020/ARCY/FAG/PG-17, Conjunto nº 1/2020/ASA/ARCY/FAG/GUB/PG-17 e Parecer nº 05/2020-PGE/PG-17/ARCY para que seja verificado seu integral atendimento, além das recomendações aqui aduzidas.
46. Ressalvamos que a síntese de exigências elencadas na presente conclusão não afasta a necessidade de análise e atendimento aos demais pontos expostos ao longo do parecer. Segue em anexo minuta de Resolução consolidada nos termos acima.
É o parecer.

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2020.

NATHALIE CARVALHO GIORDANO MACEDO
Procuradora Geral

PATRÍCIA MARIA DE MATTOS COELHO RODRIGUES
Procuradora-Geral Adjunta

VISTO