



Estado do Rio de Janeiro

**Revista de Direito
da
Procuradoria Geral**

Publicação do Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR

EDIÇÃO ESPECIAL

Desestatização dos Serviços de Saneamento Básico



Estado do Rio de Janeiro

**Revista de Direito
da
Procuradoria Geral**

Publicação do Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR

**Governador: Cláudio Castro
Procurador-Geral: Bruno Dubeux**

ISSN 0101-2096

R. Dir. Proc. Geral	Rio de Janeiro	Edição Especial n. 80	p. 1 –	2021
---------------------	----------------	-----------------------	--------	------

Revista de Direito da Procuradoria Geral

Edição Especial – Desestatização dos Serviços de Saneamento Básico

dezembro 2021

ISSN 0101-2096

Créditos Técnicos

Coordenação Editorial

Procurador Victor Farjalla

Procuradora Nathalie Carvalho Giordano Macedo

Procurador Rodrigo Crelier Zambão da Silva

Priscila Madeira Soares

Produção Executiva

Ingrid Nascimento Chaves

Priscila Madeira Soares

Stella dos Santos Alves

Revisão / Copidesque

Amanda Conceição da Silva

Ariel Cristine Rodrigues Carvalho Perez

Camila de Rezende Guerra

Camila Viana Barca Figueira

Ingrid Nascimento Chaves

Iuri de Oliveira Sizo Nascimento

Priscila Madeira Soares

Stella dos Santos Alves

Índice Alfabético Remissivo

Ingrid Nascimento Chaves

Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Estudos Jurídicos

Rua do Carmo, 27 – 2º andar – Centro

Rio de Janeiro – RJ – Brasil

CEP 20.011-020 – Tel.: (21) 2332-9410

e-mail: cejur@pge.tj.gov.br

Aceita-se permuta.

Revista de Direito da Procuradoria Geral. – N. 1 (Jan. 1955) – Rio de Janeiro:
Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 1975 --
v. 80; 22 cm.

Anual.

Publicação do Distrito Federal do n. 1 ao n. 8; até 1973 (n.28) do Estado da Guanabara; a partir de 1975 do Estado do Rio de Janeiro.

ISSN 0101-2096

1. Direito – Periódicos. I. Rio de Janeiro (Estado). Procuradoria Geral.
II. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Distrito Federal. III. Revista de
Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara.

CDD 340.05

Os trabalhos publicados são de exclusiva responsabilidade de seus autores. As opiniões neles manifestadas não correspondem, necessariamente, às opiniões da Procuradoria Geral do Estado. Permitida a reprodução desde que citada a fonte.

Revista de Direito da Procuradoria Geral

Fundadores

Prefeito Alim Pedro

Procurador-Geral Gustavo Philadelpho Azevedo

Diretor Responsável

Procurador-Geral Bruno Dubeux

Diretor Executivo

Procurador Anderson Schreiber

Conselho Editorial

Procurador Bruno Dubeux – Presidente

Procurador Victor Farjalla – Coordenador Editorial

Procurador Alexandre Santos de Aragão

Procurador Anderson Schreiber

Procurador Cláudio Roberto Pieruccetti Marques

Procurador Flávio Amaral Garcia

Procurador Hugo Maurício Sigelmann

Procurador Leonardo Da Cunha E Silva Espindola Dias

Procurador Letácio Jansen

Procurador Lucia Léa Guimarães Tavares

Ministro Luís Roberto Barroso

Procurador Luiz Eduardo Lessa Silva

Procurador Marco Antonio Dos Santos Rodrigues

Procuradora Nathalie Carvalho Giordano Macedo

Procuradora Rodrigo Crelier Zambão Da Silva

Procuradora Sônia Maria Gonçalves de Carvalho

Procuradora Vanilda Fátima Maioline Hin

Coordenação Editorial

Procurador Victor Farjalla

Priscila Madeira Soares

Biblioteca Marcos Juruena Villela Souto

Andreia Vieira Monteiro



Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro
(Estrutura em 31.12.2021)

Procurador-Geral do Estado
Bruno Dubeux

Subprocuradores-Gerais do Estado
Flávio de Araújo Willeman
Rafael Rolim de Minto

Procuradores-Assessores do Gabinete do Procurador-Geral
Claudia Freze da Silva
Cláudio Roberto Pieruccetti Marques
Felipe Derbli de Carvalho Baptista
Fernando Barbalho Martins
Rodrigo Crelier Zambão da Silva
Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas

Secretário-Geral de Gestão e Planejamento Institucional
André Serra Alonso

Procurador-Corregedor
Marcio Bruno Milech

Procuradora-Corregedora Assistente
Fernanda Wolf Von Arcosy Teixeira

Procuradorias Especializadas

Procuradoria Tributária

Procurador-Chefe: Marcos Bueno Brandão da Penha
Procuradores-Assistentes:
João Paulo Melo do Nascimento
Rafael Santana Bastos
Rua do Carmo, nº 27 - 4º andar

Procuradoria de Pessoal

Procuradora-Chefe: Mariana de Almeida Cintra B. do Nascimento
Procuradores-Assistentes:
Bruno Terra de Moraes
Giselle Weber Martins Alves
Joner Augustus Toledo de Carvalho Folly
Rua do Carmo, nº 27 - 8º e 9º andares

Procuradoria da Dívida Ativa

Procurador-Chefe: Hugo Wilken Maurell
Procuradores-Assistentes:
João Marcelo Gaio Souza
Leandro Telles Pires Figueiredo
Natália Faria de Souza
Rua do Carmo, nº 27 - 5º andar

Procuradoria de Patrimônio e do Meio Ambiente

Procuradora-Chefe: Adriana de Biase Ninho
Procuradores-Assistentes:
Fabio Santos Macedo
Victor Aguiar de Carvalho
Rua do Carmo, nº 27 - 6º andar

Procuradoria Previdenciária

Procuradora-Chefe: Maurine Morgan Pimentel Feitosa
Procuradores-Assistentes:
Daniel do Amaral Nascimento
Guilherme Salgueiro Pacheco de Aguiar
Rua do Carmo, nº 27 - 10º andar

Procuradoria de Serviços Públicos

Procurador-Chefe: Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque
Procuradores-Assistentes:
Bruno Veloso de Mesquita
Ciro de Almeida Grynberg
Julia Ryfer Froimtchuk
Rua do Carmo, nº 27 - 7º andar

Centro de Estudos Jurídicos

Procurador-Chefe: Anderson Schreiber
Procuradora-Assistente:
Janaina Andrade Sousa Cruz
Rua do Carmo, nº 27 - 2º andar

Procuradoria Trabalhista

Procurador-Chefe: Ricardo Mathias Soares Pontes
Procuradores-Assistentes:

Daniele Farias Dantas de Andrade Uryn
Renata Cotrim Nacif
Rua do Carmo, nº 27 - 3º andar

Coordenadoria-Geral das Procuradorias Regionais

Procurador-Chefe: André Cantanhede Amélio
Procurador-Assistente:
Victor Campos Clement Leahy
Rua do Carmo, nº 27 - 4º andar

Diretoria de Gestão

Rua do Carmo, nº 27 - 11º andar

Procuradoria na Capital Federal

Procurador-Chefe: Carlos da Costa e Silva Filho
Procuradora-Assistente:
Marília Monzillo de Almeida Azevedo
End.: SAF/S Quadra 2 - Bloco D - Sala 304 Brasília - DF

Procuradoria de Sucessões

Procuradora-Chefe: Guido Antonio Sucena Maciel
Procurador-Assistente:
Sergio Eduardo dos Santos Pyrrho
Rua do Carmo, nº 27 - 3º andar

Coordenadoria-Geral do Sistema Jurídico

Procurador-Chefe: Bruno Boquimpani Silva
Procuradores-Assistente:
Cristina Ferreira Tenório Francesconi
Joaquim Pedro Rohr
Rua do Carmo, nº 27 - 12º andar

Procuradoria de Serviços de Saúde

Procuradora-Chefe: Marcos Nasseh Tabet
Procuradores-Assistentes:
Fernando Karl Ramos
João Moraes Neto
Rua do Carmo, nº 27 - 6º andar

Procuradoria Administrativa

Procurador-Chefe: Flávio Amaral Garcia
Procurador-Assistente:
Sergio Eduardo dos Santos Pyrrho
Rua do Carmo, nº 27 - 13º andar

Procuradoria de Petróleo, Gás Natural e Outros Recursos Naturais

Procurador-Chefe: Paulo Enrique Mainier de Oliveira
Rua do Carmo, nº 27 - 13º andar

Procuradoria de Métodos Adequados de Solução de Controvérsias e Direitos Humanos

Procurador-Chefe: Marco Antonio dos Santos Rodrigues
Rua do Carmo, nº 27 - 13º andar

Procuradorias Regionais

1ª Região – Niterói

Procuradora-Regional: Andrea Braga Peixoto Pontes
Rua Visconde de Sepetiba, nº 935 – 7º andar –
Centro – Niterói – CEP 24.020-206
Tels.: (21) 2717-2380/ 2717-2337/ 2717-2407/ 2717-
2079

2ª Região – Duque de Caxias

Procurador-Regional: Renato Ayres M. de Oliveira
Av. Brigadeiro Lima e Silva, nº 1939 – 6º andar – 25
de Agosto – Duque de Caxias – CEP: 25.071-181
Tels.: (21) 3651-8433 / 3651-8353

3ª Região – Nova Iguaçu

Procurador-Regional: Flávio Guimarães Gonçalves
Rua Comendador Soares, 194, 2º andar – Edifício S.
Paulo Business – Centro – Nova Iguaçu, RJ – CEP:
26255-350
Tels.: (21) 2768-3027 / 2768-8416 / 2768-3767

Posto Avançado da 5ª PR – Volta Redonda (Antiga 4ª PR – Barra do Pirai)

Rua Dona Guilhermina, 100 – Chácara Farani –
Centro – Barra do Pirai – CEP: 27.120-080
Tels.: (24) 2401-8542 / 2401-8127

5ª Região – Volta Redonda

Procurador-Regional: Guilherme Paião Ferreira Pinto
Av. Paulo de Frontin, 590 – Salas 1001 a 1013 – 10º
andar – Aterrado – Volta Redonda – CEP: 27.213-
270
Tels.: (24) 3347-7210 / 3347-7447

6ª Região – Angra dos Reis

Procuradora-Regional: Rejane Wesp Keller
Rua do Comércio, nº 10 – Centro – Angra dos Reis –
CEP: 23.900-560
Tel: (24) 3365-5280 / 3365-5597/ 3377-9148

7ª Região – Petrópolis

Procurador-Regional: Paolo Henrique Spilotros Costa
Rodrigues Mahler
Rua do Imperador, 288 – Salas 30 a 35 – Shopping
D. Pedro II – Centro – Petrópolis – CEP: 25.620-000

Tel: (24) 2247-0280 / 2247-0306

8ª Região – Nova Friburgo

Procurador-Regional: César Vergueiro Chrismann
Rua Dante Laginestra, 49 – Centro – Nova
Friburgo – CEP: 28.610-005
Tel: (22) 2521-7694 / 2519-2079

9ª Região – Macaé

Procuradora-Regional: Anna Carolina Guimarães
de Souza
Av. N. Sra. Da Glória, nº 999 – 1º andar – Praia
Campista – Macaé – CEP: 27.923-215
Tel: (22) 2757-2224 / 2757-2679 / 2759-2928

10ª Região – Campos dos Goytacazes

Procurador-Regional: Ricardo Lima Almeida
Rua Gastão Machado, 66 – 6º andar – Parque
Tomáz Coelho – Campos dos Goytacazes –
CEP: 28.035-120
Tel: (22) 2731-7007 / 2731-1990 / 2738-6135 /
2731-6096

Posto Avançado da 10ª PR – Campos dos Goytacazes (Antiga 11ª PR – Itaperuna)

Av. Zulamith Bittencourt, 300, sala 104 –
Cidade Nova – Itaperuna, RJ – CEP: 28300-
000
Tel: (22) 3822-2628 / 3822-2242

12ª Região – Cabo Frio

Procurador-Regional: Bruno Felipe de Oliveira
e Miranda
Rua Domingos Ribeiro, 62 – Passagem – Cabo
Frio, RJ – CEP: 28906-100
Tel: (22) 2647-6813 / 2647-6850 / 2647-2103 /
2647-2042

Posto Avançado da 1ª PR – Niterói (Antiga 13ª PR – São Gonçalo)

Rua Coronel Serrado, 1000 – 7º andar – Zé
Garoto – São Gonçalo – CEP: 24.440-000
Tel: (21) 3705-0317 / 3705-0485

Procuradores do Estado

Quadro Único

Categoria Especial

Augusto Henrique P. de S. Werneck Martins
Beatriz Sarmiento Leite do Couto e Silva
Carlos Callage
Cesar Vergueiro Christmann
Fernando José Lemme Weiss
Heliana Gomes de Almeida
José Alfredo Ferrari Sabino
Josenete Veloso Monteiro
Leonor Nunes de Paiva
Luiz Alberto Moreira Martins Jacob
Luiz Cesar Vianna Marques

Marcelo Rocha de Mello Martins
Marcia Latgé Mannheimer
Maria Beatriz Freitas de Oliveira
Mario Augusto Figueira
Paulo Silveira Martins Leão Júnior
Raphael Carneiro da Rocha Filho
Sergio Luiz Barbosa Neves
Sonia Regina de Carvalho Mestre
Vera Lúcia Kirdeiko
Waldir Zagaglia

1.ª Categoria

Adriana Bragança Dias da Silva
Adriana de Biase Ninho
Adriana Prata de Freitas
Alde da Costa Santos Júnior
Alex Cordeiro Bertolucci
Alexandre Santos de Aragão
Alexandre Simões da Câmara e Silva
Aline Paola Correa Braga Camara de Almeida
Ana Alice de Oliveira
Ana Cristina Bacos Fernandes
Ana Cristina Moreira de Menezes
Ana Paula Serapião
André Cantanhede Amélio
André Luiz Carvalho Estrella
André Luiz da Rocha Marques Cid Maia
André Uryn
Anna Carolina Guimarães de Souza
Anna Luiza Gayoso e Almendra Monnerat
Antônio de Figueiredo Murta Filho
Bruno Boquimpani Silva
Bruno Hazan Carneiro
Bruno Teixeira Dubeux
Bruno Veloso de Mesquita
Carlos Augusto Zanandrea
Carlos da Costa e Silva Filho
Carlos Eduardo da Silva Marra
Christiano de Oliveira Taveira
Christina Aires Correa Lima de Siqueira Dias
Ciro de Almeida Grynberg
Claudia Cosentino Ferreira
Claudia Freze da Silva
Claudia Teixeira Carneiro
Cláudio Roberto Pieruccetti Marques
Cristiane Lucidi Machado
Cristiano Franco Martins
Cristina Taves de Campos
Daniela Allam Giacomet
Daniela Storry Lins Rosado dos Santos

Daniele Farias Dantas de Andrade Uryn
Davi Marques da Silva
Delcy Alex Linhares
Denise Amin Miguel Feres Aua
Eduardo Maccari Telles
Elayne Maria Sampaio Rodrigues Mahler
Eliane Zoghbi
Elias Gazal Rocha
Emerson Barbosa Maciel
Erick Ribeiro Maués Paixão
Fabiana Andrada do Amaral Rudge Braga
Fabiana Moraes Braga Machado
Fabrício do Rozario Valle Dantas Leite
Fabrício Silva de Carvalho
Felipe Derbli de Carvalho Baptista
Fernanda Lessa Mainier Hack
Fernando Barbalho Martins
Fernando Karl Ramos
Flavia Vieira de Castro
Flávio Amaral Garcia
Flávio de Araújo Willeman
Flávio Guimarães Gonçalves
Flávio Guimarães Lauria
Flávio Lessa Beraldo Magalhães
Flávio Muller dos Reis de Salles Pupo
Glaucio Silva Menezes
Guido Antonio Sucena Maciel
Gustavo Binenbojm
Gustavo do Amaral Martins
Gustavo Fernandes de Andrade
Gustavo Rabelo Tavares Borba
Henrique Bastos Rocha
Hugo Travassos Sette e Câmara
Joner Augustus Toledo de Carvalho Folly
José Carlos Tavares de Moraes Sarmiento
José Roberto Penna Chaves Faveret Cavalcanti
Julia Vinhaes Tortima
Leonardo Azeredo dos Santos

Leonardo da Cunha e Silva Espíndola Dias
Leonardo de Andrade Mattietto
Letícia Lacroix de Oliveira
Luis Alberto Miranda Garcia de Sousa
Luis Paulo Ferreira dos Santos
Luiz Fernando Rodrigues dos Santos
Luiz Guilherme de Oliveira Maia Cruz
Marcello Cinelli de Paula Freitas
Marcelo Lopes da Silva
Marcelo Ortigão Benigno de Carvalho
Marcio Bruno Milech
Marcio Gomes Leal
Marcos Bueno Brandão da Penha
Marcos Lins e Silva Nery da Costa
Marcos Nasseh Tabet
Maria Luiza Faveret C. Garcia de Souza
Mariana Loja Tapias
Marília Monzillo de A. Azevedo
Marta Maria Brenner
Mauricio Jorge Pereira da Mota
Miriam Cavalcanti Gusmão Sampaio Torres
Moacyr Lamha Filho
Nicola Tutungi Junior
Nilson Furtado de Oliveira Filho
Paolo Henrique Spilotros Costa
Patricia Claudia Damous de Moraes
Patrícia Ferreira Baptista
Patricia Perrone Campos Mello
Pedro Gonçalves da Rocha Slawinski
Rafael Cavalcanti Cid
Rafael Gaia Edais Pepe

Rafael Lima Daudt D'Oliveira
Rafael Rolim de Minto
Raphael Augusto Sofiati de Queiroz
Raul Teixeira
Regis Velasco Fichtner Pereira
Reinaldo Frederico Afonso Silveira
Renan Miguel Saad
Renata Cotrim Nacif
Renata Guimarães Soares Bechara
Renato Ayres Martins de Oliveira
Roberta Monnerat Alves
Roberto Cabral Benjó
Roberto Hugo da Costa Lins Filho
Rodrigo Crelier Zambão da Silva
Rodrigo de Almeida Távora
Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas
Rogério Carvalho Guimarães
Sergio Eduardo dos Santos Pyrrho
Sergio Espínola Catramby
Sergio Pimentel Borges da Cunha
Sylvia Faber Torres
Simone Maiato Gomes
Sylvia Braga Tavares Paes
Thiago Cardoso Araújo
Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho
Vanessa Huckleberry Portella Siqueira
Veronica Pinheiro Vidal
Viviane Coser Vianna

2.^a Categoria

Alexandre Siuffo Schneider
Alice Bernardo Voronoff
Aline Torres Filippo
Anderson Schreiber
André Luiz Pettena de Oliveira
André Rodrigues Cyrino
André Serra Alonso
Andrea Braga Peixoto Pontes
Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque
Bernardo de Vilhena Saadi
Bianca Camarinha Dominguez
Bruno Binatti da Costa
Bruno Fernandes Dias
Bruno Lemos Morisson da Silva
Bruno Terra de Moraes
Camila Pezzino Balaniuc Dantas
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Cíntia Guimarães Morgado Barroso Mendes
Cristina Ferreira Tenório Francesconi
Daniel de Araujo Peralta
Daniel do Amaral Nascimento

Danielle Tufani Alonso
Débora Eugênia May Viriato
Erick Tavares Ribeiro
Fabiano Pinto de Magalhães
Fabio Santos Macedo
Felipe de Melo Fonte
Fernanda Wolf Von Arcosy Teixeira
Fernando Froes Oliveira
Gabriel Pacheco Ávila
Giselle Weber Martins Alves
Guilherme Jales Sokal
Gustavo Areal Pires
Hugo Wilken Maurell
Ingrid Andrade Sarmento Leal
Janaína Andrade Sousa Cruz
Janaina Maria Lopa Vallado
João Flávio Rotta
João Marcelo Gaio Souza
João Paulo Melo do Nascimento
Joaquim Pedro Rohr
Jorge Celso Fleming de Almeida Filho

José Carlos Vasconcellos dos Reis
José Vicente Santos de Mendonça
Juliana Curvacho Capella Almeida da Silva
Juliana de Souza Reis Vieira
Juliana Maria Diniz Cabral Benjó
Karen Farah Arruda
Leonardo Barifouse de Souza
Luis Marcelo Marques do Nascimento
Marcelo Zenni Travassos
Marco Antonio dos Santos Rodrigues
Mariana de Almeida Cintra B. do Nascimento
Mariana de Sousa Carvalho
Marina Corrêa de Mattos Schneider
Maurício Carlos Araújo Ribeiro
Miguel Costa Van Hombeeck
Natalia Amitrano Vargas
Nathalie Carvalho Giordano Macedo
Patrícia Rodriguez Giovannini
Paula Bahiense de Albuquerque e Silva
Paula Novais Ferreira Mota Guedes

Paulo Enrique Mainier de Oliveira
Pedro Guimarães Loula
Pedro Henrique Di Masi Palheiro
Rafael Santana Bastos
Raquel do Nascimento Ramos
Rejane Wesp Keller
Renata Ruffo Rodrigues Pereira Rezende
Ricardo José da Rocha Silva
Ricardo Levy Sadicoff
Ricardo Mathias Soares Pontes
Roberta de Oliveira Barcia
Rodrigo Borges Valadão
Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa
Tânia de Sousa Elias Garcia
Tatiana Esteves Natal Leal
Tatiana Pereira Moraes Leite
Tatiana Simões dos Santos
Victor Aguiar de Carvalho
Vladimir Morcillo da Costa

3.^a Categoria

Amanda Colchete Pinto
Ana Carolina Soares Pires de Mello Freire
Anna Carolina Migueis Pereira
Baltazar José Vasconcelos Rodrigues
Bernardo Bichara Faria Coelho
Bruno Felipe de Oliveira e Miranda
Bruno Verzani Lima de Almeida
Carlos André Silva Baptista
Daniel Carvalho Cardinali
Daniel de Oliveira Pontes
Daniel de Souza Vellame
Débora Fernandes de Souza Melo
Denis Moreira Monassa Martins
Elisa Pontes Silva de Oliveira
Eloise Guralh da Silveira
Fabiana Peixoto Siccardi
Filipe Bezerra de Menezes Picanço
Flavio Assaid Sfair da Costa Rocha
Flavio Costa Bezerra Filho
Gabriel Baltazar Muller
Gabriel Javoski Baltasar de Oliveira
Gabriela Vieira Leonardos
Guilherme Paião Ferreira Pinto
Guilherme Salgueiro Pacheco de Aguiar
Haroldo Santarosa Freire
Heloá Paula da Silva Mendes Gomes
Isabela Leão Monteiro
João Manoel A. M. da Silva Campos Galdi
João Moraes Neto
Julia Ryfer Froimtchuk
Julia Silva Araujo Carneiro

Juliana Florentino de Moura
Juliane dos Santos Julio
Leandro Telles Pires Figueiredo
Leonardo Carrilho Jorge
Leonardo David Quintanilha de Oliveira
Leonardo Silveira Antoun Netto
Livia dos Santos Sena
Luciana Junqueira de Almeida
Luis Felipe Sampaio de Almeida
Luiz Filipe Esteves Cunha
Manoel Humberto Ferreira Junior
Marcel Silva Gladulich
Marcella de Oliveira Ribeiro
Marcelle Figueiredo da Cunha
Marcelo Santini Brando
Marcus Vinicius Cardoso Barbosa
Maria Luísa de Magalhães Barbosa
Mariana Amarantes Guimaraes
Maurício Gomes Vieira
Maurine Morgan Pimentel Feitosa
Natalia Faria de Souza
Oziel Gomes Viana Junior
Pedro Antonio Adorno Bandeira Assumpção
Raphael Antonio Nogueira
Ricardo Lima Almeida
Rodrigo Lima e Silva de Freitas
Rudy Tavares Ribeiro
Thales Jose Fontenelli Maffra Soares
Thamar De Simone Cavalieri Freitas
Victor Campos Clement Leahy
Vitor Campos de Azevedo Freitas

INATIVOS

Alberto Luiz de Andrade Pinto Frenkel
Alcir da Silva
Alélio Guimarães de Souza
Alexander dos Santos Macedo
Alexis Christus Pontes Luz
Aline Reis de Souza Jatahy
Amaucy Ferreira Vianna
Arnoldo Wald
Arthur José Faveret Cavalcanti
Ayrton Pereira da Silva
Carlos Augusto da Silveira Lobo
Castruz Coutinho
Cláudia Costa Mansur
Claudia de Azevedo
Cleia Cardoso de Figueiredo Moreira
Dante Braz Limongi
Edilce Pereira da Silva
Ely Andries Leite
Fabio Giusto Morolli
Fernando Cavalcanti Walcacer
Fernando da Costa Guimarães
Flávio Martins Rodrigues
Francesco Conte
Geraldo Arruda Figueiredo
Geraldo Moreira Barbosa
Gil Costa Alvarenga
Hestia Novo Vargas
Hugo de Carvalho Coelho
Hugo Mauricio Sigelmann
Humberto Ribeiro Soares
Itamar de Carvalho Gama
Jesse Claudio Fontes de Alencar
João Batista Maciel Fonseca
João Guilherme de Moraes Sauer
João José Assad
João José Ribeiro Galindo
João Laudo de Camargo
João Mauricio Villasbôas Arruda
José Alberto Marinho Soares
José Bessa Nogueira
José Carlos Laranja
José Eduardo Barbosa Santos Neves
José Edwaldo Tavares Borba
José Marcos Domingues de Oliveira
José Roberto Waldemburgo Abrunhosa
Kley Ozon Monfort Couri Raad
Kyrzo Victor do Espirito Santo
Lauro da Gama e Souza Junior
Leda Maria Gaudencio Moreira Lima
Leonardo Orsini de Castro Amarante

Letacio de Medeiros Jansen Ferreira Junior
Lucia Léa Guimarães Tavares
Luiz Augusto Gurgel Dutra
Luiz Eduardo Lessa Silva
Luiz Paulo Nogueira da Gama Vilhena
Maria Cecilia Couri
Maria da Conceição A. Martins Silva Serfaty
Maria da Penha Machado Ribeiro
Maria das Graças R. Pereira de Andrade
Maria de Lourdes Franco de Alencar Sampaio
Maria Fernanda Ferreira Valverde
Maria Ivone Gomes
Maria Luiza Werneck dos Santos
Maria Nazareth Amaral Freitas
Maria Theresa Werneck Mello
Marie Therezinha de Castro Pellegrini
Marlene Mesquita Rigueira
Marta Ayres da Cruz Athayde
Maurício Santiago Camara
Michel Salim Saad
Nelio José Caminha Leite
Nelson Ribeiro Alves Filho
Norma Jonssen Parente
Olga Caetano da Silva
Paulo de Moraes Penalva Santos
Pedro Paulo Cristófaró
Pedro Paulo da Fonseca Tornaghi
Pedro Vieira Vaz de Lima Rodrigues
Rachel Farhi
Raymundo Nonato Santos Ferreira
Regina Teresa Varges Resende
Reginaldo Teixeira Chalhoub
Renato Peixoto Garcia Justo
Reynaldo Gabetto Bruno
Ricardo Aziz Cretton
Ricardo Cesar Pereira Lira
Roberto Duarte Butter
Roberto José de Mello Oliveira Alves
Roberto Paraiso Rocha
Rosa Filomena Schmitt de Oliveira e Silva
Sandra Maria Ferreira dos Reis
Sandro Pereira Rebel
Sebastião Luiz de Andrada Figueira
Sergio Antunes de Oliveira
Sergio Ferraz
Sergio Naegele Gerk
Sérgio Nelson Mannheimer
Sergio Pavageau Sayão
Sergio Teixeira Firmo
Silvio Goldgewicht

Sonia Maria de Oliveira Paredes
Sonia Maria Gonçalves de Carvalho
Sylvio da Silva Soares Junior
Sylvio Melo
Tereza Lucia Raymundo Silveira

Vanilda Fátima Maioline Hin
Victor Farjalla
Waldemar Deccache
Wilson Guimarães Moreira
Zilma Silva Soares de Andrade

IN MEMORIAM

Abdo Jorge Couri Raad
Abel Nascimento de Menezes
Adelino dos Santos
Afonso Henrique M. Gonçalves
Afranio Alvarenga Moreira
Afranio Tavares Vieira
Aguinaldo Pereira de Macedo
Alberto Calil
Alberto de Souza Mattos
Alberto Francisco Torres
Albino de Mesquita Pinheiro
Alcides Bernardino de Campos
Alcides Machado Gonçalves
Alexandre Barbosa da Fonseca Junior
Alexandre José Barbosa Lima Sobrinho
Alexandre Palmeira
Alfredo Rego Caldas
Allah Eurico da Silveira Baptista
Almir Bittencourt Guimarães
Almir Tavares
Altair da Anunciação Caldas de Almeida
Altamiro de Souza Rangel
Aluisio Carneiro de Mesquita
Alvaro da Rocha Ferreira
Alvaro Fernandes da Silva Netto
Alvaro Uchoa da Silva Ramos
Amaly Maria Pereira
Ambara Feres Bessa
Amilcar Capenter Feres
Amilcar Motta
Amilcar Paranhos da S. Velloso
Angela Marília de Moraes Peçanha
Anna Maria Borges Rodrigues
Antolauro da Silva Alfradique
Antonio Ariosto de B. Perlingeiro
Antonio Carlos Cavalcanti Maia
Antonio da Silva Pessoa Filho
Antonio Franklin Bueno do Prado
Antonio Hermano Botelho Braem
Antonio Prieto Lopez
Antonio Saturnino de Mendonça Jr.
Antonio Vieira de Mello
Armando Assumpção de Oliveira
Armando Figueiredo Costa
Armando Mascarenhas Duval
Arthur Augusto de Lontra Costa

Ary da Silveira Madruga
Augusto Alberto da Costa
Augusto Frederico Gaffré Thompson
Augusto Leivas de Otero
Aurelio Francisco Gomes
Benedicto de Azevedo Barros
Candido Guilherme Gaffré Thompson
Carlos Adalmyr Condeixa da Costa
Carlos Alves de Vasconcelos
Carlos Augusto da Frota Linhares
Carlos da Rocha Guimarães
Carlos Eduardo de Oliveira Valle
Carlos Elio Vogas da Silva
Carlos Jose de Almeida
Carlos Povina Cavalcanti
Carlos Rocha Mafra Laet
Castor Rodrigues Alvarez
Célio Alberto Sholl Ferreira
Celso Abib Jappour
Celso Pinto de Almeida
Celso Saraiva Coelho
Celso Soares Carneiro
Cid Cyrino Magacho
Claro Augusto de Godoy
Claudia Camara Motta Cruz de Andrade
Claudio Moacyr de Azevedo
Clayde Machado de Mendonça Jr.
Coracy Ferreira de Souza
Crecêncio Liuzzi
Dalton Feliciano Pinto
Dalva Americo Conceição
Dalva Silva Filho
Danton Pinheiro de Andrade Figueira
Darcy Leite
Decio Duboc Du Rocher
Delayde Vaz Arenasio
Delio Santos Andrade
Denio Tavares Dias
Denny Monteiro Miranda
Diny Figueiredo Coutinho
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Dirceu de Oliveira E Silva
Dirceu Henrique Silva
Domicio Neves de Barros
Donald Hermam Cardoso
Edesio Gonçalves

Edgard de Proença Rosa
Edmo de Barros Ribeiro
Edmylson Perdigão Nogueira
Edson de Almeida Brasil
Eduardo Seabra Fagundes
Eduardo Wilson Neto
Edwaldo Mayrinck Monteiro de Andrade
Eimar de Campos Cabral
Eleusa de Magalhães Garcia
Elmo Pereira da Costa
Enilton Vieira
Enio Campos
Ennio Quintanilha Sanches
Euclymar Barreto Porto
Eugenio Noronha Lopes
Eurico de Carvalho Cordeiro
Fernando Antonio Correa de Araujo
Fernando Campos de Arruda
Fernando Mario de Siqueira Cavalcanti
Firmo de Serpa Lopes
Flavio Bauer Novelli
Flavio Porto Barroso
Francisco da Cunha Gomes
Francisco de Assis Barbosa
Francisco Jardim
Francisco Luiz Trindade Nunes
Francisco Mauro Dias
Francisco Salvador R. Alves M. Aragão
Genolino Amado
Geraldo da Cunha Falcão
Geraldo de Carvalho
Geraldo Goulart de Macedo Soares
Geraldo Tavares de Mello
Gerard Robert danon
Gilberto Pessoa da Frota
Gilson Amado
Giuseppe Bonelli
Gualter Chaves Ribeiro
Guido Adriano desiderati
Guilherme Antunes Baptista
Gustavo Philadelpho Azevedo
Halim Miguel
Hamilton Barata Neto
Helcio D'Elmancin Pereira Nunes
Helcio Luiz Ferreira
Helena Cardoso Teixeira
Helio Campista Gomes
Helio Lourenço
Helio Paula de Araujo
Helio Saboya Ribeiro dos Santos
Helvio Salles
Henilda Pessanha Mary
Hugo de Aguiar Costa Pinto
Hugo Mallet
Hyrtis Perorazio Tavares
Ida Masferrer dos Santos
Iltamir Honório de Abreu

Ivens Bastos de Araujo
Jacy Duval Palma
Jair Araujo
Jair de Araujo
Jair de Azevedo Marinho
Jair Pereira de Souza
Jair Torres Soares
Jamil Smera
Jayme dormund Martins
Jayro Torres Saturnino Braga
Jehovah de Andrade Carvalho
Jim Casaes Barbosa
Joao Abud
João Augusto de Andrade
João Baptista Nogueira dos Santos
João Lima Padua
Joao Manoel de Almeida Velloso
João Ribeiro Simões Jr.
João Victor de Mello Franco
Joaquim Ferreira Filho
Joaquim Firmo Barroso
Joaquim Mandim Filho
Joaquim Martins Leal Ferreira
Joaquim Torres Araujo
Joffre Reis da Cruz
Jonas Bahiense de Lyra
Jonas Lopes de Carvalho
Jorge Alberto Portugal
Jorge Alves Magalhães
Jorge Barbosa da Silva
Jorge Duarte Ribeiro
Jorge Rocha
José Aceti
José Alberto Kede
Jose Antunes de Carvalho
Jose Batista dos Santos
José Blanco
Jose Caetano de Oliveira
Jose Cardoso Freires
Jose Carlos Villela Rabelo
Jose de Albuquerque Magalhaes
Jose Emygdio de Oliveira
Jose Fernando Gonçalves Tavares
Jose Francisco Tamm Bias Fortes
Jose Goes Xavier de Andrade
Jose Herberto Nicacio
José Julio Cavalcante Carvalho
Jose Luiz Pacheco da Rocha
José Maria Spitz
Jose Mario Bimbato
Jose Mauricio Cianconi
José Silveira Filho
Jose Tavares Coutinho
Jose Tavares de Lacerda Filho
Jose Teles de Moraes Barbosa Filho
Jose Valmore Vaz da Costa
Jose Walter de Miranda

Josino de Araujo Medeiros
Josio Tavares Ferreira de Salles
Julio Pedroso de Lima Neto
Juvenal de Carvalho
Lauro de Mattos
Leda Cid Maia
Lelia Campos Godinho
Leonidas Cardoso de Menezes
Leopoldo Braga
Lino Neiva de Sá Pereira
Luciano Fabricio Riquet
Luciano Jose Pires
Lucy Correa
Luiz Azevedo
Luiz Carlos de Azevedo Barros
Luiz Carlos Guimarães Castro
Luiz de Macedo Soares M. Guimarães
Luiz Eduardo Tenório
Luiz Felipe Barroso March
Luiz Fernando de Lima Brandão
Luiz Gonzaga de Magalhães Castro
Luiz Gonzaga Jayme
Luiz Gonzaga Prado Ferreira da Gama
Luiz Monteiro Salgado Lima
Luiz Muniz Carneiro
Luiz Orlando Rodrigues Cardoso
Luiz Pinheiro Paes Leme
Manoel de Carvalho Barroso
Manoel do Nascimento Vargas Neto
Manoel Faustino Teixeira de Oliveira
Manoel Niederauer Tavares Cavalcanti
Manuel Jose da Silva
Marcelle Valpaços Fonseca Lima
Marcelo Eduardo F. de Carvalho
Marcio Brandão Ribeiro
Marco Aurelio Alves Soares
Marcos Juruena Villela Souto
Marcus Felicius Ayrosa F.Moraes
Maria Bomfim D'Escragnole Taunay
Maria Cristina Lobão da Silva
Maria Custódia de Araujo
Maria de Lourdes Nunes dos Santos
Maria Magdalena Gomes dos Santos
Maria Paula Jardim de Brito
Maria Thereza Garcia Costa Blower
Maria Victoria da Silveira Miller Wood
Mario Alexandre Campos Mendonça
Mario Arnaud Baptista
Mario Caldas
Mario da Rocha Paranhos
Mario da Rocha Ribas
Mario da Rocha Teixeira
Mario Guimarães
Mario Revelles Castanho
Marlo Fabiano Seixas
Marshall Torres de Lacerda
Mauricio Fischpan
Melanio Cunha Campos
Meronia Coelho Amorim
Miguel Antonio dabul
Miguel Lanzellotti Baldez
Miguel Teixeira de Oliveira
Milton Flaks
Milton Jose Raulino Muller
Murillo Moreira
Murillo Navarro Pereira
Nelson de Azevedo Branco
Nelson Gavazzoni Silva
Nelson Guimarães Barreto
Nelson Mufarrej
Nelson Nascimento Diz
Newton Barroca
Nildo de Oliveira
Nilo Esteves
Nilton Machado Barbosa
Nilton Valladares Gomes
Nilza Ludolf de Almeida Freire
Noé da Rocha Lima
Nyvon Campos
Octacílio Jose da Costa
Octavio Augusto Machado de França
Odir de Araujo
Odovaldo Vasques
Oscar Bulcão Vianna
Oscar Heitor Juca
Oswaldo Astolpho Resende
Oswaldo de Miranda Ferraz
Oswaldo Parreiras
Oswaldo Romero
Oswaldo Servulo Tavares da Silva
Otto Oliveira de Lara Resende
Paulo Barros de Araujo de Lima
Paulo de Albuquerque Martins Pereira
Paulo de Carvalho
Paulo de Macedo Rego
Paulo de Moraes Lopes
Paulo de Salvo Souza
Paulo do Couto Pfeil
Paulo Faria Figueiredo
Paulo Felicios Palmier
Paulo Francisco da Rocha Lagoa
Paulo Germano de Magalhães
Paulo Ribeiro de Freitas
Pedro Augusto S. M. de Almeida Guimarães
Pedro Maia Filho
Pedro Simão Junior
Pedro Xavier D'Araujo
Petronio de Castro Souza
Philadelpho Garcia
Plinio Waldmann Leite
Polydoro Barbosa Senra
Raul Amaral Peixoto
Raul Cid Loureiro
Raul de Oliveira Rodrigues

Raul de Oliveira Rodrigues Filho
Raul Soares de Sá
Raymundo Faoro
Raymundo Rodrigues
Renato Freitas Ramos
Renato Pereira dos Santos
Reynaldo de Mattos Reis
Ricardo Lobo Torres
Ricardo Milton Guinancio
Roberto Brandão Libanio
Roberto de Souza Pinto Filgueiras
Roberto Grandmassom Salgado
Roberto Mattoso Câmara Filho
Roberto Pinto Fernandes
Roberto Richelette F. de Carvalho
Roberto Vasconcellos Saraiva Ribeiro
Rômulo Olivieri
Ronaldo Bizzoto de Almeida
Ronaldo Campos Duncan
Ronaldo Paiva Del Vecchio
Rosario Fusco
Rubem Soares
Rubens Falcão
Ruy Mattos dos Santos

Sabino Lamego de Camargo
Sad Bou Issa
Saint-Clair Diniz Martins Souto
Sidranrebes Bellas Pascoto
Tamarindo dos Santos
Tercio Paiva de Freitas
Teresinha D'Almeida dantas
Thomas Leopoldo de Aquino Correa
Thomaz Nunes da Fonseca
Valdir Fulchi
Voltaire Moyses de Souza
Waldir Pimentel
Waldir Rodrigues dos Santos
Walter Americo Soares Silva
Walter Correa de Aquino
Walter Santos
Warrisson da Silva Pereira
Wilmor José Gomes Cruz
Wilson Dias de Pinho
Wilson Jorge Diab
Wilson Vieira Coelho
Zady Campos Ururahy

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Bruno Dubeux

Integrantes do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610, de 29 de setembro de 2020

Resolução PGE nº 4.610 de 29 de setembro de 2020

PARECERES

Gabinete

Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Projeto de Lei para revogar e substituir a Lei Complementar nº 87, de 16 de dezembro de 1997 que dispõe sobre a região metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização e gestão, a fim de adequá-la ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Adin 1842. Governança. Órgãos deliberativo, executivo e consultivo. Competências. Saneamento básico, ordenamento territorial. Mobilidade urbana e outros temas. Despesas. Regras de transição. Impacto do “estatuto da metrópole” (Lei 13.089/15) proposta de Adin. Projeto de Emenda Constitucional dispendo sobre critérios para inclusão de municípios na região metropolitana.

Parecer nº 02/2015 – RTAM – *Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas*

Procuradoria de Serviços Públicos

Termo de acordo entre o Estado, o Município do Rio de Janeiro, a CEDAE e a Fundação Rio-Águas. Cláusula quarta. Exame dos aspectos processuais. Processos judiciais n.ºs 5036855-20.2020.4.02.5101, 5036779-30.2019.4.02.5101 e 0025972-03.2019.8.19.0001: relatório da situação de cada processo. Prognóstico de persistência dos litígios no tempo. A suspensão e a desistência de ações em curso, assim como a concordância do réu com a desistência, são estratégias processuais previstas no ordenamento jurídico. Avaliação que compete ao tomador de decisão vis-à-vis os riscos advindos da persistência dos litígios. Subsídios e observações pontuais para a melhor informação do gestor.

Promoção nº 01/2021 – PFB – *Patrícia Ferreira Baptista*

Procuradoria Administrativa

Saneamento básico. CEDAE. Projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto. Instrumento jurídico adequado à delegação de serviços a montante à CEDAE. Contrato de programa, caso permaneça sob o controle do Estado, ou concessão mediante concorrência. Inviabilidade da alienação diluída de ações face à exigência legal de identificação e avaliação pelo poder concedente do(s) controlador(es) dos delegatários de serviços públicos. Outras considerações.

Parecer nº 07/2019 – ASA – *Alexandre Santos de Aragão*

Realização de audiência pública obrigatória em forma exclusivamente virtual no

contexto do isolamento social imposto pela pandemia do covid-19. Possibilidade desde que implementadas garantias adicionais. Combinação dos princípios da publicidade, da transparência e da participação com o princípio da continuidade das atividades estatais.

Parecer nº 04/2020 – ASA – Alexandre Santos de Aragão

Eventual futura inclusão de municípios não integrantes da região metropolitana em concessão celebrada entre empresa privada e outros entes federativos. Possibilidade desde que atendido determinados requisitos. Análise em tese. Apenas diante de cada caso e modelagem concreta poderá ser definitivamente aferida a legitimidade da inclusão.

Parecer nº 05/2020 – ASA – Alexandre Santos de Aragão

Serviço público prestado em caráter exclusivo. Necessidade de confirmação da exclusividade pelo respectivo regulador. Desnecessidade de formalização por termo contratual. Aplicação do enunciado nº 30 – PGE. Outras considerações.

Parecer nº 48/2021 – ASA – Alexandre Santos de Aragão

Identificação dos bens reversíveis na concessão do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário para fins de indenização da Cedae. Cláusulas editalícias e contratuais. Modelagem contratual. Adoção do critério funcional. Prévia indenização. Necessidade de verificação quanto à essencialidade do bem à prestação do serviço público. Questão técnica a observar o procedimento administrativo contratualmente previsto.

Parecer nº 11/2022 – ASA – Alexandre Santos de Aragão

Consulta. Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da Minuta de Contrato de Concessão, Anexo I do Edital de Concorrência Internacional. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares de Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Sugestões para adequação jurídica da minuta do contrato.

Parecer Conjunto nº 01/2020 – ASA/ARCY/FAG/GUB – Alexandre Santos de Aragão, André Rodrigues Cyrino, Flávio Amaral Garcia e Gustavo Binenbojm

Consulta. Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da Minuta de Contrato de Concessão do “Bloco 03”. Adequação jurídica da minuta do contrato. Precedente Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, que deste faz parte integrante em sua íntegra.

Parecer Conjunto nº 01/2021 – ASA/GUB – Alexandre Santos de Aragão e Gustavo Binenbojm

Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Lei Complementar nº 184/2018. Criação de autarquia em regime especial. Viabilidade jurídica. Fixação de mandato dos diretores. Criação de Procuradoria Mista. Fixação do regimento interno do Instituto Rio MetrÓpole. Possibilidade de município não integrante da Região Metropolitana se beneficiar de alguns de seus serviços. Participação dos entes. Peso do voto. Interpretação sistemática do art. 10, caput e incisos c/c § 3º.

Parecer nº 03/2019 – ARCY – André Rodrigues Cyrino

Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro. Lei Complementar Estadual nº 184/2018. Possibilidade de vinculação do Instituto Rio MetrÓpole à Região Metropolitana. Viabilidade Jurídica das Minutas de Regulamento dos Órgãos

Deliberativo, Consultivo e Executivo da Região Metropolitana e do Fundo de Desenvolvimento Metropolitano. Necessidade de ajustes para que se evitem ilegalidades e inconstitucionalidades. Considerações gerais.

Parecer nº 08/2019 – ARCY – André Rodrigues Cyrino

Saneamento Básico. CEDAE. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto. Exame da viabilidade jurídica do modelo proposto. Quesitos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.6 da consulta enviada. Competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro. Juridicidade da delegação de competências de gestão do serviço ao Estado do Rio de Janeiro por decisão do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana e dos Municípios que não a integram. Observações quanto à delegação da função de gestão dos contratos de concessão. Adequação do instrumento de Convênio de Cooperação. Possibilidade de previsão de mecanismos para maior estabilização da relação jurídica. Desnecessidade de nova lei autorizativa estadual para viabilizar a gestão associada. Poder de voto no Conselho Deliberativo quanto aos municípios metropolitanos não atendidos pela CEDAE. Considerações sobre a repartição de receita da outorga e/ou produto da alienação da CEDAE com os municípios metropolitanos não atendidos pela estatal. Considerações gerais.

Parecer nº 09/2019 – ARCY – André Rodrigues Cyrino

Lei Complementar estadual nº 184/2018. Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro. Implicações da Implementação da lei. Contratos de concessão metropolitanos. Art. 10, caput c/c art. 11, §2º. Assinatura pelo Governador do Estado na qualidade de Presidente do Conselho Deliberativo após aprovação, em votação, pelo referido Conselho. Situação dos municípios metropolitanos de Petrópolis, Niterói e Guapimirim. Art. 5, XXXVI, da CRFB c/c Art. 6, §1º da LINDB c/c Art. 27, da LCE 184/2018. Segurança jurídica. Ato jurídico perfeito. Incorporação dos serviços pelas concessionárias metropolitanas a partir do termo final dos respectivos contratos em curso. Considerações.

Parecer nº 01A/2020 – ARCY – André Rodrigues Cyrino

Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Gestão associada de serviços públicos (art. 241 da Constituição). Exame da viabilidade jurídica das minutas de Convênios de Cooperação, de Contratos de Gerenciamento e de Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes. Contratação direta da CEDAE e Lei nº 14.026/2020. Assunção de ônus financeiros pelo Estado do Rio de Janeiro e Regime de Recuperação Fiscal. Observância dos requisitos formais e dos precedentes da PGE-RJ. Considerações.

Parecer nº 05/2020 – ARCY – André Rodrigues Cyrino

Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da viabilidade jurídica de minuta de Edital de Concorrência Internacional. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Observância dos requisitos formais e dos precedentes da PGE-RJ. Considerações.

Parecer Conjunto nº 01/2020 – ARCY/FAG – André Rodrigues Cyrino e Flávio Amaral Garcia

Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Leitura conjunta necessária com o Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG. Considerações. Licitação deserta do Bloco 3. Exame da viabilidade jurídica de minuta de Edital de Concorrência Internacional do Bloco

3. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares de Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Observância dos requisitos formais e dos precedentes da PGE-RJ. Semelhança à consulta realizada anteriormente em relação à minuta do Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020.

Parecer Conjunto nº 01/2021 – ARCY/FAG – André Rodrigues Cyrino e Flávio Amaral Garcia

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

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

Parecer Conjunto nº 01/2021 – AHPSWM/FAG – Augusto Henrique Pereira de Souza Werneck Martins e Flávio Amaral Garcia

Transferência de serviços públicos de saneamento básico, atualmente prestados pela CEDAE, a concessionárias privadas. Obrigação de indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados. Análise jurídica da minuta de apresentada pelo BNDES, no âmbito Acordo de Cooperação Técnica para a estruturação do projeto de desestatização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário na Região Metropolitana e outros Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Lei Federal nº 11.445/2007, art. 42, § 5º, com a redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020.

Parecer Conjunto nº 01/2020 – AHPSWM/HBR/TCA – Augusto Henrique Pereira de Souza Werneck Martins, Henrique Bastos Rochas e Thiago Cardoso de Araújo

Consulta. Saneamento básico. Projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto do Rio de Janeiro. Análise da minuta do contrato de interdependência. Art. 12 e art. 10-A, § 2º da Lei Federal nº 11.445/2007. Inovações introduzidas pelo Novo Marco Legal de Saneamento Básico. Lei nº 14.026/2020. Interdependência entre os distintos prestadores das atividades relacionadas à gestão associada dos serviços de saneamento. Recomendações para adequação jurídica da minuta do contrato.

Parecer Conjunto nº 02/2020 – AHPSWM/HBR/TCA – Augusto Henrique Pereira de Souza Werneck Martins, Henrique Bastos Rochas e Thiago Cardoso de Araújo

Análise jurídica da minuta de Contrato de Produção de Água, que tem por objeto a exploração do sistema upstream da Região Metropolitana. Lei Federal nº 11.445/2007, art. 10-A, § 2º, com a redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020. Exame da possibilidade de Contratação Direta da CEDAE via dispensa de licitação e seus requisitos. Viabilidade jurídica da minuta apresentada desde que adequada na forma deste opinamento.

Parecer Conjunto nº 03/2020 – AHPSWM/HBR/TCA – Augusto Henrique Pereira de Souza Werneck Martins, Henrique Bastos Rochas e Thiago Cardoso de Araújo

Concessão da prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Proposta de minuta de acordo a ser celebrado entre Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro. Parâmetros

conformadores do acordo. Impossibilidade jurídica do acordo criar direitos e obrigações para terceiros ou invadir competências alheias. Impossibilidade do acordo interferir no projeto de concessão veiculado no Edital de Concorrência nº 01/20. Necessidade de esclarecimentos e justificativas adicionais.

Parecer nº 01/2021 – FAG – Flávio Amaral Garcia

Saneamento Básico. Concessão da prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Gestão do Sistema de Fornecimento de Água. Anexo X do Edital de Concessão – Regramento do Sistema de Fornecimento de Água. Implantação do Centro de Controle Operacional – CCO.

Contratação de empresa para implantação e construção do CCO pelo Instituto Rio Metrópole (IRM). Inteligência do art. 15 do Anexo X. Interpretação sistemática do Anexo e dos demais instrumentos contratuais. Contratação pelo Instituto Rio Metrópole com o custeio privado das Concessionárias. Funções e relevância do Centro de Controle Operacional – CCO. Possível conflito de interesses entre CEDAE e concessionárias. Função equidistante e neutral do IRM. Responsabilidade pública.

Ausência de fato superveniente apto a ensejar a mutabilidade contratual. Razões invocadas para alteração contratual insuficientes. Exercício da competência e de opções discricionárias que se tornam vinculadas com a realização da licitação.

Necessidade de realização de licitação pelo IRM, na forma definida no edital. Princípio da isonomia e criação de valor para o mercado a partir de um ativo público.

Parecer nº 07/2021 – FAG – Flávio Amaral Garcia

Saneamento Básico. CEDAE. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto. Exame da viabilidade jurídica do modelo proposto. Desnecessidade de lei autorizativa estadual para a concessão dos serviços públicos de saneamento a operadores privados. Dispensa constante da legislação federal de forma expressa. Desnecessidade de leis autorizativas dos municípios integrantes da Região Metropolitana: possibilidade de participação, com direito a voto, com base na Lei complementar criadora da Região Metropolitana. Inaplicabilidade de norma de lei estadual que veda a subconcessão de serviços, pois o Estado não será poder concedente, nem subconcedente, na modelagem da Região Metropolitana.

Parecer nº 03/2019 – GUB – Gustavo Binenbojm

Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Lei Complementar Estadual nº 184/2018. Órgão Executivo. Autarquia Estadual Instituto Rio Metrópole. Viabilidade jurídica da sua integração à Região Metropolitana. Vinculação ao Conselho Deliberativo, não mais integrando a Administração Pública Estadual. Necessidade de edição de nova Lei Complementar Estadual, alterando a LC nº 184/2018. Considerações.

Parecer nº 04/2019 – GUB – Gustavo Binenbojm

Consulta. Contrato nº 17.2.0389.1. Estado do Rio de Janeiro e BNDES. Análise da juridicidade da comprovação de atestação técnica por meio de subcontratadas. Impossibilidade. Art. 25 da Lei n. 8987/95. Arts. 72 e 78, VI da Lei n. 8666/93. Subcontratação da fração principal do objeto contratual. Distinção entre fração do objeto do próprio objeto da licitação. Possibilidade de utilização da figura do consórcio de empresas. Precedentes do Tribunal de Contas da União e Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Parecer nº 02/2020 – GUB – Gustavo Binenbojm

Consulta. Região Metropolitana. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto Prestados pela CEDAE. Edital de contrato de concessão de prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Cláusula 7 do contrato de concessão. Prazo de duração do contrato de 35 anos. Artigo 175 da Constituição Federal. Lei Federal n° 8987/1995. Artigo 3° da Lei Estadual n° 2.831/1997.

Parecer n° 06/2020 – GUB – Gustavo Binenbojm

Consulta. Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos. Taxa fundada no exercício do poder de polícia. Artigo 145, II da CRFB. Artigos 77 e 78 do CTN. Tributo de natureza contraprestacional. Lei Estadual n° 4.555/2005. Lei Estadual n° 4.556/2005. Decreto Estadual n° 37.930/2005. Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA. Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nos 01, 02 e 04. Serviços de titularidade da Região Metropolitana ou dos Municípios não Metropolitanos. Exercício do poder de polícia pela AGENERSA, a quem a taxa é integralmente devida. Inaplicabilidade das normas estaduais de partilha do produto da arrecadação entre as agências reguladoras estaduais.

Parecer n° 53/2021 – GUB – Gustavo Binenbojm

Consulta relacionada ao Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, concebido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que culminou na publicação da Concorrência Internacional n° 01/20, cujo objeto é a concessão da prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, na área de concessão, em cada um dos respectivos blocos, por meio da exploração das infraestruturas integrantes do sistema.

Promoção n° 02/2021 – HBR – Henrique Bastos Rocha

Direito Administrativo. Direito dos Serviços Públicos. Reformulação da prestação do serviço público de saneamento básico. Reversibilidade de bens. Indenização. Indisponibilidade do interesse público. Consensualidade administrativa. Possibilidade de acordos acerca de indenizações devidas a entes públicos. Cautelas e requisitos.

Parecer n° 07/2019 – JVSM – José Vicente Santos Mendonça

Contrato n° 17.2.0389.1. Estado do Rio de Janeiro e BNDES. Possibilidade de o Estado do Rio de Janeiro realizar consulta pública e audiência pública dos planos de saneamento básico dos municípios. Lei 11.445/2007. Audiência e consulta pública. Acordo de Cooperação Técnica. Possibilidade. Cautelas.

Parecer n° 03/2020 – JVSM – José Vicente Santos Mendonça

Direito Público. Direito Administrativo. Contratos de concessão de serviços públicos estaduais. Pandemia de COVID-19 (coronavírus). Emergência biossanitária mundial. Duração e impacto econômico imprevisíveis. Imprevisão e caso fortuito. Possível repartição dos prejuízos entre as partes. Afastamento de sanções administrativas e caducidade em razão de inexecução contratual. Necessidade de devido processo legal administrativo para averiguar, de modo específico, a configuração denexo causal entre pandemia, e os impactos em cada contrato. Dever de negociação.

Parecer n° 07/2020 – JVSM – José Vicente Santos Mendonça

Instituto Rio Metr pole

Projeto de desestatiza o dos serviços de Saneamento Básico. Instrumentos jurídicos e técnicos. Realiza o de consulta e audiência públicas. Disposi o da Lei Complementar Estadual n. 184/2018 e da Lei Federal n. 11.445/2007 com a reda o do novo Marco Legal do Saneamento. Viabilidade jurídica desde que atendidas as recomenda es apontadas para a Instru o dos autos e adequa o das minutas.

Parecer Conjunto PG-IRM n  01/2020 – NCG/PMMCRC – Nathalie Carvalho Giordano Macedo e Patrícia Maria de Mattos Coelho Rodrigues

Secretaria de Estado do Ambiente e Sustentabilidade

Direito administrativo. Obras de saneamento e prote o da segurança hídrica. Bacia hidrográfica do guandu. Política estadual de recursos hídricos. Projeto de desestatiza o dos serviços de água e esgotamento sanitário. Licita o. Concorrência internacional n  01/2020. Grupo de trabalho para suporte jurídico e acompanhamento do projeto de desestatiza o no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Resolu o PGE n  4.610/2020. Art. 4 , V, H, do Decreto Estadual n  40.500/07. Recursos do fundo estadual de recursos hídricos – FUNDRHI. Lei estadual n  3.239/1999. Decreto Estadual n  46.993/2020. Art. 96, parte final, do ADCT da CERJ.

Parecer n  11/2021 – LDQO – ASSJUR/SEAS – Leonardo David Quintanilha de Oliveira

ESTADO EM JUÍZO

Suspensão de liminar n  1.446 MC manejada pelo Estado do Rio de Janeiro para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos da A o Direta de Inconstitucionalidade n  0001674-76.2021.8.19.0000. Projeto de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Decisão liminar que suspendeu o processo licitatório. Necessária observância ao interesse público. Risco de lesão ao erário. Risco   universaliza o do saneamento básico. Pedido. Necessidade de reconhecimento da plena eficácia do Decreto Estadual n  47.422/2020 até ulterior decisão. Suspensão de liminar n  1446 MC/STF. [Decisão correspondente a tal peça consta na se o PODER JUDICIÁRIO, subse o Supremo Tribunal Federal]

Antonio Joaquim Pires e Albuquerque, Bruno Dubeux e Ciro Grynberg

Pedido de Concessão de Suspensão Liminar. Extensão dos efeitos da suspensão liminar para demandas cujo objeto seja idêntico. Extensão dos efeitos da suspensão dos efeitos da liminar para o Mandado de Segurança n  0101354-84.2021.5.01.0000 do Tribunal Regional do Trabalho da 1  Região que determinou a apresenta o de estudo circunstanciado de impacto socioeconômico na rela o com os trabalhadores da CEDAE e suspendera o certame. Configura o do manifesto interesse público e a grave lesão   economia pública. Plausibilidade da argumenta o apresentada pelo Estado do Rio de Janeiro. Existência de *periculum in mora* pela possibilidade de frustra o do procedimento licitatório destinado   concessão dos serviços de saneamento básico na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Decisão obstaculiza a expansão da presta o de serviços de saneamento básico, os quais ostentam alta relevância ante sua repercussão na saúde pública. Peti o na Suspensão de

Liminar nº 1.446 MC/RJ – STF. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Supremo Tribunal Federal]

Bruno Dubeux

Agravo Regimental no Mandado de Segurança. Pedido de reconsideração da decisão proferida *inaudita altera pars* para suspender o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento. Extensão dos efeitos da suspensão liminar nº 1446 Rio de Janeiro. Decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a existência de coincidência, em termos práticos, entre o conteúdo da decisão cautelar anteriormente proferida no pedido de suspensão liminar e a decisão provisória proferida em sede de mandado de segurança pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Perda de Objeto do Mandado de Segurança. No mérito. Incompetência da Justiça do Trabalho. A suspensão dos efeitos da norma editalícia não configura causa de pedir ou pedido que decorra diretamente da relação de trabalho, afastando a incidência do inciso I do art. 114 da Constituição da República. A Ação Civil Pública que originou o *Mandamus* restou extinta ante o reconhecimento da incompetência da Justiça do Trabalho. Inexistência de privatização ou desestatização da CEDAE. Continuidade da Companhia Estadual de Águas e Esgoto na prestação dos serviços de captação e tratamento de água. Concessão de parte dos serviços de adução, reversa e distribuição de águas e coleta de esgoto. Projeto Estratégico para o Estado do Rio de Janeiro e para os Municípios. Amplas participações de todos os setores da sociedade interessada. Garantia de emprego até 2022 com previsão em norma coletiva de trabalho. Previsão de “*outplacement*” pelo contrato de interdependência. Previsão contratual de aproveitamento de empregados da CEDAE pela nova concessionária. Necessidade de avaliação quanto às consequências da tutela de urgência concedida. Art. 20 e 21 da LINDB. Inexistência de *periculum in mora*. Processo nº 0101354-84.2021.5.01.0000. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região]

Carlos André Silva Baptista, Daniele Farias Dantas de Andrade Urym e Pedro Guimarães Loula

Contestação à Ação civil pública proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Saneamento Básico e Meio Ambiente do Rio de Janeiro e Região e pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Purificação e Distribuição de água e em Serviços de Esgoto de Campos e Região Norte e Noroeste do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061. Estado do Rio de Janeiro. Preliminar. Da perda do objeto. Da incompetência da justiça do trabalho. Mérito. Da inexistência de privatização ou desestatização da CEDAE. Do cumprimento do acordo coletivo firmado com os empregados. Da previsão de aproveitamento de empregados da CEDAE pela nova concessionária. Do prévio estudo quanto aos impactos trabalhista e previdenciário antes da publicação do edital de concorrência. Pedidos. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Improcedência que se impõe. Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região]

Carlos André Silva Baptista, Daniele Farias Dantas de Andrade Urym e Pedro Guimarães Loula

Manifestação no Mandado de Segurança impetrado por Deputados Estaduais contra ato do Exmo. Sr. Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - ALERJ e da Mesa Diretora da ALERJ objetivando a sustação da tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021. A tramitação do Projeto de Decreto Legislativo viola direito líquido e certo à observância do

devido processo legislativo e às normas constitucionais relativas ao processo legislativo. Isso porque o ato impetrado busca sustar o Decreto Executivo nº 47.422/2020, que autorizou a abertura de procedimento licitatório para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e demais municípios fluminenses, fora das hipóteses autorizadas pelo art. 99, VII da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e pelo art. 49, V, da Constituição da República. Processo nº 0029592-55.2021.8.19.0000. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro]

Ciro Grynberg

Representação de Inconstitucionalidade proposta pelo Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0057848-08.2021.8.19.0000. Inconstitucionalidade do artigo 11 da Lei nº 9.164/2020. Usurpação de competência do Poder Executivo. Usurpação de competência dos Municípios. Competência da união para fixação de diretrizes gerais sobre saneamento básico e existência de lei geral federal que admite a cobrança por consumo mínimo. Pedidos. Concessão da medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 11 da Lei estadual nº 9.164/2020. Declaração de inconstitucionalidade do artigo 11 da Lei estadual nº 9.164/2020. Processo nº 0057848-08.2021.8.19.0000. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro]

Cláudio Castro [Ciro Grynberg]

Agravo Interno interposto pelo Estado do Rio de Janeiro em face de Medida Cautelar deferida em Representação de Inconstitucionalidade. Inviabilidade de controle de legalidade em sede de controle de constitucionalidade. Preliminar. Descabimento da ação de controle abstrato de constitucionalidade. Natureza subordinada do ato impugnado. Inadequação da ação direta por ausência de impugnação do complexo de atos que dispõem sobre o prazo de vigência da concessão. Mérito. Serviço Público de titularidade da região metropolitana. Inaplicabilidade da Lei Estadual nº 2831/1997. Pedido de reconsideração da decisão que concedeu medida cautelar. Processo nº 0001674-76.2021.8.19.0000.

Antonio Joaquim Pires e Albuquerque, Bruno Dubeux e Giro Grynberg

Contestação à Ação Popular proposta por Deputados Estaduais em face do Governador do Estado do Rio de Janeiro. Projeto de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Anulação do Edital de Concorrência internacional nº 01/2020. Contestação. Estado do Rio de Janeiro. Preliminares. Necessária participação do Estado na lide. Ilegitimidade passiva do Governador e do Estado do Rio de Janeiro. Estado atua na condição de mero representante dos titulares dos serviços de abastecimento e esgotamento sanitário nas áreas de concessão. Ausência de interesse de agir. Questão prejudicial. Representação de inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000. Mérito. Prestação de serviço público é matéria afeta à Administração. Observância da tarifa social. Previsão expressa no edital. Planejamento da concessão calcado em estudos técnicos. Pedidos. Ingresso do Estado no polo passivo. Extinção do processo sem resolução do mérito. Suspensão do processo até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000. Processo nº 0095265-89.2021.8.19.0001.

Ciro Grynberg

Contestação à Ação Civil Pública proposta pela Federação de Trabalhadores de Indústria e pelo Sindicato de Trabalhadores de Serviços de Água e Esgoto de Niterói e Região. Estado do Rio de Janeiro. Projeto de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Preliminares. Ilegitimidade ativa. Ausência de pertinência temática. Ilegitimidade passiva. Estado não detém titularidade do serviço. Entendimento consolidado pela Corte Constitucional. Titularidade dos serviços: Municípios e Região Metropolitana. Mérito. Inaplicabilidade da Lei estadual nº 2.831/1997. Possibilidade de incidência do prazo de 35 anos de concessão. Planejamento da concessão calcado em estudos técnicos. Pedidos. Extinção do processo sem resolução do mérito. Suspensão do processo até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000. Improcedência que se impõe. Processo nº 0090615-96.2021.8.19.0001.

Ciro Grynberg

Representação de inconstitucionalidade manejada pelo Estado do Rio de Janeiro. Pedido cautelar. Processo licitatório. Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Decreto Legislativo nº 16/2021 que sustou os efeitos do Decreto Executivo nº 47.422/2020. Usurpação de competência. Serviço de titularidade do ente municipal. Violação a separação de poderes. Empecilho à universalização do saneamento básico no Estado. Inconstitucionalidade da espécie normativa editada pelo Legislativo Estadual. Processo nº: 0030071-48.2021.8.19.0000.

Cláudio Castro [Antonio Joaquim Pires e Albuquerque, Bruno Velloso de Mesquita, Ciro Grynberg e Marcelle Figueiredo da Cunha]

Contrarrrazões ao Recurso ordinário interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores nas empresas de saneamento básico e meio ambiente do Rio de Janeiro e Região e pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Purificação e Distribuição de Água e em Serviços de Esgoto de Campos e Região Norte e Noroeste do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061. Estado do Rio de Janeiro. Do cumprimento do acordo coletivo firmado com os empregados. Da previsão de aproveitamento de empregados da CEDAE pela nova concessionária. Manutenção da decisão que se impõe. Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061.

Daniele Farias Dantas de Andrade Uryn e Pedro Guimarães Loula

PODER JUDICIÁRIO

Supremo Tribunal Federal

Suspensão de liminar. Supremo Tribunal Federal. Decisão. Deferimento do pedido liminar. Suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo grau que obste, parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Manutenção da eficácia do Decreto Estadual nº 47.422/2020. Suspensão de liminar nº 1.446 MC - STF. [Peça correspondente a tal decisão consta na seção ESTADO EM JUÍZO]

Relator Ministro Luiz Fux

Extensão dos efeitos da suspensão de liminar nº 1446 do Rio de Janeiro acolhendo. Pedido de suspensão de liminar deduzido pelo Estado do Rio de Janeiro em face da decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região que suspendeu o procedimento licitatório em curso para concessão de serviços de

saneamento básico de titularidade dos municípios da região metropolitana do Rio de Janeiro. Concessão de serviços de saneamento básico. Região Metropolitana. Aditamento do pedido. Lei nº 8.437/1992, art. 4º, §8º. identidade de objetos entre a decisão cuja suspensão foi determinada nestes autos e nova decisão provisória proferida. Suspensão de Liminar nº 1.446 MC/RJ – STF. [Peça correspondente a tal decisão consta na seção ESTADO EM JUÍZO]
Relator Ministro Luiz Fux

Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região

Extinção do Mandado de Segurança. Perda de Objeto superveniente. Liminar de Segurança deferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema “privatização da CEDAE” e do resultado do leilão da empresa, com a concessão de três dos quatro blocos ofertados. Os impetrantes se manifestaram favoravelmente à extinção do mandado de segurança por perda superveniente do objeto. Extinção do feito sem resolução de mérito. Processo nº 0101354-84.2021.5.01.0000.
Relatora Desembargadora do Trabalho Claudia Regina Vianna Marques Barrozo

Sentença. Julgamento de improcedência dos pedidos autorais ante a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para o julgamento da causa. Prejudicados os pedidos de suspensão do procedimento licitatório, uma vez que já ocorreu. Ausente interesse em agir nos pedidos aduzidos nos itens do pedido B da inicial, uma vez que se trata de demanda coletiva na qual os trabalhadores estão representados pelo substituto processual. Extinção do processo, sem resolução do mérito, quanto aos pedidos A, B e C. Em relação ao pedido de condenação do Estado na obrigação de fazer consistente na abstenção de dispensar seus empregados em massa, esse não merece prosperar. Validade da norma coletiva que prevê a garantia de emprego de 99% de seus empregados. Além disso, acaso violados, os direitos sequer poderiam ser objeto de ação civil pública. Os trabalhadores ora representados têm em comum apenas o fato de possuírem vínculos de trabalho com a mesma empresa, direitos esses que, em tese, podem vir a sofrer violações futuramente ou não. Os autores não demonstraram a violação de direitos difusos ou coletivos. Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061.
Juiz do Trabalho Elisio Correa de Moraes Neto

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Mandado de segurança. Concessão da segurança para impedir definitivamente que o projeto de decreto legislativo n.º 57/2021 produza efeitos. Sustação do decreto n.º 47.422/2020 do Governador do Estado do Rio de Janeiro, que autorizou a abertura de procedimento licitatório para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário da região metropolitana do rio de janeiro e demais municípios fluminenses. Segurança concedida. Agravo Regimental não reconhecido. Processo nº 0029592-55.2021.8.19.0000.
Relator Desembargador Benedicto Abicair

Medida Cautelar e Acórdão. Concessão de suspensão de eficácia do artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020 até o julgamento final da representação por inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Art. 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020 impôs à Agência Reguladora de Energia e

Saneamento Básico do Estado - AGENERSA que determine às concessionárias de água e esgoto sob sua fiscalização que deixem de aplicar "o conceito de consumo mínimo da água para qualquer tipo de estabelecimento". O art. 11 da Lei nº 9.164/2020 foi inicialmente vetado, mas a Assembleia Legislativa do Estado – ALERJ rejeitou o veto, promulgando o dispositivo, conforme publicação no Diário Oficial de 15 de junho de 2021. Inconstitucionalidade do artigo por vício de iniciativa, matéria privativa do Poder Executivo; Afronta a separação de poderes; Usurpação de competência dos Municípios para dispor sobre o critério específico de fixação de tarifa de serviços de saneamento e abastecimento de água; Afronta à competência da União para instituir diretrizes gerais de saneamento básico. Plausibilidade do direito discutido, bem como o prejuízo que poderá resultar em caso de manutenção da eficácia da norma apontada como inconstitucional. A norma veiculada é voltada à política tarifária relativa aos serviços de saneamento e abastecimento de água. Em sede de cognição sumária, entendo que a norma estadual em tela padece de inconstitucionalidade formal orgânica, visto que o serviço de fornecimento de água e esgoto é de titularidade dos entes municipais. Processo nº 0057848-08.2021.8.19.0000.

Relator Desembargador Benedicto Abicair

ASSUNTOS GERAIS

Discurso proferido pelo Governador Cláudio Castro durante o Leilão da Concessão do Serviço de Fornecimento de Água e Tratamento de Esgoto do Bloco 3 da CEDAE, na B3, em São Paulo, no dia 29 de dezembro de 2021

Governador Cláudio Castro

Discurso proferido pelo Secretário-Chefe da Casa Civil Nicola Miccione durante o Leilão da Concessão do Serviço de Fornecimento de Água e Tratamento de Esgoto do Bloco 3 da CEDAE, na B3, em São Paulo, no dia 29 de dezembro de 2021

Secretário-Chefe da Casa Civil Nicola Miccione

Discurso proferido pelo Governador Cláudio Castro durante o Leilão dos Quatro Blocos da CEDAE, na B3, em São Paulo, no dia 30 de abril de 2021

Governador Cláudio Castro

Discurso proferido pelo Secretário-Chefe da Casa Civil Nicola Miccione durante o Leilão dos Quatro Blocos da CEDAE, na B3, em São Paulo, no dia 30 de abril de 2021

Secretário-Chefe da Casa Civil Nicola Miccione

Índice

Normas de Publicação para os Autores

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Dar suporte jurídico ao projeto de desestatização dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Estado do Rio de Janeiro foi uma das prioridades da gestão que assumiu a Procuradoria Geral do Estado em setembro de 2020.

Para isso, ainda no mês de setembro, por meio da Resolução PGE nº 4610 de 29 de setembro de 2020, constituímos um grupo de trabalho, vinculado ao Gabinete do Procurador-Geral, composto inicialmente por sete Procuradores do Estado dotados de expertise nas temáticas mais sensíveis ao projeto.

Liderados pelo Subprocurador-Geral do Estado Rafael Rolim de Minto, o grupo foi integrado pelos Procuradores Nathalie Carvalho Giordano Macedo, Augusto Henrique Pereira de Souza Werneck, Flávio Amaral Garcia, Thiago Cardoso Araújo, André Rodrigues Cyrino e Rafael Lima Daudt D'Oliveira.

Essa mobilização contou ainda com a contribuição dos Procuradores convidados Rodrigo Crelier Zambão da Silva, Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas e Henrique Bastos Rocha.

Esse grupo de trabalho promoveu inúmeras reuniões ao longo dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2020, com a participação de representantes da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (CEDAE), do Instituto Rio MetrÓpole (IRM) e do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Fruto dessas reuniões e da experiência e capacitação técnica de cada Procurador do Estado foram exarados diversos pareceres jurídicos, que forneceram elementos e recomendações jurídicas ao maior projeto de concessão de serviços públicos no país.

O trabalho desse grupo de Procuradores do Estado foi fundamental não apenas para garantir a estruturação e segurança jurídicas da modelagem dos leilões de privatização dos serviços de saneamento, mas sobretudo estabelecer os alicerces de um novo marco legal da privatização do setor.

Afinal, o novo marco legal para o setor de saneamento encerra um ciclo que perdurou pelos últimos 50 anos e abre uma nova era cujas premissas são dadas por quatro grandes eixos: abertura de mercado; o prazo de cobertura fixado por lei; a governança nas Regiões Metropolitanas; e a uniformização da regulação.

Nesse sentido, é essencial que documentemos todas as etapas da formatação jurídica desse importante projeto para o Estado do Rio de Janeiro e para a sociedade fluminense nesta edição especial da tradicional Revista de Direito da Procuradoria Geral.

Reunimos neste exemplar, portanto, os pareceres jurídicos proferidos pelo grupo de trabalho, os respectivos vistos; as petições do Estado do Rio de Janeiro no bojo dos processos judiciais movidos para suspender o leilão do saneamento, bem como as respectivas decisões, além dos discursos proferidos pelo Chefe do Poder Executivo estadual e do Secretário de Estado da Casa Civil proferidos por ocasião dos leilões.

Espero que este exemplar especial seja útil à comunidade jurídica, além de servir como registro histórico da nova era do saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro.

BRUNO DUBEUX
Procurador-Geral do Estado

APRESENTAÇÃO

Cada um de nós nesse Grupo pode afirmar que foi uma experiência inesquecível como Procuradores do Estado participar de um projeto tão relevante para a sociedade fluminense, juridicamente inovador e completamente desafiador sob todos os aspectos.

A Desestatização dos Serviços de Saneamento demandou a atuação em paralelo de vários Procuradores em suas respectivas assessorias jurídicas. Seja na CEDAE, na Região Metropolitana - então criada há pouquíssimos meses, no Estado, em órgãos como a Secretaria da Casa Civil, a Secretaria de Desenvolvimento Econômico, a Procuradoria Geral do Estado, Procuradores desenvolviam suas atividades em plena pandemia.

Foi um grande mérito do Gabinete do Procurador Geral perceber a necessidade de organizar um time específico, com a importante adição de novos colegas, num Grupo de Trabalho, que, acreditamos, foi fundamental para o sucesso dessa empreitada jurídica de altíssima complexidade no curto espaço de tempo de que dispúnhamos.

Sob a segura liderança do Subprocurador Geral Rafael Rolim, pensamos juntos problemas jurídicos inéditos na maior concessão de serviços públicos da história do Brasil. Administrativistas, constitucionalistas, ambientalistas, especialistas em direito societário e financeiro, especialistas em infraestrutura, todos com experiência em suas áreas e na atuação consultiva, com humildade e de coração jurídico aberto, discutimos incansavelmente cada questão, ouvimos nossos colegas, mudamos de ideia, elaboramos pareceres conjuntos, e, sobretudo, aprendemos uns com os outros.

Para tanto, buscamos compreender o projeto além do direito e da perspectiva da própria Procuradoria. Para conhecer a realidade por trás dos problemas a serem resolvidos e propor soluções jurídicas adequadas segundo o ordenamento - inclusive de acordo com o recentíssimo novo Marco Legal do Saneamento -, e eficientes, nosso Grupo de Trabalho manteve constante contato e recebeu representantes da CEDAE, do Estado, da Região Metropolitana, cuja criação e implementação tornaram possível a concessão, e do BNDES, que teve um papel imprescindível no desenvolvimento da modelagem e no sucesso geral da Concessão.

Além disso, a Procuradoria foi a campo. Participou das três audiências públicas com a presença de nosso decano, o Procurador Augusto Werneck, num inédito exemplo de ampla participação popular, realizou reuniões com o Tribunal de Contas do Estado, a AGENERSA, o Ministério Público Estadual, com a Região Metropolitana, com os Municípios, entes e instituições que interagiram e contribuíram para a construção e implementação dessa modelagem.

Buscamos ao máximo, em nome da tradição dessa Casa de excelência, resguardar o interesse público em face da decisão tomada pelo Poder Concedente de prosseguir com o modelo sugerido pelo BNDES.

Finalizado o trabalho consultivo para os leilões, as Procuradorias Especializadas, com o constante apoio do Grupo de Trabalho, foram extremamente eficientes para sustentar em Juízo as teses adotadas, no que obtiveram imenso sucesso, como se verifica nas decisões que integram esse volume, inexistindo qualquer intercorrência ou atraso.

O resultado de todos esses esforços, os pareceres e vistos que elaboramos está registrado nessa importante Revista, coordenada pelos membros Nathalie Carvalho Giordano Macedo e Rodrigo Crelier Zambão da Silva, que esperamos possa contribuir para o trabalho de outras Procuradorias do país.

Por fim, nosso trabalho continua. Seguimos sempre na busca de soluções para as questões já surgiram e surgirão ao longo da execução dessa concessão sem precedentes, com a esperança de que tenhamos colaborado com o importantíssimo objetivo de universalização do saneamento no nosso Estado.

GRUPO DE TRABALHO DA CEDAE



PGE·RJ

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO

**INTEGRANTES DO GRUPO DE TRABALHO
INSTITUÍDO PELA RESOLUÇÃO PGE Nº 4.610, DE 29 DE SETEMBRO DE 2020**





**SECRETARIA DE ESTADO DE CIDADES
FUNDAÇÃO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM**

**DESPACHO DA PRESIDENTE
DE 17.09.2020**

PROC. Nº E-16/002/000226/2019 - Consubstanciado no Parecer da Assessoria Técnica Jurídica de fls. 21/23 e 35/36, AUTORIZO o pagamento da taxa de anuidade da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PAVIMENTAÇÃOOP - ABPv, no valor de R\$ 4.998,00 (quatro mil novecentos e noventa e oito reais) do exercício de 2020.

Id: 2273110

**SECRETARIA DE ESTADO DAS CIDADES
FUNDAÇÃO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM
DIRETORIA DE OBRAS E CONSERVAÇÃO - REGIONAL II**

**ATO DO DIRETOR
DE 18.09.2020**

DESIGNA, com validade a partir de 21/09/2020, o Engenheiro **FRANKLIN BELFORT JANA**, matrícula 13/91.187, ID Funcional 5101789-0, para acompanhar e fiscalizar a execução da obra de recuperação estrutural da Ponte de Ponta Negra, localizada na RJ-102, Município de Maricá, a cargo da empresa **JML CONSULTORIA FINANCEIRA & ENGENHARIA LTDA**, objeto do Processo Administrativo nº E-16/002/004176/2020 (Tomada de Preços - ALC nº 003/2020 - Contrato nº 037/2020), sob a supervisão do Engenheiro **ALESSANDRO RODNITZKY**, matrícula 13/91.234, ID Funcional 5105503-1.

Id: 2273102

**SECRETARIA DE ESTADO DAS CIDADES
FUNDAÇÃO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM
DIRETORIA DE OBRAS E CONSERVAÇÃO - REGIONAL III**

**ATO DO DIRETOR
DE 18.09.2020**

DESIGNA, com validade a partir de 21/09/2020, o Engenheiro **EDILSON FERREIRA DA SILVA**, matrícula 13/91.186, ID Funcional 5101788-1, para acompanhar e fiscalizar a execução das obras de pavimentação e infraestrutura urbana (Rede de Drenagem e de Esgoto), na Estrada das Piabas - Santa Rosa no Município de Queimados - RJ, trecho compreendido entre o Condomínio Roberto Costa e a Rua Bahia, com extensão de 1.490,47 metros, a cargo da empresa **JML CONSULTORIA FINANCEIRA & ENGENHARIA LTDA**, objeto do Processo Administrativo nº E-16/002/000914/2020 (Tomada de Preços - ALC nº 002/2020 - Contrato nº 038/2020), sob a supervisão do Engenheiro **FRANCISCO MARTINS BEZERRA FILHO**, matrícula 13/71.004, ID Funcional 4373367-0.

Id: 2273101

**SECRETARIA DE ESTADO DAS CIDADES
FUNDAÇÃO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM
DIRETORIA DE OPERAÇÃO, MONITORAMENTO
E CONTROLE DE TRÂNSITO.**

**ATO DO DIRETOR
DE 24.09.2020**

DESIGNA, com validade a partir de 24/09/2020, o Diretor da Divisão de controle de multas, **REINALDO BARBOSA ALVES**, matr. nº 13/91.124-8, ID Func. nº 2831105-1, para acompanhar e fiscalizar a Prestação de Serviços Auxiliares para Diretoria de Operação, Monitoramento e Controle de Trânsito da Fundação DER-RJ, a cargo da Empresa **CERTVS Soluções em Sistema de Informação de Informática Eireli**, objeto do Processo Administrativo nº E-16/002/008783/2019, sob a supervisão da Assessoria Especial da DSC, **CLAUDIA ANTUNES SECIN**, matr. nº 13/91.0679-9, ID. Func. nº 50894412-2.

Id: 2272921

Controladoria Geral do Estado

CONTROLADORIA GERAL DO ESTADO

ATO DO CONTROLADOR-GERAL

RESOLUÇÃO CGE Nº 64 DE 24 DE SETEMBRO DE 2020

DELEGA COMPETÊNCIAS PARA PRÁTICAS DOS ATOS QUE MENCIONA.

O CONTROLADOR-GERAL DO ESTADO, no uso de suas atribuições legais, tendo em vista o disposto nos artigos 82, inciso VII e § 1º, e 289 da Lei nº 287, de 04/12/1979. Processo nº SEI-320001/002661/2020.

RESOLVE:

Art. 1º - Que fica delegada a **ELVECIO VITAL DA SILVA**, Diretor Geral de Administração e Finanças, competência para, na qualidade de **ORDENADOR DE DESPESAS** e de **PAGAMENTOS** praticar, a partir de 18 de setembro de 2020, nos Termos da Legislação em vigor, todos os atos de gestão orçamentária e financeira no âmbito da Controladoria Geral do Estado - CGE, que dizem respeito a:

I - autorizar a emissão de notas de empenho, emitir ordens de pagamentos e cheques nominativos, bem como movimentar contas e transferência financeiras, em nome da Controladoria Geral do Estado - CGE;

II - autorizar a concessão de adiantamentos e aprovar ou impugnar as respectivas prestações de contas;

III - autorizar a aquisição de passagens aéreas;

IV - autorizar concessão de diárias;

V - assinatura de ato concessivo de aposentadoria e respectiva fixação de proventos, inclusive quanto às aposentadorias por invalidez com proventos integrais;

VI - concessão de auxílio-funeral e auxílio-natalidade nos termos da rotina padrão estabelecida pela Controladoria Geral do Estado - CGE;

VII - concessão de abono de permanência;

VIII - responder pelas atribuições da gestão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial do FACI - (Fundo de Aprimoramento do Controle Interno).

Art. 2º - Da presente Resolução será dado conhecimento ao Tribunal de Contas do Estado e à Secretaria de Estado de Fazenda, conforme dispõe o Parágrafo Único, do art. 289, da Lei nº 287, de 04 de dezembro de 1979.

Art. 3º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando expressamente a Resolução CGE nº 52, de 06 de fevereiro de 2020.

Rio de Janeiro, 24 de setembro de 2020

FRANCISCO RICARDO SOARES
Controlador-Geral do Estado

Id: 2272894

CONTROLADORIA GERAL DO ESTADO

**DESPACHOS DO CONTROLADOR-GERAL
DE 28.09.2020**

PROCESSO Nº E-02/007/2162/2017. ARQUIVE-SE o presente processo administrativo disciplinar instaurado para apurar abandono de cargo público, em relação ao servidor **RICARDO CAMPANATI DE MOURA**, Identidade Funcional nº 5692059, cargo Agente de Atividades Agropecuárias, matrícula nº 877880-5, Vínculo 1, por ter faltado ao serviço por 10 (dez) dias consecutivos, com fulcro no artigo 52, inciso V, § 1º, do Decreto-Lei nº 220/1975, regulamentado pelo Decreto nº 2479/79, conforme apuração do Colegiado e Promoção da ASSJUR/CGE, não

foi configurado o animus abandonandi, justificadas as faltas tão somente para fins disciplinares de acordo com § 2º do artigo 52 do Decreto-Lei nº 220/75.
Remeta-se o feito ao órgão de origem para conhecimento e adoção das medidas complementares.

PROCESSO Nº E-03/007/2447/2015 - ARQUIVE-SE o presente processo administrativo disciplinar instaurado para apurar irregularidades em face do servidor **CLEIA LIRIO VIANA, Identidade Funcional nº 37339761**, cargo Professor Assistente de Administração, Referência C08, matrícula nº 661832-6, Vínculo 1, conforme fundamentação exposta no relatório da Comissão Processante e no Parecer da Superintendência de Regime Disciplinar. Remeta-se o feito ao órgão de origem para conhecimento e adoção das medidas complementares.

Id: 2272893

Gabinete de Segurança Institucional do Governo

GABINETE DE SEGURANÇA INSTITUCIONAL

**DESPACHO DO SECRETÁRIO
DE 25.09.20**

PROCESSO Nº SEI 390002/001791/2020 - AUTORIZO, sem ônus para o Estado, com base no Art. 1º do Decreto nº 44.251, de 12.06.2013.

Id: 2272994

Secretaria de Estado de Trabalho e Renda

ATO DO SECRETÁRIO INTERINO

RESOLUÇÃO SETRAB Nº 889 DE 22 DE SETEMBRO DE 2020

DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA PRATICAR ATOS QUE MENCIONA, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DE TRABALHO E RENDA, INTERINO, no uso de suas atribuições legais, e, considerando o que estabelece nos termos do § 1º do Art. 82 da Lei Estadual nº 287, de 4/12/1979 - Código de Administração Financeira do estado do Rio de Janeiro e parágrafo único do art. 35 do Regulamento a que se refere o Decreto nº 3.149, de 28/04/1980. Processo nº SEI-400001/00362/2020.

RESOLVE:

Art. 1º - Delegar competência, como Ordenador de Despesas no âmbito da Secretaria de Estado de Trabalho e Renda a **FÁBIO PARAVIDINO DA SILVA, ID 6402577**, Subsecretário Executivo, para praticar atos de gestão orçamentária e financeira, tais como:

- autorizar despesas, por intermédio da expedição e assinatura das respectivas Notas de Autorização de Despesas - NAD's, emissão de Notas de Empenho, movimentação de todas as contas bancárias abertas e existentes em nome desta SETRAB, e recursos financeiros em geral, inclusive os oriundos de Convênios celebrados nos termos do Código de Administração Financeira e Contabilidade Pública, aprovado pela Lei Estadual nº 287/79 em geral;

- autorizar a concessão de adiantamentos e de diárias, aprovando ou impugnando as respectivas prestações de contas;

- autorizar abertura, aprovação, adjudicação, homologação, revogação, anulação, dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como os corresponsáveis atos de alteração, observadas as disposições legais;

- autorizar e assinar acordos, convênios, contratos e reconhecimento de dívida, assim como aplicar penalidades previstas em lei, quando verificar descumprimento de obrigação contratual;

- autorizar despesas de pessoal, referentes às diárias, passagens aéreas e carga, bem como qualquer ato administrativo relativo a direitos e deveres de funcionários desta Secretaria.

Art. 2º - Os atos praticados com fundamento no inciso III do artigo anterior devem observar o previsto no art. 26 da Lei nº 8666/93.

Art. 3º - Da presente Resolução dar-se-á ciência ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e à Secretaria de Estado de Fazenda, nos termos do art. 289, parágrafo único, da Lei nº 287, de 04 de dezembro de 1979.

Art. 4º - Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, em especial a Resolução SETRAB Nº 888, datada de 17/08/2020.

Rio de Janeiro, 22 de setembro de 2020

URUAN CINTRA DE ANDRADE

Secretário de Estado Interino
Secretaria de Estado de Trabalho e Renda

Id: 2272990

**CONSELHO ESTADUAL DO TRABALHO, EMPREGO
E RENDA DO RIO DE JANEIRO
ATO DO PRESIDENTE**

DELIBERAÇÃO CTER/RJ Nº 002 DE 29 DE SETEMBRO DE 2020

TORNA PÚBLICA A TITULARIDADE E SUPLENTE, DOS SEGMENTOS (ENTIDADE/ÓRGÃO) REPRESENTADOS PELOS CONSELHEIROS E PERÍODO DE VIGÊNCIA DOS MANDATOS OCUPADOS NO CONSELHO ESTADUAL DO TRABALHO, EMPREGO E RENDA DO RIO DE JANEIRO - CTER/RJ, EM ATENDIMENTO AO QUE DETERMINA A RESOLUÇÃO DO CO-DEFAT Nº 831, DE 2019, § 7º DO ART. 3º.

O CONSELHO ESTADUAL DO TRABALHO, EMPREGO E RENDA DO RIO DE JANEIRO - CTER/RJ, no uso de suas atribuições legais, Processo nº SEI-400001/000280/2020.

RESOLVE:

Art. 1º - Tornar pública a lista dos conselheiros titulares e suplentes, suas entidades/orgãos e data de vigência para mandatos no período de 30 de maio de 2019 a 30 de maio de 2021.

Nome do titular	Carlos Alberto Oliveira Lima
Nome do Suplente	Mario Porto dos Santos
Entidade	Central dos Trabalhadores e das Trabalhadoras do Brasil no Estado do Rio de Janeiro - CTB
Período de Vigência	30 de maio de 2019 a 30 de maio de 2021

Nome do titular	André Gustavo Guimarães da Cunha
Nome do Suplente	José Carlos Moreira da Silva
Entidade	Força Sindical
Período de Vigência	30 de maio de 2019 a 30 de maio de 2021

Nome do titular	Indalécio Wanderley Silva
Nome do Suplente	Aurélio Antônio de Medeiros

Entidade	Central Única dos Trabalhadores - CUT
Período de Vigência	30 de maio de 2019 a 30 de maio de 2021

Nome do titular	Luiz Edmundo Quintanilha de Barros
Nome do Suplente	Eduardo Bezerra Cruz
Entidade	Nova Central Sindical de Trabalhadores - NCST-RJ
Período de Vigência	30 de maio de 2019 a 30 de maio de 2021

Nome do titular	Cláudio Fernandes Rocha
Nome do Suplente	Cleber Paiva Guimarães
Entidade	União Geral dos Trabalhadores do Estado do Rio de Janeiro - UGT
Período de Vigência	30 de maio de 2019 a 30 de maio de 2021

Nome do titular	Claudia Ma. Beatriz S. Duranti
Nome do Suplente	Milton Ferreira Tito
Entidade	Associação Comercial do Rio de Janeiro - ACRJ
Período de Vigência	30 de maio de 2019 a 30 de maio de 2021

Nome do titular	Natan Schiper
Nome do Suplente	Renata Alexandrino Reis
Entidade	Federação do Comércio do Estado do Rio de Janeiro - Fecomércio
Período de Vigência	30 de maio de 2019 a 30 de maio de 2021

Nome do titular	Sergio Kunio Yamagata
Nome do Suplente	Maria Rita Catonio Barbosa
Entidade	Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro - FIRJAN
Período de Vigência	30 de maio de 2019 a 30 de maio de 2021

Nome do titular	Daniele de Oliveira Massoto
Nome do Suplente	Karine Moreira Garcia
Entidade	Federação das Empresas de Transporte Rodoviários do Leste Meridional do Brasil - FE-TRANSPOR
Período de Vigência	30 de maio de 2019 a 30 de maio de 2021

Nome do titular	Rodolfo Tavares
Nome do Suplente	Alessandra da Conceição Vieira Seródio Piberno
Entidade	Federação da Agricultura do Estado do Rio de Janeiro - F A E R J
Período de Vigência	30 de maio de 2019 a 30 de maio de 2021

Nome do titular	Alex Bolsas
Nome do Suplente	Eduardo Medeiros dos Santos
Entidade	Superintendência Regional do Trabalho do Rio de Janeiro SRT- RJ
Período de Vigência	30 de maio de 2019 a 30 de maio de 2021

Nome do titular	Márcio da Silva Oliveira
Nome do Suplente	Dayanni da Silva Delle Vianna
Entidade	Secretaria de Estado de Agricultura, Pecuária, Pesca e Abastecimento - SEAPPA
Período de Vigência	30 de maio de 2019 a 30 de maio de 2021

Nome do titular	Fábio Paravidino da Silva
Nome do Suplente	Júlio Cesar Saraiva
Entidade	Secretaria de Estado de Trabalho e Renda - SETRAB
Período de Vigência	30 de maio de 2019 a 30 de maio de 2021

Art. 2º - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, com efeitos a contar de 30 de maio de 2019, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 29 de setembro de 2020

CARLOS ALBERTO OLIVEIRA LIMA
Presidente do CTER/RJ

Id: 2272995

Procuradoria Geral do Estado

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ATO DO PROCURADOR-GERAL

RESOLUÇÃO PGE Nº 4610 DE 29 DE SETEMBRO DE 2020

INSTITUI GRUPO DE TRABALHO COM A FINALIDADE DE PROMOVER SUPORTE JURÍDICO E ACOMPANHAMENTO DO PROJETO DE DESESTATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO NO ÂMBITO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso das atribuições legais. Processo nº SEI-140001/068536/2020.

CONSIDERANDO:

- que a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro é, nos termos do artigo 176 da Constituição do Estado, o órgão Central do Sistema Jurídico;

- a necessidade de coordenação na atividade de suporte jurídico aos órgãos técnicos envolvidos no projeto de desestatização dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário e seu acompanhamento pela Procuradoria-Geral do Estado;

- as novas diretrizes traçadas pela Lei nº 14.026/2020, que atualizou o marco regulatório do saneamento básico;

RESOLVE:

Art. 1º - Fica instituído, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado grupo de trabalho com a finalidade de promover suporte jurídico, acompanhar, estudar e, se for o caso, apresentar propostas de adoção de medidas administrativas ou judiciais aos órgãos técnicos envolvidos no processo de desestatização dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário.

Art. 2º - O grupo de trabalho, diretamente ligado ao Gabinete do Procurador-Geral do Estado, será composto por 6 (seis) membros, todos designados abaixo:



I - RAFAEL ROLIM DE MINTO - PRESIDENTE
II - ANDRE RODRIGUES CYRINO
III - AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK MARTINS
IV - FLAVIO AMARAL GARCIA
V - NATHALIE CARVALHO GIORDANO MACEDO
VI - RAFAEL LIMA DAUDT D'OLIVEIRA
VII- THIAGO CARDOSO ARAÚJO

Art. 3º - As reuniões do grupo de trabalho serão convocadas por mensagem de correio eletrônico (endereço eletrônico funcional) e se destinam à discussão, formulação de propostas e produção de recomendações sobre os temas pautados.

§ 1º - As reuniões ordinárias ocorrerão mensalmente, preferencialmente com pauta pré-definida.

§ 2º - As reuniões extraordinárias poderão ocorrer sempre que necessário.

§ 3º - As reuniões poderão contar com a participação de representantes de outras áreas da Procuradoria Geral do Estado, sempre que os assuntos a serem tratados envolvam decisões que impactem diretamente sua área de atuação, bem como com autoridades públicas e membros da sociedade civil eventualmente convidados, em caráter ordinário ou extraordinário.

§ 4º - A pauta das reuniões será definida pelo Presidente do grupo de trabalho, a quem caberá registrar sugestões e propostas apresentadas pelos participantes.

§ 5º - Os resultados das reuniões serão registrados em ata.

§ 6º - Os servidores do Gabinete do Procurador-Geral do Estado prestarão suporte técnico e operacional, inclusive para secretariar as reuniões do grupo de trabalho.

Art. 4º - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de setembro de 2020

BRUNO TEIXEIRA DUBEUX
Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro

Id: 2272973

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ATO DO PROCURADOR-GERAL
DE 29.09.2020

DESIGNA HENRIQUE BASTOS ROCHA, Procurador do Estado, Id. Funcional nº 19219440, para responder pelo expediente da Chefia da Procuradoria Administrativa nos impedimentos, ausências temporárias ou afastamentos ocasionais do titular do cargo de Procurador-Chefe, Flávio Amaral Garcia, da Procuradoria-Geral do Estado, da Chefia do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº SEI-140001/063139/2020.

Id: 2273055

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ATO DO PROCURADOR-GERAL
DE 30.09.2020

DESIGNA BRUNO HAZAN CARNEIRO, Procurador do Estado, Id. Funcional nº 8748055, para atuar na Assessoria de Assuntos Institucionais e Legislativos do Gabinete do Procurador Geral, sem prejuízo de suas atribuições na Procuradoria Previdenciária. Processo nº SEI-140001/063139/2020.

Id: 2273117

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL
DE 29.09.2020

PROC. Nº SEI-140001/038194/2020 - RATIFICO a inexigibilidade de licitação, em conformidade com o art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93, em favor de SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL SENAC, no valor total de R\$ 9.270,00 (nove mil duzentos e setenta reais), nos termos da autorização da Procuradora-Assistente do CE-JUR, autoridade ordenadora de despesa.

Id: 2273022



central de atendimento

Defensoria e Alerj com os servidores

O que é?

É um canal de encaminhamento para orientação jurídica e defesa de funcionários públicos em casos ligados diretamente ao exercício profissional.

COMO POSSO SER ATENDIDO?



PELO TELEFONE

Ligue para 3916-4444



PELA INTERNET

Acesse o link
<http://bit.do/juntocomoservidor>



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Pareceres

Processo E-14/001.047543/14

REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO. PROJETO DE LEI PARA REVOGAR E SUBSTITUIR A LEI COMPLEMENTAR Nº 87, DE 16 DE DEZEMBRO DE 1997 QUE DISPÕE SOBRE A REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO, SUA COMPOSIÇÃO, ORGANIZAÇÃO E GESTÃO, A FIM DE ADEQUÁ-LA AO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 1842. GOVERNANÇA. ORGÃOS DELIBERATIVO, EXECUTIVO E CONSULTIVO. COMPETÊNCIAS. SANEAMENTO BÁSICO, ORDENAMENTO TERRITORIAL. MOBILIDADE URBANA E OUTROS TEMAS. DESPESAS. REGRAS DE TRANSIÇÃO. IMPACTO DO “ESTATUTO DA METRÓPOLE” (LEI 13.089/15) PROPOSTA DE ADIN. PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL DISPONDO SOBRE CRITÉRIOS PARA INCLUSÃO DE MUNICÍPIOS NA REGIÃO METROPOLITANA.

Exma. Sra. Procuradora-Geral,

I – RELATÓRIO

1. Trata-se de procedimento administrativo oriundo de ofício do Diretor Executivo do Grupo Executivo de Gestão Metropolitana, da Câmara Metropolitana de Integração Governamental da Secretaria de Estado de Governo (doravante GEGM), Dr. Vicente Loureiro, encaminhando minuta de projeto de lei complementar que dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro (fls. 04/22), a fim de adequar a Região Metropolitana do Rio de Janeiro (doravante “RM”) ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, corporificado no acórdão da ação direta de inconstitucionalidade n. 1.842.

2. O ofício foi entregue em reunião realizada em 14.11.2014 com a presença de V.Exa., do signatário do ofício e sua equipe, deste Procurador e dos Procuradores Rogério Guimarães e Fabiana Brochado.

3. Incumbiu-me, então, V.Exa. de analisar o referido projeto em 17.11.2014 (fls. 23) rogando que o fizesse em colaboração com os referidos procuradores bem como com a participação do Procurador Emerson Barbosa Maciel, procurador que oficia na referida adin.

4. Antes de prosseguir ao exame das questões jurídicas, convém registrar que a minuta encaminhada pelo GEGM foi precedida de outra minuta, feita por este procurador e pelo Procurador Emerson Barbosa Maciel em maio de 2014 (que, para efeito de referência, chamaremos de Minuta EBM-RTAM 05/14).

5. Por ocasião da referida entrega, o Diretor do GEGM informou que o Exmo. Sr. Governador desejava enviar o projeto de lei ainda na legislatura passada (2014), o que exigiria especial

urgência na análise. Esse ponto é importante porque, embora certamente se entenda a urgência, ela trazia riscos numa matéria de extrema complexidade, em decorrência de diversos fatores: (a) a exigência de engenharia institucional extremamente complexa; (b) o fato de impactar serviços e atividades públicas que atingem milhares de pessoas; (c) o fato de atingir serviços e atividades os mais distintos, cada um com suas peculiaridades e legislação própria; (d) a difícil tarefa de “interpretar” a decisão do STF, proferida em acórdão de mais de 300 páginas após um tramite de mais de 15 anos.

6. Quanto ao procedimento, fizemos, em comum acordo com o GEGM, outra minuta, mesclando aspectos da minuta de fls. 04/22 com aspectos da Minuta EBM-RTAM 05/14 e submetendo-a a discussão via correio eletrônico e, em especial, por meio de duas longas reuniões presenciais realizadas nos dias 28 de novembro e 9 de dezembro de 2014. Além disso, realizamos uma reunião, em 27 de novembro de 2014 (esta interna à PGE), com os procuradores Emerson Barbosa e Fabiana Brochado e a colaboração do Analista Leonardo Guimarães (que prosseguiu no apoio ao trabalho trazendo boas colaborações para a minuta).

7. Dessas reuniões surgiu inicialmente a minuta “12/14” em anexo, concluída em 10 de dezembro de 2014. Em 11 de dezembro de 2014, quando íamos submeter a minuta e a 1ª versão desse parecer a V.Exa., recebemos a notícia de que o Exmo. Sr. Governador tinha decidido encaminhar o projeto de lei à próxima legislatura (iniciada *neste* ano).

8. Aproveitamos então para encaminhar o projeto a outros colegas por correio eletrônico, tendo recebido contribuições importantes.

9. Registre-se que a minuta 12/14 foi elaborada como minuta de projeto de lei que *alterava* a lei em vigor, ao invés de fazer uma lei inteiramente nova. Essa opção se justifica pois uma parte significativa da LC 87, incluindo definições importantes, *não foi declarada inconstitucional pelo STF*. Assim, entendemos que uma alteração da lei atual com a preservação de alguns dispositivos mantidos pelo STF daria mais segurança jurídica ao produto final. No entanto, no dia 23 de fevereiro de 2015 recebemos telefonema do Dr. Vicente Loureiro solicitando que a minuta fosse alterada a fim de que passasse a ser lei inteiramente nova.

10. Como a opção inicial, embora a nosso ver mais prudente, não pode ser considerada uma *imposição jurídica*, efetuamos alteração na estrutura do projeto conforme solicitado.

11. Ainda assim, como a atual LC 87 também trata da “Microrregião dos Lagos” (integrada pelos Municípios de Araruama, Armação dos Búzios, Arraial do Cabo, Cabo Frio, Iguaba Grande, São Pedro da Aldeia, Saquarema e Silva Jardim – art. 2º e 11) e da “Região da Costa Verde” (composta dos Municípios de Mangaratiba, Angra dos Reis e Parati – art. 12) ela não deve ser integralmente revogada (salvo se efetivamente existir a vontade política de extinguir tais agrupamentos) e, portanto, esses dispositivos da LC 87 são mantidos em vigor pela nova minuta.

12. Antes de adentrar na análise do novo projeto (projeto PGE 03-15) esclarecemos que ele é acompanhado de um projeto de emenda constitucional destinada a fixar critérios para o ingresso de municípios na RM. Isto para evitar que municípios ingressem na RM sem que, materialmente, tenham se dado os fenômenos geográficos que caracterizam uma região metropolitana (como a conurbação). Esta intenção está expressa nos §§ do art. 2º do projeto de fls. 06. No entanto, como a inclusão de um município na RM se dá por meio de outra lei complementar, a eficácia da previsão destes critérios no próprio PLC seria quase nula. Por esta razão, essa matéria foi objeto de projeto de emenda constitucional.

13. Sobre a minuta de PEC, recebemos, por correio eletrônico, comentários do Procurador do Estado Augusto Werneck, com dúvidas sobre a consistência das referências à “densidade demográfica

mínima" ou à "tendência à conurbação", aventando a possibilidade de discriminação irrazoável de municípios contrariamente ao art. 19, I, da Constituição Federal, ao:

“estabelecer uma ‘preferência’ entre as edilidades, em um caso por valorar para finalidade tão relevante de modo diferente os hipotéticos Município X, com 99 hab/km², e Y, com 101hab/km²; no que concerne à tendência à conurbação, trata-se de verdadeira questão acadêmica que não pode se transformar em descrímen constitucional pela ausência absoluta de objetividade, porque traduz um conceito jurídico indeterminado que por sua vez exige o reconhecimento de discricionariedade técnica para apreciar as tais "tendências" e desse "laudo" dizer o que é e o que não é "metropolitano".

14. Como se trata de matéria que extrapola o âmbito estritamente jurídico a redação – indicada pela própria GECM – foi mantida. No entanto, rogamos especial análise da administração quanto à crítica formulada.

15. Pois bem, a breve análise do novo projeto (PGE 03-15) – será feita em blocos: (i) governança; (ii) competências; (iii) outros temas.

16. É o relatório.

II – A GOVERNANÇA

17. Certamente a governança da RM é a questão mais delicada do ponto de vista constitucional. Há que se estabelecer um órgão mais político com caráter deliberativo e outro com caráter executivo. Este esquema, a rigor, é o atualmente previsto pela Constituição do Estado e pela LC 87.

18. O que o STF considerou inconstitucional, na verdade, foi o fato do Estado ter completo domínio de ambos os órgãos.

19. Para evitar essa inconstitucionalidade manteve-se um órgão deliberativo, denominado Conselho Deliberativo da Região Metropolitana¹, doravante “CD”, colegiado, formado pelo governador e pelos prefeitos dos municípios integrantes da Região Metropolitana.

20. Embora todos os seus integrantes tenham voto, o peso de cada um se diferencia de acordo com o tamanho de sua população, variando de um voto para os menores municípios que integram a RM até 40 votos por parte do Estado.

21. Esta ideia veio da experiência na formação do principal órgão da União Europeia (sua comissão executiva, que, apesar do nome, tem fortes poderes normativos) onde também foi necessário conciliar a igualdade “formal” de certos entes (lá, países, aqui, estado e municípios) com sua desigualdade demográfica, econômica e social. E também se inspirou na própria decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1842, atenta aos diferentes papéis dos entes envolvidos, segundo os critérios acima destacados.

¹ Mantivemos a denominação atual (Conselho Deliberativo da Região Metropolitana) no lugar daquela proposta pelo PL GEGM por várias razões: é a denominação que está na Constituição do Estado (art. 75 § 2º) e na Lei atual e que foi mantida pelo STF. Além disso “Câmara” remete à ideia de um órgão secundário, dependente de outro.

22. Registre-se que, pela leitura do acórdão, nos parece que o STF, embora tenha vedado a atribuição de poderes absolutos, reconheceu o papel preponderante do Estado e a atribuição de peso relevante ao município polo e aceitaria que o Estado tivesse até a metade dos votos. De todo modo, na minuta ele tem menos do que isso. Registre-se que os pesos de cada município e do Estado foram fixados segundo orientação do Diretor Executivo do GEGM.

23. Pois bem, o Conselho Deliberativo é o grande órgão titular dos poderes da RM, responsável por todas as principais decisões, sejam elas normativas sejam elas concretas.

24. Mas ele evidentemente necessitaria de um órgão executivo. Com efeito, não parece crível que poderes tão importantes, como a titularidade do poder concedente em matéria de saneamento, possam ficar nas mãos de um ente despersonalizado, sem que se estabeleça uma forma de apoio para a execução e implementação de suas funções.

25. A solução “teoricamente ideal” seria a formação de um consórcio. Mas a atual RM do Rio de Janeiro tem 22 entes. Fazer com que todos estes entes entrem voluntariamente num consórcio, com todas suas exigências formais, nos pareceu, na “prática”², inviável.

26. Atribuir personalidade jurídica à própria RM talvez fosse possível, mas entraríamos em terreno completamente inexplorado. Tratar-se-ia de que? Um novo integrante da federação, uma “administração direta” metropolitana, uma autarquia metropolitana? Seria nesse caso dispensável a lei de cada um dos entes? Como conciliar todas essas dificuldades – de ordem prática e jurídica – para a implementação de um ente dessa natureza e, ao mesmo tempo, evitar questionamentos capazes de inviabilizar a implementação de solução tão urgente e necessária?

27. Assim, a partir de sugestão – que nos pareceu bastante inovadora – do Procurador Emerson Barbosa, concebemos que o órgão executivo seria uma autarquia estadual (“Agência Executiva da Região Metropolitana do Rio de Janeiro”, doravante “Agência”). “Estadual”, mas formal e expressamente vinculada ao CD. Ou seja, uma autarquia que integra a administração pública do Estado apenas para fins organizacionais e administrativos, mas que recebe ordens do CD e que, na verdade, tem como única função institucional “*executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como prestar-lhe todo o suporte necessário ao exercício de suas atribuições*” (art. 7º da minuta PGE 03-15).

28. Note-se que, embora os integrantes da Agência sejam escolhidos pelo Governador³, essa escolha é condicionada à observação de requisitos rigorosos “formação universitária e notórios e comprovados conhecimentos em ao menos uma das áreas de atuação da região metropolitana” “demonstrados por ao menos um dos seguintes requisitos: conclusão, com aproveitamento, de curso de

² Segundo a Lei Federal nº 11.107/05 as opções para atribuição de personalidade jurídica a um consórcio público são: a constituição de uma associação pública que integrará a administração indireta dos entes federativos consorciados; ou a constituição de uma pessoa jurídica de direito privado. Em ambos os casos, haverá a necessidade, por parte de cada ente participante, de uma lei específica: instituidora, no caso de se optar pela personalidade jurídica de direito público ou autorizativa para instituir, na opção pela personalidade de direito privado, conforme disciplina o inciso XIX, do art.37, da Constituição da República.

³ Na Minuta EBM-RTAM 05/14, os municípios também tinham ingerência na nomeação de parte da diretoria da agência, o que foi suprimido por solicitação do GECM. A redação do dispositivo era a seguinte: “A Agência será administrada por uma diretoria executiva composta por sete integrantes, nomeados pelo Governador do Estado, todos de reputação ilibada, formação universitária e notórios conhecimentos em uma das áreas de atuação da região metropolitana, observados os requisitos aplicáveis aos integrantes do Conselho Deliberativo, sendo:

I – um Diretor-Presidente, e mais dois diretores, indicados pelo Governador do Estado;

II – o vice-presidente, indicado pelo Prefeito do Município do Rio de Janeiro;

III – três diretores indicados pelo voto da maioria dos demais municípios, considerando-se, neste caso, um voto por município.”

pós-graduação em uma das áreas de atuação da região metropolitana ou exercício, por ao menos quatro anos, de cargo público ou função privada diretamente relacionada” (art. 8º da minuta PGE 03-15).

29. Além disso, para reforçar o poder do CD sobre a Agência, os diretores da Agência serão obrigatoriamente demitidos “por manifesto descumprimento de determinações do Conselho Deliberativo” ou por solicitação feita com o apoio de três quartos dos integrantes do Conselho Deliberativo (art. 8º § 4º da minuta PGE 03-15).

30. Assim, o núcleo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto à distribuição de forças entre os entes fica, em nossa concepção, inteiramente preservado.

31. Além de fixar claramente a submissão da Agência às deliberações do CD, procurou-se dar a ela uma autonomia reforçada e um caráter técnico à sua diretoria que deve ser composta por integrantes que tenham os requisitos já mencionados. Os diretores terão mandato de dois anos, podendo ser reconduzidos, e não poderão ser exonerados salvo em situações delimitadas, incluindo as duas hipóteses mencionadas.

32. Ainda assim, o CD pode optar por delegar parte das atribuições da Agência a outros entes públicos ou a empresas estatais, uma vez que o projeto prevê que ele “poderá celebrar convênios ou outros instrumentos com pessoas jurídicas de direito público e com empresas públicas ou sociedades de economia mista, tendo como objeto a execução conjunta, ou por delegação, de atividades específicas e determinadas que sejam de competência da Região Metropolitana” (art. 5º § 4º e art. 7º § 4º da minuta PGE 03-15).

33. Outro tema relevante é que, a bem da segurança jurídica, nos pareceu importante deixar claro que a personalidade jurídica da RM é do órgão executivo que, em juízo, apresenta a RM como um todo. Assim, a “Agência, por meio de sua Procuradoria, representará a Região Metropolitana do Rio de Janeiro em juízo” (art. 7º § 2º da minuta PGE 03-15).

34. A criação de autarquia estadual para funcionar como órgão executivo da RM traz um ganho de simplicidade e clareza, mas tem um custo. O custo é que, sendo estadual, esta autarquia será custeada por recursos do orçamento estadual.

35. Para atenuar o problema estabeleceu-se um mecanismo para induzir cada município – respeitada sua autonomia e em atenção à sua capacidade – a colaborar com as despesas da RM, o que pode se dar de diferentes formas (cessão de servidores, contratação ou custeio de ações específicas, transferências voluntárias ou outros meios admitidos em sua legislação)⁴. Duas consequências de caráter punitivo foram previstas para a hipótese de omissão de municípios: a perda do direito de voto nas deliberações do CD e a proibição de recebimento de transferências voluntárias do Estado⁵.

36. A existência de um conselho consultivo, com ampla participação da sociedade, e cujo presidente terá voz e voto no CD, completa o desenho institucional da RM.

37. Importante ressaltar que o PLC cria os órgãos da RM. Isso, no entanto, não significa que o Estado (por lei ou por decreto dependendo da criação ou não de despesa) não possa criar um órgão do Estado, para coordenar e planejar sua atuação no âmbito da RM.

⁴ Para uma outra forma de viabilizar recursos para projetos de uma RM (no caso a RM de Belo Horizonte), vide o art. 18 a 24 da Lei Complementar n. 88/06 do Estado de Minas Gerais. Sobre o ponto vide LONGOBUCCO, Breno e NOVAIS, Matheus Guimarães. “A concepção jurídica das regiões metropolitanas no Brasil: um estudo sobre o modelo institucional e o arcabouço legal da Região Metropolitana de Belo Horizonte” *in* Revista Brasileira de Direito Municipal – RDBM Belo Horizonte, ano 15 n. 53, jul-set 2014, p. 136. O artigo alias traz subsídios relevantes pela comparação com uma RM organizada de modo mais complexo do que a forma proposta no PL em anexo.

⁵ Note-se que, nos termos do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o conceito de transferência voluntária não inclui a entrega de recursos decorrentes de determinação constitucional ou legal, tais como os destinados ao Sistema Único de Saúde.

III – COMPETÊNCIAS

38. A principal preocupação na definição das atribuições e competências da RM foi a de evitar a mera enunciação de fórmulas gerais. Elas se mantêm presentes – em especial no art. 2º – mas buscou-se, a bem da segurança jurídica (tão importante para assegurar os investimentos necessários), enunciar, de forma mais detalhada, possível as atribuições que se espera sejam de fato exercidas pela RM e por cada um de seus órgãos.

39. O principal tema discutido na ADI 1842 foi a competência da RM em matéria de saneamento básico. Na própria ementa ficou expresso o “Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado”.

40. Assim, em matéria de saneamento básico, ou melhor, em matéria de água e esgoto⁶, a RM assume plenamente todas as atribuições do poder concedente. Optamos por enumerar (exemplificativamente), estas atribuições, utilizando as menções que a Lei do Saneamento Básico (Lei 11445/07) traz ao poder concedente (art. 8º a 10), apenas por uma questão de clareza e segurança jurídica.

41. A maior dificuldade se deu com as funções e serviços em relação aos quais a RM poderia até, em tese, assumir inteiramente a titularidade mas que, na avaliação dos técnicos envolvidos, isto não se justificaria.

42. Assim, para definir a abrangência da atuação da RM em matéria de mobilidade urbana utilizou-se o conceito de “serviços referentes à circulação e aos transportes públicos, *de média e grande capacidade*⁷, independentemente do modal, bem como a gestão das vias e outras infraestruturas de mobilidade urbana, de cargas e passageiros, que tenham relevância para a gestão metropolitana” (art. 2º, III da minuta PGE 03-15).

43. Ainda assim, era preciso definir o que exatamente se espera da RM em relação a tais serviços e infraestruturas já que a ideia era respeitar a autonomia municipal e, em consonância com o princípio da subsidiariedade⁸, atuar apenas no que seja necessário para resguardar o interesse metropolitano.

⁶ Depois do início da ADI 1842 sobreveio a Lei do Saneamento Básico (Lei 11445/07) que traz definição bem mais ampla de saneamento básico, que deixa de se limitar a “água” e “esgoto”, para incluir outras atividades. Confira-se:

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se :

I – saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas;”

⁷ Conceito a ser definido pelo CD.

⁸ Que nem sempre é usado corretamente mas que, neste caso, parece de aplicação especialmente feliz.

44. Assim, em relação à mobilidade urbana, o CD tem a atribuição de (art. 5º, X da minuta PGE 03-15):

- a) elaborar, aprovar e fiscalizar a implantação do Plano Metropolitano de Mobilidade Urbana;
- b) aprovar editais de licitação de serviços de transporte público de interesse metropolitano e de operação ou concessão de gestão de vias de impacto metropolitano, conduzidas pelos municípios, a fim de verificar sua compatibilização com os instrumentos de planejamento e gestão da região metropolitana;
- c) aprovar mudança de traçado de linhas de média e grande capacidade;
- d) aprovar planos e projetos de alteração de traçado ou de gestão das vias que impactem os corredores metropolitanos;
- e) aprovar localização e alteração de terminais de cargas e de passageiros e de outras infraestruturas de mobilidade urbana de impacto metropolitano;
- f) intervir nos serviços de que trata este inciso quando não observados os requisitos previstos nas alíneas anteriores e a intervenção for necessária à proteção do interesse público metropolitano.

45. Note-se que a ideia, em relação à mobilidade urbana e a outras funções e atividades, não é substituir o poder municipal, e sim garantir que o exercício das atribuições do poder municipal, *que são condicionadas pelo interesse metropolitano*, não prejudiquem esse interesse.

46. Assim, a atribuição ao CD da competência para aprovação de “editais de licitação de serviços de transporte público de interesse metropolitano e de operação ou concessão de gestão de vias de impacto metropolitano” não significa que a RM irá analisar – e eventualmente rever – detalhes da modelagem da concessão pretendida. A atuação da RM terá como missão exclusiva “verificar” a “compatibilização” dessas iniciativas “com os instrumentos de planejamento e gestão da região metropolitana”. Isto tem como objetivo evitar que, por exemplo, a construção de uma via expressa por determinado município – ainda que inteiramente contida em seu território – cause brutal impacto no deslocamento diário de trabalhadores de fora para dentro desse município (deslocamento que é uma das principais características de uma região metropolitana).

47. Outro exemplo, onde se tentou efetuar uma sintonia fina daquilo que efetivamente interessa à RM, foi a importante área dos resíduos sólidos, que tem enorme impacto na saúde e no meio ambiente da RM. Neste ponto, a delimitação da área de interesses da RM é, por um lado maior e por outro menor do que o conceito de “limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos” que consta do art. 3º I “c” da Lei de Saneamento Básico (dispositivo já reproduzido).

48. Maior porque a LSB se refere apenas a dois tipos de resíduos (lixo doméstico e lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas) e o PLC se refere a outros resíduos⁹ (já em consonância com a Lei 12.305/10 – Lei de Resíduos Sólidos). Menor porque a LSB, dentro do ciclo total do resíduo (coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final), só se interessa a partir da etapa do “transbordo”, considerando que as duas etapas anteriores são exclusivamente municipais.

49. Ainda assim, nessa área o objetivo também é dar à RM mecanismos para velar para que tudo corra bem, para que as soluções buscadas localmente considerem a dimensão metropolitana, só ingressando – assumindo diretamente atividades – caso isso não esteja sendo feito a contento pelos municípios.

IV – OUTROS TEMAS

50. Os cargos e carreiras da Agência não estão sendo criados, já que se trata de matéria de lei ordinária. Registre-se, no entanto, a necessidade de que o futuro PL sobre esse assunto preveja uma carreira composta por técnicos de alta capacitação e boa remuneração, condição indispensável para levar a bom termo missão tão complexa.

51. Com a entrada em vigor da Lei Complementar proposta o Conselho Deliberativo passará, desde logo, a exercer a titularidade dos serviços de saneamento, encontrando em curso relações jurídicas já estabelecidas, nas quais figuram como poder concedente, o Estado ou os municípios.

52. Conquanto a regra seja a da assunção imediata, o art. 17 do PLC prevê regra de transição, que permite ao Conselho Deliberativo postergar parcialmente, por até 4 (quatro) anos, a contar da entrada em vigor da lei, a assunção dos serviços.

53. O principal objetivo dessa regra é assegurar a continuidade de serviços públicos essenciais, enquanto se busca soluções consensuais com aqueles que até então atuaram como titulares dos serviços e como prestadores deles, renegociando os contratos em curso ou firmando novos. Essa regra de transição parece especialmente necessária em decorrência da longa tramitação da referida adin e das diversas soluções fáticas – umas mais outras menos razoáveis, umas formalizadas outras não – que foram sendo encontradas¹⁰.

54. Durante esse tempo de transição, também será possível a estruturação plena dos órgãos e entes criados pela lei, o que envolve o desenvolvimento de estudos, planos e metas que subsidiarão as decisões do Conselho, e também o preenchimento do quadro de servidores, por transferência de outros órgãos e entes públicos e por concurso público.

55. Outro tema ventilado em uma das reuniões foi o da possibilidade de criação de taxa ou de compartilhamento de taxa já existente para o custeio das despesas com a RM. Especificamente cogitou-se em alterar a taxa prevista no art. 19¹¹ da Lei n 4556/05 que trata da Agência Reguladora de Energia e

⁹ Os técnicos da GEGM manifestaram, por exemplo, a necessidade de especial atenção aos resíduos da construção civil.

¹⁰ Há que se lembrar, neste ponto, a própria celebração do “termo de reconhecimento de direitos e obrigações”, celebrado entre o Estado e o Município do Rio de Janeiro, que dividiu atribuições para a prestação de serviços de saneamento na Capital e que foi objeto do Parecer nº. 06/2007-MJVS, da lavra do saudoso Procurador do Estado Marcos Juruena Villela Souto, que, ao considerar viável a solução consensual então proposta, destacou como uma de suas justificativas a necessidade de atacar *a grande incerteza jurídica* decorrente da demora na decisão da referida adin.

¹¹ Art. 19 A Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos será recolhida diretamente pelo Concessionário ou Permissionário aos cofres do Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, criado pela Lei de Criação da AGETRANSP, na área de energia ou saneamento básico, cuja alíquota será 0,5% (meio por cento)

Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, uma vez que, sem dúvida, a RM desempenhará funções importantes, complexas e custosas em matéria de saneamento básico.

56. Embora este tema mereça análise à parte, não só porque pode ser objeto de lei ordinária mas porque deve ser analisado pela Procuradoria Tributária, nos parece (e nisso contamos com a oitiva do também Procurador Sergio Pyrrho) que, se as concessionárias nas atividades sujeitas à regulação da AGENERSA já pagam a taxa de regulação, seria questionável criar uma outra taxa que se destinaria a outro ente (a agência da RM) também “responsável” pelos serviços, embora a rigor em plano distinto do regulatório. A complexidade estaria, nas palavras de Sergio Pyrrho, “no fato de que a nova taxa seria, também ela, destinada ao exercício do poder de polícia”.

57. A alternativa menos arriscada, portanto, seria a majoração da alíquota da já vigente taxa de regulação destinada à AGENERSA, afetando esse acréscimo de receita à Agência uma vez que sua atuação viabilizará a fiscalização desempenhada pela AGENERSA. Tal matéria, no entanto, há de ser objeto de estudo e PL específico.

V – UM NOVO PROBLEMA: O “ESTATUTO DA METRÓPOLE”

58. Entre a decisão de suspender a apresentação do projeto e sua retomada sobreveio no mundo jurídico um novo elemento para complicar tema já tão complicado. Trata-se da Lei Federal n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015, denominada “Estatuto da Metrópole”.

59. É sabido que a União dificilmente respeita os espaços que a Constituição Federal destinou à competência dos Estados (a Lei 8.666/93 sempre nos lembra disso) e, coerente com essa linha, resolveu dispor legislativamente sobre tema em relação ao qual, segundo nossa opinião, não tem qualquer competência.

60. Em verdadeiro “ato falho” (ou tentando justificar o injustificável), o art. 1º da Lei proclama sua intenção de estabelecer:

“diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados, normas gerais sobre o plano de desenvolvimento urbano integrado e outros instrumentos de governança interfederativa, e critérios para o apoio da União a ações que envolvam governança interfederativa no campo do desenvolvimento urbano, com base nos incisos XX do art. 21, IX do art. 23 e I do art. 24, no § 3º do art. 25 e no art. 182 da Constituição Federal.”

61. Pois bem, com a devida vênia, a fundamentação nos dispositivos constitucionais citados tem a firmeza de uma bolha de sabão¹². Com efeito, o poder para instituir regiões metropolitanas – que a Carta ditatorial de 1967-69 reservava à competência da União – foi atribuído aos Estados pelo art. 25 § 3º da CRFB (curiosamente um dos dispositivos invocados pela União!) sem qualquer restrição ou condicionamento.

sobre o somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente pelo Concessionário ou Permissionário, nas atividades sujeitas à regulação da AGENERSA, nos termos do art. 2º desta Lei, excluídos os tributos sobre elas incidentes.

¹² Com a licença de Lygia Fagundes Telles (autora do conto “A estrutura da bolha de sabão”).

62. Todos os demais dispositivos invocados tratam, no máximo, de matérias sobre as quais a União tem “alguma” competência legislativa e sobre as quais a região metropolitana terá competências executivas e normativas. Nenhum destes dispositivos, no entanto, trata, nem remotamente, da instituição, do funcionamento, da estrutura, da composição, em suma do desenho a ser adotado pela região metropolitana quando cada Estado membro instituir uma ou mais regiões metropolitanas em seu território.

63. O que o Estatuto pretende fazer com a RM seria equivalente ao Estado dispor sobre a criação e o funcionamento de sub-prefeituras – que tratam de assuntos urbanísticos – com base em sua competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico.

64. Assim, desde já, sugerimos ao Exmo. Sr. Governador a apresentação de ação direta de inconstitucionalidade em face da referida lei.

65. E isso porque – além das razões acima – alguns de seus dispositivos podem se chocar com dispositivos do projeto em questão e, no mínimo, podem agregar insegurança jurídica às complexas relações jurídicas que serão objeto de atuação da RM, sem falar na possibilidade de responsabilizar o Governador por improbidade em decorrência do referido Estatuto.

66. Em análise sucinta, destacamos os seguintes dispositivos mais problemáticos da referida Lei 13.089/05:

DEFINIÇÕES DO ART. 2º DA C/C ART. 5º 7º E 8º:

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se:

(...)

II – função pública de interesse comum: política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes;

III – gestão plena: condição de região metropolitana ou de aglomeração urbana que possui:

a) formalização e delimitação mediante lei complementar estadual;

b) estrutura de governança interfederativa própria, nos termos do art. 8º desta Lei; e

c) plano de desenvolvimento urbano integrado aprovado mediante lei estadual”.

(...)

VI – plano de desenvolvimento urbano integrado: instrumento que estabelece, com base em processo permanente de planejamento, as diretrizes para o desenvolvimento urbano da região metropolitana ou da aglomeração urbana;

Art. 5º As leis complementares estaduais referidas nos arts. 3º e 4º desta Lei definirão, no mínimo: (...)

III – a conformação da estrutura de governança interfederativa, incluindo a organização administrativa e o sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas; e

IV – os meios de controle social da organização, do planejamento e da execução de funções públicas de interesse comum.

§ 1º No processo de elaboração da lei complementar, serão explicitados os critérios técnicos adotados para a definição do conteúdo previsto nos incisos I e II do caput deste artigo.

§ 2º Respeitadas as unidades territoriais urbanas criadas mediante lei complementar estadual até a data de entrada em vigor desta Lei, a instituição de região metropolitana impõe a observância do conceito estabelecido no inciso VII do caput do art. 2º.

Art. 7º 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, no acompanhamento da prestação de serviços e na realização de obras afetas às funções públicas de interesse comum;

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. (...)

Art. 8º A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas compreenderá em sua estrutura básica:

I – instância executiva composta pelos representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas;

II – instância colegiada deliberativa com representação da sociedade civil;

III – organização pública com funções técnico-consultivas; e

IV – sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas.”

OBS: A definição do art. 2º, II é distinta daquela adotada pelo STF na Adin 1842 e incorporada ao PL em anexo trazendo mais insegurança jurídica.

A definição do art. 2º, III c/c os artigos 7º e 8º (“gestão plena” de RM! conceito mal importado do SUS) – procura impor aos estados uma forma de organização de suas RM que é distinta daquela prevista no PL em anexo (por exemplo na exigência de que o órgão executivo seja composto de “representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas”, exigência que, a nosso ver, em nenhum momento foi imposta pelo STF), com uma pretensão do legislador federal de ditar ordens ao legislador estadual.

ART. 10 E 11 IMPOSIÇÃO DE APROVAÇÃO DE PLANO POR LEI

“Art. 10. As regiões metropolitanas e as aglomerações urbanas deverão contar com plano de desenvolvimento urbano integrado, aprovado mediante lei estadual. (...)

Art. 11. A lei estadual que instituir o plano de desenvolvimento urbano integrado de região metropolitana ou de aglomeração urbana deverá ser revista, pelo menos, a cada 10 (dez) anos.”

OBS: Estes dispositivos, ao estipularem que o plano de desenvolvimento é fixado por lei estadual, e não pelos órgãos diretivos da própria RM, violam o entendimento do STF, fazendo com que fique com o Estado uma atribuição que – uma vez criada a RM – deve pertencer a seus órgãos. Aqui, além da inconstitucionalidade que macula todo o Estatuto, encontramos a absurda pretensão do legislador federal em impor obrigação de legislar ao estadual.

ART. 14 IMPOSIÇÃO DO MODELO PELA NEGAÇÃO DE APOIO

Art. 14. Para o apoio da União à governança interfederativa em região metropolitana ou em aglomeração urbana, será exigido que a unidade territorial urbana possua gestão plena, nos termos do inciso III do caput do art. 2º desta Lei. (...)

OBS: Este dispositivo procura reforçar a imposição do modelo da lei federal condicionando apoio federal às RM que seguirem tal modelo.

ART. 21 RESPONSABILIZAÇÃO DO GOVERNADOR

Art. 21. Incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992:

I – o governador ou agente público que atue na estrutura de governança interfederativa que deixar de tomar as providências necessárias para:

a) garantir o cumprimento do disposto no caput do art. 10 desta Lei, no prazo de 3 (três) anos da instituição da região metropolitana ou da aglomeração urbana mediante lei complementar estadual;

b) elaborar e aprovar, no prazo de 3 (três) anos, o plano de desenvolvimento urbano integrado das regiões metropolitanas ou das aglomerações urbanas instituídas até a data de entrada em vigor desta Lei mediante lei complementar estadual;

II – o prefeito que deixar de tomar as providências necessárias para garantir o cumprimento do disposto no § 3º do art. 10 desta Lei, no prazo de 3 (três) anos da aprovação do plano de desenvolvimento integrado mediante lei estadual.

Trata-se de dispositivo que pretende responsabilizar o Governador por improbidade administrativa por não cumprir algo – aprovação do plano por lei – que em nenhum momento a Constituição o obriga.

67. Note-se que este “plano de desenvolvimento urbano integrado” – que o Estatuto da Metrópole pretende impor aos Estados ameaçando seus Governadores – não é um dos instrumentos de planejamento propostos na minuta ara apresentada. Assim, caso o Governador decida pela não impugnação do Estatuto da Metrópole, recomendamos que tal instrumento seja incorporado no projeto antes de seu envio à Assembleia legislativa.

68. Por todas estas, razões entendemos ser urgente e necessária a propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei 13.089/15.

VI – CONCLUSÃO

São estas, portanto, as principais questões jurídicas que, a nosso ver, justificam a adoção dessas novas minutas (de lei complementar e de emenda constitucional) que submetemos à elevada apreciação de V.Exa. salientando mais uma vez a decisiva colaboração do Procurador Emerson Barbosa Maciel nessa empreitada.

Rio de Janeiro, 9 de março de 2015.

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS

Subprocurador-Geral do Estado

VISTO

Aprovo o PARECER n. 02/15 – RTAM – PG-2, do Subprocurador-Geral do Estado Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas que encaminha minuta do projeto de lei complementar para substituir a Lei Complementar nº 87/97 que dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e minuta de projeto de emenda constitucional para alertar o art. 75 da Constituição Estadual, que trata do mesmo tema.

Importante frisar que se trata de alteração da legislação fluminense sobre região metropolitana a fim de adequá-la ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre as regiões metropolitanas expresso em acórdão decorrente de ação que tramitou por mais de 15 anos.

Por isso, caso o Exmo. Sr. Governador opte por apresentá-lo à elevada consideração da Assembleia Legislativa do Estado, é importante ressaltar – sempre respeitando a autonomia do Parlamento – que qualquer alteração no projeto deve ser objeto de especial ponderação, pois, do contrário, o Estado correrá o enorme risco de se sujeitar a novos questionamentos quanto à constitucionalidade de tão importante instrumento.

Por fim, estamos de acordo com a proposta de apresentação de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, em face da Lei Federal n. 13.089/15 (“Estatuto da MetrÓpole”), não só pela sua evidente inconstitucionalidade, mas em especial pela insegurança jurídica que tal lei pode trazer a todo o processo de implementação da nova região metropolitana do Rio de Janeiro. Trata-se, no entanto, de providência que depende do juízo de conveniência e oportunidade do Exmo. Sr. Governador, a quem submetemos a proposta.

À Casa Civil, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 18 de março de 2015.

LUCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Promoção n.º 01/2021 – PFB – Patrícia Ferreira Baptista

Processo SEI -140001/001485/2021

Termo de acordo entre o Estado, o Município do Rio de Janeiro, a CEDAE e a Fundação Rio-Águas. Cláusula quarta. Exame dos aspectos processuais. Processos judiciais n.ºs 5036855-20.2020.4.02.5101, 5036779-30.2019.4.02.5101 e 0025972-03.2019.8.19.0001: relatório da situação de cada processo. Prognóstico de persistência dos litígios no tempo. A suspensão e a desistência de ações em curso, assim como a concordância do réu com a desistência, são estratégias processuais previstas no ordenamento jurídico. Avaliação que compete ao tomador de decisão *vis-à-vis* os riscos advindos da persistência dos litígios. Subsídios e observações pontuais para a melhor informação do gestor.

Senhor Procurador-Chefe,

O presente processo veio encaminhado pela PG02 para manifestação desta especializada acerca do instrumento de acordo negociado entre o Estado, o Município do Rio de Janeiro, a CEDAE e a Fundação Rio Águas.

O acordo pretende corporificar um entendimento entre as partes acerca da modelagem da licitação para a concessão dos serviços de distribuição de água e esgotamento sanitário. Seu objetivo último é pôr termo ao contencioso judicial estabelecido aos longo dos últimos anos acerca do tema.

Como esclarecido na Nota Técnica de índice 13950985, da SECC/ASSGE, a persistência do contencioso judicial ora em curso compromete a segurança jurídica e ameaça a continuidade do projeto de concessão.

Desse modo, ao que parece, as partes alcançaram um entendimento quanto ao mérito das discussões que, do que se extrai da referida Nota Técnica, satisfaria ao interesse de todos os entes públicos envolvidos.

Em um primeiro momento, enquanto não concretizado o procedimento licitatório previsto no Edital de Concorrência n.º 01/2020, propõe-se a suspensão de cada um dos três processos expressamente arrolados na minuta (processos n.º 5036855-20.2020.4.02.5101, n.º 5036779-30.2019.4.02.5101 e n.º 0025972-03.2019.8.19.0001). E, na sequência, concluída a licitação e assinado ao menos um dos contratos de concessão, as partes, cada qual, desistiriam do recurso pendente na primeira e das demais ações, suportando as despesas em que eventualmente incorreram e com os honorários dos respectivos advogados.

Vale registrar, desde logo, que, após a remessa do presente SEI à PG-08 (em 03/03), o Prefeito do Rio de Janeiro encaminhou ao Governador, em 04/03, o ofício GBP n.º 102, remetendo um Termo de Acordo já assinado por ele e pelo Presidente da Fundação Rio Águas. Por solicitação, de 05/03, do Subprocurador-Geral do Estado, Dr. Rafael Rolim, inseri o referido documento no presente SEI, no índice 14291175, e será esta versão do termo de acordo, já parcialmente assinada, que será examinada nesta manifestação.

Feito esse breve relato, convém registrar, em primeiro lugar, que a manifestação desta especializada considera especificamente os aspectos processuais do acordo no que refere ao acompanhamento das ações judiciais acima arroladas, que é conduzido na PG08.

A ressalva se faz relevante porque, quanto às questões jurídicas relacionadas à modelagem da licitação e concessão dos serviços objeto do referido termo de acordo já se manifestou à PG-17, no Parecer n.º 01/2021-FAG (índice 12961858). E, ao que parece, das ponderações e objeções contidas naquele pronunciamento resultou a Nota Técnica de índice 13950985, emitida pela Secretaria da Casa Civil, já antes referida.

Todavia, nos limites da atuação desta especializada, não tenho como aferir e confirmar que a versão da minuta assinada pelo Prefeito, que fiz juntar ao presente SEI (índice 14291175) esteja em consonância com as considerações do Parecer 01/2021-FAG. A conclusões do referido parecer foram acolhidas pelo Sr. Procurador-Geral no extenso visto de índice de 13051042, tendo sido apontado que, nos moldes em que se achava, o acordo não seria viável.

Portanto, considerando a extensão dos óbices então opostos e a inexistência de manifestação subsequente confirmando sua respectiva superação, insisto em que teor dessa manifestação não avança sobre aqueles temas. Limito-me, pois, neste opinamento, a examinar o termo de acordo quanto ao seu impacto sobre o contencioso judicial posto nas ações judiciais nele expressamente indicadas (processos n.º 5036855-20.2020.4.02.5101, n.º 5036779-30.2019.4.02.5101 e n.º 0025972-03.2019.8.19.0001), exame até aqui não realizado.

Quanto ao processo n.º 0025972-03.2019.8.19.0001, trata-se de ação ajuizada pela CEDAE, em curso na 4ª VFP, da Justiça Estadual. A companhia estadual obteve liminar para suspender um edital de licitação lançado pelo Município na gestão municipal passada que pretendia conceder, de per se, a prestação de serviços de esgotamento sanitário na área da bacia hidrográfica de Jacarepaguá. Ainda não há julgamento de mérito em primeira instância. A liminar, deferida em fevereiro de 2019, segue vigorando. O Município ficou revel na demanda e vem tentando reverter tal posição processual. O prognóstico em favor da CEDAE é bom, mas o processo ainda tem longo curso pela frente. O Estado não é parte, mas a PGE, intimada, acompanha o processo desde o início, ora por meio do PGE/007.006166/2020, que integra o meu acervo.

Quanto aos processos n.ºs 5036779-30.2019.4.02.5101 e 5036855-20.2020.4.02.5101 e, ambos cuidam de ações civis públicas ajuizadas pelo Município na Justiça Federal. E são acompanhados nesta especializada, respectivamente, pelos PGE/032.000027/2020 e PGE/001.001761/2021, originalmente do acervo do Procurador Pedro Slawinski e redistribuídos em razão da mudança de sua lotação, ora no meu acervo.

O primeiro (processo 5036779-30.2019.4.02.5101), distribuído em 06/06/2019, em face da União, do Estado e da CEDAE, tem como objeto da declaração da inexecutabilidade do Termo de Reconhecimento de Recíproco de Direitos e Obrigações firmado entre o Estado, o Município e a CEDAE, em 28/02/2007. E o, subsequente, reconhecimento da necessidade de sua revisão nos termos postulados. Nesta demanda, em curso na 24ª VF, houve liminar deferida em parte impondo-se uma série de restrições e obrigações à CEDAE. A liminar, porém, foi suspensa pelo TRF, em agravo de instrumento (processo n. 5000594-33.2020.4.02.0000), pela 6ª Turma Especializada. O Colegiado do TRF reconheceu a incompetência da Justiça Federal para a causa e determinou a remessa dos autos à Justiça estadual. O acórdão ainda não transitou em julgado e, como se pode perceber, vindo a ser redistribuído o processo à Justiça Estadual, ainda se terá longa tramitação à frente.

O segundo processo (5036855-20.2020.4.02.5101), distribuído em 17/02/2020, também é uma ação civil pública ajuizada pelo Município e, aqui, também pela Fundação Rio Águas, desta vez na 1ª

Vara Federal, com Estado, CEDAE e BNDES no polo passivo. O objeto é inibir o prosseguimento e finalmente anular procedimento licitatório deflagrado pelos réus ou a contratação subsequente, em todos os seus efeitos, por derivação, instaurado com o objetivo de promover concessões do serviço de esgotamento sanitário de competência municipal. Neste caso, porém, foi proferida sentença extintiva liminar em que se acolheu alegação de litispendência feita pelo BNDES “com a ação Civil Pública nº 50367790.30.2019.4.02.5101 – além de outras destacadas no evento 16”. Sem deixar de mencionar a incompetência já reconhecida no processo antecedente, por falta de interesse jurídico da União e do BNDES que justifique a participação de ambos nas lides. Há recurso de apelação do Município pendente de julgamento, já pautado para o próximo dia 23/03, às 13h.

Dessa breve exposição quanto à situação processual das demandas relacionadas no termo de acordo pode-se inferir o seguinte: (a) as posições jurídicas até aqui sustentadas em juízo pelo Estado e pela CEDAE têm colhido decisões favoráveis (as estratégias processuais do Município não têm se revelado exitosas); (b) por outro lado, a perspectiva é de que tais litígios, embora frágeis e claramente voltados a entravar o processo licitatório, venham a se prolongar no tempo (não há possibilidade de desenlace final à vista).

Nesse contexto, parece acertado o diagnóstico contido na Nota Técnica da SECC de que a persistência desses litígios — ainda que veiculadores de posições jurídicas bastante frágeis da municipalidade — tenha aptidão para lançar uma nuvem de insegurança sobre o processo de licitação e concessão dos serviços em questão. Em última análise, mesmo que atacado com uma argumentação jurídica frágil, o objeto da licitação persistirá sendo litigioso.

Dessa forma, situam-se claramente dentro da esfera de opções jurídicas previstas no ordenamento as disposições contidas na Cláusula Quarta do Termo de Acordo de índice 14291175. Tanto no sentido de que as partes propugnem a suspensão da tramitação dos citados processos enquanto é ultimado o processo licitatório. Quanto no de que, posteriormente, concluído esse e assinado ao menos um dos contratos, (i) o Município desista da apelação no processo n.º 5036855-20.2020.4.02.5101, transitando em julgado a sentença que reconheceu a litispendência; (ii) que CEDAE e Município, cada qual requeira a desistência da ação que propôs (0025972-03.2019.8.19.0001e 5036779-30.2019.4.02.5101), com a assunção de despesas e honorários por cada um. Ao Estado, não sendo autor de qualquer das lides, como réu em duas delas, caberia concordar com a desistência, sem opor óbices.

Note-se, para que fique bem claro, que, da forma em que está redigido o acordo, a repartição de despesas e honorários proposta acaba atendendo muito mais a interesses do Município, do que do Estado e da CEDAE. É que, ao optar pelo ajuizamento de ações civis públicas, o ente municipal não incorreu em despesas processuais, nem possivelmente arcaria com custos de sucumbência na provável sucumbência ou em caso da extinção (que já até ocorreu sem previsão de honorários). Por outro lado, na ação proposta pela CEDAE, em que o MRJ ficou revel, o valor da causa é de um milhão de reais. Portanto, há um risco bem mais concreto de sucumbência significativa do MRJ nesta causa.

Enxergo, porém, como sendo um aspecto menor essa questão da repartição de despesas e honorários, de modo que, mesmo que muito mais beneficiadora da municipalidade, não deve representar óbice jurídico à avença, caso haja disposição ao acordo face à relevância do objeto maior em causa.

Por sua vez, igualmente não pode passar sem menção o fato de que eventual desistência incondicionada das ações não elimina de todo a possibilidade de que, futuramente, litígios veiculando as mesmas discussões ou discussões símiles possam ser renovados.

A ponderação desse risco jurídico (que, igualmente, não é de todo impeditivo do acordo) deve ser feita também pelo tomador de decisão tendo em vista os benefícios almejados com a supressão do risco/insegurança que paira sobre o prosseguimento do processo licitatório. Há casos, comuns na

esfera forense, em que a mera extirpação do litígio presente (mesmo que isso não represente a eliminação completa do risco jurídico), por si só, já produz o efeito imediato pretendido.

De qualquer sorte, caso o tomador de decisão avalie que a ordem ou natureza das concessões feitas à parte adversa no acordo justifique que se busque a completa extirpação do risco jurídico, inclusive *pro futuro*, sugeriria, para avaliação, o acréscimo da seguinte disposição, possivelmente como parágrafo quinto da cláusula quarta:

“Após cumpridas as obrigações assumidas nesta cláusula, as partes não mais poderão veicular em juízo as postulações contidas (pedidos e causas de pedir) nas ações mencionadas no *caput*.”

Oportuno mencionar ainda que, fora dos processos expressamente referidos no termo de acordo, persiste no meu acervo o processo n.º0025236-85.2019.8.19.0000 (PGE/007.005959/2020), que trata da representação de inconstitucionalidade proposta também pelo Prefeito do Município do Rio de Janeiro. A Prefeitura impugna, como inconstitucionais, diversos dispositivos da Lei da Região Metropolitana, com potencial para gerar risco jurídico ao processo de licitação e concessão ora em causa. O prognóstico, nesta causa, é igualmente favorável, pelo menos quanto ao que é relevante, mas o risco de uma decisão desfavorável (considerando o julgamento pelo Órgão Especial) também não pode ser desprezado. Cuidando-se de RI mina-se possibilidade de sua inclusão no acordo. O processo caminha para julgamento, de qualquer modo.

E, por fim, destaco que, afora esses processos que foram, inicial ou posteriormente, distribuídos ao meu acervo, não tenho como assegurar que se esgote neles o contencioso judicial referente à delegação/prestação dos serviços de distribuição de água e esgotamento sanitário sob a responsabilidade da CEDAE ou relacionados à região metropolitana.

À superior consideração.

PATRÍCIA FERREIRA BAPTISTA

Procuradora do Estado

P.A. nº E-14/001.05834/2019

Saneamento básico. CEDAE. Projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto. Instrumento jurídico adequado à delegação de serviços a montante à CEDAE. Contrato de programa, caso permaneça sob o controle do Estado, ou concessão mediante concorrência. Inviabilidade da alienação diluída de ações face à exigência legal de identificação e avaliação pelo poder concedente do(s) controlador(es) dos delegatários de serviços públicos. Outras considerações.

Senhor Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa:

I – A CONSULTA

A consulta apresentada foi encaminhada a esta Procuradoria Especializada pelo Sr. Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves, para análise acerca da viabilidade jurídica do projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela empresa estatal estadual CEDAE (fls. 24/54), a fim de dar cumprimento ao Plano de Recuperação Fiscal acordado entre o Estado do Rio de Janeiro e a União¹. O referido projeto foi produzido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e encampado pela respectiva Secretaria estadual.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o parecer em tela não se destina à apreciação de todo o conteúdo da consulta, mas **apenas dos quesitos nº1.10 e nº4.1** da consulta apresentada pela CEDAE, os quais me foram designados pelo Sr. Procurador-Chefe desta D. Especializada, Dr. André Rodrigues Cyrino, cf. Promoção supra de sua lavra.

É importante frisar que, devido à referida divisão, a fim de evitar dispensáveis repetições, **nos remetemos ao relato contido na supracitada Promoção.**

O quesito nº 1.10 questiona qual instrumento jurídico poderá ser utilizado quando da delegação de serviços *upstream* à CEDAE, enquanto que o quesito 4.1, relaciona-se à privatização propriamente dita (para além da desestatização do exercício dos serviços²) da CEDAE *upstream*, abordando, sobretudo, questão relativa à alienação de ações representativas do seu controle, nos seguintes termos:

¹Diante do cenário de crise fiscal do Estado do Rio de Janeiro, este aderiu ao Regime de Recuperação Fiscal, previsto da LC Federal nº 159/2017, mediante apresentação de um Plano de Recuperação Fiscal ao Ministério da Fazenda, pelo qual se comprometeu a providenciar, dentre outras medidas, a desestatização do setor de saneamento básico, com vistas a quitar os passivos do Estado com a privatização da empresa estatal que atualmente presta o serviço, a CEDAE.

²Como sói acontecer no Direito Público, a discrepância de nomenclatura é grande. No particular, adotaremos, aproximadamente a que sustenta Celso Antonio Bandeira de Mello (in Privatização e Serviços Públicos, RTDP, 22, pp. 172 a 180), e com base no art. 2º, § 3º da Lei nº 8.031/90, o termo "desestatização" em sentido geral, como gênero, e em sentido específico para os serviços públicos cuja execução foi delegada à iniciativa privada e "privatização" para as atividades econômicas que deixaram de ser exploradas por entidades estatais ou ativos (no caso as ações da CEDAE) alienados a particulares. Eventualmente, como se verá, *in casu* teríamos a cumulação da desestatização do exercício do serviço público de saneamento com a privatização (alienação) das ações da atual empresa estatal que o presta.

1.10 Qual instrumento jurídico poderá ser utilizado considerando a base legal vigente para viabilizar delegação de serviços upstream à CEDAE?

4.1. Privatização da CEDAE upstream: é possível a futura alienação de ações representativas do controle da CEDAE upstream por meio de procedimentos de oferta pública de ações, com pulverização de ações sem formação de bloco de controle, procedida no ambiente de negociação da Bolsa de Valores, nos termos da legislação incidente sobre as operações de mercado de capitais?

II – NOVA DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS À CEDAE

o presente tópico analisará o novo papel que a CEDAE poderá vir a ter no modelo de delegação de serviços proposto pelo BNDES e pela Companhia.

o tema será abordado sob primas distintos, considerando dois cenários hipotéticos: aquele em que não decida pela privatização da CEDAE, ou seja, quando há a manutenção do controle estatal sobre a empresa, ainda que restrita aos serviços de adução e tratamento da água, e aquele em que a alienação do controle é efetivada, ou seja, quando ocorre a sua privatização.

Acerca do histórico da delegação de serviços de saneamento, podemos mencionar os ensinamentos de Carlos Ari Sunfeld:

Tradicionalmente, a distribuição de água e a coleta de esgotos foram considerados como de interesse local, de competência municipal. Isso não mudou na Constituição de 1988, cujo art. 30, V, atribuiu aos Municípios a tarefa de ‘organizar e prestar diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local’. Todavia, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover ‘a melhoria das condições de saneamento básico’ (CF, art. 23, IX). Há um dever, portanto, de colaboração intergovernamental nesse setor. Esta pode ser estabelecida por diferentes meios. Entre eles, pela formação de ‘consórcios públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos’ (CF, art. 241, redação de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998). No setor do saneamento, há várias décadas os Estados da Federação, incentivados por um plano nacional (Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANASA), decidiram constituir empresas sob o seu controle para incumbir-se da implantação, prestação e expansão dos serviços de saneamento nos Municípios que o desejassem. Assim, por meio de entidade de sua Administração Indireta, passaram a exercer competência municipal, por delegação³.

Para responder ao quesito 1.10, entretanto, se faz necessário, por solicitação da consulta, analisar os dois já mencionados cenários: caso não ocorra a privatização da estatal e caso ela se efetive, como faremos nos subtópicos abaixo respectivamente.

II.1 – INSTRUMENTO ADEQUADO DE DELEGAÇÃO À CEDAE SEM A SUA

³SUNDFELD, Carlos Ari. O saneamento básico e sua execução por empresa estadual. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n.5m ago. 2001.

PRIVATIZAÇÃO

Salientamos, primariamente, que o termo desestatização relaciona-se com a tarefas administrativas que, em um determinado momento, são prestadas pelo Estado – seja pela Administração Pública Direta e seus órgãos, ou entidades da Administração Pública Direta e seus órgãos, ou entidades da Administração Pública Indireta – e, posteriormente tem sua exceção (não a sua titularidade) transferida para empresas privadas. Sobre o conceito de desestatização, destacam-se os ensinamentos de Marcos Juruena Villela Souto:

É a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas⁴.

Corno constante do relato ao qual nos remetemos no tópico 1, no modelo proposto a distribuição da água e esgoto (*downstream* ou mercado a jusante) seria delegada a diversos operadores privados, mas a adução e tratamento da água (*upstream* ou mercado a montante) permaneceria sendo feitos pela CEDAE. A questão ainda a ser decidida é se o Estado manteria o controle acionário sobre ela ou se o alienaria.

No caso da realização de tarefas administrativas relacionadas ao saneamento básico *upstream* continuarem sendo prestadas pelo Estado, por meio da manutenção da CEDAE a montante corno urna empresa estatal, ou seja, corno pessoa jurídica integrante da Administração Pública Indireta, o instrumento jurídico para viabilizar a delegação de serviços *upstream* à CEDAE deve ser, como detalharemos, o contrato de programa.

Ressalta-se que o contrato de programa pode ser conceituado como o *"instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro ente da Federação, ou para com consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa."*⁵. Esse instrumento está previsto no art. 13, § 5º, da Lei 11.107/2005, segundo o qual:

Art. 13. §5º. Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

Sobre o tema, os ensinamentos de Floriano de Azevedo Marques Neto:

Apesar de seu caráter eminentemente contratual, o contrato de programa está intrinsecamente vinculado à gestão associada formalizada por meio de consórcio público ou convênio de cooperação. Nessa qualidade, ele consubstancia relação de prestação de serviços de saneamento decorrente do plano de trabalho ('programa') definido no âmbito da cooperação federativa previsto na atual redação do art. 241 da Constituição. Parece-me, então, ser

⁴SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁵Art. 2º, XVI, Decreto nº 6.017/2007.

necessário reconhecer a particularidade dessa forma de delegação, que muito se distingue das formas tradicionais de delegação a particulares previstas no art. 175 da Constituição. Trata-se de hipótese de cooperação federativa que foge das formas da concessão tradicional. Impõe-se reconhecer a existência de formas de delegação que, por envolver a cooperação federativa, situam-se fora de âmbito do artigo 175. Elas se fundam, em seu conteúdo, nas competências materiais comuns dos entes, pois traduzem engajamento dos entes federativos na promoção da melhoria dos serviços públicos, e no federalismo de cooperação adotado pela e no federalismo de cooperação adotado pela República brasileira⁶.

Ou seja, os contratos de programa são instrumentos jurídicos cuja utilização é exclusiva da Administração Pública, tanto Direta quanto Indireta, de tal sorte que o contrato *"será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a Administração Indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação."*⁷

À vista disso, caso a empresa estatal contratada deixe de integrar a Administração Pública, como no caso da venda do seu controle, os contratos de programa existentes deverão ser extintos.

Portanto os contratos de programa são instrumentos de delegação por cooperação entre os titulares do serviço público (no caso municípios ou a região metropolitana) e outra entidade pública à qual caberá exercê-lo diretamente (no caso, a CEDAE, enquanto permanecer empresa estatal, ou seja, sob o controle do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do *caput* do art. 4º do Estatuto das Estatais⁸).

Daí poderem inclusive, ao contrário dos contratos de concessão, ser celebrados sem licitação (art. 24, XXVI, da Lei nº 8.666/1993)⁹, tendo sido inclusive a forma que o legislador encontrou de regularizar a prestação de serviços públicos – sobretudo de saneamento – de titularidade de um ente federativo (tendencialmente Municípios) por empresa estatal de outro ente (normalmente estaduais)¹⁰. "O contrato de programa não serve a estruturar a prestação conjunta dos serviços, a delinear as fronteiras e o regime de associação entre os diferentes entes federativos. Ele serve tão somente a disciplinar a operacionalização de serviços do ponto de vista estritamente obrigacional, tanto que não precisa ser celebrado entre entes políticos, **podendo ser assinado por entidades da Administração indireta** ou por consórcios públicos".¹¹

II.2 – INSTRUMENTO ADEQUADO DE DELEGAÇÃO À CEDAE COM A SUA PRIVATIZAÇÃO

⁶MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. *REDAE*, D. 3, jul-set. 2005.

⁷Art. 13. § 6º, Lei nº 11.107/2005.

⁸Art. 4º. Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas **ações com direito a voto pertencam em sua maioria à União**, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

⁹Art. 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.

¹⁰ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹¹MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O marco legal do saneamento no Brasil*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, maio 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=35478>>. Acesso em: 13 nov. 2019. Grifos nossos.

Na hipótese de ocorrer a privatização da CEDAE¹² em razão de o Estado deixar de ter 50% +1 das ações com direito a voto, e se vise a que os serviços a montante¹³ continuem a ser por ela prestados, deve-se, além da venda das ações propriamente ditas, proceder à delegação dos serviços por meio do contrato de concessão, na forma do art. 175, CF, e da Lei nº 8.987/95.

No caso, teríamos **duas operações: alienação das ações e delegação dos serviços públicos a montante para a empresa que, com a referida alienação, passará a ser privada**. Provavelmente, como é da praxe, as duas operações seriam feitas concomitantemente, já que o grande ativo da companhia consiste justamente no direito de prestar serviços de saneamento. **Nossa análise partirá exclusivamente desse pressuposto (operações concomitantes)**, ressaltando que, se outra direção se pretender adotar, deverá ser objeto de nova apreciação por parte desta PGE.

Sobre a alienação do controle acionário de empresa estatal, cabe ressaltar a recente decisão do Plenário do STF na ADI nº 5624. Em conclusão de julgamento, o Plenário, em voto médio, referendou parcialmente medida cautelar anteriormente concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade e conferiu interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 29, caput, XVIII, da Lei nº 13.303/2016. Sumariamente, a decisão aduziu os seguintes pontos:

i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e

ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladoras, no qual, a operação pode ser realizada ainda sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da CRFB, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade¹⁴.

Como a CEDAE não é subsidiária de uma outra empresa estatal, mas uma sociedade de economia mista de primeiro grau, se aplica à sua eventual alienação (*rectius*, das ações representativas do seu capital social) tanto o requisito da prévia autorização legislativa, como o da prévia licitação.

Vejamos *in casu* cada um deles.

Quanto ao primeiro, já há autorização legislativa para a alienação das ações da CEDAE, concretizada na Lei Estadual nº 7.529/2017, nos seguintes termos:

Art. 1 ° Fica o Poder Executivo autorizada a alienar a totalidade das ações representativas do capital social da Companhia Estadual de Águas e Esgotos

¹²O conceito de privatização, de maneira técnica, se refere à alienação do controle acionário de uma empresa estatal, de uma empresa pública ou sociedade de economia mista, ou de uma subsidiária de uma dessas empresas estatais. Sendo o controlei o acionário dessas entidades vendido à iniciativa privada, há privatização. A empresa pode ser exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviços públicos. O critério determinante para o termo privatização é que determina sociedade empresária era controlada na sua gestão pelo estado e passou a ser controlada por particulares, pela iniciativa privada. Cf.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Nesse mesmo sentido, quanto ao conceito de privatização, Marcos Juruena Villela aduz ser "a mera alienação de direitos que assegurem ao Poder Público, diretamente ou através de controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade (SOUTO, Marcos Juruena Villela *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001).

¹³Como consta do relato do Sr. Procurador-Chefe integrante da promoção de sua lavra, a delegação à iniciativa privada dos serviços a jusante parece já estar decidida e os pontos da consulta a ela pertinentes são objeto de outros dos pareceres por ele ali designados.

¹⁴ADI 5624 MC-Ref/DF, rel Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 5 e 6.6.2019. (ADI-5624) (Informativo 943, Plenário).

– CEDAE, inclusive quando importar transferência de controle, nos moldes estabelecidos na Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Conforme consta da justificativa que acompanhou a respectiva Mensagem Legislativa enviada à ALERJ, a Lei foi elaborada com vistas ao cumprimento de uma das obrigações assumidas no Plano de Recuperação Fiscal¹⁵. A ideia de alienação do controle societário da CEDAE demonstraria, portanto, "a disposição do Estado do Rio de Janeiro em honrar um acordo duradouro e sustentável, que permita o equacionamento definitivo da situação das finanças estaduais"¹⁶.

Quanto ao requisito da licitação, trazido na decisão do STF, cumpre esclarecer alguns pontos.

Primeiramente, em nenhum momento o dispositivo da decisão do Supremo Tribunal Federal consolidou um posicionamento da Corte quanto à modalidade licitatória; apenas asseverou a necessidade de licitação, quando da alienação do controle acionário de estatais, não se referindo diretamente em que modalidade esta deve se dar, haja vista inclusive que a decisão foi tomada em sede de controle de constitucionalidade, e as modalidades de licitação não são referidas pela CF, mas apenas definidas e classificadas em sede legal, infraconstitucional.

Com efeito, o art. 22, XXVII, I" parte, com redação dada pela EC n. 19/98, dispõe competir à União a edição de leis contendo normas gerais de licitação e contratos para todos os entes da Federação, suas autarquias e fundações, devendo tais normas gerais obedecer ao art. 37, XXI, CRFB. Por "norma geral" entende-se aquelas normas que, sem chegar a fixar especificidades, estabelecem princípios, os instrumentos imprescindíveis para a sua efetividade, critérios básicos e as exceções a eles¹⁷.

Nessa situação, decorrendo da autonomia administrativa dos entes federativos, exsurge a competência de os entes federativos editarem as suas próprias regras específicas de licitações e contratos, desde que atendidas as normas gerais nacionais editadas pela União. No entanto, a prática revela que Estados e Municípios pouco exercem tais competências legislativas, aplicando na maioria das vezes de forma integral a lei geral de licitações (Lei nº. 8.666/1993)¹⁸.

Em relação às Administrações Diretas, autarquias e fundações federais, aplica-se integralmente a Lei nº 8.666/1993, que não contém apenas normas gerais, razão pela qual o STF entendeu, na ADI-MC nº 927/RS¹⁹, pela interpretação conforme a Constituição, afirmando que as regras da Lei n 8.666/1993 que não forem "gerais" não são aplicáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, disciplinadora do Programa de Desestatização dos ativos da União, e que admite a modalidade de leilão para a outorga de concessões de serviços públicos

¹⁵O Estado do Rio de Janeiro apresentou à Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda pedido de adesão ao Regime de Recuperação Fiscal (RRF) de que trata a Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017, contendo o Plano de Recuperação, o conjunto de leis aprovadas e a indicação de dois membros, titular e suplente, para representar o Estado no Conselho de Supervisão do Regime. Na composição de seu Plano de Recuperação, o Estado do Rio de Janeiro indicou o conjunto de leis autorizativas relacionadas ao Regime de Recuperação Fiscal e, dentre elas, destaca-se a Lei Estadual nº 7.529, de 7 de março de 2017, que autoriza a privatização de empresas dos setores financeiro, de energia, de saneamento e outros, na forma do inciso II do § 1º do art. 4º, com vistas à utilização dos recursos para a quitação de passivos. C.f.: Parecer nº 02/2017/COREM/SURIN/STN/MF-DF de 14.08.2017. Disponível em: <<http://www.transparencia.lj.gov.br/trãnsparencialcontent.connlUCMServer/uuid/dDocName%3AWCC200055>> Acesso em 10 de nov. 2019.

¹⁶Disponível em: <<http://aleljl1.alelj.rj.gov.br/scpro/1519.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/dc5b5726c8809296832580bb0074e829?OpenDocument>> Acesso em 10 de nov. 2019.

¹⁷ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁸*Id Ibid.*

¹⁹CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - interpretação conforme dada ao art 17, II, b (doação de bem imóvel) e art. 17, IT, b (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, c e par. I. Do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. IT. – Cautelar deferida, em parte. (STF -ADO-MC: 927 RS, Relator: Carlos Velloso, Data de Julgamento: 03/11/1993, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 11-11-1994, pp. 30635. EMENT VOL - 01766-01 PP-00039).

(art. 4º, VI ele § 3º)²⁰, não deve ser encarada como norma de caráter geral, na medida em que expressamente se destina exclusivamente aos ativos da União, na forma de seu art. 2º.²¹

Logo, a faculdade atinente à licitação na modalidade leilão, prevista no art. 4º, § 3º, não é de plano extensível aos Estados e Municípios.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto Estadual nº 21.916/1995, que regulamenta a Lei Estadual do Programa Estadual de Desestatização – PED (Lei Estadual nº 2.470/1995), prevê em seu art. 22,²² a faculdade de adoção pelo administrador público do leilão como modalidade de licitação para a alienação de ações de estatais estaduais.

Três discussões poderiam se colocar a respeito: 1) Se admite o leilão apenas para alienação de ações, ou se, como faz o PND, engloba também as concessões de serviços públicos? 2) Se o Estado teria competência para estabelecer uma modalidade de licitação para determinadas hipóteses (como faz o art. 22 do Decreto Estadual nº 21.916/1995), ou se, pelo tema das modalidades ser considerado "norma geral", seria da competência privativa da União cf. vimos acima? e 3) Mesmo se o Estado pudesse editar tal regra, se poderia fazê-lo apenas mediante Decreto, já que a lei propriamente dita do PED não contém tal previsão.

Essas discussões são, contudo, despiciendas para o caso em exame, considerando que a já referida Lei nº 7.529/2017, que autoriza o poder executivo a alienar ações da CEDAE, no seu art. 1º, parágrafo único²³, exclui de tal alienação justamente a Lei Estadual nº 2.470/1995 - Lei do Programa Estadual de Desestatização – PED, e, conseqüentemente, do seu respectivo decreto regulamentador (o já

²⁰Art. 4º As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais:

I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações;
II – abertura de capital;

III – aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição;

IV – alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações;

V – dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos;

VI – concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

VII – aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União.

§ 3º Nas desestatizações executadas mediante as modalidades operacionais previstas nos incisos I, IV, V, VI e VII deste artigo, a licitação poderá ser realizada na modalidade de leilão.

²¹Art. 2º. Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei:

I – empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo;

II – empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto **da União;**

III – serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização;

IV – instituições financeiras públicas estaduais que tenham tido as ações de seu capital social desapropriadas, na forma do Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987.

V – bens móveis e imóveis da União.

§ 10 Considera-se desestatização:

a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;

b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.

c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

²²Art. 22º – A alienação de ações de companhia, dentre outras formas que poderão ser indicadas pela Comissão Diretora, será efetuada mediante:

I – **leilão** público, em pregão de Bolsa De Valores do Rio; ou

II – distribuição das ações a preço fixo e com garantia de acesso, no País ou no exterior, preferencialmente de modo a propiciar sua disseminação ao público, inclusive aos acionistas minoritários, aos empregados, aos fornecedores e aos consumidores, bem como a outros grupos de interesse previamente identificados e aqui não especificados.

²³Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a alienar a totalidade das ações representativas do capital social da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, inclusive quando importar transferência de controle, nos moldes estabelecidos na Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Parágrafo único. As disposições da Lei Estadual nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, não se aplicam à operação de que trata o *caput*.

multicitado Decreto Estadual nº 21.916/1995).

Entende-se, portanto, que houve uma opção legislativa clara quanto à alienação das ações da CEDAE, excluindo-se o regime estabelecido para o PED. Dessa maneira, se os procedimentos de desestatização constantes tanto na Lei do PED, quanto em seu decreto regulamentador, não podem ser cogitados para o caso em particular, dada a exceção prevista de forma específica à CEDAE, na Lei Estadual nº 7529/2017.

Seja como for, à míngua de especificação legal, é dever da Administração Pública Direta ou Indireta, licitar delegações de serviços públicos inclusive por força do art. 175, CF.²⁴

Nesse contexto, na ausência de regra específica, à alienação de ações da CEDAE/concessão dos serviços públicos atualmente por ela prestados deve ser aplicada a norma geral sobre o regime de concessão de serviços públicos, conforme art. 2º, II, da Lei nº 8987/1995:

*Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação. feita pelo poder concedente, mediante licitação, na **modalidade de concorrência**, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado: (Grifou-se).*

Ademais, a modalidade concorrência é disciplinada pela Lei nº 8.666/1993, que, como visto anteriormente, também possui caráter de norma geral, cuja disposição normativa prevê sua aplicação subsidiária às concessões, naquilo que a Lei 8.987/1995 não estabelecer de forma diversa.

Nesse contexto, cumpre, citando Flávio Amaral Garcia, destacar que, no caso de concessões de serviços públicos, a aplicação da modalidade da concorrência, não impede que seja empregada a agilizadora inversão de fases (julgamento antes da habilitação) e da apresentação de lances, por previsões excepcionadoras da respectiva Lei:

o art. 18-A da Lei 8.987/1995, por exemplo. conferiu ao poder concedente a opção de inversão das fases de licitação. Significa dizer que o edital poderá primeiro exigir os envelopes das propostas dos licitantes e somente verificar a documentação de habilitação do primeiro lugar. Apenas se o licitante mais bem classificado for inabilitado é que serão examinados os documentos de habilitação do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital.

Outra inovação em relação ao procedimento da concorrência previsto na Lei 8.666/1993 é a admissão de oferecimento de lances, consoante previsto no inciso I do 18-A da Lei 8.987/1995.

Os critérios de julgamento na concorrência que tenha por objeto uma concessão são distintos daqueles adotados na Lei 8.666/1993. De acordo com

²⁴Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

o disposto no art. 15 da Lei 8.987/1995. O julgamento da licitação deverá considerar os 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; (iii) a combinação. Dois a dois, dos: critérios menor valor da tarifa. maior oferta de outorga ou melhor oferta de pagamento pela outorga após a qualificação de propostas técnicas; (i) a melhor proposta técnica. com preço fixado no edital; (v) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com O de melhor técnica; (vi) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; e (vii) a melhor oferta de pagamento pela outorga após a qualificação de propostas técnicas.²⁵

Vê-se assim que, algumas das características da concorrência clássica, regida exclusivamente pela Lei nº 8.666/93, foram atenuadas pela Lei das concessões de serviços públicos, na sua atual redação, gerando a possibilidade de adotar uma modalidade híbrida concorrência, com alguns elementos que foram inaugurados em nosso direito para a modalidade licitatória do pregão.

Assim, a modalidade de licitação cabível para a alienação de ações da CEDAE conjunta com a concessão de serviços públicos a serem por ela prestados é a concorrência, nos termos da Lei nº 8.987/1995 e, com caráter subsidiário, da Lei nº 8.666/1993.

Como vimos no início desse tópico estamos partindo do pressuposto da concomitância dessas duas operações. Caso se pretenda outra alternativa, reiteramos que ela deve ser especificada e submetida a nova análise da PGE. Dessa maneira, sendo a modalidade de concorrência a mais rígida, é ela que deve ser aplicada a ambas as operações.

III – IMPOSSIBILIDADE DE DILUIÇÃO DO CONTROLE DE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO.

O presente tópico se situa dentro do contexto referido no tópico II.2 acima, de privatização da CEDAE, ou seja, de o Estado do Rio de Janeiro deixar de ser o seu controlador.

Nessa perspectiva, é indagado no quesito 4.1 se as ações do Estado poderiam ser alienadas de forma diluída, ou seja, sem que haja a consolidação de um novo controle (e de seus controladores, privados) da companhia.

A Lei nº 8.987/1995, que disciplina o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, coloca algumas exigências em prol do princípio da continuidade do serviço público, do princípio da eficiência e da qualidade na prestação do serviço público. Por exemplo: a necessidade de indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço, representados na exigência de qualitativos técnicos²⁶ (arts. 15, VII; 23, III; 29 VII e X; 38, § 1º, I) e no requisito de que a transferência

²⁵GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

²⁶(...) a licitação é um meio pelo qual a Administração escolherá a proposta mais adequada para solucionar o problema em razão do qual se tomou necessário licitar, mas não basta que a proposta apresente tal qualidade se o seu titular não reunir as condições mínimas sem as quais não conseguirá executar o que propôs. Estas condições devem estar previstas no edital e devem ser apenas as mínimas necessárias, sob pena de restrição da competitividade, e não podem ser inferiores às mínimas para não criar O risco de inexecução do ulterior contrato. Outro princípio de ineliminável relevância é o da objetividade: as condições para a habilitação a serem estabelecidas no edital devem ser somente (e todas) aquelas que efetiva e objetivamente o interessado deve satisfazer a fim de comprovar sua aptidão para executar o objeto do futuro contrato, e não aquelas que subjetivamente o responsável pela elaboração do edital acha ou gostaria que fossem exigidas, pois tal postura ou inibe a participação de interessado apto a satisfazer o objeto da licitação ou permite que os inaptos participem.". In: BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995. p 83/84.

do controle da concessionária tenha a prévia anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão (art. 27).

Vejamos o que dispõe este último:

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1 Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

I – atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II – comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Há, assim, uma *ratio* legislativa que privilegia a necessidade de qualitativos técnicos e a atuação do poder concedente quanto ao controle societário da concessionária, baseada em valores e princípios que preveem a continuidade eficiente do serviço público.²⁷

o acima transcrito art. 27 da Lei nº 8.987/1995 denota com muita clareza que o Estado não pode ser indiferente a quem controla a empresa concessionária. Se até mesmo para a mudança de controle o Estado deve aferir as qualificações técnicas e econômicas de virtuais novos controladores para verificar se são pelo menos as mesmas dos controladores iniciais, se pressupõe que estes tenham sido desde a licitação bem identificados e avaliados, inclusive como critério de habilitação no certame.

A adoção de uma estrutura pulverizada de controle da concessão significaria, em última análise, a ausência de controle definido - ou, na melhor das hipóteses, a sua potencial ampla fluidez – e, por consequência, para além das regras contratuais objetivas de prestação dos serviços, a impossibilidade da verificação de requisitos econômicos e técnicos subjetivos.

A lei poderia ter se contentando apenas com a imposição da manutenção das regras contratuais, em relação ao objeto do contrato de concessão, para os novos controladores ou até mesmo impor que mantivessem as condições de habilitação originais. Porém, foi além, exigindo que todas essas circunstâncias fossem sempre expressa e previamente aferidas pelo poder concedente antes de qualquer mudança no controle da concessionária.

Destacam-se os comentários de Marçal Justen Filho sobre o dispositivo:

“O que interessa ao poder concedente é a continuidade e regularidade dos serviços públicos. Ao selecionar um certo sujeito para a condição de concessionário, realiza uma investigação preliminar acerca de sua idoneidade. Essa investigação se desdobra sobre questões objetivas, evidenciáveis documentalmente: trata-se da fase de habilitação. Todo aquele que preenche os requisitos de habilitação é suficientemente confiável para ser contratado pela administração. (...) Logo, quando se estabelece a impossibilidade de o contratado transferir livremente sua situação jurídica, tem-se em vista o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. É que o desenvolvimento dos serviços públicos seria afetado, de modo inevitável, se o concessionário pudesse especular relativamente a própria atuação. Se a condição de concessionário pudesse circular juridicamente, sem maior

²⁷MARQUES NETO. Floriano de Azevedo de. Bens reversíveis nas concessões do setor de telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia-RDPE*, Belo Horizonte, nº 8, Out/Dez., 2004. pp. 107-108.

restrição, isso acarretaria inevitável redução da eficiência dos serviços públicos. Então, institucionalizar a comercialização da concessão seria propiciar permanente insegurança acerca das políticas e orientações no desempenho dos serviços. Haveria incerteza acerca das práticas a serem adotadas. (...) A lei, sabiamente estendeu a disciplina da transferência da concessão a cessão do controle societário".²⁸

Considera-se, dessa maneira, que o Edital de licitação deve sempre prever inclusive garantias para manter o controle ou para a sua futura transferência se dar em consonância com o art. 27, o que pressupõe a possibilidade de sua identificação desde o início do contrato.

Dito isto, a consulta aventa ademais se a criação de uma estrutura *holding*, com a CEDAE permanecendo com controle definido, mas se criando uma nova empresa, dela controladora, que teria, ela sim, as suas ações com direito a voto diluídas.

A modelagem não nos parece resolver a exigência posta pelo art. 27 para identificação e avaliação dos controladores das concessionárias de serviços públicos, vez que o controle por ele referido não é apenas o controle imediato, de primeiro grau, da concessionária. A Lei nº 8.981/1995 adota o sentido amplo de controle societário da Lei das S.A., direto ou indireto, de um ou mais graus, ou até meramente de fato.

A doutrina administrativista já tratou da hipótese para subsumi-la perfeitamente ao art. 27 da Lei nº 8.987/1996:

"Não servirá de escusa o argumento de ser a concessionária controlada diretamente por certa sociedade cujas ações não foram alienadas. **Se houver transferência do controle daquela primeira sociedade (sociedade-mãe), reputar-se-á ocorrida a cessão de controle de todas as sociedades filiadas, controladas direta ou indiretamente por ela**".²⁹

Sendo assim vemos que *ex vi* do art. 27 da Lei nº 8.987/1995 a Administração Pública tem que poder sempre identificar o controle, direto ou indireto, explícito ou de fato, das concessionárias de serviços públicos, avaliando sempre a manutenção das condições de habilitação e autorizando previamente qualquer mudança na sua composição, razão pela qual a sua diluição no mercado das ações que permitam o controle não se afigura possível.

IV – OUTRAS OBSERVAÇÕES.

O presente tópico se destina a acrescentar algumas observações ancilares, mas não menos relevantes, aos tópicos anteriores.

•Necessidade de análise econômico-mercadológica prévia.

Seja qual for o modelo escolhido a viabilizar a delegação de serviço *upstream* à CEDAE, contrato de programa – no caso de continuarem sendo prestadas pela Administração Pública –, ou contrato de

²⁸JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 1997.p 285/7.

²⁹JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 287, grifamos.

concessão – na hipótese de ocorrer a desestatização –, deve-se proceder a uma análise econômico-mercadológica quanto à manutenção ou não do controle estatal e quanto ao momento da venda dos serviços.

Um dos pontos a ser avaliado é inclusive a perda da imunidade tributária e outras vantagens (ex.: execução por precatório) das quais a CEDAE atualmente goza em razão do seu vigente formato societário, no qual a participação privada é muito pouco relevante.³⁰

Outro ponto que, exemplificativamente, deve ser analisado com muita cautela é a respeito do melhor momento para a eventual concessão dos serviços a montante: se antes das concessões dos serviços a jusante, concomitante com elas ou apenas depois. Deve ser identificado, entre outros fatores, em que cronologia todos esses ativos seriam mercadologicamente mais otimizados.³¹

•Necessidade de balizamento do valor da água a ser fornecida a montante, independentemente da sua desestatização ou não.

O termo "insumos" adveio da tradução da expressão inglesa *input* e corresponde ao conjunto de fatores produtivos, como matérias-primas, energia, trabalho etc., que são empregados pelo empresário, para produzir o *output*, ou seja, o produto final. Nessa medida, insumos, seriam, portanto, os "ingredientes da produção"³².

No caso, o insumo por excelência para a atividade a jusante de distribuição da água é a atividade a montante de adução e tratamento de água.

³⁰Min. Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), proferiu decisão reconhecendo o direito de imunidade tributária à Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (Cedae) quanto aos impostos federais. A decisão, proferida na Ação Cível Originária (ACO) 2757, garante a imunidade e a devolução dos impostos cobrados até 5 anos antes da proposição da ação. O Min. observou que a Cedae é uma empresa de economia mista de capital fechado, do qual 99,9996% está nas mãos do Estado do Rio de Janeiro. A empresa executa o serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto de modo exclusivo e sem concorrentes. Não há, portanto, indicação de qualquer risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou ameaça à livre iniciativa. Em casos desse tipo, diz o ministro, o STF tem se orientado no sentido de reconhecer a imunidade como forma de proteger o interesse público e garantir a boa prestação dos serviços. "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de que a imunidade tributária recíproca é também aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, notadamente quando prestados com cunho essencial e exclusivo", afirmou. Entre os precedentes mencionados, o relator citou o julgamento relativo à Companhia de Saneamento do Espírito Santo (Cesan), à Companhia de Saneamento de Alagoas (Casal), à Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), e à Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU). Destacou também os critérios a serem atendidos a fim de delimitar o alcance da imunidade. A jurisprudência do STF é também no sentido da aplicabilidade do regime de precatório às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e de natureza não concorrencial: "APLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. JULGADO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. AGRAVO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE nº 698.357RS-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, DJe de 4/ 10/12). "AGRAVO REGIMENTAL. FINANCEIRO. EXECUÇÃO DE SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO. ENTIDADE CONTROLADA PELO PODER PÚBLICO QUE EXECUTA SERVIÇOS PÚBLICOS PRIMÁRIOS E ESSENCIAIS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO ACÚMULO OU DA DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. REGIME DE PRECATÓRIO. APLICABILIDADE. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. O Pleno assentou que as entidades jurídicas que atuam em mercado sujeito à concorrência, permitem a acumulação ou a distribuição de lucros submetem-se ao regime de execução comum às empresas controladas pelo setor privado (RE 599.628, rel. mino Carlos Britto, red. P/ acórdão min. Joaquim Barbosa, j. 25.05.2011). Porém, trata-se de entidade que presta serviços públicos essenciais de saneamento básico, sem que tenha ficado demonstrado nos autos se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública que competiria com pessoas jurídicas privadas ou que teria por objetivo primordial acumular patrimônio e distribuir lucros. Nessa hipótese, aplica-se o regime de precatórios. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento" (RE nº 592.004/AL-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa DJe de 22.6.2012). Idem RE 551049/AL.

³¹Art. 20, LINDB: Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

³²BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 2.ed. Saraiva, 1998. p. 870.

Dessa maneira, independentemente de esta atividade restar com a CEDAE como empresa estatal ou não, ou independentemente do momento de sua eventual concessão à iniciativa privada, parece de grande importância para a segurança jurídica e conseqüente sucesso das licitações dos serviços a jusante que os critérios de fixação do seu preço estejam já previamente bem delimitados, bem como os exatos reflexos que as suas variações terão nas tarifas cobradas dos usuários, considerando inclusive o art. 4º da Lei Estadual nº 7.529/2017.³³

V – RESPOSTA AOS QUESITOS.

Face às razões apresentadas ao longo de todos os tópicos anteriores, passamos a responder, de forma objetiva, aos quesitos que nos foram assignados pelo Senhor Procurador-Chefe, sem que isso prescindia, naturalmente, do conjunto integral do parecer:

1.10. Qual instrumento jurídico pode ser utilizado, considerando a base legal vigente para viabilizar a delegação de serviços upstream à CEDAE?

No caso de o saneamento básico *upstream* continuar sendo prestado pelo Estado, por meio da manutenção da CEDAE a montante como uma empresa estatal, ou seja, como entidade controlada pelo Estado, o instrumento jurídico apto à delegação será o contrato de programa.

Já na hipótese de ocorrer a privatização da CEDAE *upstream*, ou seja, de a prestação de tais serviços passar a ser feita por empresa não mais integrante da Administração Indireta, deve-se proceder à delegação dos serviços por meio de contrato de concessão, 34 na forma da Lei nº 8.987/95, precedido de licitação na modalidade concorrência, podendo-se avaliar inclusive a adoção em seu bojo das inovações trazidas pela inclusão, pela Lei nº 11.196/2005, do art. 18-A na Lei nº 8.987/1995.

4.1 Privatização da CEDAE upstream: É possível a futura alienação de ações representativas do controle da CEDAE upstream por meio de procedimentos de oferta pública de ações, com pulverização de ações sem formação de bloco de controle, procedida no ambiente de negociação da Bolsa de Valores, nos termos da legislação incidente sobre as operações de mercado de capitais?

o art. 27 da Lei nº 8.987/1995 impõe que a Administração Pública tenha sempre bem identificado(s) o(s) controlador(s), direto(s) ou indireto(s), explícito(s) ou de fato, das concessionárias de serviços públicos, avaliando os seus qualificativos e autorizando previamente qualquer mudança na composição de tal controle societário, razão pela qual a sua diluição no mercado não é possível.

Por derradeiro, destacamos que, independentemente de qual das modelagens vier a ser adotada entre as cogitadas nos quesitos transcritos neste tópico, mister se faz uma criteriosa avaliação econômico-mercadológica prévia para fundamentar a decisão e para que sejam apreciados, entre outros, os pontos específicos expostos no interior do tópico IV acima.

É o que, salvo melhor juízo, nos parece.

Rio de Janeiro, 19 de novembro de 2019.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

³³Art. 4º – Deverá ser garantida a tarifa social para os serviços de abastecimento de água e captação de esgoto para imóveis residenciais localizados nas áreas identificadas como de interesse social, nos termos do Decreto nº 25.438 de 21 de julho de 1999. § 1º. A diferença entre tarifa social e a tarifa domiciliar padrão não poderá ser subsidiada pelo Estado do Rio Janeiro. § 2º. A tarifa social de que trata o caput deste artigo somente poderá ser extinta por lei. § 3º. A regulamentação da tarifa social de que trata o caput desse artigo dar-se-á por ato do Poder Executivo.

Procurador do Estado

VISTO

Visto nº 11/2019-PGE/PG-17/ARCY

Processo Administrativo E-14/001.053834/2019

VISTO. Por estar de acordo, aprovo, com alguns acréscimos, os seguintes pareceres: Parecer nº 03/2019 - GUB; Parecer nº 07/2019 NSMIPG-17; e Parecer nº 07/2019 – ASA, da lavra, respectivamente, dos i. Procuradores do Estado, Gustavo Binenbojm, José Vicente dos Santos de Mendonça e Alexandre dos Santos Aragão. Os referidos pareceres analisam, cada qual, diferentes quesitos a respeito da consulta acerca de aspectos jurídicos relativos à privatização da CEDAE, encaminhada pelo i. Subprocurador do Estado, Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves.

Na Promoção nº 02/2019 – PGE/PG-17/ARCY, de 29 de outubro de 2019, que inaugura os trabalhos desta especializada, dividi os quesitos formulados em quatro grupos de indagações (de forma similar à separação proposta pelo BNDES), vinculando cada um deles a um procurador. Conforme o modelo da promoção, apresenta-se a seguinte divisão:

1) Primeiro grupo: a competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro.

Quesitos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.6, os quais foram respondidos por mim no **Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17;**

2) Segundo grupo: a questão federativa em face das leis locais e legislação estadual. Quesitos 1.5, 1.7, 1.8 e 1.9, os quais foram respondidos pelo Procurador Gustavo Binenbojm, no **Parecer nº 03/2019 – GUB;**

3) Terceiro grupo: pagamentos ao Estado do Rio de Janeiro e indenizações. Quesitos: 2.1 e 3.1, os quais foram respondidos pelo Procurador José Vicente Santos de Mendonça, no **Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17;**

4) Quarto grupo: privatização da CEDAE *up stream* e suas implicações. Quesitos: 1.10 e 4.1, os quais foram respondidos pelo Procurador Alexandre Santos de Aragão, no **Parecer nº 07/2019 – ASA.**

Por questões de economia processual, decidi apreciar os Pareceres dos i. Procuradores do Estado, acima elencados em **Visto Conjunto**. Para fins de clareza, tratarei de cada parecer na ordem apresentada acima, a partir de cada quesito encaminhado, com os acréscimos que esta Chefia entendeu necessários:

2) Parecer nº 03/2019 – GUB. A questão federativa em face das leis locais e legislação estadual. Quesitos 1.5, 1.7, 1.8 e 1.9:

1.5. Considerando que o Rio Metrópole ou os municípios não incluídos na Região Metropolitana são os titulares dos serviços públicos de saneamento, há necessidade de edição de lei autorizativa estadual com vistas a autorizar a concessão dos serviços públicos de água e esgoto pelo ERJ a operadores privados?

Em resposta ao quesito 1.5., o Parecer nº 03/2019 – GUB concluiu:

1. Não é necessária a edição de lei autorizativa estadual, ante o disposto no art. 2º da lei federal nº 9.074/1995, que expressamente a dispensa nos casos de concessão do serviço de saneamento básico. Referida lei trata de normas gerais aplicáveis a todos os entes da Federação.

2. Há, todavia, Municípios da região metropolitana (destacados no anexo ao Parecer nº 03 /2019 – GUB) que exigem lei autorizativa para a concessão dos serviços de saneamento ou, de forma genérica, para todos os serviços públicos que vierem a ser concedidos, sendo recomendado, nessas hipóteses:

(i) se forem referentes à concessão dos serviços de saneamento básico:

(i. 1.) a revogação de tais dispositivos pelas Câmaras Municipais; ou

(i.2.) a emissão de parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República e com a legislação federal de regência;

(ii) se forem referentes à prestação de serviços públicos em geral, seja acrescentada ressalva quanto à concessão dos serviços de saneamento básico, em consonância com o art. 2º da Lei federal nº 9.074/1995.

1.7. As Leis Orgânicas de Maricá (art. 41), São Gonçalo (art. 16, XVI c/c art. 1º, parágrafo único) Tanguá (art. 14, §1º) e Rio de Janeiro (art. 22, §1º) estabelecem que a sua participação na região metropolitana deverá ser precedida de autorização legislativa. Considerando esse contexto, é viável que tais municípios participem do Rio Metr pole e exerçam seu direito de voto no Conselho Deliberativo sem a respectiva autorização legislativa municipal?

Em resposta ao quesito 1.7., o Parecer nº 03/2019 – GUB concluiu:

1. A criação de regiões metropolitanas não viola a autonomia municipal. A mesma Constituição que confere aos Municípios autonomia, prevê a possibilidade de criação de regiões metropolitanas por meio de lei complementar estadual, sem exigir para tanto a qualquer tipo de autorização legislativa dos Municípios envolvidos (art. 25 §3º da Constituição da República).

2. Nesse cenário, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei complementar nº 184/2018, que instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, composta por 22 municípios, dentre os quais se incluem os Municípios de Maricá, São Gonçalo, Tanguá e Rio de Janeiro (art. 1º). A referida lei instituidora assegurou a todos eles direito de participação e de voto no Conselho Deliberativo.

3. É, portanto, possível que tais Municípios participem do Rio Metr pole e exerçam seu direito de voto no Conselho Deliberativo, sendo vedada a exigência autorização legislativa municipal. Os dispositivos que condicionam a participação de tais Municípios na região metropolitana à lei autorizativa municipal não se mostram compatíveis com urna interpretação sistemática da Constituição da República.

1.8. As leis Orgânicas de alguns municípios vedam a concessão dos serviços de saneamento básico para a iniciativa privada ou estabelecem restrições relevantes. Considerando esse contexto, indaga-se: caso tais municípios estejam inseridos no Rio Metr pole, é viável que eles participem das deliberações do Conselho Deliberativo do Rio Metr pole com direito à voto?

Em resposta ao quesito 1.8., o Parecer nº 03/2019 – GUB concluiu:

1. É viável a participação desses Municípios nas deliberações do Conselho Deliberativo da RM, considerando a Lei complementar que a instituiu e a decisão do STF quanto à integração compulsória dos municípios integrantes.

2. Será competente a Região Metropolitana, por meio de seu Conselho Deliberativo, e não os Municípios dela integrantes, para dispor sobre a forma de prestação do serviço de saneamento, a qual não se encontra mais circunscrita à esfera municipal.

3. Assim, diante da existência de dispositivos em Leis Orgânicas que vedam a concessão dos serviços de saneamento básico para a iniciativa privada ou que estabelecem restrições relevantes em alguns dos Municípios integrantes da Região Metropolitana, o parecer recomendou:

(i) se forem referentes à concessão dos serviços de saneamento básico:

(i.1.) a revogação de tais dispositivos pelas Câmaras Municipais; ou

(i.2.) a emissão de parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República e com a legislação federal de regência;

(ii) se forem referentes à prestação de serviços públicos em geral, seja acrescentada ressalva quanto à concessão dos serviços de saneamento básico, em consonância com o art. 2º da Lei federal nº 9.074/1995.

1.9. Se o ERJ proceder com a concessão regionalizada dos serviços, há incidência do art. 31, da Lei Estadual nº 2.831, de 13 de novembro de 1997 (lei estadual de concessões), no que tange à proibição implícita de subconcessão integral?

Em resposta ao quesito 1.9., o Parecer nº 03/2019 - GUB concluiu que:

1. A titularidade dos serviços de saneamento não será transferida ao Estado do Rio de Janeiro, mas à Região Metropolitana, o que significa que ele não pode conceder tais serviços, muito menos disciplinar a possibilidade ou não de subconcedê-los.

2. O Estado só pode subconceder os serviços dos quais é concessionário. Logo, entende-se que o disposto no artigo 31 da Lei estadual nº 2.831/1997, que disciplina a possibilidade de subconcessão no âmbito de concessões de serviços públicos realizadas pelo Estado do Rio de Janeiro, não incide sobre os serviços titularizados pela Região Metropolitana e pelos municípios não metropolitanos e, portanto, não se aplica no presente caso.

Em suma: não é necessária a edição de lei autorizativa estadual para possibilitar a concessão dos serviços de saneamento básico, uma vez que a Lei Nacional nº 9.074/1995 a dispensa (1.5). As leis de municípios metropolitanos que proíbem ou restringem a concessão do serviço público de saneamento básico (1.8) ou que condicionam a participação de municípios na RM à autorização legislativa (1.7) não se mostram compatíveis com a interpretação sistemática da CRFB. E a previsão de lei estadual disciplinando subconcessão não incide sobre serviços que não são titularizados pelo Estado do Rio de Janeiro, como é o caso do saneamento básico, a luz da jurisprudência do STF (1.9).

Registro, por fim, que, em acréscimo ao **Parecer nº 03/2019 – GUB**, entendo que deve se estender ao **quesito 1.7** a recomendação feita nos **quesitos 1.5 e 1.8**, no sentido de que as previsões de Leis Orgânicas que condicionam a participação de municípios na RM à autorização legislativa, para fins de segurança jurídica, devam ser objeto de:

(i.1) revogação pelas respectivas Câmaras Municipais;

(i.2) parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República;

Meus acréscimos:

Entendo que tais recomendações devem se aplicar também ao quesito 1.7., tendo em vista que, a despeito de já existir vasta jurisprudência do STF declarando normas do gênero inconstitucionais, os dispositivos das leis orgânicas objeto da presente consulta não foram especificamente objeto de invalidação.

Adicionalmente, quanto solução apresentada no item (i.2) dos quesitos 1.5 e 1.8 (e também recomendada por mim para o quesito 1.7), recomendo que se verifique, em cada município com legislação contrária ao projeto, o itinerário para que sejam atribuídos efeitos vinculantes aos respectivos

pareceres. Isto é: não basta que haja um parecer do Procurador Geral. É preciso que se lhe atribua efeitos vinculantes, o que só será possível na forma da legislação local.

Acrescento, por fim, que também seria interessante **se considerar o ajuizamento da devida ação de controle concentrado de constitucionalidade para impugnar os dispositivos das legislações municipais em análise**, a exemplo da propositura de Representação de Inconstitucionalidade pelo Governador do Estado ou pelo Procurador Geral do Estado, conforme previsto no art. 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

3) Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17. Terceiro grupo: pagamentos ao Estado do Rio de Janeiro e indenizações. Quesitos: 2.1 e 3.1:

2.1. Considerando a disciplina a ser estabelecida com base nas deliberações dos titulares dos serviços de água e esgoto e nos instrumentos de gestão associada a serem celebrados, o ERJ poderá figurar como beneficiário dos pagamentos de outorga a serem efetuados pelos adjudicatários dos contratos de concessão? E dos valores decorrentes da alienação do controle da CEDAE?

Em resposta ao quesito 2.1., o Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17 concluiu:

1. O ERJ poderá figurar como beneficiário dos valores decorrentes de alienação do controle acionário da CEDAE, tendo em vista ser o titular do direito de propriedade das ações, motivo pelo qual os referidos valores devem ser revertidos ao Estado;

2. O ERJ também pode figurar como beneficiário do pagamento das outorgas a serem feitas pelos adjudicatários dos contratos de concessão. Tal conclusão decorre: (i) de leitura adequada do princípio da indisponibilidade do interesse público – em que não há relação necessária entre indisponibilidade do interesse público e indisponibilidade de interesses patrimoniais –, (ii) de se buscar realizar o interesse público em concreto, sem se deixar levar por fantasmagorias abstratas, e (iii) de se reconhecer a tendência legislativa atual, em prol da consensualidade e dos acordos administrativos.

3. Concretamente, o recebimento de parcela dos recursos relativos às outorgas dependerá de acordo a ser celebrado entre o ERJ e os municípios, exigindo-se que tal acordo seja motivado e possua causa econômica.

3.1. A extinção dos contratos de programa vigentes entre a CEDAE e os municípios incluídos no projeto, com a conseqüente limitação de escopo incumbido a tal companhia, enseja o direito desta a perceber indenização pelos investimentos em ativos não completamente amortizados?

Em resposta ao quesito 3.1., o Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17 concluiu:

1. Por força da previsão do art. 36 da Lei nº 8.987/95, a CEDAE possui direito à indenização pelos investimentos não amortizados do serviço público de saneamento básico. Tal indenização se destina à compensação pela perda dos benefícios decorrentes da exploração, e que resultariam da continuação desta;

2. O documento do BNDES leva em consideração duas alternativas: (i) repassar o ônus das indenizações aos concessionários, com base no risco de inadimplência dos municípios; ou (ii) a CEDAE abrir mão das indenizações que lhe seriam devidas, a fim de evitar risco de circulação ineficiente de recursos, já que, se a CEDAE assim procedesse, poderia haver um aumento do valor a ser recebido pelas outorgas pagas pelos concessionários. Quanto à opção (ii), o BNDES partiu da premissa de que o ERJ, na qualidade de acionista controlador da sociedade de economia mista, poderia abrir mão das indenizações para tomar a licitação das concessões mais atraente;

3. Quanto a tais afirmações, se mostra necessário identificar, de modo concreto e específico, quais são os valores devidos, por cada município, a título de indenização por investimentos realizados

pela CEDAE. Em outras palavras, faz-se mister realizar levantamento dos investimentos, preferencialmente por auditoria independente ou por acordo entre as partes;

4. Depois, interessante que sejam realizadas negociações entre a CEDAE e os municípios, com vistas ao recebimento de recursos (o que pode incluir parcelamentos e descontos). Não se deve assumir, sem maiores detalhamentos e tentativas, que todos os municípios sejam incapazes de pagar as indenizações devidas à CEDAE e, ato seguinte, o Estado impor à sua controlada que abra mão de recursos;

5. Nos casos em que efetivamente as indenizações não sejam possíveis pela via negociada, sugeriu-se, em princípio, que o ônus de seu pagamento seja deslocado para as futuras concessionárias, uma vez que não há certeza de que as licitações refletirão o possível "desconto" a decorrer de se abrir mão das indenizações devidas à estatal estadual (sequer se há certeza de que as licitações terão êxito);

6. Além disso, a CEDAE e o ERJ são entes distintos, logo o ERJ não pode desconsiderar as regras de governança e interesses descoincidentes de sua controlada para forçar que ela abra mão de recursos próprios, ainda que futuros. Tal postura, inclusive, corre o risco de ser tomada como abuso do poder de controle, considerando que pode ir de encontro com interesses legítimos de seus empregados, fornecedores e demais acionistas.

Em suma: (2.1) O ERJ poderá figurar como beneficiário dos valores decorrentes de alienação do controle acionário da CEDAE, tendo em vista ser o titular do direito de propriedade das ações, O ERJ também pode figurar como beneficiário do pagamento das outorgas, com base em uma leitura adequada do princípio da indisponibilidade do interesse público. Para o ERJ receber as outorgas, deverá, a luz da consensualidade administrativa, celebrar acordo com os municípios, o que depende de motivação que demonstre a existência de causa econômica. (3.1) Por força da previsão do art. 36 da Lei 8987/95, a CEDAE possui direito à indenização pelos investimentos não amortizados do serviço público de saneamento básico. Nos casos em que efetivamente as indenizações não sejam alcançáveis pela via comercial, sugeriu-se, em princípio, que o ônus de seu pagamento seja deslocado para as concessionárias. Desaconselhou-se a hipótese de a CEDAE abrir mão dos valores devidos.

Um único acréscimo:

Quanto à resposta ao **quesito 3.1**, vale acrescentar que a própria Lei de Relicitação (Lei nº 13.448/2017), mencionada no Parecer nº 07/2019 JVSMIPG-17, prevê, no seu art. 15, § 1º, I, a possibilidade de o novo concessionário ser o responsável pela indenização ao concessionário anterior. Confira-se:

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

§ 1º Também poderão constar do termo aditivo de que trata o caput deste artigo e do futuro contrato de parceria a ser celebrado pelo órgão ou pela entidade competente:

I – a previsão de que as indenizações apuradas nos termos do inciso VII do § 1º do art. 17 desta Lei serão pagas pelo novo contratado. Nos termos e limites previstos no edital da relicitação;

4) Parecer nº 07/2019 – ASA. Quarto grupo: privatização da CEDAE *up stream* e suas implicações. Quesitos: 1.10 e 4.1:

1.10. Qual instrumento jurídico pode ser utilizado, considerando a base legal vigente para

viabilizar a delegação de serviços upstream à CEDAE?

Em resposta ao quesito 1.10., o Parecer nº 07/2019 - ASA concluiu:

1. O instrumento jurídico adequado para viabilizar a delegação de serviços *upstream* à CEDAE varia conforme a ocorrência ou não de sua privatização;

2. Se não houver privatização, isto é, caso a Companhia continue com natureza de pessoa jurídica integrante da Administração Pública Indireta, o instrumento jurídico pertinente para viabilizar a delegação de serviços *upstream* à CEDAE é o contrato de programa, na forma do art. 13, §5º da Lei nº 11.107/2005;

3. Já na hipótese de efetiva privatização da CEDAE *upstream*, ou seja, caso o Estado deixe de ter mais de 50% das ações com direito a voto, o instrumento jurídico adequado para viabilizar a delegação é o contrato de concessão, com licitação prévia na modalidade de concorrência, na forma do artigo 175 da CRFB, da Lei nº 8.987/1995, e com aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993;

4. Ressalta-se que, para formular esta resposta, o parecerista partiu da pressuposição de que as operações referentes à alienação das ações e à delegação dos serviços públicos seriam feitas concomitantemente, resguardando-se diante de situação distinta. Logo, caso o consulente pretenda realizar as referidas operações de forma não concomitante, sugeriu-se que se proceda nova consulta a esta Procuradoria.

4.1. Privatização da CEDAE upstream: É possível a futura alienação de ações representativas do controle da CEDAE upstream por meio de procedimentos de oferta pública de ações, com pulverização de ações sem formação de bloco de controle, procedida no ambiente de negociação da Bolsa de Valores, nos termos da legislação incidente sobre as operações de mercado de capitais?

Em resposta ao quesito 4.1., o Parecer nº 07/2019 – ASA concluiu:

1. Entendeu-se que a adoção de uma estrutura pulverizada de controle da concessão resta impossibilitada devido ao caráter de prestadora de serviços públicos da CEDAE. Por tal razão, a companhia deve se submeter aos critérios da Lei nº 8.987/1995, tais como a exigência de qualitativos técnicos (arts. 15, VII; 23, III; 29 VII e X; 38, § 1º) e a requisição de prévia anuência do Poder Concedente para realização da transferência do controle da concessionária, sob pena de caducidade da concessão (art. 27);

2. Assim, há uma *ratio legis* que privilegia a necessidade de qualitativos técnicos e a atuação do poder concedente quanto ao controle societário da concessionária, baseadas em uma matriz axiológica que consagra os princípios da continuidade do serviço público e da eficiência;

3. Em última análise, a verificação quanto ao cumprimento destes requisitos legais quedaria prejudicada diante da ausência de um controle definido ou de ampla fluidez dele. Desse modo, se tomaria inviável a proposta apresentada na consulta, que alvitra uma estrutura pulverizada de controle quando da concessão;

4. Ademais, cumpre ressaltar que, para além das respostas aos quesitos, o parecer em questão ainda recomendou o seguinte:

(i) Independentemente do modelo escolhido para viabilizar a delegação dos serviços e/ou a alienação das ações da CEDAE *upstream*, deve-se realizar uma análise econômico-mercadológica prévia, quanto à pertinência da manutenção do controle acionário e quanto ao momento mais adequado para a venda dos serviços;

(ii) É fundamental para a segurança jurídica e para a otimização das licitações dos serviços que os critérios de fixação do preço da água sejam balizados de forma contundente e prévia, bem como seus respectivos reflexos, de forma exata, visto que a água é o insumo mais relevante para a atividade de saneamento básico *upstream*;

Em suma: (1.10) para avaliar qual o instrumento jurídico adequado à delegação de serviços

upstream à CEDAE deve-se levar em conta a ocorrência ou não de sua privatização. Caso a CEDAE permaneça como pessoa jurídica integrante da Administração Pública Indireta, o instrumento jurídico adequado à delegação de serviços é o contrato de programa. Por outro lado, caso se efetive sua privatização, é o contrato de concessão, precedido por licitação na modalidade concorrência. (4.1) Além disso, entende-se pela impossibilidade de alienação por meio de pulverização de ações da CEDAE, devido ao seu caráter de prestadora de serviços públicos.

Não tenho acréscimos ao parecer nº 07/2019 – ASA.

À PG-2, para superior consideração.

Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2019.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

Procurador-Chefe da PG-17

VISTO

P.A. nº E-14/001/053834/2019

Visto. **Aprovo** os Pareceres nº 09/2019 ARCY/PG-17, 03 /2019 GUB, 07/2019 JVSM/PG-17 e 07/2019 ASA/PG-17, da lavra, respectivamente, dos Procuradores do Estado **ANDRE RODRIGUES CYRINO, GUSTAVO BINENBOJM, JOSE VICENTE SANTOS DE MENDONÇA** e **ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO**, com os acréscimos sugeridos no Visto nº 11/19 da lavra do Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17) **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO** (fls. 202/213).

Os opinamentos examinaram consulta formulada pelo Diretor Presidente da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro - CEDAE indagando acerca da viabilidade jurídica do Projeto de Desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela CEDAE, a fim de dar cumprimento ao Plano de Recuperação Fiscal acordado entre o Estado do Rio de Janeiro e a União Federal, com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDS tendo sido o responsável pela modelagem do projeto.

Os pareceres examinaram **quatro blocos de complexas questões jurídicas**, a saber: *(i)* a competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro na formatação institucional do modelo; *(ii)* a questão federativa em face das leis locais e da legislação estadual; *(iii)* os pagamentos devidos ao Estado do Rio de Janeiro e as indenizações; *(iv)* a privatização da CEDAE *upstream* e suas implicações.

Importante referir que **as conclusões dos Pareceres 03/2019 GUB, 07/2019 JVSM/PG-17 e 07/2019 ASA/PG-17 foram compendiadas no Visto nº 11/19 – PGE/PG-17 da lavra do Procurador Chefe da Procuradoria Administrativa (fls. 202/213).**

Em relação ao **Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17**, os quesitos foram, igualmente, respondidos de forma bastante objetiva, com as suas conclusões sendo integralmente aprovadas no presente Visto.

À CEDAE, em devolução.

Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2019.

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA OBRIGATÓRIA EM FORMA EXCLUSIVAMENTE VIRTUAL NO CONTEXTO DO ISOLAMENTO SOCIAL IMPOSTO PELA PANDEMIA DO COVID-19. POSSIBILIDADE DESDE QUE IMPLEMENTADAS GARANTIAS ADICIONAIS. COMBINAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DA TRANSPARÊNCIA E DA PARTICIPAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DAS ATIVIDADES ESTATAIS.

1 – A CONSULTA

A consulta proposta em questão foi encaminhada à esta D. Procuradoria Especializada pelo Ilmo. Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves, em caráter de urgência, via correio eletrônico, para exame e Parecer da Consulta formulada no âmbito do Contrato nº 17.2.0389.1, celebrado Estado do Rio de Janeiro e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), referente ao projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela empresa estatal estadual CEDAE.

Ab initio, cumpre ressaltar que o parecer em tela se destina exclusivamente ao exame e resolução do quesito concebido respectivamente ao item nº 4 da consulta, o qual me foi designado pelo Procurador-Chefe desta D. Especializada, Ilmo. Dr. André Rodrigues Cyrino.

O item nº 4 questiona acerca da possibilidade de realização de Audiência Pública por meio de transmissão via rede mundial de computadores, dado o atual contexto causado pela pandemia de COVID-19 em que, como é de conhecimento notório, se adotou, como medida preventiva à sua proliferação, o isolamento social, incluída aí a ampla restrição à realização de reuniões e aglomerações de pessoas.

Desta feita, destaca-se o referido quesito:

4. É juridicamente viável, no âmbito dos projetos de desestatização, a realização de Audiência Pública virtual de modo que estejam garantidos o acesso à informação e na ampla participação da sociedade civil nas etapas do certame?

Cumpre informar que os demais itens da consulta serão abordados separadamente, divididos de acordo com o eixo temático de suas principais questões, conforme determinado pela chefia desta D. Especializada.

Isto posto, é importante frisar que, devido à referida divisão, a fim de evitar dispensáveis repetições, os termos deste relatório versarão somente sobre a temática que lhe é referente. De tal sorte, os demais itens presentes na consulta, bem como suas peculiaridades e pormenores, serão devidamente esmiuçados em outros pareceres, da lavra de outros procuradores.

Por fim, informa-se ainda que, nos termos das Resoluções PGE nº 4531, de 23 de março de 2020 e nº 4537 de 10 de abril de 2020, está suspenso o expediente no âmbito da sede e regionais da Procuradoria Geral do Estado, de forma que os Procuradores e servidores deverão exercer seu ofício

remotamente, sempre que possível, devido à pandemia de coronavírus (COVID- 19), até 30 de abril de 2020.

Dessa forma, o presente Parecer teve origem na consulta enviada por correio eletrônico, sem a formação de Processo Administrativo físico, razão pela qual ainda não há numeração processual indicada em epígrafe e pela qual a consulta está sendo realizada sem instrução documental, o que impossibilita o conhecimento de quaisquer outros elementos alheios à minuta consular enviada, e sendo também respondido por correio eletrônico.

2 – AUDIÊNCIAS PÚBLICAS VIRTUAIS

A etimologia do conceito de audiência está atrelada à ideia de audição, uma vez que o termo "audiência" se origina do termo latino “*audire*”, que significa ouvir. Nessa perspectiva, a finalidade das audiências públicas já é revelada: “*não é outra a não ser ouvir os cidadãos e os grupos sociais legitimados à atuação coletiva em matérias que lhes interessem, de modo que possam influenciar a tomada de decisão pela autoridade pública.*”¹

O instituto da audiência pública entre nós remete à redemocratização do país, período no qual era pujante o clamor pela participação da sociedade civil nas decisões de interesse público. Foi consagrado pela Constituição de 1988, em seu art. 58, §2º, II², pela Lei nº 8.666/1993, nos ditames do art. 39³, bem como pela Lei nº 9.784/1999, conforme previsão do art. 32⁴. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, é previsto na Lei Estadual nº 5.427/2009, a partir de seu art. 28⁵.

As previsões normativas em referência destacam a importância da audiência pública, haja vista que esta objetiva proporcionar a participação social nos espaços institucionais, visando a promoção do diálogo e do caráter consultivo aos cidadãos, sobretudo naqueles temas considerados de interesse da coletividade, como no caso das licitações com valores elevados (art. 39, Lei nº 8.666/1993). Sobre o tema, podem ser destacados os ensinamentos do Professor Agustín Alberto Gordillo:

A audiência pública apresenta, dentre outras, as seguintes vantagens, tais como: (i) garantia objetiva de razoabilidade na atuação do Estado; (ii) formação de consenso da opinião pública antes da tomada de decisão; (iii) garantia objetiva de transparência da relação estatal com os permissionários e concessionários; (iv) elemento de democratização do poder, pois, como explica Rivero, a democracia não é só um modo de designação do poder, mas também um modo de exercício do poder; (v) modo de participação cidadã no

¹ MELO, Cristina Andrade. Audiência pública na função administrativa. Belo Horizonte, MG: Arraes Editores, 2016. p. 17.

² Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 2º As comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

³ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

⁴ Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

⁵ Art. 28. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

*poder público, como exigido tanto por princípios políticos e constitucionais como pelas normas supranacionais.*⁶

Nessa mesma toada, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, destaca a necessidade de participação política do cidadão, como fenômeno que garante legitimidade ao exercício do poder pelos governantes. Desta feita, como processo de legitimação, a audiência pública é viabilizada por meio da publicidade ampla dos atos

públicos que, porventura, possam afetar a coletividade. Frisa-se que essa publicidade se dá anteriormente à edição do ato, a fim de que seja assegurada a manifestação daqueles interessados.⁷

Dessa forma, na medida em que a audiência pública retrata, conjuntamente com a consulta pública, um dos “*instrumentos de participação das comunidades na tomada de decisões administrativas*”⁸, percebe-se então, a existência de uma ligação intrínseca entre este instituto com os princípios da publicidade⁹, da transparência¹⁰ e da participação popular¹¹.

Sendo assim, observando esses princípios de forma teleológica, bem como as instruções normativas que versam sobre o instituto, resta sedimentado o entendimento de que a audiência pública está pautada no seguinte binômio: ampliação da cidadania e fortalecimento democrático-institucional. Isto porque, conforme destacado anteriormente, sua finalidade é a promoção da ampla participação direta da sociedade civil nos projetos institucionais.

Em uma democracia, a participação do cidadão não se restringe ao voto, sendo livre a manifestação popular pelas mais diversas formas, como manifestação do pensamento (art. 5º, IV, CRFB), reuniões populares (art. 5º, XVI, CRFB), etc. Recentemente, esses canais de manifestação têm se estendido àqueles presentes na rede mundial de computadores. Com a profusão da tecnologia, que se faz cada vez mais presente no dia-a-dia dos cidadãos e até mesmo do poder público, a participação da sociedade não se dá apenas presencialmente, como antigamente, mas também por meio das redes sociais, que constituem, hoje em dia, importante canal de comunicação e de manifestação política.¹²

⁶ GORDILLO, 2003, p. XI-6. Apud MELO, Cristina Andrade. *Audiência pública na função administrativa*. Belo Horizonte, MG: Arraes Editores, 2016. p. 24.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no Direito Administrativo*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001. p. 202.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo* – 32. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2018, p. 1.054.

⁹ Sobre o princípio da publicidade, ressalta-se: “*Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem. É para observar esse princípio que os atos administrativos são publicados em órgãos de imprensa ou afixados em determinado local das repartições administrativas, ou, ainda, mais modernamente, divulgados por outros mecanismos integrantes da tecnologia da informação, como é o caso da Internet*”. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo* / José dos Santos Carvalho Filho. - 32. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2018, p. 22.

¹⁰ Acerca do princípio da transparência: “*Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder res ide no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida*”. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 8 Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 117.

¹¹ Coaduna-se à participação popular, a ideia do “Estado em rede”, na qual: “*A teoria do ‘Estado em rede’ foi criada como uma tentativa de aperfeiçoamento no modelo da administração pública gerencial. Superando a simples busca por resultados, o Estado em rede visa realizar uma gestão para a cidadania, transformando os indivíduos de destinatários das políticas públicas em ‘protagonistas na definição das estratégias governamentais’*. Seu principal desafio é ‘incorporar a participação da sociedade civil organizada na priorização e na implementação de estratégias governamentais, fomentando a gestão regionalizada e a gestão participativa, por meio de institutos como consultas e audiências públicas’”. In: MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo* – 8. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 04.

¹² Ilustrativamente, o Estatuto das Estatais contém sete referências à divulgação de atos dessas entidades da Administração Indireta através da rede mundial de computadores.

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

Assim, o indivíduo pode perfeitamente participar virtualmente, por meio de recursos tecnológicos, através dos quais podem ser realizados comentários, sugestões, defesas ou críticas a um determinado projeto estatal submetido ao crivo da coletividade.

Note-se que, mesmo após cessada a calamidade pública e o isolamento social decorrentes do COVID- 19, seria até recomendável que, além da possibilidade de presença física, fosse franqueada também a participação remota em audiências públicas, ainda mais quando envolvessem regiões distintas do Estado ou todo o seu território.

Aqui é importante ressaltar que o conteúdo se sobrepõe à forma. Ainda que preferencial e costumeiramente as audiências públicas sejam realizadas de maneira presencial, desde que seja assegurado o caráter axiológico e normativo do instituto, não se perderia a finalidade do mesmo se este fosse realizado virtualmente, intermediado por alguma **tecnologia simples, de fácil acesso e gratuita** de videoconferência.

Ademais, ressalta-se que, tanto a lei que regula processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a Lei nº 9.784/1999, quanto a lei que estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Lei Estadual nº 5.487/2009, quando tratam de audiências públicas não especificam a necessidade da realização de algum rito pré-determinado. A única determinação que subsiste consiste na necessidade de lavratura da respectiva ata de audiência, com as devidas informações, conforme os ditames do art.35¹³, Lei nº 9.784/1999 e do art. 31¹⁴, Lei Estadual nº 5.487/2009.

Segundo tal perspectiva, é importante ressaltar que não né completamente novo no âmbito do Direito Administrativo que reuniões e audiências públicas sejam realizadas virtualmente com auxílio de tecnologias. Algumas agências reguladoras adotam esta prática - a título de exemplo destacamos as seguintes: (i) Agência Nacional de Aviação Civil: o Art. 36¹⁵. da IN nº 154/2020 autoriza a participação presencial ou à distância em audiências públicas, bem como as reuniões de diretoria também podem utilizar videoconferência, segundo o art. 9º¹⁶ da IN nº. 33/2010; (ii) Agência Nacional de Saúde Suplementar: segundo os ditames do art. 15¹⁷ da Resolução Normativa nº 242/2010, a audiência pública pode ser realizada em ambiente virtual; (iii) Agência Nacional de Transportes Terrestres: tal qual expresso no art. 29¹⁸ da Resolução DG/ANTT/MTPA nº 5.624/2017 , as audiências públicas e reuniões participativas poderão ocorrer com o auxílio de tecnologias de informação e comunicação; e (iv)

¹³ Art. 35. Quando necessária à instrução do processo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos.

¹⁴ Art. 31. Quando necessária à instrução do processo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada ao processo.

¹⁵ Instrução Normativa nº. 154/2020 - Art. 36. A manifestação oral em sessões presenciais ou à distância é garantida a todos os interessados previamente cadastrados, observadas as regras e orientações estabelecidas e as eventuais limitações de tempo e lotação existentes.

¹⁶ Instrução Normativa nº 33/2010 - Art. 9º. A reunião deliberativa será pública e presidida pelo Diretor-Presidente. § 2º Considerar-se-á válida, para o cômputo do quórum de instalação da reunião e dos votos das deliberações, a participação, por meio de teleconferência ou videoconferência, de Diretor que esteja em regular exercício de sua função, condicionado a que, durante a reunião, tome parte das discussões sobre a matéria e profira seu voto.

¹⁷ Resolução Normativa nº 242/2010 – Art. 15. Quando a audiência pública for realizada em ambiente virtual, qualquer interessado poderá ter acesso à sua transmissão pela internet, sem limite de vagas e independente de prévia inscrição.

¹⁸ Resolução DG/ANTT/MTPA nº 5.624/2017 – Art. 29. A ANTT pode rá realizar os eventos de participação social, inclusive sessões presenciais de audiências públicas e reuniões participativas, com o auxílio de tecnologias de informação e comunicação, tendo-se em conta redução dos custos e o aumento da participação de interessados.

Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro – ARSERJ: de acordo com o art. 63, § 4º da Lei Estadual nº 8.344/2019, havendo viabilidade técnica e econômica, a audiência pública poderá ser transmitida ou receber contribuições por videoconferência ou internet.

Por sua sede fluminense, transcrevamos esse dispositivo:

Art. 63. Sem prejuízo da adoção de outras formas de participação, são mecanismos de observância obrigatória nos casos previstos nesta Lei e nos atos normativos da ARSERJ:

II - audiência pública. (...)

§ 4º A audiência pública poderá ser realizada no curso do prazo da consulta pública, será gravada e poderá, em havendo viabilidade técnica e econômica, ser transmitida ou receber contribuições por videoconferência ou internet, assegurado aos interessados o direito à obtenção de cópia da gravação, observados os procedimentos da ARSERJ, anexando-se o áudio e a transcrição ao processo correspondente

Os requisitos constantes deste parágrafo devem inclusive ser por analogia incluídos nos requisitos para a realização de audiências públicas em modalidade exclusivamente virtual. Reparamos que o dispositivo trata de participação virtual em audiência pública que de toda sorte remanesce sendo presencial. Por essa razão as exigências por ele consignadas nos parece necessárias, mas não suficientes para audiências públicas das quais se poderá participar apenas remotamente.

Ainda a título de exemplo, destaca-se que no Estado de São Paulo, através do Parecer CJ/SIMA nº 158/2020, exarado no âmbito do Processo Administrativo SIMA.014048/2020-79, restou consolidada a possibilidade jurídica da realização de audiências públicas virtuais em dois projetos de concessão de uso de bem público, nos casos do Zoológico e Jardim Botânico do Estado de São Paulo e do Caminhos do Mar, ambos em andamento na Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente daquele ente federativo¹⁹.

Logo, no atual contexto, à luz do isolamento social imposto pela pandemia de COVID-19, a possibilidade de utilização em geral destas tecnologias na realização de audiências públicas se intensifica e se faz mais necessária. Sendo evidente o risco de contaminação nas aglomerações físicas, a utilização de tecnologias que propiciem a comunicação humana sem contato físico passa a ser um instrumento de preservação da vida humana – bem maior do ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, por força do princípio da continuidade das atividades administrativas, todas as funções administrativas, em maior ou menor grau, também devem ser prestadas de modo ininterrupto²⁰, de tal forma que *“o atendimento eficiente do interesse público não se coaduna com atividades administrativas descontínuas, desiguais ou imunes à evolução social”*²¹. Nessa visão, não seria admissível que o interesse relacionado à participação social nos espaços institucionais e à própria eficiência das decisões a serem eventualmente tomadas pudessem ser prejudicados por uma questão de descontinuidade na realização de audiências públicas devido à impossibilidade de realizá-las presencialmente, quando pode haver tecnologias disponíveis que possibilitam sua realização segura e efetiva. Desta feita, vê-se que é de interesse público que as atividades administrativas continuem.

Contudo, há de se ressaltar que a audiência pública em ambiente virtual deve ser instruída de

¹⁹ Disponível em: < <https://www.infraestruturameioambiente.sp.gov.br/consema/audienciaspublicas/>> Acesso em 20 abr. 2020.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo - 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 100.

²¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo - 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 45.

forma tal que promova a ampla participação direta da sociedade civil, a fim de cumprir integralmente com as finalidades do instituto. O acesso à informação, portanto, é essencial. ' Dessa forma, a realização da audiência deve ser divulgada de forma extensiva, em diversos canais de comunicação, com fins de favorecer maior participação popular.

Mister ainda que seja escolhida uma tecnologia capaz de favorecer o pleno acesso ao cidadão, bem como que a audiência possa **ser transmitida ao vivo, disponibilizada permanentemente na internet e que possa permanecer gravada para eventuais consultas. Logo, a plataforma tecnológica que será disponibilizada deve permitir acesso amplo, direto e interativo dos cidadãos interessados, inclusive por telefone celular.**

Nesse viés, é ainda necessário que sejam tomados alguns cuidados com a realização da audiência pública em âmbito virtual. Retomando o precedente paulista citado anteriormente, para a realização de suas audiências públicas em ambiente virtual foram previamente determinadas algumas instruções: **(i) quanto à participação – foi determinado que o cidadão interessado poderia participar assistindo online a referida audiência, sem necessidade de inscrição e, mediante inscrição, com possibilidade de manifestação e colaboração com perguntas e sugestões em ambiente virtual, sendo certo que poderiam também ser enviadas perguntas via e-mail durante a audiência, tanto por participantes, quanto por espectadores; (ii) deveria ser realizado um cadastro prévio do participante, com nome completo, RG, órgão ou entidade que representa, telefone e endereço de correio-eletrônico; (iii) a audiência pública deveria ser constituída por uma mesa diretora, tribuna virtual e um plenário virtual, nos quais, a tribuna corresponde ao espaço destinado aos oradores devidamente inscritos e identificados para fazer uso da palavra , transmitidos em ambiente virtual e, o plenário seria composto pelas pessoas cadastradas ou ouvintes da audiência pública; e (iv) prévia divisão das partes da audiência e dos tempos de fala destinados a cada manifestação .**

Ademais, no edital de convocação da audiência pública em ambiente virtual devem ser **disponibilizadas todas as instruções pertinentes ao acesso à plataforma tecnológica, à forma de cadastro e participação do cidadão, bem como seja planejada a divisão das partes da audiência e sua organização temporal.**

Por derradeiro, **caso na data da audiência pública, a situação do isolamento social decorrente do COVID-19 já tenha se normalizado, ela deverá ser realizada presencialmente, mas também com o acesso garantido na forma do edital de convocação que pressupunha ser realizada apenas na forma virtual, o que também deverá ser consignado neste edital.**

3 – CONCLUSÃO

O presente Parecer teve como objeto analisar a consulta apresentada pelo Sr. Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa por correio eletrônica, referente ao projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela CEDAE, versando, entretanto, apenas sobre o seu quesito nº 4, concernente à análise da viabilidade jurídica da realização de audiência pública de forma apenas virtual, em hipótese em que este instrumento de participação social é mandatória.

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 apenas 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*.

É o que, salvo melhor juízo, nos parece.

Rio de Janeiro, 22 de abril de 2020.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO
Procurador do Estado

VISTO

Visto nº /2020 – PGE/PG-17/ARCY

VISTO. Por estar de acordo, aprovo o erudito Parecer nº 04/2020 - ASA, da lavra do i. Procurador do Estado, Alexandre Santos de Aragão, em que analisa a possibilidade de realização de audiência pública por meio de transmissão via rede mundial de computadores, dado o atual contexto causado pela pandemia de COVID-19. Cumpre ressaltar que a presente Consulta foi formulada no âmbito do Contrato nº 17.2.0389.1, celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), referente ao projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela empresa estatal estadual CEDAE.

Segundo as conclusões apontadas no Parecer nº 04/2020 - ASA:

1) Não se vislumbra, sob o ponto de vista jurídico, qualquer óbice a impedir a realização da audiência pública virtual, desde que intermediada por tecnologia simples, de fácil acesso e gratuita de videoconferência, de modo que sejam garantidas a publicidade, a transparência e a participação.

2) Tanto a Lei Federal nº 9.784/99 quanto a Lei Estadual nº 5.487/09, quando tratam de audiências públicas, não especificam a necessidade da realização de rito pré-determinado.

3) Por força do princípio da continuidade das atividades administrativas, todas as funções administrativas, em maior ou menor grau, devem ser prestadas de modo ininterrupto, de forma que não seria admissível que o interesse relacionado à participação social pudesse ser prejudicado por uma descontinuidade na realização das audiências públicas devido à impossibilidade de realizá-las pessoalmente, quando pode haver tecnologias disponíveis que asseguram a sua realização.

4) A audiência pública em ambiente virtual deve promover a ampla participação direta da sociedade civil, a fim de cumprir a finalidade do instituto. Assim, deve ser divulgada de forma extensiva em diversos canais de comunicação.

5) A audiência pública virtual deve ser viabilizada por tecnologia que garanta o amplo acesso, direto e interativo dos cidadãos interessados, inclusive por telefone celular, bem como deve ser transmitida ao vivo, disponibilizada permanentemente na Internet para eventuais consultas.

6) Alguns cuidados devem ser tomados para a realização da audiência pública em ambiente virtual, as quais vão em linha com os princípios de publicidade, transparência e participação. Especificamente: (i) o cidadão interessado deve poder participar assistindo a transmissão online sem necessidade de inscrição e, mediante inscrição, poderia se manifestar e colaborar com perguntas e sugestões, sendo certo que perguntas poderiam ser enviadas via e-mail durante a audiência tanto por participantes, quanto por espectadores; (ii) deve ser realizado um cadastro prévio do participante, com nome completo, RG, órgão ou entidade que representa, telefone e e-mail; (iii) a audiência pública deve ser constituída por uma mesa diretora, tribuna virtual e um plenário virtual, nos quais, a tribuna corresponde ao espaço destinado aos oradores devidamente inscritos e identificados para uso da palavra, e o plenário seria composto por pessoas cadastradas ou ouvintes da audiência pública; (iv) deve haver prévia divisão das partes da audiência e dos tempos de fala para cada manifestação.

7) No edital de convocação da audiência pública virtual, devem ser disponibilizadas as instruções pertinentes ao acesso à plataforma tecnológica, a forma de cadastro e participação do cidadão, bem como o planejamento de divisão das partes da audiência e sua organização temporal.

8) Por fim, na hipótese de na data marcada para a audiência pública a situação do isolamento social em razão do COVID-19 já tenha se normalizado, ela deverá ser presencial, mas também com o acesso garantido na forma do edital de convocação que pressupunha ser realizada apenas na forma virtual, o que também deverá ser consignado neste edital.

À PG-2, para superior consideração.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2020

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

Procurador-Chefe da PG-17

VISTO

Visto. Aprovo o Parecer nº 04/2020 - ASA, da lavra do Procurador do Estado **ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO**, devidamente placitado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17), **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO**, que concluiu pela possibilidade de realização de audiência pública por meio de transmissão via rede mundial de computadores, dado o atual contexto causado pela pandemia de COVID-19, em que se adotou o isolamento social, como medida preventiva à sua proliferação.

Os requisitos para realização da audiência pública em âmbito virtual e demais conclusões foram bem sintetizados no Visto nº /2020 - PGE/PG-17/ARCY.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2020.

MARCELO LOPES DA SILVA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Eventual futura inclusão de municípios não integrantes da região metropolitana em concessão celebrada entre empresa privada e outros entes federativos. Possibilidade desde que atendido determinados requisitos. Análise em tese. Apenas diante de cada caso e modelagem concreta poderá ser definitivamente aferida a legitimidade da inclusão.

1. A CONSULTA

A consulta foi encaminhada à esta Procuradoria Especializada pelo Exmo. Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Marcelo Lopes da Silva, via correio eletrônico, para exame e parecer de alguns desdobramentos da instituição da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ) e do projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela empresa estatal CEDAE.

Especificamente, indaga-se em tese sobre a viabilidade jurídica de adesão de municípios que não pertencem à Região Metropolitana findo o leilão de desestatização. Além disso são questionados pontos caso se concretize essa possibilidade, referentes ao instrumento jurídico pertinente à regulamentação desse ingresso e necessidade de que essa medida seja aventada em decisão do Conselho da Região Metropolitana.

Desta feita, são apresentados os referidos quesitos:

- 1. É possível o ingresso de novos municípios após terminado o leilão de desestatização?*
- 2. Na hipótese de resposta positiva à indagação precedente, como pode ser previsto tal ingresso e que instrumento jurídico seria o adequado à sua regulamentação? É de questionar-se, igualmente, se deveria essa possibilidade ser acenada por decisão do Conselho da Região Metropolitana, propondo-se as redações de artigos e cláusulas pertinentes.*

A presente consulta foi ainda instruída por documentação também enviada por correio eletrônico. Os documentos são relacionados ao projeto de concessão regionalizada do saneamento básico dos municípios atualmente operados pela CEDAE, e encontram-se em elaboração e eventual futura consulta pública.

Os documentos, nem todos relacionados diretamente ao objeto da consulta, foram divididos em 4 blocos: (i) Grupo 1: Minutas de Edital e Anexos; (ii) Grupo 2: Minutas de contrato de concessão e Anexos; (iii) Grupo 3: Instrumentos de gestão associada (Convênio de Cooperação entre ERJ e RM; Convênio de Cooperação entre ERJ e municípios do interior; Contrato de Programa entre ERJ e CEDAE; Contrato entre ERJ e CEDAE sobre indenização de investimentos não amortizados e Termo de rescisão dos contratos atualmente vigentes da CEDAE); e, (iv) Grupo 4: Estudos referenciais (Plano Regional de Saneamento da RM; Planos de Negócio e Planos Municipais de Saneamento dos municípios do interior).

Isto posto, é importante frisar que, nos termos do art. 3º, da Resolução PGE nº 4551, de 28 de abril de 2020, resta suspenso o acesso aos autos dos processos físicos que tramitem no âmbito desta Procuradoria Geral no lapso temporal correspondente a 01.05.2020 a 15.05.2020, de modo que as

tramitações deverão ocorrer por meio do Sistema SEI e de e-mail. Dessa forma, o presente Parecer teve origem na consulta enviada por correio eletrônico, sem a formação de Processo Administrativo físico, razão pela qual ainda não há numeração processual indicada em epígrafe e pela qual está sendo também respondida por correio eletrônico

Por fim, destaca-se que a natureza dos questionamentos em tese propostos na consulta é meramente de Direito, de modo que a análise a seguir é formulada com base em questionamentos hipotéticos. Sobretudo porque não há qualquer indício fático sobre a situação e identificação dos entes municipais, que eventualmente poderiam ingressar posteriormente neste projeto de desestatização, inclusive em relação à legislação municipal de cada um e eventuais declarações de inconstitucionalidade. Sendo assim, ressalta-se que ao final deste Parecer, os quesitos são respondidos limitadamente, apenas em tese, uma vez que não se fazem possíveis maiores divagações específicas acerca do tema.

1.2. INTRODUÇÃO

Os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, em regra, no atual modelo, são de competência municipal. Os Municípios detêm a competência para disciplinar os aspectos mais específicos relacionados à prestação dos serviços de saneamento básico, de modo que a atuação da concessionária depende de um instrumento de delegação desses serviços pelo Município à Companhia. Esta delegação resulta de uma estrutura na qual o Município firma um contrato de programa para a prestação dos serviços de saneamento básico, incumbindo à concessionária, se estatal, a prestação dos serviços de captação, tratamento, adução, distribuição das redes de águas, bem como, coleta, transporte, trato e destino final dos esgotos gerados.

Assim, cada Município delega os serviços no âmbito de seus respectivos territórios. Alguns optaram por delegá-los à CEDAE, via contratos de programa, os quais prescindem de licitação (art. 24, XXVI, da Lei nº 8.666/93)¹. E outros optaram por licitá-los e celebrar contratos de concessão com concessionárias privadas.

Todavia, com a edição da LCE nº 184 de 27 de Dezembro de 2018, que instituiu a Região Metropolitana no âmbito do ERJ, criou - se uma modelagem inovadora, na qual a titularidade dos serviços de saneamento básico no âmbito dos municípios metropolitanos passou a ser da RMRJ, e não mais de cada município metropolitano. Isto porque, diante do interesse comum, a Região Metropolitana poderia, no âmbito de seu território, viabilizar a gestão do serviço de forma mais coordenada e eficiente.

Assim, sendo a adesão dos Municípios à Região Metropolitana compulsória, a titularidade deixa de ser dos Municípios metropolitanos e passa a ser da RMRJ, i.e., o colegiado de Estado e Municípios. Destaca-se que o STF, no julgamento da ADI nº 1.842/RJ, fixou estes entendimentos².

¹ Contrato de Programa é uma figura prevista no artigo 13 da Lei de Consórcios Públicos, que permite a delegação de serviço público a entidade da Administração Pública de outro ente federativo sem necessidade de prévia licitação. No âmbito dos serviços de saneamento básico, é utilizado para que os municípios (titulares do serviço) deleguem-no, sem licitação, à empresas estatais estaduais, as quais não possuem outorga *ex lege* para prestá-lo. Muitos municípios preferem celebrar contratos de programa, mas muitos outros optam por licitar os serviços a concessionárias privadas. Está para ser aprovado um PL que prevê a proibição de delegação do serviço de saneamento básico via contrato de programa. A intenção é abrir o setor à concorrência pelo mercado com concessionárias privadas. Por ora, o titular do serviço que decide se irá licitar ou não.

² Destaca-se trecho do Acórdão: “O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. (...) 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

Soma-se ao cenário o fato de que o Estado do Rio de Janeiro aderiu ao Regime de Recuperação Fiscal (RRF) de que trata a Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017. Na composição de seu Plano de Recuperação, o Estado do Rio de Janeiro indicou o conjunto de leis autorizativas relacionadas ao Regime de Recuperação Fiscal e, dentre elas, destaca - se a Lei Estadual nº 7.529, de 7 de março de 2017, que autoriza a privatização de empresas do setor de saneamento, na forma do inciso II do §1º do art. 4º, com vistas à utilização dos recursos para a quitação de passivos³.

Concebeu-se nessa esteira o Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto, cuja elaboração ficou à cargo do BNDES. Pelo modelo proposto, os serviços que antes eram prestados unicamente pela CEDAE seriam divididos em duas etapas: a etapa *upstream* (serviços de coleta e tratamento de água) e, subsequentemente, a etapa *downstream* (serviços de distribuição de água tratada ao usuário final). Com a CEDAE permaneceria, no âmbito dos municípios metropolitanos, apenas a etapa *upstream*. Já etapa *downstream* seria licitada a concessionária privada.

A modelagem proposta para os municípios não metropolitanos é um pouco distinta: todas as etapas seriam delegadas às concessionárias privadas. Assim, a CEDAE continuaria prestando a etapa *upstream* apenas para a RMRJ.

O referido projeto concebeu uma divisão em 4 blocos de municípios, mesclando, em um mesmo bloco, municípios metropolitanos e não metropolitanos. Cada bloco seria concedido a uma concessionária privada diferente. A ideia seria promover um subsídio cruzado: combinar, num mesmo bloco, municípios mais lucrativos com outros menos. Por essa modelagem, a CEDAE prestaria os serviços *upstream* às concessionárias *downstream*, mediante cobrança de tarifa. A Lei de Saneamento Básico prevê que essa relação deve ser regulada via contrato a ser celebrado entre a CEDAE e as concessionárias, figurando a agência reguladora setorial como interveniente anuente (AGENERSA)⁴.

Ressalta-se que, a princípio, foram deixados de fora dessa divisão de blocos de municípios a serem licitados os municípios metropolitanos de Niterói, Petrópolis e Guapimirim. Isto porque tais municípios possuem contrato de concessão em curso, com outras concessionárias que não a CEDAE. O Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17, de 28/02/2020 concluiu pela manutenção de tais contratos até o advento dos respectivos termos finais ou outra causa extintiva, vedada a prorrogação, por se tratarem de atos jurídicos perfeitos protegidos pelo art. 5º, XXXVI, da CRFB c/c art. 6º, §1º da LINDB e art. 27 da LCE nº 184/2018. Segundo o parecerista, uma vez encerrados tais contratos, os serviços de saneamento básico destes municípios serão absorvidos pela RMRJ, e passarão a ser contratados por ela, e não mais pelos próprios municípios, como ocorria antes.

A fim de contornar os custos de transação envolvidos na coordenação da delegação conjunta de serviços com múltiplos titulares (RMRJ e municípios não RM abrangidos pelo projeto), o Projeto propôs a delegação de diversas funções administrativas ao ERJ. Cada titular do serviço celebraria com o ERJ, um Convênio de Cooperação⁵, delegando à AGENERSA as funções de fiscalização e regulação dos serviços e ao ERJ as funções de organização e promoção da licitação dos serviços e de gestão dos contratos de delegação (contratos de concessão e de programa), mais outros coligados. Isso significa que o ERJ, além de licitar os serviços, assinaria os contratos como mandatário, em nome dos titulares, assumindo para si direitos e obrigações que seriam deles. Com os titulares remanesceriam as funções de planejamento setorial, fiscalização (paralelamente à AGENERSA) e eventual retomada dos serviços.

de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas (...). (...) Recolhimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado”. ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. pi Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

³C.f.: Parecer nº 02/2017/COREM/SURIN/STN/MF-DF de 14.08.2017. Disponível em: <http://www.transparencia.rj.gov.br/transparencia/content/conn/UCMServer/uuid/dDocName%3AWCC200055>. Acesso em 06 de mai. de 2020.

⁴ C.f.: Promoção nº 02/2019 – PGE/PG-17/ARC Y

⁵ O Convênio de Cooperação trata-se de instrumento de gestão associada previsto no art. 241 da CFBR e regulamentado na Lei de Consórcios Públicos, pelo qual é possível a delegação, entre diferentes entes federativos, de atividades administrativas relativas à prestação de serviços públicos, com fito de promover o Federalismo Cooperativo.

O Parecer nº 03/2020 ARCY/PG-17, ao analisar a viabilidade jurídica desse modelo – de que o ERJ assinasse os contratos de delegação dos serviços de saneamento básico em nome dos titulares dos serviços – entendeu pela possibilidade de delegação desses poderes, via Convênios de Cooperação. Dessa forma, o ERJ assinaria os contratos de delegação dos serviços públicos de saneamento básico e outros contratos coligados em nome dos titulares dos serviços, na qualidade de mandatário. Entretanto, ressaltou para os riscos jurídicos envolvidos na modelagem e aventou a recomendação exarada no Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17, afirmando considerar mais prudente que os próprios titulares figurem como partes nesses contratos, ao invés do ERJ.

Acrescenta-se ainda que, o Parecer nº 03/2020 ARCY/PG-17 também se posicionou pela necessidade de celebração de contrato de programa conexos aos convênios de cooperação com finalidade de estabilização do vínculo convencional, uma vez que o art. 13, *caput* c/c § 7º, da Lei de Consórcios Públicos exige a sua celebração.

Partindo desses pressupostos e diretrizes,⁶ passamos diretamente à fundamentação deste parecer e, posteriormente, à resposta da Consulta.

2. AUMENTO DO POLO ATIVO DO CONTRATO DE CONCESSÃO APÓS A SUA CELEBRAÇÃO

Os contratos administrativos podem ser sucintamente definidos como os ajustes comutativos que a Administração Pública, nessa qualidade, celebra com particular ou outra entidade pública. O parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/1993 caracteriza como contratos apenas os ajustes que estipulem “obrigações recíprocas”. Os contratos administrativos se distinguem dos contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública pela existência de cláusulas exorbitantes. Dessa maneira, os contratos administrativos são regidos por normas e princípios próprios do direito público, de forma que o direito privado apenas atua de forma supletiva segundo dispõe o art. 54 da Lei nº 8.666/1993⁷.

Além disso, devido à previsão constitucional prevista no artigo 37, XXI, CRFB, exige-se licitação para aquisição de bens e serviços, somente sendo permitidas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Dessa forma, considera-se que os contratos administrativos possuem, em regra, natureza pessoal – pessoal em relação ao vencedor da licitação.

É em razão desta natureza pessoal que são geradas discussões na doutrina e na jurisprudência quanto à possibilidade de cessão nos contratos administrativos, por exemplo. O Tribunal de Contas da União tradicionalmente opina pela vedação de cessão de posição contratual no contrato público. Entretanto, esse entendimento se destoa da doutrina, que vem admitindo a possibilidade de cessão, dada à aplicação supletiva das normas da teoria geral dos contratos à regulação do contrato administrativo⁸.

⁶ Sobre eles ver também o tópico IV.

⁷ C. f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 440.

⁸ Destaca-se o seguinte excerto: “(...) não é possível afirmar que a cessão da posição contratual ou – muito menos – os casos de reorganização empresarial importariam uma espécie de contratação direta, sem licitação. Licitação houve e a Administração selecionou a proposta mais vantajosa, a qual deverá ser fielmente executada. Aliás, lembre-se que a Lei permite inclusive a substituição de responsáveis técnicos, cuja identidade foi reputada essencial para a habilitação do licitante (art. 30, § 10). No âmbito de concessão de serviço público, em que as características pessoais do concessionário são – presume-se muito mais relevantes do que numa contratação mais simples, é perfeitamente possível a cessão do contrato, tal como se vê do art. 27 da Lei n. 8987. Por todos os argumentos, não se pode concordar com a orientação que vem sendo consagrada na jurisprudência do Colendo TCU.” In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 841 - 842

Sobre a questão, a PGE/RJ no Parecer nº 22/10-FAG, da lavra do Ilmo. Procurador do Estado Dr. Flávio Amaral Garcia, se manifestou no seguinte sentido:

É fato que a Lei n. 8.666/93 não autorizou expressamente a cessão no pólo ativo nos contratos administrativos. Mas isso não quer dizer seja vedado fazê-lo.

Como se sabe, aplicam-se aos contratos administrativos supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, conforme expressamente determinado no art. 54 da Lei n. 8.666/93.

Assim, seriam aplicáveis supletivamente aos contratos administrativos as normas de direito privado, que admitem, via interpretação analógica, a cessão da posição contratual utilizando como fundamento, naquilo que couber, as regras que disciplinam a cessão de crédito.

Não há por que afastar essa possibilidade no campo do direito público, momento quando não mais se compreende a ação do administrador sob o ângulo da legalidade e estrita.

Ora, aplicando analogicamente os raciocínios empregados, se é possível admitir a cessão no pólo ativo nos contratos administrativos⁹, mesmo sem autorização expressa da lei, pode *a fortiori* se considerar possível a ampliação desse mesmo pólo ativo nos contratos públicos, ainda que não haja previsão legal para tanto.

A Lei nº 8.666/1993, que institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública, não chegou a tratar expressamente do acréscimo ao pólo ativo contratual nos contratos administrativos. De igual sorte, a Lei nº 8.987/1995 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, ao tratar sobre os contratos de concessão, não fez nenhuma menção à possibilidade de ampliação do número de contratantes. No entanto, semelhantemente à hipótese da cessão, não significa que seja vedado fazê-lo. Primeiro porque os contratantes iniciais continuariam na relação jurídica; segundo porque, na hipótese cogitada, o pólo acrescido seria o dos contratantes públicos, e a grande preocupação do ordenamento jurídico na matéria é de que alterações contratuais subjetivas não afetem as características do contratado privado aferidas em licitação, para que o resultado de esta não seja desvirtuado via cessão contratual do pólo passivo.

Veja-se *a latere* que Lei nº 8.987/1995, quando trata da Administração Pública contratante, considera o conceito de poder concedente, atrelando-o aos entes federativos, segundo a dicção do art. 2º, I. Logo, o requisito para figurar no pólo ativo do contrato, trazido pela lei, perpassa a ideia deste possuir poder concedente. Nessa conjuntura, admite-se que poderia ocorrer a ampliação do pólo contratante, na medida que a parte ingressante também de têm poder concedente. Na hipótese consular, esse poder concedente estaria presente, dado que seriam entes municipais que ingressariam ao pólo ativo do contrato de concessão.

⁹ Importa ressaltar que embora a cessão de posição nos contratos administrados seja no geral admitida, sua realização só é possível desde que observados alguns requisitos, a saber: “Destacam-se os seguintes requisitos para que seja possível a cessão da posição dos contratos administrativos entre entes públicos: a) seja a via mais adequada para concretização dos direitos fundamentais; b) que o bem do contrato a ser transferido seja competência imposta pelo ordenamento ao ente cessionário, c) que o cessionário possua condições técnicas de assumir as obrigações pactuais; d) demonstração de recursos suficientes à consecução do objeto por parte do novo contratante; e) e a concordância do contratado. Partindo da premissa de que o regime jurídico-administrativo não permitiu expressamente a cessão da posição contratual entre entes públicos e, ainda, que a leitura constitucional da legalidade significa, necessariamente, a persecução da concretização dos direitos fundamentais, é imprescindível a demonstração que a cessão dos contratos é a via mais adequada para o atingimento das finalidades constitucionais.” In: SANTOS, R. A cessão da posição contratual entre entes públicos nos contratos administrativos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 7, n. 1, p. 152 - 174, 29 jan. 2020.

Ademais, destaca-se que, ainda que a natureza do contrato de concessão possa sugerir que as características pessoais dos contratantes são relevantes – sobretudo as da concessionária – o art. 27 da Lei nº 8.987/1995 traduz uma possibilidade de cessão no polo contratual¹⁰. Disso decorre que há uma abertura a possíveis flexibilizações quanto ao caráter pessoal do contrato de concessão. Ora, se essa medida pode ser admitida em relação à parte concessionária, ainda mais se poderia em relação à parte que detém o poder concedente. Novamente aqui se aplica o raciocínio: sendo admitida a hipótese de cessão do polo contratual, também pode ser admitida a hipótese de ampliação do polo contratual, em relação à Administração contratante (*quem pode o mais, pode o menos*).

Entretanto, ainda que essa ampliação do polo contratual ativo seja teórica e formalmente possível, se faz necessário o cumprimento de alguns requisitos para que seja plenamente verificada sua compatibilidade com as regras vigentes.

3. REQUISITOS PARA OS MUNICÍPIOS NÃO INTEGRANTES DA REGIÃO METROPOLITANA

Conforme visto anteriormente, no caso de municípios não metropolitanos, lhes é atribuída a tarefa de “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local”, segundo os ditames do art. 30, V, CRFB. Nesse sentido, ao contrário daqueles integrantes da Região Metropolitana, mantém-se com eles a titularidade do serviço, cabendo aos mesmos prestá-los diretamente ou utilizando-se de instrumentos de delegação.

Entretanto, a Constituição também prevê, em seu art. 23, IX, que: “a melhoria das condições de saneamento básico” é competência comum entre os entes da federação. Dessa forma, admite-se uma ideia de que há um dever de colaboração intergovernamental neste setor de serviços públicos. Essa colaboração pode ocorrer por meios distintos: como consórcios públicos, transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou bens essenciais, bem como pela participação em projetos de interesse comum que compõe a área, tal qual se deu na ocasião do Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANASA¹¹.

O Parecer nº 03/2019 ARCY/PG-17, analisou questão similar a que é objeto do presente Parecer, ao verificar, dentre outros questionamentos, a possibilidade de que algum Município não integrante da Região Metropolitana ingressar nos serviços de natureza metropolitana e sob quais condições isso poderia ser possível. Em suas conclusões, aplicáveis *rebus in rebus in casu* (cf. tópico IV), o parecerista entendeu que a prestação de serviços de natureza comum poderia envolver municípios não integrantes da Região Metropolitana justamente devido à lógica cooperativa que permeia o modelo federativo instituído pela Constituição da República.

Contudo, recomendou que, para tanto, fossem observados os seguintes requisitos: (i) como regra, o serviço deve ser remunerado, ou, no mínimo, deverá ser estabelecido mecanismo de compensação, ou contrapartida; (ii) a prestação deve ser aprovada pelo Conselho Deliberativo da RM, com base no Art. 11. § 4º da LCE nº 184/2018¹²; (iii) a prestação do serviço não pode, em hipótese alguma, implicar prejuízo à prestação do serviço em questão a Município integrante da RM.

Além de tais recomendações, destaca - se o seguinte excerto do Parecer:

¹⁰ Coaduna-se ao entendimento de Marçal Justen Filho destacado na nota de rodapé nº 7.

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. O saneamento básico e sua execução por empresa estadual. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, v. I, n. 5m ago. 2001.

¹² 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.

(...) parece-me recomendável que, na hipótese de delegação de serviço público de interesse comum pela RM, haja a previsão da possibilidade da prestação a Município estranho à região como modalidade de recebimento de receita alternativa. Aliás, neste caso, a tarifa paga pelos usuários do serviço que habitem outro Município será, justamente, o mecanismo de contraprestação.

Os quesitos propostos na presente consulta, menciona um critério temporal como parte do questionamento, indagando quanto a possibilidade desta adesão se dar após a desestatização dos serviços. Acreditamos que, em face deste marco temporal da desestatização, seriam necessários novos requisitos, além daqueles constantes do Parecer nº 03/2019 ARCY/PG-17, para ser verificada a viabilidade jurídica da adesão destes municípios.

Seriam eles: legitimidade da necessidade de contratação direta, respeito ao princípio do paralelismo das formas, manutenção do equilíbrio econômico financeiro contratual, bem como, o cumprimento dos limites para a alteração contratual, especialmente no que diz respeito aos reflexos da ampliação do polo ativo no aumento da área geográfica objeto da concessão.

À título de argumentação, passaremos a tratar de cada um deles, especificamente, nos subtópicos abaixo.

3.1. AFERIÇÃO DA LEGITIMIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA DA CONCESSIONÁRIA PRIVADA PELO MUNICÍPIO ENTRANTE

Sendo o Estado um dos maiores adquirentes de bens e serviços e considerando que a celebração de seus contratos, demanda-se um procedimento de licitação, a fim de garantir um destino idôneo aos recursos do Erário, por meio da escolha da melhor proposta para determinado contrato. Como os recursos são públicos, o Estado não pode escolher as empresas a serem contratadas ao seu bel-prazer. É seu dever não apenas escolher a melhor proposta, dando as mesmas oportunidades para todos os potenciais interessados que se encontrarem na mesma situação, como também ter mecanismos para demonstrar que essa era a melhor proposta e de possibilitar o controle sobre tal decisão¹³.

Entretanto, nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade de a obrigatoriedade de licitações ser excepcionada por lei (art. 37, XXI, CRFB). Assim, nos termos adotados pela Lei nº 8.666/93, é possível a realização de as contratações diretas, ou seja, sem a prévia realização de licitação, em razão de dispensa (art. 24) ou de inexigibilidade (art. 25).

Nas hipóteses de dispensa, a competição é viável, porém, por razões de conveniência e oportunidade, fica a cargo do juízo discricionário da Administração Pública a realização ou não da licitação. Nesse sentido, haja vista este traço fundamental, entende-se que a dispensa não é obrigatória e os casos previstos no art. 24 são taxativos.

Por outro lado, a inexigibilidade de licitação corresponde a situações de natureza fática, sobretudo. Nesta hipótese, a própria competição é inviável, fazendo com que seja desnecessária ou impossível a licitação. Dessa forma, a enumeração dos casos de inexigibilidade é meramente exemplificativa, conforme se depreende da redação do art. 25. Tal conceito possui uma zona de certeza negativa, que se submete ao crivo do órgão jurídico. A inexigibilidade é, portanto, um conceito jurídico

¹³ C. f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit., p. 364.

indeterminado, a ser avaliado pelo administrador ¹⁴.

Nesse sentido, o art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 estabelece algumas formalidades para que as contratações diretas sejam válidas – inclusive a motivação da dispensa ou inexigibilidade de licitação – com o enquadramento do caso concreto a uma das hipóteses legais de contratação direta¹⁵. Sobre o tema, destacam-se os ensinamentos de Odete Medauar:

Fora os casos de dispensa por valores abaixo do limite legal, os demais em que se contratam sem licitação devem ser justificados e comunicados, dentro de três dias, à autoridade superior, para homologação (a lei denomina ratificação) e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição de eficácia dos atos. Os autos de dispensa e inexigibilidade serão instruídos com os seguintes elementos: a) caracterização da situação que justifica a não realização de licitação; b) razão da escolha do executante ou fornecedor indicado; c) justificativa do preço; d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa nos quais os bens serão alocados (art. 26, *caput* e parágrafo único, com alterações posteriores)¹⁶.

A mesma linha de entendimento é adotada há muito pela Procuradoria do Estado, como já indicava o saudoso Procurador do Estado Marcos Juruena Vilela Souto, no Parecer nº 17/99. Neste parecer foi destacada a necessidade de que a interpretação do administrador acerca do que caracteriza uma situação de inviabilidade de competição, por razões técnicas, fosse orientada pelo princípio da razoabilidade e de que decisão pela contratação direta dali decorrente fosse justificada e motivada de forma suficiente.

Ao órgão jurídico cabe resguardar a observância do formalismo necessário para garantir a regularidade do procedimento de contratação direta, inclusive, quanto às exigências constantes do art. 26, da Lei nº 8.666/93, que buscam garantir a economicidade na contratação. Entende-se, portanto, que a importância de serem cumpridas tais exigências constantes decorre do fato de serem tais comandos orientados à busca da economicidade na contratação direta, consubstanciada na seleção da melhor proposta por parte da Administração Pública.

Destaca-se ainda que o Procurador do Estado Marcos Juruena observou, no Parecer nº 06/2000-MJVS, que o não atendimento dos requisitos previstos no art. 26, da Lei nº 8.666/93, quais sejam, a caracterização da situação com base em avaliação feita pelo administrador, as razões da escolha do fornecedor ou prestador do serviço e a justificativa do preço, acarreta a nulidade da contratação e a possibilidade de responsabilidade penal do administrador, com base no art. 89, da Lei nº 8.666/93.

Ressalva-se que, a possibilidade de dispensa ou inexigibilidade de licitação nas concessões de serviços públicos não é – em face dos termos peremptórios do art. 175 da Constituição, em relação à necessidade de licitação, e do silêncio da Lei nº 8.987/1995 – pacífica. Entretanto, como já manifestamos em sede doutrinária,¹⁷ entendemos que, quanto à inexigibilidade, sendo matéria fática inviabilizadora da competição, a sua possibilidade não pode ser afastada. Em relação às dispensas, que pressupõem a possibilidade de licitação, por sua própria natureza, não se aplicam as hipóteses enumeradas no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, salvo nos casos de extrema urgência (art. 24, IV) ou no caso, bastante improvável, de baixo valor econômico do serviço a ser concedido (art. 24, I). Nesse mesmo viés, destaca-se:

¹⁴ Id. Ibid. p. 380.

¹⁵ Id. Ibid. p. 381.

¹⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 195

¹⁷ C.f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 436

A regra constitucional da licitação é colocada em termos peremptórios para delegação de serviços públicos (art. 175 da CRFB). Não obstante a literalidade da norma supracitada, a possibilidade, excepcional, de delegação direta de serviços públicos, sem a realização prévia da licitação tem sido reconhecida pela doutrina. Em primeiro lugar, a concessão direta será possível nas hipóteses de inviabilidade de competição, quando a licitação será declarada inexigível.

Registre-se que a inexigibilidade relaciona-se com a impossibilidade de competição prévia, e o rol de situações elencadas no art. 25 da Lei 8.666/1993 tem caráter meramente exemplificativo.

Em segundo lugar, é possível vislumbrar casos de concessão direta por meio de dispensa de licitação. Todavia, não é possível aplicar todas as hipóteses de dispensa, previstas no art. 24 da Lei 8.666/1993, às concessões de serviços públicos. As hipóteses de dispensa, além de taxativas, relacionam-se, normalmente, às contratações de bens e serviços particulares pelo Poder Público, o que não ocorre nas concessões, quando o Poder Público transfere o serviço público de sua titularidade aos particulares para exploração por sua conta e risco. Entendemos que a aplicação da dispensa de licitação às concessões de serviços públicos só será possível nas hipóteses de urgência ou necessidade da contratação direta (art. 24, III, IV e IX, da Lei 8.666/1993), quando a licitação seria um obstáculo à promoção célere do interesse público, bem como na hipótese de licitação deserta (art. 24, V, da Lei 8.666/1993), sempre com a devida motivação por parte do Poder Público¹⁸.

Dessa forma, aplicando tais diretrizes ao específico questionamento proposto na presente consulta, entende-se que caberia ao município que pretende aderir ao projeto de saneamento, após o momento de desestatização, justificar a razão de sua intenção de contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, diante de suas circunstâncias fáticas. Isto porque, sendo este Município não integrante da Região Metropolitana, possui plena titularidade do serviço de saneamento básico, podendo realizar a própria concessão de serviço público.

Ao aderir ao projeto em tela, sendo findo o leilão de desestatização, o Município deve justificar a contratação direta, porque haverá, evidentemente, uma adquirente vencedora, que passará a ser denominada concessionária. Logo, mister se faz a avaliação criteriosa pelo Município de sua situação fática, bem como seu devido enquadramento legal, perante a Lei nº 8.666/1993, a fim de justificar a medida pretendida.

A isto decorre que se torna ônus do ente municipal demonstrar o cumprimento dos requisitos do art. 26 da Lei nº 8.666/1993 para justificar eventual inexigibilidade de licitação. Ou seja, o suposto município deve evidenciar a situação fática que justifica a não realização de licitação própria, expor a razão da escolha da aderência ao plano, e, conseqüentemente, à concessionária executante, bem como, deve justificar economicamente e documentalmente sua escolha.

3.2. PRINCÍPIO DO PARALELISMO DAS FORMAS

A modificação da relação jurídica deve seguir as mesmas formas dos atos (unilaterais ou negociais) que a ela deram origem, o que é expressado no princípio do paralelismo das formas. O conceito está atrelado intrinsecamente à ideia de simetria das formas, de modo que eventual

¹⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo* – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 226 – 227.

modificação de determinado ato ou contrato administrativo, seja por razões de conveniência ou de oportunidade, deverá corresponder à forma utilizada na edição deste mesmo ato.

Tal princípio, que é um dos preceitos que regem a atuação do Poder Público, resulta, nas palavras de Paulo Bonavides: “que um ato jurídico só se modifica mediante o emprego de formas idênticas àquelas adotadas para elaborá-lo”¹⁹. Nesse mesmo sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

(...) a forma utilizada na edição do ato deve ser a mesma usada para sua alteração ou revogação (ex.: decreto que declara a utilidade pública do imóvel para fins de desapropriação somente pode ser revogado por outro decreto)²⁰.

Diante de tal perspectiva, é que, por exemplo, entende -se ser a lei o instrumento jurídico necessário para a extinção de uma autarquia, já que para sua criação a mesma é necessária, sendo certo que: “a forma de nascimento dos institutos jurídicos deve ser a mesma para sua extinção”²¹. Outro exemplo que pode ser destacado é o caso da extinção de cargos, que, deve ser feita por lei, já que a sua criação também o é²².

O princípio também encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Segundo o informativo 943 do STF, a Corte, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 5624/ DF, decidiu no sentido de que, em razão do paralelismo (simetria) das formas, como a criação das empresas estatais necessita de uma lei prévia autorizando, a extinção destas também deve ser precedida de autorização legislativa. De igual sorte, como não se exige lei específica para autorizar a criação de subsidiária, também pelo princípio do paralelismo das formas, não se exige lei específica para a sua alienação²³.

Nesse viés, o Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto envolve a manifestação de vontade de diversos entes estatais. Sendo assim, para sua alteração, com a inclusão de mais um sujeito no polo contratante e de sua respectiva área geográfica, seria necessária a ação conjugada desses mesmos entes, de acordo com a forma dos instrumentos originários em uma cadeia complexa de atos unilaterais, negociais, planos e leis, em respeito ao princípio do paralelismo das formas.

Para qualquer alteração subjetiva nessa relação jurídica complexa e plurilateral é necessário que esta seja realizada por meio dos mesmos instrumentos que lhe deram origem. Logo, o ingresso de novos Municípios após a desestatização, corresponde a um ato novo, que altera todo o feixe de negócios jurídicos coligados constantes desta modelagem, porquanto ele deverá ser plenamente considerado.

Dessa maneira, para concretizar a nova adesão municipal hipoteticamente cogitada, seria necessária a celebração de novos atos ou termos aditivos em todos os documentos realizados neste Projeto. Isto porque, o ingresso de Município alheio ao marco zero da celebração de todos esses negócios jurídicos altera a manifestação de vontade das partes prestada anteriormente, razão pela qual deverá ser realizada mais uma vez e deverá ser manifesta a anuência e concordância de todos os participantes deste feixe de negócios coligados, **inclusive dos requisitos seguidos por cada um dos entes para a sua celebração.**

Assim, entendemos que, por exemplo, devam ser aditivados os seguintes documentos: contrato de concessão e anexos; instrumentos de gestão associada; convênio de cooperação entre ERJ e RM; convênio de cooperação entre ERJ e municípios do interior; contrato de Programa entre ERJ e CEDAE;

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18^a edição – Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 206.

²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. Cit., p. 307.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 505.

²² C. f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit., p. 629.

²³ STF – MC ADI 5624 DF – Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 25/04/2019. Data de Publicação: DJe 089 30/04/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo943.htm>> Acesso em: 08 mai. 2020

contrato entre ERJ e CEDAE sobre indenização de investimentos não amortizados; termo de rescisão dos contratos atualmente vigentes da CEDAE; estudos referenciais (plano regional de saneamento da RM; planos de negócio e planos municipais de saneamento dos municípios do interior; eventuais leis autorizativas etc.).

Ademais, é importante atentar para o fato de que os municípios do interior celebraram Convênio de Cooperação junto com o ERJ, razão pela qual, o Município que pretende ingressar no projeto, também deverá celebrar o mesmo instrumento. Ressalta-se que os municípios do interior também apresentaram seus planos municipais de saneamento e, dessa mesma maneira, o Município que visa aderir à modelagem, também deverá elaborar seu Plano de Saneamento, na forma de sua lei, e apresentá-lo junto aos estudos referenciais que acompanham o projeto.

Frisa-se mais uma vez que não satisfaz ao princípio do paralelismo a mera aditivação ou celebração do instrumento em si. Mister-se faz que os requisitos que compunham a origem desses instrumentos também sejam respeitados. Como por exemplo, caso tenha sido necessária alguma autorização, como no caso da necessidade de autorização do Conselho Deliberativo da RM ou de poder legislativo, isso deverá ser repetido, anteriormente à celebração de convênios ou outros instrumentos, tal qual disposto nos termos do Art. 11. § 4º da LCE nº 184/2018²⁴.

3.3. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Sempre que, por ação ou omissão, material ou jurídica, do Estado, ou por fatos imprevisíveis em geral, a estrutura econômica inicial da relação contratual for alterada, ela deve retornar à sua situação original, estabelecida quando da apresentação da proposta²⁵. Nessa mesma perspectiva, sublinham-se as palavras de Marçal Justen Filho: “O equilíbrio econômico -financeiro do contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente.²⁶”. Desse modo:

A garantia da intangibilidade da inicial equação econômico-financeira importa, assim, a manutenção da relação entre os encargos assumidos pelo contratado e a contraprestação assegurada pela administração, ou, dito de outro modo, a preservação da relação entre encargos e receitas. Por se tratar de garantia constitucional, nem a lei, nem o contrato poderiam afastá-la²⁷.

Assim, observa-se uma “especial aplicação da Teoria da Imprevisão”, segundo a qual se desponta como instrumento a proteção da equação econômico-financeira do contrato – este protegido e assegurado como um direito ao equilíbrio contratual. José dos Santos Carvalho Filho traz a seguinte definição:

²⁴ 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.

²⁵ C.f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit., p. 361.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. rev. atual. e ampl. 3ª t i r. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1179

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41 - 54, jan./ mar. 2018, p. 47.

Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste²⁸.

Nesse sentido, durante o cálculo da equação econômico-financeira, devem ser considerados todos os fatores favoráveis e desfavoráveis a ambas as partes, com vistas a se chegar ao restabelecimento do equilíbrio contratual. Isto é: se em um contrato de concessão as áleas extraordinárias em questão ocorrerem desonerando o concessionário, o contrato deve ser revisto em benefício do poder concedente ou dos usuários. De igual forma ocorreria caso se verificasse que a álea extraordinária estivesse onerando o concessionário. Não se trata de sanção ou gravame, mas sim da necessidade da manutenção do contrato em seus termos econômicos iniciais, a fim de evitar o enriquecimento injustificado de qualquer das partes. Entende-se, portanto, que o equilíbrio econômico-financeiro comporta um caráter de garantia de mão dupla²⁹.

Acerca da equação econômico-financeira aplicada aos contratos de concessão, destacam-se os ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld e de Jacintho Arruda Câmara:

Os valores a serem recebidos pela concessionária devem assegurar os termos econômicos que as partes assumiram ao compor o ajuste da equação econômico-financeira, ajuste esse traduzido na proposta aceita na licitação, em função das condições contratuais previstas no edital. A receita potencial projetada é tida, por ambas as partes, como idônea para suportar os custos em que incorrerá a concessionária, proporcionando-lhe adequada margem de remuneração. (...) A inicial equação econômico-financeira – isto é, a relação entre encargos e contraprestações – não é noção abstrata. Tem base na realidade jurídica, é positivada e moldada pelo contrato de concessão. É o contrato que fixa a matriz de riscos (estipulando as responsabilidades das partes e o conjunto de encargos e benefícios de cada uma delas), os indicadores de serviços (que podem impactar positiva ou negativamente na remuneração da concessionária) e o sistema de pagamentos – fatores essenciais à conformação das condições econômico-financeiras da proposta³⁰.

Ressalta-se que a intangibilidade é apenas da equação econômico-financeira, não das cláusulas que tenham expressão econômica em si. Alguns importantes aspectos econômicos do contrato de concessão estão na esfera unilateral do poder público, ao passo que constam de cláusulas de serviço, como por exemplo, a fixação da tarifa. Essas cláusulas podem ser alteradas, desde que o delegatário seja de alguma forma recompensado, segundo a previsão do art. 9º, § 4º, Lei no 8.987/1995³¹. Caso haja a diminuição da tarifa, por exemplo, o equilíbrio econômico-financeiro há de ser recomposto

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. Ed. rev. ampl. e atual. até 31 - 12 - 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 199.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 263, maio/ ago. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI_0006.aspx?pdiCntd=96955>. Acesso em: 7 maio 2020.

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Op. Cit.*, p. 47.

³¹ Art. 9º § 4º. Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

mediante a minoração dos investimentos, a não reversibilidade de parte dos bens, o aumento do prazo da delegação, etc. Ou seja a Administração deverá sempre observar o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado, recompondo-o se for o caso³².

Em outras palavras, o ato que, alterando o contrato, onerar ou desonerar o concessionário, deve conter, em si próprio ou em ato paralelo emitido na mesma oportunidade, a forma de recomposição da equação econômico-financeira inicial.

Por definição, o objeto da presente consulta representaria uma **alteração na estrutura inicial da relação contratual; além de subjetivamente, também no objeto, já que a inclusão de um município altera também a área geográfica coberta pelo concessionário**. Logo, para ser efetivado o ingresso de novos Municípios após o leilão de desestatização, impende-se que seja mantida a equação econômico-financeira inicial do contrato de concessão e eventuais formas de recomposição desta.

A entrada de novos municípios pode ocasionar duas diferentes hipóteses que poderiam desequilibrar a relação de adequação entre encargos e contraprestações: a primeira delas seria a entrada de um Município economicamente muito rentável, gerando receitas extras para a concessionária; e a segunda, por outro lado, seria o ingresso de um Município que poderia gerar mais custos do que lucros à concessionária, o que tornaria o contrato mais oneroso. Em ambos os casos se observaria o enriquecimento injustificado de qualquer uma das partes, de forma que, os termos do contrato precisariam de revisão, com vistas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Assim sendo, provavelmente o estabelecimento de mecanismos necessários à garantia da proteção ao que será acordado em termos da equação econômico-financeira do marco zero da avença. Destaca-se a importância de que estes sejam baseados em estudos técnicos formulados segundo critérios de economicidade.

3.4. POSSIBILIDADE E LIMITES PARA A EXORBITÂNCIA DA ALTERAÇÃO NO POLO ATIVO E NA ÁREA GEOGRÁFICA OBJETO DA CONCESSÃO

Uma das cláusulas exorbitantes características dos contratos administrativos é a possibilidade de alteração unilateral. No entanto, essa prerrogativa não é tão ampla quanto se poderia supor, uma vez que só pode ser realizada nos limites admitidos pela lei. Devem ser sempre observados a variação objetivamente fundamentada e especificada do interesse público, o contraditório e a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, segundo arts. 58, § 2º, e 65, §6º da Lei nº 8.666/1993.³³

Nesse viés, destaca-se a diferenciação existente entre as alterações de caráter quantitativo e as alterações classificadas como qualitativas. Enquanto as alterações quantitativas correspondem ao acréscimo ou redução do objeto contratual, as qualitativas se relacionam com a necessidade de uma execução mais adequada ao interesse público envolvido no objeto contratual. Observa-se, porém, que, nem sempre, essa distinção entre alterações quantitativas e qualitativas será absoluta. Isto porque, no caso concreto pode ocorrer que alterações qualitativas importem também em acréscimo do objeto contratual, na medida em que isto seja necessário para a melhor adequação técnica aos objetivos do contrato. Mediante estes casos, é possível classificar as alterações em qualitativas com repercussões quantitativas³⁴.

³² C.f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. Op. Cit

³³ C.f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 363

³⁴ Sobre o tema, salienta-se: *“Incluem-se na classe as alterações qualitativas acréscimos e supressões cerca de quantitativos que se fizerem necessários no curso da execução do contrato, desde que não afetem a dimensão do objeto (caso em que se teria uma alteração quantitativa). Trata -- se de reconhecer que as alterações qualitativas podem versar sobre aumento ou redução do escopo do contrato, desde que não se mire a alteração na dimensão do objeto do contrato.”* In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo: exegese de dispositivos da Lei*

Esses limites referem-se sobretudo ao disposto no art. 65, §1º da Lei nº 8.666/93, cuja literalidade exprime o seguinte:

Art. 65. § 1º. O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Partindo desses pressupostos, impõe-se o problema chave à questão deste tópico: é possível aplicar tal regime normativo aos contratos de concessão de serviços públicos, principalmente os limites do art. 65, § 1º? Em estudo similar, Luís Roberto Barroso, ao analisar as concessões de rodovias, no artigo acadêmico “*Alteração dos contratos de concessão rodoviária*” questiona, justamente, se as limitações da Lei nº 8.666/1993 se aplicariam às concessões de serviços públicos e quais seriam os parâmetros, gerais e específicos, que se relacionam diretamente do assunto.

Segundo a concepção do eminente autor, as disposições da Lei Geral de Licitações e Contratos que possuem parâmetros gerais decorrem do sistema constitucional e legal e são aplicáveis a todos os contratos administrativos. O autor os exemplifica com os parâmetros gerais da lei, tais quais: a preservação do equilíbrio econômico-financeiro, a necessidade de expressa justificação para o ato e a demonstração de que não é viável licitar de forma autônoma a alteração que se pretende introduzir no ajuste.

Por outro lado, o autor considera que os parâmetros específicos, tais quais os percentuais limitadores do art. 65, §1º devem ser considerados somente como parâmetros sem força cogente, ou seja, como diretrizes. Sobretudo, devido a acentuada mutabilidade de um contrato de concessão, que se prolonga durante grande lastro temporal, diferentemente do que acontece com a matéria contratual regulada na Lei nº 8.666/1993. Veja -se:

(...) cabe fazer algumas observações sobre os parâmetros específicos contidos no art. 65 da Lei nº 8.666/93. A tese de que os percentuais referidos pelo dispositivo não se aplicam aos contratos de concessão é bastante consistente, pelos argumentos expostos acima. Nada obstante, parece prudente, pelo proveito de se operar com um parâmetro objetivo, que tais percentuais sejam utilizados, não como regras cogentes, mas como diretrizes, também no âmbito das alterações quantitativas dos contratos de concessão. Isto é: o administrador deve considerar esses limites como marcos a serem respeitados no geral e cuja superação, ainda que possível, deve ser acompanhada de motivação mais analítica, que demonstre a conveniência da alteração para o interesse público e sua compatibilidade com os princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública.

Assim, no âmbito dos contratos de concessão, é possível afirmar que e às alterações qualitativas e às qualitativas com repercussões quantitativas aplicam-se todas as exigências acima – **preservação do equilíbrio econômico-financeiro, motivação e demonstração de inexigibilidade de licitação autônoma da alteração**. No caso das alterações quantitativas, além dessas exigências, aplica-se, como **diretriz geral, o respeito aos percentuais**

previstos pela Lei nº 8.666/93, art. 65, ainda que esses limites possam ser superados se, no caso concreto, demonstrar-se a necessidade da alteração por conveniência do interesse público, bem como sua compatibilidade com os princípios constitucionais, sobretudo os da igualdade e da impessoalidade³⁵.

Tais raciocínios podem ser perfeitamente aplicados ao caso proposto na consulta. Explica-se. A alteração pretendida corresponde a uma alteração de natureza qualitativa com repercussões quantitativas, na medida que, o ingresso de mais um ente municipal no projeto de saneamento, também tem consequências direcionadas à ampliação do objeto contratual, por ampliar a área geográfica da concessão.

Ora, seguindo essa linha de raciocínio e aplicando os ensinamentos trazidos por Luís Roberto Barroso, entende-se que, ao ingresso de um novo Município, enquanto alteração de natureza qualitativa com repercussões quantitativas, aplicam-se os parâmetros gerais por ele referidas. Tais quais: preservação do equilíbrio econômico-financeiro, justificação e demonstração de inexigibilidade de licitação (já recomendados nos tópicos acima, frisa-se).

Em que pese, não lhes sejam diretamente aplicados os limites constantes do art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993, posto que não são disposições obrigatoriamente incidentes ao caso, compartilhamos da ideia que, estes percentuais limitadores podem ser adotados de alguma forma como diretrizes, tal qual sugerido por Barroso, uma vez que a Lei de Licitações e Contratos possui aplicação subsidiária à Lei de Concessões – Lei nº 8.987 /1995.

Entretanto, assim como observado pelo autor, vislumbramos que há uma evidente dificuldade quanto à mensuração dos limites da Lei nº 8.666/1993, quando projetados em contratos de concessão de serviço público, dada a reconhecida especialidade do objeto destes últimos. Por esta razão, entendemos que os limites percentuais devem servir como diretrizes, **mas que apenas diante do caso concreto que eventualmente venha a ocorrer poderá ter o seu cumprimento aferido.**

4. DIRETRIZES DECORRENTES DO PRECEDENTE PARECER Nº 1ª/2020 ARCY/PG-17

Como já introduzido no tópico 1.2, o Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17, quando analisou a situação dos Municípios da RMRJ com contratos de concessão em curso (Niterói, Petrópolis e Guapimirim), que a princípio foram deixados de fora do projeto, previu que com o término dos referidos contratos, as concessões em tais municípios passariam a ser celebradas pela RMRJ. Desta previsão, restaram duas opções: que em relação a tais Municípios se realizassem delegações apartadas ou que fossem absorvidos nos contratos metropolitanos já existentes.

No caso da primeira hipótese, entendeu-se que não precisaria se repartir a outorga com eles, conforme recomendado pelo Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 em resposta ao quesito 1.6 da consulta. No segundo cenário, estipulou-se que a futura absorção desses municípios deveria estar prevista no edital e no contrato, sendo que, para incluí-los seria necessária a aprovação de novo regulamento pelo CDRM, em nova deliberação.

O Parecer asseverou também que seria necessário incluí-los na repartição das outorgas fixa e variável, já que a Resolução 05/2020 CDRM só prevê a repartição para “municípios metropolitanos que fizerem parte do escopo do projeto”. Quanto à outorga variável, entendeu-se que esta só seria paga a partir do momento da absorção.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 111, grifos nossos

Já quanto à outorga fixa, concluiu-se que haveria duas alternativas: (i) incluí-los desde já na repartição da outorga; (ii) prever pagamento da outorga para esses municípios só no futuro na ocasião da absorção, com critérios próprios de repartição. Outra recomendação assinalada, foi no sentido de que deveriam ser ressalvados nominalmente nas minutas quais os municípios metropolitanos que não fariam parte da delegação de serviços de saneamento básico pelo ERJ.

Acreditamos que algumas dessas exigências possam incidir em casos concretos que venham a ocorrer, a depender de suas características, observada a diferença entre os casos: o do precedente trata de Municípios metropolitanos, enquanto o caso presente versa, justamente, acerca de Municípios não metropolitanos. Há, no entanto, o relevante ponto em comum, que é a hipótese de futura absorção de entes municipais nos contratos em curso.

Sendo assim, tal qual indicado no precedente, estipula-se que futura absorção, de eventuais Municípios que visem ingressar pós desestatização, deve estar expressamente prevista nas minutas de edital e dos negócios jurídicos coligados (todos eles, bem como em seus atos prévios, administrativos ou legislativos), vez que, conforme visto acima, uma das cláusulas exorbitantes características dos contratos administrativos é a possibilidade de alteração unilateral. Ressaltando-se aqui, a necessidade do estabelecimento de mecanismos necessários à garantia da proteção ao que será acordado em termos da equação econômico-financeira neste marco zero da avença, com vistas à recomposição do equilíbrio contratual, conforme fundamentação constante do tópico 3.3.

Deste modo, uma das opções a se considerar é prever no edital e nos negócios jurídicos coligados cláusula que possibilite ao ERJ ou a RMRJ decidir, após a desestatização, quanto à possibilidade de absorção de eventuais novos Municípios que objetivem ingressar no projeto e que o possam fazê-lo. Prevendo ainda que, em todos os casos, caso haja a absorção ou não, que resta preservado o direito ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato, mediante mecanismos aprovados segundo os estudos técnicos de economicidade.

Entretanto, ressalva-se que, por óbvio, não seria possível recomendar que os Municípios sejam assinalados nominalmente nas minutas. Dado que, não se sabe quais Municípios, por ventura, desejarão ingressar ao modelo proposto e quais cumprirão os requisitos necessários para tanto. Pela mesma razão, não haverá como incluí-los na repartição das outorgas fixa e variável referidas pelo citado Parecer. Em todo caso, quanto a questão seria necessário novo regulamento a ser estipulado pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana.

De toda sorte, aqueles atos e negócios jurídicos, com a mera previsão da possibilidade hipotética de inclusão de novos municípios, não podem ser considerados como pré-autorizações das eventuais inclusões futuras de novos municípios, já que não há como, hoje, minimamente se prever as bases com as quais tais inclusões possam vir a ocorrer.

5. CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto, passamos sucinta e objetivamente a responder aos quesitos que nos foram apresentados, sem que isso prescindia, naturalmente, do conjunto integral do restante do parecer:

1) É possível o ingresso de novos municípios após terminado o leilão de desestatização?

Sim, conforme consta da fundamentação deste Parecer, atendendo, por exemplo, **(a)** a necessidade de previsão genérica dessa possibilidade nos editais, negociais jurídicos e atos administrativos ou legislativos da concessão originária, inclusive como cláusula exorbitando impositivo unilateralmente à concessionária; **(b)** presença, a ser verificada no eventual caso futuro concreto, dos requisitos da inexigibilidade de licitação por parte do município entrante; **(c)** alteração à época dos instrumentos originários integrantes de em uma cadeia complexa de atos unilaterais, negociais, planos e leis, em respeito ao princípio do paralelismo das formas; **(d)** apreciação e eventual implementação do reequilíbrio econômico-financeiro em razão da entrada de um novo município, seja favorável ou

contrariamente à concessionária; **(e)** diretriz geral, o respeito aos percentuais previstos pela Lei nº 8.666/93, art. 65; **(f)** como regra, o serviço deve ser remunerado, ou, no mínimo, deverá ser estabelecido mecanismo de compensação, ou contrapartida; **(g)** a prestação deve ser aprovada pelo Conselho Deliberativo da RM, com base no Art. 11. § 4º da LCE nº 184/2018; e **(h)** a prestação do serviço não pode, em hipótese alguma, implicar prejuízo à prestação do serviço em questão a Entes já integrantes do polo ativo da concessão.

Como se vê, os requisitos de **(b)** a **(h)** só podem – e devem – ser aferidos diante dos casos concretos de inclusão de novos municípios que venham a ocorrer no futuro.

2) Na hipótese de resposta positiva à indagação precedente, como pode ser previsto tal ingresso e que instrumento jurídico seria o adequado à sua regulamentação? É de questionar-se, igualmente, se deveria essa possibilidade ser acenada por decisão do Conselho da Região Metropolitana, propondo -se as redações de artigos e cláusulas pertinentes.

Em relação à primeira pergunta integrante deste quesito, remetemos ao item **(a)** da resposta anterior.

Quanto à segunda pergunta, a resposta é positiva, nos termos dos itens **(a)** e **(g)**, devendo a previsão contemplar os elementos enumeradas nos itens **(b)** a **(h)** da resposta anterior.

É o que, salvo melhor juízo, nos parece, mais uma vez reiterando tratar-se de análise meramente hipotética e que apenas cada caso e modelagem concreta de inclusão de novo município pode ter a sua juridicidade efetivamente aferida.

Rio de Janeiro, 14 de maio de 2020.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO
Procurador do Estado

Processo Administrativo SEI- 150001/013185/2021.

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

1 – RELATÓRIO SOBRE A CONSULTA

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

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

O fez especificamente da seguinte maneira:

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

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

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

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

2 – DO OBJETO DA CONSULTA E DA PREMISA NECESSÁRIA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira³ afirma:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5 – APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 30 À CONSULTA

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

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

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

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

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

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

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

6 – CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS

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

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

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

prestado ao Estado por inadimplemento.

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

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

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

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

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

7 – CONCLUSÕES

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

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

É o que, salvo melhor juízo, nos parece.

Rio de Janeiro, 24 de novembro de 2021.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Procurador do Estado

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

VISTO

Processo Administrativo nº SEI-150001/013185/2021

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

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

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

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

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

À PG-02, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2021.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador-Assistente da Procuradoria Administrativa

VISTO

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

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

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

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

À Secretaria de Estado da Casa Civil, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2021

RAFAEL ROLIM DE MINTO

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Processo Administrativo SEI-150001/003574/2022.

IDENTIFICAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS NA CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO PARA FINS DE INDENIZAÇÃO DA CEDAE. CLÁUSULAS EDITALÍCIAS E CONTRATUAIS. MODELAGEM CONTRATUAL. ADOÇÃO DO CRITÉRIO FUNCIONAL. PRÉVIA INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO QUANTO À ESSENCIALIDADE DO BEM À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. QUESTÃO TÉCNICA A OBSERVAR O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO CONTRATUALMENTE PREVISTO.

1. Relatório sobre a consulta

O processo administrativo em epígrafe foi encaminhado a esta Procuradoria Administrativa, com fulcro no art. 6º, §2º e no art. 7º, ambos do Decreto Estadual nº 40.500/07, tendo em vista a complexidade da matéria.

O despacho de encaminhamento doc. SEI nº 28647641, exarado pela Diretoria da Presidência da Companhia Estadual de Águas e Esgoto do Rio de Janeiro - CEDAE, originou o presente feito, visando à definição acerca dos bens a serem considerados como reversíveis. Na oportunidade, foram tecidos os seguintes questionamentos:

- 1) Segundo os conceitos definidos em edital e no contrato podemos considerar como bens reversíveis necessários à prestação regionalizada dos serviços “downstream”: redes, ligações, estações de tratamento de esgoto (ETE), estações elevatórias de água (EEA), estações elevatórias de esgoto (EEE), poços de visita, interceptores emissários, coletores troncos e reservatórios de água tratada?
- 2) Segundo os conceitos definidos em edital e no contrato podemos desconsiderar como bens reversíveis instalações como: sedes administrativas, lojas comerciais, almoxarifado, oficinas, laboratórios, garagens e sedes onde se agrupam viaturas e empregados envolvidos com a prestação de serviços?

A Diretoria Jurídica da CEDAE manifestou-se por intermédio do Parecer Conjunto DJU/DJU-8/TFPRS-DDK-RCC nº 024/2022, ocasião em que se analisou a reversibilidade dos bens sob às luzes da doutrina, da jurisprudência e das previsões contratuais e editalícias e se chegou às seguintes conclusões:

- 1) A doutrina em geral conceitua bem afeto como aquele correspondente ao bem destinado à uma necessidade coletiva, com utilização voltada ao atendimento do interesse público;

- 2) A afetação, entretanto, não indica que todos os bens utilizados para a prestação de um serviço público concedido são reversíveis;
- 3) Em relação aos bens reversíveis, a doutrina se coloca em duas correntes: a patrimonial e a funcional, sendo esta última majoritária na doutrina e jurisprudência, bem como a adotada nos Editais de Concorrência Internacional nº 01/2020 e 01/2021 e que, portanto, determinará quais bens serão transferidos às novas concessionárias.
- 4) Inexiste conceito normativo de bens reversíveis, sendo possível usar, como parâmetro a minuta de instrução normativa com metodologia de cálculo para indenização de bens reversíveis não amortizados em caso de extinção antecipada de contratos entre titulares e prestadores de serviços de saneamento básico da Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade do Ministério da Economia (Sepec/ME).
- 5) Considerando a posição doutrinária e jurisprudencial, é reversível o conjunto de bens transferidos à concessionária, bem como aqueles adquiridos no curso da concessão, qualificados como essenciais, necessários ou indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação adequada do serviço;
- 6) Caberá às áreas técnicas da Companhia definir quais os bens são imprescindíveis à continuidade do serviço público desabastecimento de água e esgotamento sanitário, considerando quais eram os bens essenciais e indispensáveis à prestação do serviço público no momento da transferência ao sistema, ou seja, aqueles bens sem os quais a prestação do serviço seria interrompida.

Além do acima colacionado, o parecer mencionado respondeu as questões formuladas nos seguintes termos:

1) Segundo os conceitos definidos em edital e no contrato podemos considerar como bens reversíveis necessários à prestação regionalizada dos serviços “downstream”: redes, ligações, estações de tratamento de esgoto (ETE), estações elevatórias de água (EEA), estações elevatórias de esgoto (EEE), poços de visita, interceptores emissários, coletores troncos e reservatórios de água tratada?

Sim. De acordo com todo o exposto no presente opinamento, os referidos bens podem ser considerados como reversíveis, cabendo à equipe técnica da Companhia identificar os bens imprescindíveis para a prestação do serviço público, baseado na continuidade do serviço público e sua essencialidade para a prestação, consoante os parâmetros já indicados nesse parecer.

2) Segundo os conceitos definidos em edital e no contrato podemos desconsiderar como bens reversíveis instalações como: sedes administrativas, lojas comerciais, almoxarifado, oficinas, laboratórios, garagens e sedes onde se agrupam viaturas e empregados envolvidos com a prestação de serviços?

De acordo com os conceitos dos Editais de Concorrência Internacional nº 01/2020 e 01/2021, não são bens reversíveis os bens privados que são vinculados à prestação do serviço público, mas não são essenciais e imprescindíveis à sua realização, como, por exemplo, sedes administrativas, lojas comerciais, almoxarifado, oficinas, laboratórios e garagens. Tais bens podem ser substituídos pelo prestador por outros bens diversos, não sendo

imprescindíveis ao serviço público concedido e, portanto, não devem ser considerados reversíveis.

Posteriormente, o processo em epígrafe foi remetido a esta Procuradoria Administrativa por meio do despacho de encaminhamento doc. SEI nº 29432444.

Após esse breve relatório, passamos à análise e à manifestação sobre o tema.

2. Do objeto da consulta e da estrutura do parecer

Faz-se necessário, desde logo, clarificar o objeto da consulta, qual seja, a análise sobre a reversibilidade dos bens empregados na prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Desde logo, registra-se que o presente parecer tem como objetivo fornecer os contornos jurídicos sobre o tema para que o Estado, como representante dos titulares dos serviços públicos concedidos à exploração privada, as concessionárias, a CEDAE e à Agência Reguladora de Energia e Saneamento – AGENERSA, considerando a expertise técnica inerente à operação do sistema, alcancem às conclusões sobre quais bens devem ser considerados reversíveis.

Nesse contexto, esse opinamento será estruturado da seguinte forma. Inicialmente, serão explorados as cláusulas existentes sobre o tema nos editais de licitação e nos contratos de concessão celebrados no âmbito das concorrências internacionais nº 01/2020 e nº 01/2021, bem como as considerações realizadas por esta Casa, quando da análise da viabilidade jurídica das minutas apresentadas.

Posteriormente, tal como o bem lançado Parecer Conjunto DJU/DJU- 8/TFPRS-DDK-RCC nº 024/2022, empreenderemos exame da legislação, da doutrina e da jurisprudência sobre a reversibilidade dos bens relativos a contratos de concessão de serviços públicos.

3. Das disposições editalícias e contratuais sobre os bens reversíveis na concessão em concreto

Considerando que os editais de licitação e contratos de concessão celebrados em decorrência da concorrência internacional nº 01/2020 e nº 01/2021 não instruem o processo administrativo em epígrafe, tomamos como base os dados existentes no sítio eletrônico disponibilizado pelo Estado do Rio de Janeiro¹, os documentos presentes no processo administrativo SEI- 150001/008936/2021² e as informações contidas no doc. SEI nº 28647641 acostado neste feito.

Do edital da concorrência internacional nº 01/2021³, observa-se que o tema dos bens reversíveis foi disciplinado nas cláusulas 1.2.6, 1.2.7, 1.2.8,

1.2.58 e 1.2.61, cujas redações são transcritas abaixo:

1.2.6. BENS PRIVADOS: bens de propriedade da CONCESSIONÁRIA

¹ Disponível em: < <http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/>>.

² Nesse processo administrativo, houve a elaboração dos Pareceres Conjuntos nº 01/21 – ARCY/FAG e nº 01/21 – ASA/GUB e os quais analisaram, respectivamente, as minutas do edital da concorrência internacional nº 01/21 e do contrato que o instruíam.

³ Disponível em: <<http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos/grupo1/EDITAL.pdf>>.

que, não obstante serem BENS VINCULADOS, não são considerados BENS REVERSÍVEIS, por serem bens de uso administrativo e/ou não essenciais à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA;

1.2.7. BENS REVERSÍVEIS: conjunto de bens móveis e imóveis, englobando instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios integrantes dos sistemas de água e esgoto existentes, objeto da CONCESSÃO, essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, que será transferido à CONCESSIONÁRIA, bem como os demais bens essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA que vierem a ser adquiridos e/ou construídos pela CONCESSIONÁRIA, e que reverterão aos titulares dos SERVIÇOS, por intermédio do ESTADO, quando da extinção da CONCESSÃO;

1.2.8. BENS VINCULADOS: BENS PRIVADOS e BENS REVERSÍVEIS, que, em conjunto, representam todos os bens utilizados pela CONCESSIONÁRIA na execução do CONTRATO DE CONCESSÃO;

(...)

1.2.58. SERVIÇOS: atividades integradas que compreendem a totalidade dos serviços a serem prestados pela CONCESSIONÁRIA, assim caracterizadas:

(a) abastecimento de água: serviço público que abrange as atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água, desde a captação até as ligações prediais e os seus instrumentos de medição.

(b) esgotamento sanitário: serviço público que abrange as atividades de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente.

(...)

1.2.61. SISTEMA: conjunto de infraestruturas ligadas à prestação dos SERVIÇOS, tais como, redes, ligações, estações elevatórias de água, estações elevatórias de esgoto, estações de tratamento de água, estações de tratamento de esgoto, poços de visita, interceptores, emissários, coletores troncos, **dentre outras estruturas necessárias à prestação dos SERVIÇOS**, nos termos do ANEXO IV do EDITAL;

Desses regramentos, é possível inferir que o edital de licitação, no que toca aos bens utilizados na prestação do serviço público, dividiu-os em duas espécies: reversíveis e privados. Aqueles seriam o conjunto de bens móveis e imóveis essenciais e indispensáveis à execução do contrato de concessão, sendo certo que a cláusula 1.2.7 indica alguns exemplos do que a modelagem realizada considerou como reversível: instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios integrantes dos sistemas de água e esgoto existentes.

Por sua vez, a cláusula 1.2.61 traz o conceito de sistema, termo mencionado na disposição citada acima, compondo, dessa forma, a previsão no edital sobre bens reversíveis. Nesse sentido, sistema seria o conjunto de infraestruturas ligadas à prestação dos serviços, tais como redes, ligações, estações elevatórias de água, estações elevatórias de esgoto, estações de tratamento de água, estações de tratamento de esgoto, poços de visita, interceptores, emissários, coletores troncos, dentre outras estruturas necessárias à prestação dos serviços. Veja-se que se trata de rol exemplificativo, o qual poderá ser preenchido de acordo com avaliações técnicas sobre a prescindibilidade ou não de determinada infraestrutura relacionada ao serviço concedido.

Já a cláusula 1.2.6 dispõe sobre os bens privados da concessionária, os quais, apesar de utilizados na execução do contrato, não são considerados bens reversíveis, por possuírem uso administrativo ou não essencial.

No que se refere ao contrato⁴ anexo ao edital acima analisado, temos que, além da repetição dos conceitos transcritos, há algum avanço na regulamentação da matéria.

A cláusula 9ª trata do inventário dos bens reversíveis à concessão. Transcreve-se, a seguir, algumas disposições importantes para o deslinde da consulta, em especial a subcláusula 9.3:

9.1. A partir do início da OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, a CONCESSIONÁRIA deverá elaborar, às suas expensas, o INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS, no qual serão identificados e descritos, detalhadamente, todos os bens cuja guarda e operação serão transferidas à CONCESSIONÁRIA, com a descrição de suas funcionalidades e de seu estado de conservação.

(...)

9.3. O INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS abrangerá os bens imóveis, instalações e equipamentos afetados à operação dos SERVIÇOS, não incluindo os imóveis onde haja atualmente a execução de atividades meramente comerciais ou administrativas da CEDAE.

Verifica-se que o contrato exceuiu dos bens reversíveis, expressamente, os bens imóveis onde haja atualmente a execução de atividades meramente comerciais ou administrativas da CEDAE.

Ainda em relação à cláusula 9ª, a subcláusula 9.4 traz o procedimento a ser observado no âmbito da concessão para a elaboração e aprovação do inventário dos bens reversíveis. Considerando a sua inerente relação com o objeto da consulta, transcreve-se o seguinte excerto:

9.4. A primeira versão do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS deverá ser concluída e encaminhada pela CONCESSIONÁRIA ao ESTADO, à CEDAE e à AGÊNCIA REGULADORA no prazo de até 130 (cento e trinta) dias contados da assinatura do CONTRATO.

9.4.1 O INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS poderá conter avaliações e eventuais ressalvas quanto às condições dos BENS REVERSÍVEIS.

9.4.1.1. O ESTADO terá o prazo máximo e improrrogável de 15 (quinze) dias para a aprovação do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS ou para propor, de forma tecnicamente justificada, modificações e ajustes no levantamento e/ou avaliação dos BENS REVERSÍVEIS, devendo comunicar sua decisão à CONCESSIONÁRIA e à AGÊNCIA REGULADORA dentro do prazo referido.

9.4.1.2. Uma vez comunicada da decisão do ESTADO, a CONCESSIONÁRIA terá o prazo máximo e improrrogável de 15 (quinze) dias para se manifestar, de forma tecnicamente justificada, sobre as propostas de modificações ou ajustes apresentados pelo ESTADO, devendo, dentro deste prazo, reencaminhar ao ESTADO, com cópia para a AGÊNCIA

⁴ Disponível em: <<http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos/grupo2/Contrato-de-Concessao.pdf>>.

REGULADORA, o INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS, com eventuais alterações, para aprovação.

9.4.1.3. Recebido o INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS reencaminhado pela CONCESSIONÁRIA nos termos da subcláusula 9.4.1.2, com eventuais alterações e acompanhado da manifestação da CONCESSIONÁRIA, o ESTADO terá o prazo máximo e improrrogável de 10 (dez) dias para aprovação final do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS, devendo, na hipótese de não-aprovação, comunicar, dentro do prazo referido, a CONCESSIONÁRIA e a AGÊNCIA REGULADORA acerca das razões que motivaram a sua decisão.

9.4.1.4. Comunicada a AGÊNCIA REGULADORA da não- aprovação do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS, esta terá o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar acerca das eventuais divergências das PARTES, decidindo acerca do conteúdo do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS que deverá prevalecer para os fins da CONCESSÃO.

9.4.1.5. Uma vez exaurido o prazo previsto na subcláusula 9.4.1.3. sem que tenha havido manifestação do ESTADO quanto à aprovação do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS, a AGÊNCIA REGULADORA deverá se manifestar acerca da questão, no prazo e para os fins previstos na subcláusula 9.4.1.4.

Pode-se resumir o acima transcrito nas seguintes etapas: a) elaboração do inventário de bens reversíveis pela concessionária; b) aprovação ou não do inventário pelo Estado do Rio de Janeiro; c) eventual recurso da concessionária sobre a decisão anterior; d) em caso de manutenção da decisão, encaminhamento à AGENERSA; e e) decisão final da agência reguladora.

A cláusula 10 do contrato em tela, denominada “Bens Vinculados”, traz o regramento sobre os bens vinculados, cuja definição a subcláusula 10.1 assim estabelece: “(...) todas as instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios afetados à prestação dos SERVIÇOS”.

Colacionam-se abaixo a demais disposições importantes para a compreensão do tema em consulta:

10.2. Serão considerados BENS REVERSÍVEIS todos os bens descritos no INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS, englobando instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios integrantes do SISTEMA essenciais e indispensáveis à prestação dos SERVIÇOS, que serão transferidos pelos titulares, por intermédio do ESTADO e/ou da CEDAE, bem como os demais bens essenciais e indispensáveis à prestação dos SERVIÇOS que vierem a ser adquiridos e/ou construídos pela CONCESSIONÁRIA, e que reverterão aos titulares, por intermédio do ESTADO, quando da extinção do CONTRATO.

10.3. Serão considerados BENS PRIVADOS as instalações comerciais e administrativas da CONCESSIONÁRIA, tais como escritórios, lojas, depósitos, almoxarifados e pátios de equipamentos, salvo aqueles que possuam comprovada afetação à prestação dos SERVIÇOS e que constem no INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS.

10.3.1. Os BENS PRIVADOS que não estejam afetos diretamente à execução do CONTRATO e, portanto, não sejam considerados essenciais à

prestação dos SERVIÇOS, poderão ser gravados, dados em garantia ou alienados livremente.

(...)

10.5. As estruturas, instalações, bens e equipamentos resultantes dos investimentos executados durante a vigência da CONCESSÃO serão incorporadas ao SISTEMA e passarão a ser operadas pela CONCESSIONÁRIA nas condições previstas neste CONTRATO.

10.5.1. Após a execução de cada uma das obras necessárias à prestação do SERVIÇO, os prédios, as estruturas e as instalações resultantes serão incorporadas ao SISTEMA inclusive para fins de reversão e passarão a ser operadas pela CONCESSIONÁRIA nas condições previstas neste CONTRATO.

(...)

10.8. As instalações de BENS REVERSÍVEIS que forem desativadas pela CONCESSIONÁRIA serão revertidas aos titulares dos SERVIÇOS por intermédio do ESTADO, que, na qualidade de representante dos titulares dos SERVIÇOS, tomará as medidas necessárias, para em nome dos titulares, garantir a continuidade da prestação do serviço público, por meio de TERMO DE REVERSÃO.

A partir do transcrito, sobretudo das subcláusulas 10.2 e 10.3, é possível inferir que os bens reversíveis serão aqueles descritos no inventário de bens reversíveis e que sejam essenciais e indispensáveis para a prestação dos serviços, incluídos aqueles posteriormente construídos ou adquiridos pela concessionária.

Por outro lado, os bens privados seriam as instalações comerciais e administrativas da concessionária, salvo aqueles afetos à prestação do serviço público. A título de ilustração, houve, de forma exemplificativa, a enumeração dos seguintes bens: escritórios, lojas, depósitos, almoxarifados e pátios de equipamentos.

Em relação ao edital da concorrência internacional nº 01/2021 e a minuta de contrato anexa, os quais foram analisados pelos Pareceres Conjuntos nº 01/21 – ASA/GUB⁵ e nº 01/221 – ARCY/FAG, não há alterações nos conceitos e disposições supramencionados. No que tange ao tema em espeque, extrai-se a seguinte recomendação do primeiro parecer, a qual foi chancelada por visto posterior:

Na cláusula 9, relativa ao inventário dos bens reversíveis à concessão, é recomendável que seja formulada lista prévia de bens reversíveis, preferencialmente anterior à licitação, de modo a evitar divergências. Caso a opção seja pela inexistência de lista prévia de bens reversíveis, deve haver justificativa fundamentada.

Compulsando os autos do processo administrativo em que se realizou o opinamento acima, verificou-se que a sugestão não foi acatada pelo setor técnico, que apresentou a seguinte justificativa no doc. SEI nº 27952697:

⁵ Disponível em: “<https://documentacao.pge.rj.gov.br/scripts/bnweb/bnmapa.exe?router=upload/22307>”.

Uma lista prévia e não exaustiva de Bens Vinculados será fornecida junto ao Plano de Negócios Referencial. O mapeamento exaustivo destes bens deverá ser realizado durante a fase de inventários de bens, a ser realizado pela Concessionária na fase de operação assistida

Do exposto, é possível estabelecer, de forma parcial, algumas conclusões. A primeira delas é que o contrato de concessão celebrado traz definições sobre os bens vinculados a prestação do serviço público, dividindo-os em privados e reversíveis e estabelecendo como critério de diferenciação a essencialidade e indispensabilidade para a prestação do serviço público.

A segunda refere-se à previsão no contrato de concessão acerca de determinadas infraestruturas e bens que devem ser considerados como reversíveis e outros que tem natureza meramente administrativa e comercial e, por consequência, caracterizados como privados.

A terceira e último diz respeito ao procedimento a ser observado em caso de discordância sobre a reversibilidade dos bens inventariados pela concessionária. Nessa situação, caberá a agência reguladora a definição.

Ultrapassada essa primeira análise, adentraremos ao exame da compatibilidade dessas previsões face a legislação, doutrina e jurisprudência sobre o tema nos tópicos abaixo.

4. Da inexistência de previsão específica legal sobre a definição de bens reversíveis

A Lei nº 8.987/95 estabeleceu as normas gerais sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Entretanto, as disposições nela contidas sobre os bens reversíveis não trazem o conceito ou maiores detalhamentos.

A título de ilustração, mencionam-se os principais dispositivos na referida lei sobre o tema: a) os incisos X e XI do art. 18 rezam que o edital de licitação deverá indicar os bens reversíveis, bem como suas características e as condições em que serão postos à disposição; b) o inciso X do art. 23 estabelece como cláusula essencial do contrato de concessão a relativa aos bens reversíveis; e c) os artigos 35 e 36 versam sobre os bens reversíveis na hipótese de extinção da concessão.

A Lei nº 11.079/04, a qual dispôs sobre as normas gerais para a licitação e contratação de parcerias público-privadas, igualmente, não adentrou ao detalhamento dos bens reversíveis.

Analisadas as normas gerais, passa-se ao exame de alguns marcos regulatórios setoriais. A Lei nº 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica, por meio do seu art. 18, dispôs que:

A ANEEL somente aceitará como bens reversíveis da concessionária ou permissionária do serviço público de energia elétrica aqueles utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Por sua vez, a resolução nº 43/21 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, a qual tratou dos critérios para a reversibilidade de bens nos Portos Organizados, estabeleceu o seguinte tratamento no art. 6º, VIII:

VIII - bem reversível: bem vinculado à área do porto organizado e à atividade portuária, resultante de investimentos, previstos em planos, projetos e contratos, realizados pelas próprias administrações portuárias, pelos arrendatários de áreas e instalações portuárias e pela União, assim como os demais bens e equipamentos que visam diretamente dar continuidade à atividade portuária;

Ademais, destaca-se a resolução nº 744/21 da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, que aprovou o Regulamento de Continuidade da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral (STFC) em Regime Público, tendo assim definido bens reversíveis no inciso III do art. 3º:

(...) equipamentos, infraestrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito integrantes do patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, essenciais e efetivamente empregados para assegurar a continuidade e a atualidade da prestação do STFC em regime público;

Por fim, traz-se à baila as disposições contidas na Lei nº 11.445/07, reconfigurada pela Lei nº 14.026/20, que institui o novo marco regulatório do saneamento básico. O inciso III do art. 10-A previu como cláusula essencial dos contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico a metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato. Cabe destacar, ainda, o art. 42, caput e §5º da referida lei, cujas redações se transcrevem:

Art. 42. Os valores investidos em bens reversíveis pelos prestadores constituirão créditos perante o titular, a serem recuperados mediante a exploração dos serviços, nos termos das normas regulamentares e contratuais e, quando for o caso, observada a legislação pertinente às sociedades por ações.

(...)

§ 5º A transferência de serviços de um prestador para outro será **condicionada**⁶, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, facultado ao titular atribuir ao prestador que assumirá o serviço a responsabilidade por seu pagamento. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Embora não haja na lei de regência do setor de saneamento o conceito de bens reversíveis, conforme trazido no parecer conjunto anteriormente mencionado, a Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade do Ministério da Economia elaborou projeto de instrução normativa com metodologia de cálculo para indenização de bens reversíveis não amortizados em caso de extinção

⁶ Nesse sentido, é importante mencionar o Parecer Conjunto nº 01/2020 - AHWM/HBR/TCA, no qual se analisou a obrigação de indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados. O referido parecer, cujas conclusões foram devidamente aprovadas pelo Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020 e pelo i. Procurador Geral do Estado Bruno Dubeux, afirmou ser direito da CEDAE a indenização pelos investimentos não amortizados e que o condicionamento da transferência do serviço à indenização é uma garantia conferida por lei à CEDAE. Disponível em: <<https://documentacao.pge.rj.gov.br/scripts/bnweb/bnmapl.exe?router=upload/20776>>.

antecipada de contratos entre titulares e prestadores de serviços de saneamento básico⁷. Nesse sentido, pede-se vênua para transcrever novamente os dispositivos relativos à definição de bens reversíveis:

Art. 2º Para os fins desta norma, ficam estabelecidas as seguintes definições:

(...)

V – Bens da Concessão: bens sob o domínio do contratado que são empregados, direta ou indiretamente, para a consecução do objeto de um Contrato de Concessão.

VI – Bens Reversíveis: bens da concessão que são imprescindíveis para a continuidade da prestação do serviço público objeto de um Contrato de Concessão, os quais são repassados ao domínio do Poder Concedente após o término do Contrato.

VII – Bens Reversíveis Indenizáveis: bens reversíveis que atendem aos critérios disciplinados na metodologia indicada no contrato ou na norma.

VIII – Bens Reversíveis não Indenizáveis: bens reversíveis que não são elegíveis a compor o cálculo indenizatório, por não atenderem aos critérios previstos na metodologia indicada pelo contrato ou pela norma.

(...)

Art. 3º. São passíveis de conceituação como Bens Reversíveis, nos termos definidos no art. 2º, VI, os bens classificados nas seguintes categorias:

I - Redes de abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem e manejo de águas pluviais;

II - Edificações e instalações operacionais, como estações de tratamento de água e estações de tratamento de esgoto;

III - Máquinas e equipamentos vinculados à prestação dos serviços, desde que sejam necessários para a sua continuidade, aptos a gerar benefícios econômicos futuros para os serviços, utilizados pelo contratado na prestação dos serviços, que estejam registrados no inventário de bens e que possuam vida útil remanescente.

§ 1º Não são considerados reversíveis os bens utilizados exclusivamente em atividades administrativas ou de comercialização, tais como software, terrenos administrativos, edificações e benfeitorias administrativas, veículos, máquinas e equipamentos administrativos, móveis e utensílios, dentre outros.

§ 2º Gastos com conservação e manutenção dos bens descritos no caput não integram o valor dos bens reversíveis, constituindo despesas operacionais da concessão.

Diante das disposições legais e regulamentares acima analisadas, em que pese não haver definição explícita no marco regulatório do saneamento básico, é possível concluir que as disposições contratuais analisadas no tópico anterior não destoam da sistemática normativa existente, mas por ela devem ser complementadas.

⁷ Disponível em: <<https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/choque-de-investimento-privado/saneamento/1-proposta-de-metodologias-de-calculo-de-indenizacao-em-contratos-do-setor-de-saneame.pdf/view>>.

5. Da análise doutrinária sobre o tema

Diante do cenário acima delineado, é salutar que se recorra à doutrina, sobretudo a administrativista, para aprofundar o exame das questões levantadas no despacho de encaminhamento que inaugurou o processo administrativo em epígrafe.

Inicialmente, transcrevemos o seguinte excerto exarado por Rafael Vêras de Freitas⁸:

É, nesse passo, que se insere o instituto da reversão, assim considerado como a afetação contratual do patrimônio necessário a interditar soluções de continuidade na prestação de serviços públicos. Isto porque a extinção do contrato (seja pelo advento de seu termo, seja de forma antecipada) não poderá importar na interrupção dos serviços prestados aos usuários. Disso decorre que, extinta a concessão, independentemente da propriedade do seu acervo, a sua posse terá de retornar para o Poder Público. Não se trata – vale o registro – de uma penalidade aplicada ao Concessionário, mas de um consectário jurídico e econômico do regime concessório.

É possível inferir desse trecho que o instituto da reversão relaciona-se com a necessidade de manutenção da prestação de serviços públicos. No mesmo sentido, Carvalho Filho⁹ aduz que:

O sentido melhor do termo, portanto, não tem conotação com os bens, mas sim com o serviço delegado. Com efeito, o que reverte para o concedente não são os bens do concessionário, mas sim o serviço público que constituiu o objeto de anterior delegação pelo instituto da concessão. O ingresso dos bens no acervo do concedente, quando ocorre, é mero corolário da prestação dos serviços.

Ainda sobre o conceito de reversão, trazemos à baila a lição de Sérgio Guerra¹⁰:

É de notar-se que a reversão pode ser definida como a entrega pelo concessionário ao Poder Concedente dos bens vinculados à concessão, por ocasião do fim do contrato, em virtude de sua destinação ao serviço público, de modo a permitir sua continuidade. Essa devolução constitui um corolário do contrato em que o concessionário se coloca transitoriamente em lugar do Poder Público concedente para a prestação de um serviço que incumbe a este. Assim é a lição do acatado professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “a reversão é a passagem ao poder concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão. Portanto, através da chamada reversão, os bens do concessionário, *necessários ao exercício do serviço público*, integram-se no patrimônio do concedente ao se findar a concessão.”

⁸ A reversão nos contratos de concessão e seu regime jurídico-econômico. R. de Dir. Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, p. 149-176, abr./jun. 2020.

⁹ Manual de direito administrativo. 31. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2017, p. 434.

¹⁰ A Reversibilidade dos Bens nas Concessões de Serviços Públicos. Revista de Direito Público da Economia - RDPE. Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out. / dez. 2004.

Fixada a definição de reversão, passa-se ao exame sobre eventuais critérios ou características trazidos pela doutrina que indicam a reversibilidade ou não de um bem. Conforme lembrado no Parecer Conjunto DJU/DJU- 8/TFPRS-DDK-RCC nº 024/2022, Floriano Marques de Azevedo elenca dois critérios para a identificação dos bens reversíveis: o patrimonial e o funcional. Rafael Vêras de Freitas¹¹, com base nessa divisão, explica:

No primeiro, os bens reversíveis são aqueles cuja titularidade está atrelada ao fato de ser o poder público titular do serviço, de sorte que os “os bens titularizados pela pessoa jurídica de direito privado (concessionária) ou adquiridos por força econômica das receitas auferidas com a exploração do serviço seriam, necessariamente, públicos, ainda que momentaneamente trespassados à posse (ou domínio útil) do particular”. De acordo com esse critério, seriam reversíveis todos os bens integrantes do patrimônio da concessionária. No segundo, o plexo de bens reversíveis estaria ligado à sua afetação ao serviço público, de modo que “seria não uma forma de recomposição (ou enriquecimento) do patrimônio público, mas uma necessidade para se assegurar que os serviços

1) seguirão prestados regularmente independentemente da concessionária”.

Ante as disposições trazidas nos editais e contratos analisados anteriormente, é possível afirmar que a modelagem utilizada pelo Poder Concedente baseou-se no critério funcional. A título de ilustração, citam-se a subcláusula 1.2.6 do edital licitatório e a 10.2 do contrato celebrado, ambas anteriormente transcritas.

Igualmente, parece-nos ter sido o posicionamento adotado por esta Casa quando da elaboração dos opinamentos anteriores sobre a concessão do serviço público de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Nesse sentido, pede-se vênua para transcrever trecho do Parecer nº 07/2019¹² elaborado pelo i. Procurador do Estado José Vicente Santos de Mendonça:

A expressão "reversão de bens" e "reversibilidade" levam à falsa percepção de que os bens objeto do fenômeno pertençam ao titular do serviço, e que estejam, no curso da prestação, cedidos à concessionária. Em verdade, a reversão, ao final da concessão, é sempre do serviço público - é como se a prestação retornasse a seu titular -, e, para que não haja interrupção (o que é crítico na retórica dos serviços públicos à francesa, e que é, em boa parte, a nossa) o retorno da capacidade jurídico-normativa da prestação do serviço se faz junto aos bens tecnicamente necessários à sua manutenção. Na prática, os bens, que, até aquele momento, pertenciam à concessionária, e que foram por ela adquiridos, são transferidos ao poder concedente, para que este passe a prestar o serviço, diretamente ou por intermédio de outro concessionário (como seria, aqui, o caso).

No mesmo viés, o Parecer Conjunto nº 03/2020 - AHW/M/HBR/TCA em que se analisou a viabilidade jurídica do Contrato de Produção de Água, que tem por objeto a exploração do sistema upstream da Região Metropolitana. Na oportunidade, os i. Procuradores do Estado Augusto Werneck

¹¹ FREITAS, op. cit., nota 7.

¹² Excerto constante no Parecer Conjunto DJU/DJU-8/TFPRS-DDK-RCC nº 024/2022.

Martins, Henrique Bastos Rocha e Thiago Cardoso de Araújo teceram o seguinte comentário sobre a reversibilidade dos bens no âmbito de tal contrato:

Cláusula 9 trata da questão da afetação dos bens ao serviço público de produção de água. O critério utilizado, não é de tipo subjetivo, no sentido de que todos os bens da CEDAE seriam afetados ao serviço e, por conseguinte, passíveis de reversibilidade, mas sim um de tipo finalístico: bens afetos, ou vinculados, ao serviço são os bens “necessários à prestação dos serviços upstream”.

Os bens ditos privados, ao contrário, são aqueles que, pertencendo à CEDAE, não estão diretamente ligados à prestação do serviço, ou seja, são os bens não diretamente instrumentais à realização da produção de água. A subcláusula 9.3 os exemplifica como sendo “instalações comerciais e administrativas da CEDAE, tais como escritórios, lojas, depósitos, almoxarifados e pátios de equipamentos”.

Rafael Véras de Freitas¹³ indica que a adoção do critério funcional tem sido reiteradamente adotado nas modelagens recentes de concessões e apresenta os seguintes exemplos:

Nesse sentido, cite-se, por exemplo, o disposto na Cláusula 14.1 do Contrato de Concessão Aeroportuária para a exploração do Aeroporto Internacional de Fortaleza – Pinto Martins, de acordo com a qual “Com o advento do termo do Contrato de Concessão, reverterão à União todos os bens e instalações vinculados à Exploração Aeroportuária, nos termos dos itens 2.49, 2.50 e 2.51 deste Contrato” (grifos postos). E o disposto na Cláusula 34.1 do Contrato de Concessão Administrativa do Complexo do Mineirão, segundo a qual “Extinta a concessão administrativa, retornam ao poder concedente os bens reversíveis, direitos e privilégios vinculados à exploração da concessão administrativa, transferidos à concessionária, ou por esta adquiridos ou implantados, no âmbito da concessão administrativa”

Por sua vez, Márcio Monteiro Reis¹⁴ traz reflexão que vai ao encontro da presente consulta. Ao tratar da identificação dos bens reversíveis, aduz:

Em alguns casos, essa identificação pode ser simples. No caso de concessões que dependam diretamente da exploração de uma infraestrutura específica, dificilmente essa infraestrutura poderá ser considerada não reversível. Por exemplo, nas concessões para a exploração de uma rodovia, parece evidente que a estrada e as praças de pedágio são bens essenciais ao serviço. Há equipamentos também que estão diretamente associados a essa infraestrutura, como as placas de sinalização e o sistema de comunicação à disposição dos motoristas em caso de emergência. Outros bens e equipamentos, embora úteis, são menos essenciais ou podem ser mais facilmente repostos, como os veículos de apoio das equipes de manutenção, as ambulâncias, os aparelhos portáteis de

¹³ FREITAS, op. cit., nota 7.

¹⁴ REIS, Márcio Monteiro. De onde vêm, o que são, para onde vão e quanto custam os bens reversíveis?. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Leticia Lobato Anicet (Coord.). Regulação e Infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2018., p. 475-520.

comunicação (*walkie talkies*), as máquinas usadas para o registro das cobranças da tarifa de pedágio e outros. Em uma concessão para a prestação do serviço de saneamento, não há dúvida de que uma estação de tratamento de esgoto (ETE) ou de tratamento de água (ETA) são equipamentos essenciais, assim como a rede de dutos. O mesmo não se pode dizer dos computadores, mesas e cadeiras, usados pela administração, assim como a própria sede administrativa.

É possível estabelecer, dessa forma, que a reversibilidade do bem no âmbito da concessão que ensejou esta consulta encontra-se relacionada à essencialidade do bem, do direito ou da infraestrutura para a continuidade da exploração do serviço público pela nova concessionária.

Antes de examinarmos alguns julgados acerca do tema, entendemos salutar traçarmos alguns comentários sobre o procedimento instituído na cláusula 9 dos contratos de concessão celebrados.

Conforme expusemos anteriormente, tal disposição versa acerca do procedimento para a definição dos bens que deverão ser revertidos às novas concessionárias para a exploração e prestação de serviço público concedido.

Veja-se que, segundo a subcláusula 9.4 colacionada acima, caberá à nova concessionária encaminhar a primeira versão do inventário de bens reversíveis ao Estado, à CEDAE e à Agência Reguladora, e ao ERJ aprovar ou propor, de forma tecnicamente justificada, modificações e ajustes no levantamento e/ou avaliação de tais bens.

A interpretação dessa disposição e das que a seguem permite-nos inferir que, embora a CEDAE, conforme despacho que inaugurou o procedimento administrativo em epígrafe, busque compreender o que será categorizado como bem reversível, caberá às novas concessionárias a elaboração de lista afim.

Deve-se considerar, igualmente, os bens afetos aos serviços que continuarão a montante sendo prestados pela CEDAE e que, conseqüentemente, não poderão ser destinados a outra prestadora.

Em caso de divergências não contornáveis no âmbito da consensualidade, a qual deve ser privilegiada, caberá à AGENERSA a definição sobre os bens reversíveis. Finalizando esse tópico, transcreve-se o pensamento exarado por Flávio Henrique Unes Pereira, Marilda de Paula Silveira e Bruna Colombarolli¹⁵, o qual se encontra em consonância com a sistemática trazida pelo contrato analisado:

Essa nova gramática contratual traduz, em verdade, ideias nucleares da teoria geral do direito e, por isso, encontra plena incidência nas relações contratuais firmadas pelo poder público. Contudo, todo esse arcabouço normativo, baseado nas noções de boa-fé, confiança, lealdade e dever de cooperação entre as partes, somente encontra aderência na contratualidade pública em uma ambiência de atuação da Administração Pública pautada no consenso e na processualidade.

Nesse contexto, o processo administrativo torna-se o *locus* juridicamente adequado para que a Administração Pública e o particular conjuntamente redefinem os bens marcados pela reversibilidade em face das contingências fáticas. Trata-se, portanto, de espaço institucionalizado pelo ordenamento jurídico, no qual as partes contratuais exercem seus direitos de participação e lutam pela defesa de seus direitos.

¹⁵ A identificação dos bens reversíveis: do ato ao processo administrativo. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, p.38-44, nov. 2014.

Possibilita-se, assim, que o particular proteja seu direito de propriedade e participe do processo de tomada de decisão que fixará os bens qualificados como reversíveis, apresentando seus argumentos e contribuindo com sua experiência. Em outras palavras, por meio do processo administrativo permite-se a integração das manifestações das autoridades administrativas e dos cidadãos, agregando-se legitimidade à decisão. Na lição de Maria Coeli Simões Pires, o conteúdo da ação estatal decorrerá — se se pretender legítimo — das “disputas” argumentativas instauradas e experimentadas no campo público.

6. Da análise jurisprudencial sobre o tema

O Parecer Conjunto DJU/DJU-8/TFPRS-DDK-RCC nº 024/2022 empreendeu análise jurisprudencial acerca da reversibilidade dos bens empregados nos contratos de concessão de serviços públicos. Com base nos entendimentos proferidos pelo E. STJ nos Recursos Especiais nº 971.851/SC e nº 1.268.143/SC e pelo E. TCU no acórdão nº 939/2011, transcritos no bojo daquele opínamento, os pareceristas concluíram que:

(...) é possível considerar que bens reversíveis correspondem aos bens necessários ou indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço público. Ou seja, são aqueles bens sem os quais o serviço público não mais poderá ser prestado de maneira adequada e contínua à população.

À mingua de outras decisões sobre o tema no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, colacionamos a seguir outros julgados proferidos por tribunais de justiça estaduais, que corroboram o entendimento acima esposado pelos pareceristas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. DECRETO MUNICIPAL Nº 11.992/2015. DECISÃO QUE INDEFERIU A IMISSÃO PROVISÓRIA DO MUNICÍPIO DE INITERÓI NA POSSE DO TERRENO DESAPROPRIADO PARCIALMENTE (51,34 M²), PERTENCENTE À EMPRESA COPART 4, QUE É UMA SOCIEDADE DE CAPITAL FECHADO, CONTROLADA PELA TELEMAR NORTE LESTE, PARA VIABILIZAR A IMPLANTAÇÃO DO CORREDOR VIÁRIO

DENOMINADO “TRANSOCEÂNICA”. Litisconsórcio passivo necessário. Inexistência. As decisões proferidas nos autos principais não irão produzir qualquer efeito na esfera jurídica de terceiros, no caso a ANATEL. Desnecessidade de deslocamento do feito para a Justiça Federal, já que excluído possível interesse da ANATEL no resultado da lide. Desnecessidade de deslocamento do feito para a vara empresarial. *In casu*, a parte do terreno desapropriado não deve ser considerado bem reversível. **Segundo a Resolução nº 447 de 19/10/2006 da ANATEL, os bens reversíveis visam garantir a continuidade da prestação dos serviços públicos à população. Assim, os bens que não são essenciais à prestação do serviço devem ser encarados como bens privados da concessionária e sujeitos ao regime jurídico comum de direito civil, o que o corre no presente caso, ou seja, passíveis de desapropriação sem necessidade de autorização da respectiva Agência. O fato de que a Agravada está em Recuperação Judicial não impede a desapropriação,**

podendo o valor da indenização ser transferido ou depositado no Juízo da Recuperação Judicial. Na presente hipótese, foram preenchidos os requisitos para a concessão da imissão provisória na posse, nos termos do artigo 15, parágrafo 1º, alínea c, do Decreto-Lei Federal 3365/41, que estabelece, expressamente, a possibilidade de, uma vez alegada urgência e feito o depósito, o expropriante ser imitado na posse. Nesse sentido está o parecer da douta Procuradoria de Justiça. Recurso provido. (TJRJ - 0039028-14.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA - Julgamento: 31/01/2017 - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)

AGRAVO POR INSTRUMENTO. AÇÃO AJUIZADA PELO MUNICÍPIO DE GUABIRUBA EM FACE DA CASAN. SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E SANEAMENTO BÁSICO. CONCESSÃO IMPRÓPRIA CONTRATADA MEDIANTE CONVÊNIO. PRETENDIDA IMISSÃO NA POSSE DOS BENS REVERSÍVEIS EM VIRTUDE DA RETOMADA DO SERVIÇO PÚBLICO APÓS O ADVENTO DO TERMO CONTRATUAL. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. INSURGÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA SOMENTE QUANTO À INCLUSÃO DE SUA SEDE ADMINISTRATIVA NO ROL DE BENS REVERSÍVEIS. IMÓVEL ADQUIRIDO PELA CASAN JUNTO AO PRÓPRIO MUNICÍPIO ANOS ANTES DA CELEBRAÇÃO DO CONVÊNIO. OMISSÃO DO CONVÊNIO QUANTO À INDICAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS. RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA, PORTANTO, A PARTIR DO CONCEITO DE BENS REVERSÍVEIS, ASSIM CARACTERIZADOS AQUELES ESSENCIAIS À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. IMÓVEL COM ÁREA DE 456 M², UTILIZADO COMO ESCRITÓRIO OPERACIONAL, EM QUE SÃO REALIZADAS ATIVIDADES DE ATENDIMENTO AO PÚBLICO E SUPERVISÃO, SERVINDO AINDA COMO ALMOXARIFADO E GARAGEM DE VEÍCULOS. ATIVIDADES QUE PODEM SER REALIZADAS EM QUALQUER IMÓVEL COMERCIAL SITUADO NO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE CARACTERÍSTICAS QUE REVELEM SER O IMÓVEL INDISPENSÁVEL À PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES AFASTADA. PERIGO NA DEMORA IGUALMENTE DESCARACTERIZADO. DECISÃO CASSADA. MANUTENÇÃO PROVISÓRIA DA POSSE, TODAVIA, EM FAVOR DO MUNICÍPIO POR PRAZO SUFICIENTE (SEIS MESES) PARA RESOLVER A SITUAÇÃO, SEM COMPROMETER A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 4004440-30.2020.8.24.0000,

Des(a) CARLOS ADILSON SILVA, Julgamento 31/08/2021, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO).

A primeira ementa transcrita traz a noção de reversibilidade dos bens condicionada à essencialidade para a prestação do serviço público concedido, o que corrobora o exposto até o momento. Por sua vez, a segunda ementa versa sobre litígio relacionado à segunda questão formulada no despacho inaugural deste procedimento. Trata-se de exame sobre a não

reversibilidade de imóvel utilizado com fins meramente administrativos, prescindível para a consecução do serviço público, deixando claro que os bens que não forem reversíveis continuarão na plena posse e propriedade da CEDAE.

Todavia, casos concretos que entrem em uma área grísea devem ser analisados com todo o cuidado pelas partes do referido processo administrativo. Tais seriam, por exemplo, carros-pipa e centros de atendimento aos usuários, que, mesmo, no caso destes, não servindo diretamente ao transporte da água e do esgoto, podem ser considerados necessários à prestação de um serviço adequado e com cortesia.

7. Conclusões

Diante de todo o exposto no presente parecer, sem de forma alguma prescindir de todo o seu texto, é possível sintetizar as seguintes conclusões:

- 1 – Embora não haja disciplina legal específica, a modelagem das concessões realizadas no âmbito do programa de desestatização do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário encampou a corrente funcional para a definição de bens reversíveis;
- 2 – A reversibilidade de determinado bem encontra-se diretamente relacionada à sua essencialidade e imprescindibilidade para a continuidade da prestação do serviço público concedido;
- 3 – Ante as disposições editalícias e contratuais concernentes à concessão analisada, é possível responder afirmativamente as duas questões formuladas no despacho inaugural do procedimento administrativo em epígrafe, conforme os itens a seguir;
 - 3.1.– Os bens necessários à prestação regionalizada dos serviços downstream, tais como redes, ligações, estações de tratamento de esgoto, estações elevatórias de água e esgoto, poços de visita, interceptores emissários, coletores troncos reservatórios de água tratada podem ser considerados reversíveis nos termos dos editais e contratos analisados;
 - 3.2.– As instalações como sedes administrativas, lojas comerciais, almoxarifado, oficinas, laboratórios, garagens e sedes onde se agrupam viaturas e empregados envolvidos com a prestação de serviços podem, em princípio, ser desconsiderados como bens reversíveis, consoante disposições dos editais e contratos examinados;
- 4 – Registra-se, entretanto, que a reversibilidade de bens inseridos em situações limítrofes deverá ser analisada à luz da prestação de um serviço adequado cortês;
- 5 – Os bens afetos à prestação do serviço que continuará a ser exercido pela CEDAE e aqueles que não forem considerados reversíveis permanecerão na plena posse e propriedade da estatal;
- 6 – Embora a CEDAE, conforme a consulta, desde já, acertadamente, vise à compreensão sobre quais bens seriam considerados reversíveis, conforme a modelagem da concessão, caberá às novas concessionárias a elaboração de lista de bens reversíveis, a qual será submetida à aprovação do Estado do Rio de Janeiro e, em caso de divergência, à AGENERSA para decisão final.

É o que, salvo melhor juízo, nos parece.

Rio de Janeiro, 09 de abril de 2022.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Procurador do Estado

VISTO

Visto. Aprovo, com ressalva pontual, o bem lançado Parecer nº 11/2022 – ASA, de autoria do i. Procurador do Estado ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, que analisou disciplina referente à reversibilidade de bens nos editais de licitação e nos contratos de concessão celebrados no âmbito das concorrências internacionais nº 01/2020 e nº 01/2021, relacionadas ao processo de desestatização da COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS – CEDAE.

É assim que, em atenção à consulta formulada pela CEDAE, endosso as conclusões do citado opinamento jurídico, aqui reproduzidas para fins didáticos:

1 – Embora não haja disciplina legal específica, a modelagem das concessões realizadas no âmbito do programa de desestatização do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário encampou a corrente funcional para a definição de bens reversíveis;

2 – A reversibilidade de determinado bem encontra-se diretamente relacionada à sua essencialidade e imprescindibilidade para a continuidade da prestação do serviço público concedido;

3 – Ante as disposições editalícias e contratuais concernentes à concessão analisada, é possível responder afirmativamente as duas questões formuladas no despacho inaugural do procedimento administrativo em epígrafe, conforme os itens a seguir;

3.1 – Os bens necessários à prestação regionalizada dos serviços downstream, tais como redes, ligações, estações de tratamento de esgoto, estações elevatórias de água e esgoto, poços de visita, interceptores emissários, coletores troncos reservatórios de água tratada podem ser considerados reversíveis nos termos dos editais e contratos analisados;

3.2 – As instalações como sedes administrativas, lojas comerciais, almoxarifado, oficinas, laboratórios, garagens e sedes onde se agrupam viaturas e empregados envolvidos com a prestação de serviços podem, em princípio, ser desconsiderados como bens reversíveis, consoante disposições dos editais e contratos examinados;

4 – Registra-se, entretanto, que a reversibilidade de bens inseridos em situações limítrofes deverá ser analisada à luz da prestação de um serviço adequado cortês;

É necessário enfatizar, na oportunidade, a relevância da integral observância da subcláusula 9.4, no que disciplina o procedimento a ser observado para a elaboração e aprovação do inventário dos bens reversíveis:

9.4. A primeira versão do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS deverá ser concluída e encaminhada pela CONCESSIONÁRIA ao ESTADO, à CEDAE e à AGÊNCIA REGULADORA no prazo de até 130 (cento e trinta) dias contados da assinatura do CONTRATO. 9.4.1 O INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS poderá conter avaliações e eventuais ressalvas quanto às condições dos BENS REVERSÍVEIS

9.4.1.1. O ESTADO terá o prazo máximo e improrrogável de 15 (quinze)

dias para a aprovação do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS ou para propor, de forma tecnicamente justificada, modificações e ajustes no levantamento e/ou avaliação dos BENS REVERSÍVEIS, devendo comunicar sua decisão à CONCESSIONÁRIA e à AGÊNCIA REGULADORA dentro do prazo referido.

9.4.1.2. Uma vez comunicada da decisão do ESTADO, a CONCESSIONÁRIA terá o prazo máximo e improrrogável de 15 (quinze) dias para se manifestar, de forma tecnicamente justificada, sobre as propostas de modificações ou ajustes apresentados pelo ESTADO, devendo, dentro deste prazo, reencaminhar ao ESTADO, com cópia para a AGÊNCIA REGULADORA, o INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS, com eventuais alterações, para aprovação.

9.4.1.3. Recebido o INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS reencaminhado pela CONCESSIONÁRIA nos termos da subcláusula 9.4.1.2, com eventuais alterações e acompanhado da manifestação da CONCESSIONÁRIA, o ESTADO terá o prazo máximo e improrrogável de 10 (dez) dias para aprovação final do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS, devendo, na hipótese de não-aprovação, comunicar, dentro do prazo referido, a CONCESSIONÁRIA e a AGÊNCIA REGULADORA acerca das razões que motivaram a sua decisão.

9.4.1.4. Comunicada a AGÊNCIA REGULADORA da não-aprovação do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS, esta terá o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar acerca das eventuais divergências das PARTES, decidindo acerca do conteúdo do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS que deverá prevalecer para os fins da CONCESSÃO.

9.4.1.5. Uma vez exaurido o prazo previsto na subcláusula 9.4.1.3. sem que tenha havido manifestação do ESTADO quanto à aprovação do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS, a AGÊNCIA REGULADORA deverá se manifestar acerca da questão, no prazo e para os fins previstos na subcláusula 9.4.1.4.

Deixo, no entanto, de acolher o exemplo dado pelo Parecer quanto ao possível enquadramento dos centros de atendimento aos usuários e dos carros-pipa como bens reversíveis. Isto porque, na linha do próprio parecer e da jurisprudência citada, a mera utilidade para a concessão não deve ser critério para a classificação como bem reversível e sim a inviabilidade (ou manifesta falta de razoabilidade) de sua substituição.

É assim que, como ressalva pontual ao Parecer nº 11/2022 – ASA, registro, à luz do critério funcional acima descrito, que **somente uma análise contextual e estritamente técnica será capaz de indicar, com precisão e segurança**, os bens passíveis de inclusão no conceito de reversibilidade, uma vez que se trata de matéria que foge ao campo de atuação de órgão de assessoramento jurídico.

À CEDAE, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 30 de maio de 2022.

BRUNO DUBEUX

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Parecer Conjunto nº 01/2020 – ASA/ARCY/FAG/GUB – Alexandre Santos de Aragão, André Rodrigues Cyrino, Flávio Amaral Garcia e Gustavo Binenbojm.

SEI-140001/058793/2020

Consulta. Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da Minuta de Contrato de Concessão, Anexo I do Edital de Concorrência Internacional. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares de Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Sugestões para adequação jurídica da minuta do contrato.

1 – A Consulta.

Esta Procuradoria Administrativa foi instada a se manifestar, nos autos do processo em epígrafe, após solicitação de exame jurídico acerca: (i) da minuta de edital de concorrência internacional elaborada no âmbito do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, concebido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), (ii) do contrato de concessão de serviço público de saneamento básico e (iii) das minutas relativas à gestão associada dos serviços de saneamento básico.

O item (iii) já foi analisado por meio do Parecer nº 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY (índice 9153202), que foi aprovado pela chefia da Procuradoria Administrativa (índice 9281278).

Especificamente em relação aos demais pontos, foi submetida para análise a minuta relativa ao edital de licitação da concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de água e esgotamento sanitário e serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro, bem como os respectivos anexos. Em suma, trata-se dos seguintes instrumentos:

1. Edital de concorrência internacional – concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de água e esgotamento sanitário e serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro;
2. Anexo I: Minuta do Contrato e anexos;
3. Anexo II: Modelo de cartas e declarações;
4. Anexo III: Modelo de proposta comercial;
5. Anexo IV: Área de concessão;
6. Anexo V: Manual de Procedimentos da B3.

Por questões de organização, optou-se por dividir a análise em pareceres, de acordo com a linha temática. A minuta do edital e os anexos II, III e IV foram objeto do Parecer 01-2020 FAG/ARCY.

A presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos constantes da versão da minuta de contrato de concessão inserida ao processo administrativo referente.

A presente análise se propõe a seguir os diplomas normativos indicados como aplicáveis ao modelo proposto (item 2 do Edital). Nesse sentido, em primeiro lugar, serão prioritariamente

avaliadas as normas que trazem regras específicas acerca do regime das concessões – Lei nº 8.987/95 – as regras que compõem as diretrizes nacionais para o saneamento básico – Lei nº 11.445/07 – bem como, as modificações trazidas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico – Lei nº 14.026/20. Ressalvando-se que, apenas em caso de omissão quanto ao procedimento licitatório, aplica-se, no que couber, o disposto na norma geral de licitações e contratos administrativos – Lei nº 8.666/93.

Cumpra esclarecer ainda que as considerações preliminares e a contextualização dos aspectos jurídicos do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto realizadas no âmbito do Parecer nº 05/ARCY/PG-17/2020 (índice 9153202), que cuidou do exame jurídico das minutas relativas à gestão associada dos serviços de saneamento básico, são também aplicáveis a este Parecer, sobretudo no que se refere ao Capítulo: “Aspectos gerais do projeto e Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, novo marco regulatório do saneamento básico e contratação direta da CEDAE” (Tópico III), que não será inteiramente reproduzido, a fim de se evitar repetições desnecessárias.

Acrescenta-se, na linha dos entendimentos consolidados na Promoção nº 02/2015 – FAG¹ que a presente consulta não irá se imiscuir em qualquer aspecto de ordem técnica, econômica (incluindo fórmulas matemáticas) inerente ao tema, pois não cabe à Procuradoria Geral do Estado avançar na análise de matérias dessa índole. Cabe-nos, portanto, apenas tecer considerações sobre a juridicidade da minuta ora a nós submetida (e, *a latere*, apenas quando diretamente implicados, os seus anexos).

No ponto, deve-se destacar que o processo contém nota técnica de autoria do BNDES, mas não possui praticamente **nenhuma apreciação própria dos órgãos técnicos do Estado do Rio de Janeiro**. Como representante dos titulares dos serviços, os seus órgãos **próprios devem se pronunciar autonomamente**, não só em relação às observações e necessidades de justificativa constantes deste Parecer, como em relação à estrutura do projeto como um todo.

Assim, o exame jurídico iniciará pela análise das cláusulas constantes na Minuta do Contrato de Concessão, sobre as quais serão feitos apontamentos e observações, de forma que serão elencadas sugestões acerca de aspectos jurídicos e formais. Frisa-se que não serão realizadas propostas diretas de redações das cláusulas – com exceção de algumas modificações mais diretas para facilitar a compreensão e adequar a algum entendimento legal mais vinculado ou simples. No geral são empreendidas observações a título de ressalvas, emendas e retificações a fim de adequação do modelo ao aparato legal que lhe corresponde, mas deixando ao administrador público estadual o espaço necessário de escolha discricionária, dentro, naturalmente, dos lindes jurídicos e objetivos colocados no Parecer.

Ademais, muitas vezes são complementações de conteúdo ou de justificativas a serem supridas pelo administrador público estadual, para que sane omissões ou avareza de detalhamentos.

2 – Nota prévia sobre a atividade de consultoria jurídica.

¹ “A segunda observação é que o quarto termo aditivo é fruto de processos e deliberações regulatórias da AGENERSA, cujos aspectos técnicos, econômicos, financeiros foram amplamente debatidos com todos os interessados, inclusive por meio de consultas e audiências públicas. Significa dizer que o quarto termo aditivo é a expressão/resultado de decisões regulatórias que já foram tomadas pela AGENERSA, após o percurso do devido processo regulatório, com a ampla participação de todos os interessados (Poder Concedente, concessionários, usuários, associações e demais integrantes da cadeia do gás). A regulação, como se sabe, consiste na ponderação de todos os interesses envolvidos, cabendo à Agência Reguladora equilibrar harmonicamente e de forma equidistante interesses que, não raro, se revelam antagônicos, com a finalidade maior de concretizar o atendimento do interesse público primário. (...) c-) afora as cláusulas terceira e quarta do referido termo aditivo, cujo embasamento jurídico foi aqui explicitado, o conteúdo das suas disposições envolve essencialmente o mérito de decisões regulatórias já tomadas pela AGENERSA, não cabendo à Procuradoria Geral do Estado, por faltar competência na matéria, se imiscuir ou avançar em qualquer consideração sobre o seu conteúdo.” Promoção nº 02/2015 – FAG.

A luz do art. 176 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e do art. 2º da LCE nº 15/1980², a consultoria jurídica abrange – entre outras atribuições – a assessoria jurídica da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro no controle interno da legalidade de seus atos, o que inclui a recomendação de medidas jurídicas para aperfeiçoar a prática administrativa e proteger o interesse público.

As manifestações produzidas pela Procuradoria Geral do Estado, 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 sustentação³. Isso porque “*o parecer jurídico não reflete o exercício de competência decisória. O assessor jurídico não é investido de poder para determinar a prática ou a omissão de um ato administrativo. A competência decisória é reservada à autoridade administrativa*”⁴.

Naturalmente, esta Procuradoria especializada 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 Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto, 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.

Nas palavras de Marçal Justen Filho⁵:

O parecerista jurídico não responde por ações e omissões imputáveis exclusivamente a outros agentes administrativos. Assim, **não é responsabilizável o assessor jurídico quando os fatos expostos no processado não correspondem à realidade. O parecerista fornece uma manifestação jurídica em vista dos elementos existentes.** Não é cabível a responsabilização pessoal do parecerista nos casos em que a situação real era diferente daquela submetida à sua avaliação, não existindo meio de o parecerista identificar o defeito. Se o parecer fornecido era compatível com a consulta submetida, a revelação dos defeitos quanto à narrativa deve gerar a responsabilização daquele que forneceu ao consultor jurídico a versão incorreta dos fatos. (*destacou-se*)

Mais: segundo o artigo 28 da LINDB o parecerista somente poderá ser responsabilizado em caso de dolo ou erro grosseiro⁶, considerando-se, ao lado disso, as circunstâncias práticas que “houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (art. 22, §1º, da LINDB)⁷.

² Dentre o rol de atribuições da LCE nº 15/1980, vale destacar as seguintes: “Art. 2º - A Procuradoria Geral do Estado tem autonomia administrativa e financeira, dispondo de dotação orçamentária própria. Suas atribuições são as previstas no art. 176 e parágrafos da Constituição do Estado, competindo-lhe: (...) IV - o exercício de funções de consultoria jurídica da administração direta, no plano superior, inclusive no que respeita às decisões das questões interadministrativas, bem como emitir pareceres, normativos ou não, para fixar a interpretação governamental de leis ou atos administrativos; (...) XII - opinar sobre providência de ordem jurídica aconselhadas pelo interesse público e pela aplicação das leis vigentes; (...) XIV - propor ao Governador, para os órgãos da administração direta ou indireta e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, medidas de caráter jurídico que visem a proteger-lhes o patrimônio, ou aperfeiçoar as práticas administrativas; (...) XIX - examinar as manifestações e expedientes de natureza jurídica dos órgãos autoriais ou locais do sistema jurídico do Estado, que lhes sejam submetidos através do Governador”

³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação*, 1ª ed., São Paulo: NDJ, 2012. p. 138.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/1993*, 16ª ed., rev., atual e ampli., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 688.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/1993*, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 691-692.

⁶ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

No caso em tela, há de ser levado em consideração o exíguo prazo de resposta da consulta, solicitada em regime de máxima urgência, em relação ao volume total de páginas a serem analisadas, assim como o ineditismo e o grau de complexidade da operação jurídico-econômica envolvida.

Feito o registro de tais considerações preliminares, passa-se à análise solicitada.

3 – Análise da viabilidade jurídica da Minuta de Contrato de Concessão.

O presente parecer fará sugestões para incrementar a segurança jurídica da Minuta de Contrato de Concessão, e assim, contornar alguns dos possíveis riscos jurídicos envolvidos. Embora sejam destacadas apenas algumas de suas cláusulas, acredita-se que algumas destas observações e recomendações sejam aplicáveis a todo o contexto contratual, naquilo que couber. Além disso, serão feitas recomendações relacionadas à necessidade de adequação da minuta contratual aos novos ditames trazidos pelas recentes mudanças promovidas pela Lei nº 14.026/20, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico.

Para além dos aspectos jurídicos que serão destacados abaixo, uma observação de caráter geral que pode ser feita é referente à redação das cláusulas. É necessário que a linguagem contratual seja objetiva, clara e sem formulações truncadas⁸. Para tanto, observa-se que aquilo que está escrito deve corresponder exatamente aos objetivos pretendidos.

Desta feita, a acuracidade consiste em mais do que apenas reproduzir textos legais, deve-se contextualizá-los de forma a consolidar plenamente o entendimento que será aplicado àquela questão com os objetivos de tornar o texto contratual direto, claro e preciso⁹.

Outra observação que pode ser aplicada à generalidade da minuta analisada se dá no liame dos prazos estabelecidos. Para a fixação de prazos contratuais, deve-se aferir o período necessário para a realização completa e efetiva daquilo que se pretende. Dessa maneira, o lapso temporal deve ser adequado e razoável¹⁰ à ação que lhe é correspondente, sob pena de sucessivos descumprimentos e as

⁷ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

⁸ KISCHELEWSKI, Flávia Lubieska N. Cuidados na formulação de contratos. *Conjur*, 03.08.2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-ago-03/cuidados-redacao-contratos-incluem-texto-objetivo-preciso>> Acesso em 30.10.2020.

⁹ Sobre o tema: “Contratos em linguagem clara não é novidade. É um movimento que começou há muitos anos e, talvez surpreendentemente, avançou inicialmente no governo dos Estados Unidos. Em 1972, o presidente Nixon ordenou que “termos leigos” fossem usados no Federal Register. Seis anos depois, o presidente Carter emitiu uma ordem executiva estipulando que os regulamentos governamentais deveriam ser “tão simples e claros quanto possível”. Em 1998, o governo Clinton deu um passo além, obrigando expressamente as agências federais a usar inglês simples. Nesse mesmo ano, a Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos publicou o *Plain English Handbook* (Manual do Inglês Simples) para os responsáveis pela redação de documentos de divulgação de informações de segurança. Ainda é usado hoje. Em 2010, o Congresso dos EUA passou e o presidente Obama assinou o *Plain Writing Act* (Ato pela Escrita Clara), com o propósito declarado de “promover comunicação clara do governo que o público possa entender e usar”. Como observou o administrador da Agência de Informação e Assuntos Regulatórios de Obama: “Linguagem clara pode fazer uma grande diferença”, pois gera economia de dinheiro e torna “muito mais fácil para as pessoas entender o que lhes é pedido”. A agência, que era responsável pela administração da lei, emitiu uma orientação que ainda está em vigor, sobre clareza na linguagem.” In: BURTON, Shawn. A vantagem de contratos com linguagem clara. *Harvard Business Review*, 01.03.2018. Disponível em: <https://hbrbr.com.br/contratos-com-linguagem-clara/>. Acesso em 30.10.2020.

¹⁰ Nesse sentido, ressalta-se o seguinte entendimento: “Na substância do conceito de cláusula irrazoável está um parâmetro de conduta, o da razoabilidade. Standards constituem arquétipos exemplares da experiência social concreta que são chamados a atuar juridicamente, ou através de princípios ou através de cláusulas gerais, proporcionando ao intérprete um critério de aplicabilidade do conjunto normativo. Existente o princípio ou a cláusula geral, o intérprete é reenviado ao *standard*, o qual, por isso, não permite visualização *in abstracto*, sendo de dogmatização inviável. Se poderia afirmar que o padrão da razoabilidade constitui a tradução do ‘senso comum’, vale dizer, do que é tido, em certas circunstâncias, em

eventuais consequências de medidas intempestivas, justamente como medida de razoabilidade, já que: “(...) o postulado da razoabilidade exige uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada.”¹¹

Pois bem. Feitas essas breves recomendações de ordem geral, os tópicos abaixo serão destinados a tecer comentários e recomendações sobre cada Cláusula do Contrato de forma específica.

Cláusula 1 – Definições:

A Cláusula 1 do Contrato traz definições terminológicas. Em geral, sugere-se que seja realizada revisão das definições contidas tanto no Contrato de Concessão quanto no Edital de Licitação, para que sejam igualadas, de modo a assegurar a segurança jurídica das partes contratantes.

Algumas definições merecem considerações específicas.

Na subcláusula 1.1.2, a definição de “Agência Reguladora” inclui a AGENERSA e a ANA, nos seguintes termos:

1.1.2. AGÊNCIA REGULADORA: Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), criada pela Lei estadual nº 4.556/2005, com competência para regular, controlar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, ou outro órgão ou entidade reguladora estadual que venha a substituí-la nas atribuições de regulação dos serviços públicos de saneamento básico, bem como a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), responsável pela edição de normas de referência para o setor.

Ocorre que o contrato menciona “Agência Reguladora” em cláusulas referentes a atribuições exclusivas de uma das agências sem, porém, fazer a distinção. É o caso, por exemplo, da Cláusula 21, sobre a regulação e fiscalização dos serviços pela “Agência Reguladora”, sem mencionar a qual das duas agências se refere. Recomenda-se, assim, que a definição constante na subcláusula 1.1.2 seja revista, a fim de deixar claro que, quando o contrato fala em Agência Reguladora, está se referindo à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, salvo se houver menção expressa a outro mecanismo regulador.

Ressalta-se, inclusive, que o edital de licitação do projeto de desestatização, ao definir Agência Reguladora na sua subcláusula 1.2.22, só faz menção à AGENERSA¹².

Assim, sugere-se como possível redação do dispositivo (recomendações propostas em destaque):

certo momento e em certa comunidade (seja nacional, cultural, profissional ou outra) como racional, equilibrado, prudente ou sensato. Também é conceito para ser *concretizado*: sua aplicação se faz, como a do princípio da boa-fé objetiva, sempre à vista das circunstâncias concretas do caso e das finalidades da existência da própria relação contratual.” In: MARTINS-COSTA, Judith. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. *Revista de informação legislativa*, v. 32, n. 126, pp. 115-128, abr./jun. 1995, p. 123.

¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 145.

¹² Subitem 1.2.2 do Edital de Licitação: ”AGÊNCIA REGULADORA: Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), criada pela Lei estadual nº 4.556/2005, com competência para regular, controlar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, ou outro órgão ou entidade reguladora estadual que venha a substituí-la nas atribuições de regulação dos serviços públicos de saneamento básico”.

1.1.2. AGÊNCIA REGULADORA: Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), criada pela Lei estadual nº 4.556/2005, com competência para regular, controlar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, ou outro órgão ou entidade reguladora estadual que venha a substituí-la nas atribuições de regulação dos serviços públicos de saneamento básico, ~~bem como a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), responsável pela edição de normas de referência para o setor.~~

Na subcláusula 1.1.4, há a definição de “área de concessão”, nos seguintes termos:

1.1.4. ÁREA DE CONCESSÃO: área urbana das sedes municipais e respectivos distritos urbanos integrantes do BLOCO [●], delimitada conforme o Anexo 04 do EDITAL e instrumentos de GESTÃO ASSOCIADA, onde os SERVIÇOS serão prestados pela CONCESSIONÁRIA, nos termos do presente CONTRATO.

Sobre o tema, o escritório Vernalha Guimarães & Pereira Advogados, em nota técnica referente ao projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto da CEDAE editada em 23/10/2020, informou que: *“Outros dois pontos relevantes do contrato foram a redefinição das áreas irregulares, para limitação do investimento àquelas não urbanizadas e, uma vez urbanizadas, sua inclusão na área da concessão, com subsequente necessidade de atendimento das metas e indicadores contratuais”*.

Nesse sentido, apesar de o setor técnico sugerir que só sejam incluídas na área de concessão áreas urbanizadas – solução que está no âmbito da discricionariedade do administrador –, remete-se, aqui, à mesma recomendação feita no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG. Sugere-se que o gestor considere deixar o conceito de área de concessão mais flexível, já que, futuramente, pode-se entender pela necessidade de inclusão de áreas rurais. A redação como está impediria essa inclusão – ou, ao menos, pode gerar um contencioso com a concessionária que não desejar cobrir tais áreas.

Ainda que inicialmente a concessão seja realizada apenas para áreas urbanas, há previsão, tanto no edital (item 36.6) como no contrato (subcláusula 33.3) da possibilidade de eventual extensão. Como já mencionado no Parecer conjunto 01/2020 FAG-ARCY, o ponto merece atenção do gestor, para que se evite contencioso futuro com a concessionária, que pode não desejar cobrir novas áreas, a despeito do eventual interesse público. Além disso, há áreas que podem, eventualmente, no futuro, se tornar urbanas, criando-se dúvida para saber se elas passam a integrar a concessão. Assim, considerando possíveis mudanças futuras, sugere-se adaptação da minuta, em harmonia ao que se decidir quanto ao edital. Isso demandará, naturalmente, ajustes a outras cláusulas, como a Cl. 11.

Em seguida, na subcláusula 1.1.12, há a definição de certificador independente, nos seguintes termos:

1.1.12. CERTIFICADOR INDEPENDENTE: pessoa jurídica independente, responsável, dentre outras obrigações, pela aferição do cumprimento dos investimentos decorrentes do PLANO DE AÇÃO nas ÁREAS IRREGULARES NÃO URBANIZADAS do cronograma de implantação de coletor de tempo seco, a ser contratado pela AGÊNCIA REGULADORA, nos termos do ANEXO V – DISPOSIÇÕES PARA A CONTRATATAÇÃO DE VERIFICADOR E CERTIFICADOR INDEPENDENTE.

Recomenda-se inserir previsão pela ausência de vínculo do certificador independente com a Concessionária, como também com qualquer pessoa jurídica vinculada à concessionária, no presente ou no passado, a fim de evitar qualquer dúvida sobre a neutralidade e independência do certificador. A redação sugerida é a seguinte (inclusões propostas em negrito):

1.1.12. CERTIFICADOR INDEPENDENTE: pessoa jurídica independente, **que não mantenha ou tenha mantido vínculo de qualquer natureza com a concessionária que possa vir a comprometer sua independência**, responsável, dentre outras obrigações, pela aferição do cumprimento dos investimentos decorrentes do PLANO DE AÇÃO nas ÁREAS IRREGULARES NÃO URBANIZADAS do cronograma de implantação de coletor de tempo seco, a ser contratado pela AGÊNCIA REGULADORA, nos termos do ANEXO V – DISPOSIÇÕES PARA A CONTRATAÇÃO DE VERIFICADOR E CERTIFICADOR INDEPENDENTE.

As subcláusulas 1.1.13 e 1.1.18 do Contrato definem, respectivamente, o “Comitê de Monitoramento” e o “Conselho de Titulares”:

1.1.13. COMITÊ DE MONITORAMENTO: órgão colegiado que tem a finalidade de acompanhar a execução dos contratos de delegação da prestação dos serviços de saneamento básico pela(s) CONCESSIONÁRIA(s) e pela CEDAE, de forma a proporcionar transparência nas informações quanto aos benefícios socioambientais e efetuar o controle social da prestação dos serviços, cujas diretrizes para o seu funcionamento constam do ANEXO XII – COMITÊ DE MONITORAMENTO.

1.1.18. CONSELHO DE TITULARES: órgão colegiado instituído com a finalidade de coordenar e integrar as relações entre os titulares da PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário relacionados ao BLOCO [●], visando a assegurar a participação consultiva dos titulares em decisões atinentes à execução do CONTRATO, nos termos do ANEXO XVI - CONSELHO DE TITULARES e das cláusulas do presente instrumento.

O BNDES editou, no dia 23/10/2020, Nota Técnica referente ao projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto da CEDAE, assim dispondo sobre o Comitê de Monitoramento e o Conselho de Titulares:

Como anexos do contrato de concessão foram criados dois órgãos essenciais à garantia do controle social e da participação dos titulares na fiscalização dos serviços.

O primeiro diz respeito ao Comitê de Monitoramento voltado ao exercício do controle social através da participação no processo de formulação de políticas, planejamento, regulação, fiscalização e avaliação dos serviços públicos no sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário, em atendimento aos artigos 11, § 2º, inciso V e 47 da Lei federal nº 11.445/07.

Nesse sentido, cabe ao Comitê acompanhar a prestação dos serviços, participar de sua avaliação, propor melhorias, contribuir na definição de diretrizes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços, na forma das normas de referência emitidas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, receber e analisar as críticas, sugestões e reclamações de usuários, tomando as medidas necessárias à proposição de correção de falhas, erros ou ineficiências na prestação dos serviços à população, mediante submissão de parecer opinativo à agência reguladora e colaborar na fiscalização dos contratos de concessão e de produção de água.

Já o segundo são os Conselhos de Titulares, órgãos consultivos com a finalidade de coordenar e integrar as relações entre os titulares dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos blocos da concessão, o Estado e a agência reguladora, visando a assegurar a participação dos titulares em decisões a serem tomadas pela agência reguladora atinentes à execução dos contratos de concessão.

Dentre as funções exercidas pelo Conselho estão: 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 e manifestar-se, previamente, sobre (i) a apuração do montante da indenização eventualmente devida à concessionária, (ii) as formas de extinção antecipada da concessão, (iii) eventual ampliação da área da concessão pelo ingresso de novos municípios no respectivo bloco, (iv) a saída de municípios da concessão e (v) a prorrogação dos contratos de concessão e do contrato de produção de água, nos casos em que o prazo total desses instrumentos ultrapassarem 40 (quarenta) anos, inclusive para fins de reequilíbrio econômico-financeiro.

A partir das observações da nota técnica elaborada pelo BNDES, sugere-se, primeiramente, atualizar a definição do Comitê de Monitoramento, atentando-se, todavia, para a discricionariedade do gestor quanto à observância das normas de referência emitidas pela ANA ou qualquer órgão regulador a que esteja submetido o contrato, recomendação essa que será reforçada nos comentários à Cláusula 21. Nesse sentido, a redação sugerida à subcláusula 1.1.13 é a seguinte (inclusões propostas em destaque):

1.1.13. COMITÊ DE MONITORAMENTO: órgão colegiado que tem a finalidade de acompanhar a execução dos contratos de delegação da prestação dos serviços de saneamento básico pela(s) CONCESSIONÁRIA(S) e pela CEDAE, **propor melhorias, contribuir na definição de diretrizes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços, eventualmente considerando as normas de referência emitidas pelo órgão regulador competente, receber e analisar as críticas, sugestões e reclamações de usuários**, de forma a proporcionar transparência nas informações quanto aos benefícios socioambientais e efetuar o controle social da prestação dos serviços, cujas diretrizes para o seu funcionamento constam do ANEXO XII – COMITÊ DE MONITORAMENTO.

Quanto à definição do Conselho de Titulares, também se sugere modificar a redação da subcláusula 1.1.18 na linha do disposto na Nota Técnica, deixando claro o seu papel de coordenador

e integrador das relações entre os titulares dos serviços de saneamento e abastecimento de água do bloco da concessão, o Estado e a agência reguladora (inclusões propostas em destaque):

1.1.18. CONSELHO DE TITULARES: órgão colegiado instituído com a finalidade de coordenar e integrar as relações entre os titulares da PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário relacionados ao BLOCO [●], **o Estado e a agência reguladora**, visando a assegurar a participação consultiva dos titulares em decisões atinentes à execução do CONTRATO, nos termos do ANEXO XVI - CONSELHO DE TITULARES e das cláusulas do presente instrumento.

Após, a subcláusula 1.1.20 traz a definição de contrato:

1.1.20. CONTRATO: presente instrumento jurídico e seus ANEXOS, celebrado entre o ESTADO e a CONCESSIONÁRIA, com interveniência anuência da AGÊNCIA REGULADORA.

Remete-se aqui às observações feitas no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG quanto à necessidade de deixar claro nas cláusulas contratuais o papel do Estado de mero representante dos titulares dos serviços, e **não de Poder Concedente**.

Reitera-se que, embora tenha sido informado pelo BNDES que, uma vez constante na definição de “Estado” o seu papel de representação (previsão constante na subcláusula 1.1.29 do Contrato de Concessão), não seria necessário fazer essa ressalva ao longo do documento, **recomenda-se que as cláusulas do edital, ao mencionarem o Estado, acrescentem ressalva do seu papel de representante dos titulares dos serviços**.

Sugere-se, como uma das alternativas possíveis, fazer constar uma cláusula que estabeleça que o edital e demais documentos do projeto, sempre que mencionarem o Estado do Rio de Janeiro, o indicam, apenas, como regra, como mero representante dos titulares dos serviços. Isto é: o Estado é um *delegatário das funções administrativas de organização e promoção dessa licitação, bem como da função de gestão contratual*, o que deve ser destacado desde o preâmbulo e como cláusula geral.

Nada obstante, a despeito da possibilidade de uma cláusula geral, o presente parecer sugere menção expressa sobre o papel do Estado em alguns itens importantes do contrato¹³, a fim de incrementar a segurança jurídica:

1. Na qualificação do Estado do Rio de Janeiro no preâmbulo do contrato de concessão;
2. Na definição de bens reversíveis (subcláusula 1.1.8), bem como na disciplina de bens vinculados (subcláusula 10.2, 10.8 e 10.9), remetendo-se às observações do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, segundo o qual, na linha do art. 35, §1º da Lei nº 8.897/95, e considerando que o Estado não é o Poder Concedente dos serviços objeto da concessão, a redação da cláusula deve prever reversão dos bens “aos titulares do serviço” ou “aos titulares do serviço por intermédio do ESTADO, que, na qualidade de representante dos titulares do serviço, tomará as medidas necessárias para, em nome dos titulares, garantir a continuidade da prestação do serviço público”;
3. Na definição de contrato (subcláusula 1.1.20);
4. Na definição de licitação (subcláusula 1.1.37);

¹³ Em alguns itens, a menção é menos importante, bastando a cláusula geral (por exemplo, nas cláusulas que disciplinam a formalização do contrato, a menção ao Estado não parece gerar maiores preocupações).

5. Na definição de outorga fixa (subcláusula 1.1.44) e na disciplina da outorga fixa (subcláusula 36.2, 36.3), deixando claro que o Estado, ao receber os valores de outorga pela exploração da concessão, atua como representante dos titulares dos serviços, nos termos do edital, do contrato e dos convênios de cooperação;

6. Na definição de partes (subcláusula 1.1.46);

7. Na definição de receita adicional (subcláusula 1.1.54) e na disciplina de receita adicional (subcláusula 27.12, 27.15), remetendo-se às observações do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCYFAG, que menciona o art. 11 da Lei Federal nº 8987/1995, dispositivo que fala em possibilidade de previsão de receitas alternativas mediante autorização do poder concedente;

8. No item 2.5 e seus itens, ao tratar das prerrogativas conferidas pelo contrato ao Estado, observado o art. 29 da Lei nº 8.987/95, que prevê os encargos do poder concedente, e considerando que o Estado não é o poder concedente dos serviços objeto da concessão;

9. Na Cláusula 13 e suas subcláusulas, ao tratar das obras de aperfeiçoamento do sistema;

10. Na Cláusula 15 e suas subcláusulas, ao tratar das disposições aplicáveis à Concessionária;

11. Na Cláusula 17 e suas subcláusulas, relativos à garantia de execução do contrato. A garantia de execução do contrato, segundo o subcláusula 1.1.31, é “*garantia fornecida pela CONCESSIONÁRIA, visando garantir o fiel cumprimento das obrigações constantes deste CONTRATO, em todos os seus termos*”. A previsão de garantia de execução do contrato deve estabelecer como beneficiário o Poder Concedente, na forma do art. 56 da Lei nº 8.666/1993. É, portanto, instrumento estabelecido a fim de reforçar o cumprimento das obrigações assumidas pelo concessionário em face do poder concedente. Tanto é assim que somente por acordo entre concessionário e poder concedente, poderá haver substituição da garantia (art. 65, II, “a” da Lei nº 8.666/1993);

12. Na Cláusula 24 e suas subcláusulas, ao estabelecer os direitos e obrigações do Estado, observado o art. 29 da Lei nº 8.987/95, que prevê os encargos do Poder Concedente, e considerando que o Estado não é o Poder Concedente dos serviços objeto da concessão;

13. Na Cláusula 25 e suas subcláusulas, ao estabelecer os direitos e obrigações da concessionária, observado o art. 31 da Lei nº 8.987/95, que estabelece os encargos da concessionária, diversos dos quais em face do Poder Concedente;

14. Na Cláusula 33 e suas subcláusulas, ao disciplinar a alteração do Contrato de Concessão;

15. Na Cláusula 34 e suas subcláusulas, ao tratar do equilíbrio econômico-financeiro e alocação de riscos do Contrato de Concessão;

16. Na Cláusula 35 e suas subcláusulas, ao tratar do processamento do reequilíbrio econômico-financeiro;

17. Na Cláusula 37 e suas subcláusulas, ao tratar das penalidades contratuais, observado o art. 29, II da Lei nº 8.987/1995, que atribui ao Poder Concedente a incumbência de aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

18. Na Cláusula 38, na disciplina da intervenção da concessão. Conforme o art. 32 da Lei nº 8987/1995, “*o poder concedente poderá intervir na concessão com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes*”. A intervenção será feita por decreto do Poder Concedente, a quem competirá, após sua declaração, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas da medida (art. 22 da Lei nº 8987/1995);

19. Na Cláusula 39 e suas subcláusulas, ao tratar das hipóteses de extinção da concessão, observado os arts. 35 a 39 da Lei nº 8.987/1995;

20. Na Cláusula 41 e suas subcláusulas, ao disciplinar a encampação, observado o artigo 41 da Lei nº 8.987/1995, que considera encampação “*a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização*”;

21. Na Cláusula 42 e suas subcláusulas, que trata da hipótese de caducidade da concessão. Conforme art. 38 da Lei nº 8.987/1995, “*a inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a*

critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais”;

22. Na Cláusula 43 e suas subcláusulas, que disciplinam a possibilidade de rescisão contratual, devendo ser observado o art. 39 da Lei nº 8.987/1995.

23. Na Cláusula 46 e suas subcláusulas, que tratam da reversão dos bens vinculados. Conforme art. 35, §1º da Lei nº 8.987/1995, extinta a concessão, retornam ao Poder Concedente todos os bens reversíveis.

Por fim, recomenda-se breve alteração na redação dos termos “inventário de bens reversíveis” e “plano de ação”, uma vez que, como postos, sugerem imposição unilateral dos documentos preparados unilateralmente pela concessionária, conforme apontado no Tópico II.9. Assim, se sugere alterar a redação dos seguintes itens (inclusões propostas em destaque):

1.1.36. INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS: relatório permanentemente atualizado, ~~emitido~~ **proposto** pela CONCESSIONÁRIA, constando o rol dos BENS REVERSÍVEIS, com suas descrições e informações mínimas, nos termos do CONTRATO.

1.1.47. PLANO DE AÇÃO: plano a ser ~~elaborado~~ **proposto** pela CONCESSIONÁRIA, com longevidade de 05 (cinco) anos, com a finalidade de descrever e detalhar a implementação dos investimentos previstos para as ÁREAS IRREGULARES NÃO URBANIZADAS.

Cláusula 2 – Legislação aplicável e regime jurídico do Contrato:

A Cláusula 2 do Contrato cuida da legislação aplicável e do regime jurídico do contrato. Sobre o tema, o TCE, no Ofício nº 905/2020 – GAP/SGE, indica preocupação em relação à observância da Lei Federal nº 13.460/2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

Nessa linha, acompanha-se, no presente Parecer, as indagações formuladas, recomendando-se seja justificado se as minutas do Edital e do Contrato de Concessão estão adequadas a esse diploma normativo. Em especial, sugere-se a inclusão na Cláusula 23 do Contrato de Concessão de todos os direitos assegurados aos usuários nos arts. 5º e 6º da Lei nº 13.460/2017, conforme será explicitado no Tópico II.23.

Por fim, no que tange à legislação aplicável, recomenda-se, ainda, incluir menção à Lei nº 6.404/1976, conforme indicado na subcláusula 16.6 do edital; à Lei nº 9.307/1996; e à Lei nº 13.140/2015, conforme subcláusula 49.20.

Cláusula 3 – Interpretação:

A subcláusula 3.1 do contrato estabelece uma ordem de prevalência a ser seguida no caso de divergência entre as normas previstas na legislação, nos negócios jurídicos coligados ao contrato, no edital, no contrato e seus anexos. A subcláusula 3.1.5 determina que, em quinto lugar, devem ser observadas “*as disposições constantes do CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, tendo prevalência as disposições do CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA sobre as de seus anexos*”.

Assim, o subitem 3.1.5 difere do disposto no edital de licitação, segundo o qual “em quinto lugar, as disposições constantes do CONTRATO DE PROGRAMA, tendo prevalência as disposições do CONTRATO DE PROGRAMA sobre as de seus Anexos”.

Recomenda-se padronizar as duas previsões, a fim de assegurar a segurança jurídica em havendo divergências entre previsões normativas.

Cláusula 5 – Objeto da concessão:

Em relação ao objeto da concessão, tratado na Cláusula 4 da Minuta de Contrato de Concessão, recomenda-se seja esclarecido o seu caráter exclusivo. Na linha do sugerido no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, que analisou a minuta do Edital da Licitação, é necessário que seja justificada a inviabilidade técnica ou econômica que torna a outorga de concessão em caráter de exclusividade, bem como seja publicada a justificativa, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.987/1995¹⁴. Nesse ponto, destaca-se que a exclusividade é exceção à regra, de forma que sua aplicação deverá ser fundamentada pelo Poder Público, baseada na inviabilidade técnica e econômica, quando da utilização da outorga de serviço público à concessionária com exclusividade, a fim de que se excepcione a regra. Portanto, deve ser esclarecido e fundamentado se há de fato caráter exclusivo.

A subcláusula 5.5. da Minuta de Contrato de Concessão trata da hipótese de expansão da área da concessão, com a respectiva extensão dos serviços objeto do contrato à área adicionada, observadas as subcláusula 33.3 e seguintes do Contrato. Quanto ao ponto, remetemos aos comentários ao item 33.3 abaixo.

Cláusula 6 – Valor estimado do contrato:

A Cláusula 6 disciplina o valor estimado do Contrato. Em relação ao assunto, sugere-se apenas seja feita remissão aos valores previstos no Edital (item 6 – valor estimado para a contratação), para garantir que não haja divergência nas previsões.

Cláusula 7 – Vigência da concessão:

Quanto à vigência do Contrato, a subcláusula 7.2 do contrato traz a seguinte previsão:

7.2. O prazo de vigência deste CONTRATO, previsto na subcláusula 7.1, somente poderá ser prorrogado para readequação do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO.

Apenas para ser técnico, ressalta-se, aqui, que o entendimento majoritário é que a hipótese não seria de prorrogação do contrato de concessão, mas sim de extensão do contrato, a qual viabiliza, específica e necessariamente, o reequilíbrio econômico financeiro originalmente pactuado quando da celebração do contrato. Os casos de prorrogação do contrato de concessão, mencionada no artigo 23, inciso XII da Lei nº 8.987/95, são:

“Aqueles em que o Poder Concedente deve decidir pela dilação ou não da concessão à luz das necessidades do serviço, da performance do contratado, bem como dos diversos custos envolvidos na realização de uma nova licitação, como aqueles relacionados à realização de estudos técnicos complexos (essenciais nos setores de infraestrutura e de transação (sobretudo

¹⁴ Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei.

por intervenções externas de cunho político e aquelas advindas de controvérsias estatais)”.¹⁵

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, enquanto a prorrogação da Lei nº 8.987/1995 é decorrência de escolhas discricionárias da Administração Pública, a extensão é medida assecuratória do equilíbrio econômico-financeiro, surgindo como alternativa para evitar que os usuários sejam onerados com o aumento das tarifas¹⁶.

Nos casos de prorrogação, pode ou não estar em jogo um acerto da equação econômico-financeira do contrato, cabendo ao administrador, de qualquer modo, motivar sua decisão com fundamento nas vantagens específicas que justifiquem a medida. A extensão, por sua vez, envolve, necessariamente, o objetivo de reequilibrar o sinalagma original, diante de novos investimentos impostos à concessionária. Isto é, configura caso em que, independentemente de previsão contratual expressa, a dilação do prazo se apresenta como o meio mais adequado e eficiente ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, para fins de amortização de investimentos extraordinários¹⁷.

Vale ressaltar que a possibilidade de extensão, no entanto, é limitada. Contratos de concessão não podem ser estendidos indefinidamente, eis que a própria Lei Geral de Concessões, em seu art. 2º, II, como acima mencionado, exige um prazo determinado. Desse modo, o período a ser estendido deve guardar relação direta com o motivo que o justifica e, em cada caso, deve ser verificado se o objeto do contrato original não fora desfigurado.

No mesmo sentido de manifesta a Nota Técnica elaborada pelo BNDES, segundo a qual:

O modelo contratual não admite renovação da concessão, apenas extensão do prazo contratual quando comprovado o desequilíbrio econômico-financeiro, ocasião em que a extensão do prazo serve à recomposição contratual sem necessidade de aumento das tarifas ou pagamento de indenizações por parte do Estado.

Acrescenta ainda a Nota Técnica que, ao se admitir apenas a extensão do prazo contratual, e não a sua renovação, ao término da concessão, deverão os titulares reestatizar os respectivos serviços ou proceder a um novo procedimento licitatório, aproveitando-se da eficiência promovida pelo concessionário ante a universalização dos serviços. Assim, recomenda-se seja alterada a redação da subcláusula 7.2 da seguinte forma (inclusões propostas em destaque):

7.2. O prazo de vigência deste CONTRATO, previsto na subcláusula

7.1, somente poderá ser **estendido** ~~prorrogado~~ para readequação do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO, **guardando direta relação com o motivo que o justifica e sendo verificado, em cada caso, se o objeto original do contrato não fora desfigurado.**

Cláusula 8. Operação Assistida do Sistema:

¹⁵ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. Direito da regulação econômica: teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 64.

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Parecer. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias*: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP, 2009, p. 59.

¹⁷ *Ibidem*, p. 64.

No que tange à operação assistida do sistema, chama a atenção as obrigações e encargos que a CEDAE assume sem, todavia, ser parte do contrato. Como se sabe, os contratos, à luz do princípio da relatividade, apenas vinculam as partes contratantes. Assim, como regra, não é cogente a obrigação que duas pessoas pactuam acerca de terceiro estranho ao acordo firmado. Nesse sentido, para fins de segurança jurídica, recomenda-se que o contrato de concessão não atribua qualquer dever ou direito à CEDAE, mas, caso seja considerado pertinente para fins de determinar a sistemática da concessão, apenas faça menção ao CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, de que a CEDAE é parte e assume responsabilidades.

Além de fazer expressa menção às respectivas subcláusulas do contrato de produção de água, também fazemos outras sugestões pontuais quanto ao tema.

Em linhas gerais, a obrigação assumida na subcláusula 8.3 da Minuta de Contrato de Concessão também é assumida na subcláusula 8.3 do Contrato de Produção de Água. Assim, recomenda-se apenas que se padronize a redação de ambos os itens, de modo a torná-los idênticos para fins de segurança jurídica.

No mesmo sentido, recomenda-se que a subcláusula 8.6 da Minuta do Contrato de Concessão, que trata da previsão de reequilíbrio econômico-financeiro em caso de descumprimento das obrigações da CEDAE, seja compatibilizado com a subcláusula 8.8 do Contrato de Produção de Água.

Após, na subcláusula 8.5 da Minuta do Contrato de Concessão, a CEDAE assume diversas obrigações, que estão na subcláusula 8.7 do Contrato de Produção de Água. Além de ser recomendável a padronização da redação de ambas as cláusulas, também se recomenda a revisão das subcláusulas 8.5.1.4, 8.5.2 e 8.5.6, uma vez que tratam de obrigações que não parecem estar previstas no Contrato de Produção de Água e o Contrato de Concessão não é o meio adequado para a CEDAE assumir compromissos.

Nessa linha, a subcláusula 8.6.1 prevê que eventuais controvérsias relativas às obrigações da CEDAE serão dirimidas pela Agência Reguladora. Essa previsão, porém, não encontra paralelo no Contrato de Produção de Água, de modo que, via de regra, não seria aplicável à CEDAE. Assim, se sugere a revisão dessa cláusula, bem como analisada eventual necessidade de incluir item semelhante no contrato de Produção de Água, que vincula a CEDAE.

Em seguida, a subcláusula 8.8 da Minuta de Contrato de Concessão prevê, quanto à preservação dos bens reversíveis, o seguinte:

8.8. Caberá ao ESTADO, durante o período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, diligenciar junto à CEDAE a preservação dos BENS REVERSÍVEIS integrantes do SISTEMA, responsabilizando-se pela sua manutenção, proteção contra ações de vandalismo, e pela sua transferência à CONCESSIONÁRIA em condições de utilização e funcionamento similares àquelas observadas quando da data de apresentação da PROPOSTA COMERCIAL na LICITAÇÃO.

O Contrato de Produção de Água, por sua vez, em cláusula análoga (8.10), dispõe o seguinte:

8.10. Caberá ao ESTADO, durante o período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, diligenciar junto à CEDAE a preservação dos bens vinculados integrantes do sistema, responsabilizando-se pela sua manutenção, proteção contra ações de vandalismo e transferência à(s) CONCESSIONÁRIA(S) em condições de utilização e funcionamento

similares àquelas observadas quando da assinatura do ANEXO I – CONTRATO DE CONCESSÃO.

Como se nota, enquanto o Contrato de Concessão prevê que deverão ser observadas “condições de utilização e funcionamento similares àquelas observadas quando da data de apresentação da PROPOSTA COMERCIAL na LICITAÇÃO”, o Contrato de Produção de Água estabelece que devem ser observadas as determinadas no “ANEXO I – CONTRATO DE CONCESSÃO”. Para fins de segurança jurídica, recomenda-se a padronização das previsões.

Nessa direção, também se sugere que a redação das subcláusulas 8.9, 8.10, 8.11.1 e 8.12 do Contrato de Concessão seja padronizada em relação aos respectivos itens no Contrato de Produção de Água, quais sejam as subcláusulas 8.11, 8.12, 8.14 e 8.15 a 8.18.

Além disso, ressalta-se que, tanto a subcláusula 8.11 do Contrato de Concessão como a subcláusula 8.13 do Contrato de Produção de Água preveem o caso de o período de operação assistida encerrar-se antecipadamente em caso de comum acordo das partes. Ocorre que as partes de cada contrato são diferentes, de modo que é válido que o tema seja revisitado para que fique ajustado quais partícipes da operação devem concordar com o encerramento antecipado da operação assistida.

Por fim, considerando o art. 39 da Lei nº 8.987/1995, bem como a previsão da subcláusula 43.1 da Minuta de Contrato de Concessão, que trata da ação judicial para a concessionária rescindir o contrato, recomenda-se a seguinte inclusão na subcláusula 8.14 (inclusões propostas em destaque):

8.14. Encerrada a vigência da prorrogação da OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, nos termos da subcláusula 8.12, sem que os óbices ao início da OPERAÇÃO DO SISTEMA tenham sido superados ou eliminados, poderá a CONCESSIONÁRIA rescindir o CONTRATO, na forma da Cláusula 43.1 e do art. 39 da Lei nº 8.987/95.

Cláusula 9 – Inventário dos bens reversíveis à Concessão:

A Minuta de Contrato de Concessão prevê, na Cláusula 9, que a Concessionária irá elaborar, às suas expensas, a partir da operação assistida do sistema, com base na lista de bens reversíveis, o inventário de bens reversíveis. Veja-se o que a subcláusula 9.1 estabelece:

9.1. A partir do início da OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, a CONCESSIONÁRIA deverá elaborar, às suas expensas, com base na lista de BENS REVERSÍVEIS – Anexo 06 do EDITAL, o INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS, no qual serão identificados e descritos, detalhadamente, todos os bens cuja guarda e operação serão transferidas à CONCESSIONÁRIA, com a descrição de suas funcionalidades e de seu estado de conservação.

Percebe-se que o dispositivo menciona a lista de bens reversíveis como sendo o Anexo 6 do Edital. Ocorre que o Edital só possui 5 anexos e nenhum deles traz a lista de bens reversíveis. Também parece não haver lista de bens reversíveis vinculados ao Contrato. Assim, sugere-se que esse ponto seja reconsiderado, de modo a indicar a localização adequada da lista de bens reversíveis.

Aliás, reitera-se aqui a necessidade da formulação de uma lista prévia desses bens, preferencialmente anterior à licitação, de modo a evitar divergências.

Quanto à formulação do inventário dos bens, especialmente no que tange ao papel da CEDAE assumido nas subcláusulas 9.2, 9.2.2 e 9.4.1.1, retoma-se a observação realizada no tópico anterior. Aparentemente, a CEDAE está assumindo obrigações em um contrato de que não é parte. O Contrato de Produção de Água – do qual a CEDAE é parte –, por sua vez, prevê apenas a obrigação de atualização do inventário de bens reversíveis, com indicação do estado de conservação de cada um dos bens, durante o prazo deste Contrato (subcláusula 13.7.3). Assim, recomenda-se que o tema seja revisitado de modo que as previsões sejam compatibilizadas.

Em seguida, a subcláusula 9.7 estabelece que a não aprovação do inventário de bens reversíveis pela Agência Reguladora poderá ensejar reequilíbrio econômico financeiro em favor da Concessionária. Tal dispositivo, porém, sugere quase que uma imposição do documento unilateralmente preparado pela Concessionária, sob pena de ensejar o reequilíbrio. Essa previsão, nos termos postos, não apresenta balizas suficientes para que se possa averiguar a real necessidade de reequilíbrio no caso concreto, o que pode gerar insegurança jurídica e reequilíbrio em hipóteses não cabíveis ou desejáveis. Por isso, recomenda-se, a princípio, a supressão da possibilidade, nos seguintes moldes (supressões propostas em destaque):

9.7. A não aprovação do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS pela AGÊNCIA REGULADORA deverá ser devidamente justificada ~~e poderá ensejar reequilíbrio econômico financeiro em favor da CONCESSIONÁRIA.~~

A previsão de reequilíbrio da subcláusula 9.7.1, por sua vez, justifica-se diante dos prejuízos efetivamente demonstrados e comprovados decorrentes da inércia da Agência Reguladora ou da não apresentação de justificativa para a não aprovação do inventário elaborado. Assim, à luz do art. 27 da Lei de Introdução às Normas de Introdução à Lei Brasileira,¹⁸ que prevê mecanismos compensatórios em razão de prejuízos decorrentes da conduta dos envolvidos, é oportuna a previsão. Sugere-se apenas pequena inclusão (*inclusões propostas em destaque*):

9.7.1. A inércia da AGÊNCIA REGULADORA quanto à aprovação do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS ou sua não-aprovação imotivada, que atrase o início da OPERAÇÃO DO SISTEMA ou que acarrete prejuízos à CONCESSIONÁRIA poderá ensejar reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO a favor da CONCESSIONÁRIA, desde que efetivamente demonstrados e comprovados os prejuízos diretos decorrentes.

Com o fim de antecipar e evitar controvérsia futura, recomenda-se, por fim, o seguinte acréscimo na subcláusula 9.8 (*inclusões propostas em destaque*):

9.8. Os BENS REVERSÍVEIS serão recebidos no estado em que se encontram, cabendo à CONCESSIONÁRIA fazer as adequações necessárias para o atendimento do objeto da CONCESSÃO, **não podendo nada reclamar em razão do seu estado.**

¹⁸ Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

§ 1º. A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º. Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Cláusula 10 – Bens vinculados:

Em relação à Cláusula 10 da Minuta de Contrato de Concessão, faz-se apenas uma observação, relativa à subcláusula 10.8, que prevê o seguinte:

10.8. As instalações de BENS REVERSÍVEIS que forem desativadas pela CONCESSIONÁRIA serão revertidas ao ESTADO, por meio de TERMO DE REVERSÃO, e, subsequentemente, transferidas ao titular do serviço, nos termos dos instrumentos de GESTÃO ASSOCIADA.

Essa redação apresenta problemas. Conforme já exposto no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, o artigo 35, §1º da Lei nº 8.897/95 estabelece que “extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis”. Como adiantado, o Estado não é o Poder Concedente dos serviços objeto da Concessão. Assim, sugerem-se duas possíveis redações ao dispositivo, a serem avaliadas pelo gestor (inclusões propostas em destaque):

10.8. As instalações de BENS REVERSÍVEIS que forem desativadas pela CONCESSIONÁRIA serão revertidas aos **titulares do serviço**, por meio de TERMO DE REVERSÃO, ~~e, subsequentemente, transferidas ao titular do serviço, nos termos dos instrumentos de GESTÃO ASSOCIADA.~~

10.8. As instalações de BENS REVERSÍVEIS que forem desativadas pela CONCESSIONÁRIA serão revertidas aos **titulares do serviço por intermédio do ESTADO, que, na qualidade de representante dos titulares do serviço, tomará as medidas necessárias para, em nome dos titulares, garantir a continuidade da prestação do serviço público**, por meio de TERMO DE REVERSÃO, ~~e, subsequentemente, transferidas ao titular do serviço, nos termos dos instrumentos de GESTÃO ASSOCIADA.~~

Além disso, sugere-se as seguintes inclusões (inclusões propostas em destaque):

10.5.1. Após a execução de cada uma das obras necessárias à prestação do SERVIÇO, os prédios, as estruturas e as instalações resultantes serão incorporadas ao SISTEMA **inclusive para fins de reversão** e passarão a ser operadas pela CONCESSIONÁRIA nas condições previstas neste CONTRATO.

10.6. A CONCESSIONÁRIA somente poderá desativar e/ou alienar bens móveis e equipamentos que deixem de ser necessários à OPERAÇÃO DO SISTEMA, cabendo-lhe, previamente, proceder à sua imediata substituição por outros em condições de operacionalidade e funcionamento semelhantes, **com prévia autorização da agência reguladora.**

Cláusula 13 – Obras de aperfeiçoamento do sistema:

Quanto a esse capítulo, sugere-se, inicialmente, seja analisada a inclusão de “intervenção programada” (subcláusulas 13.6 e seguintes) e “projetos executivos” (subcláusula 13.13) nas definições do Contrato (Cláusula 1), de modo a evitar controvérsias acerca dos termos. Ademais,

sugere-se que as etapas relacionadas à aprovação das obras envolvam a AGENERSA, o que implica rever todo tópico para que se exija o encaminhamento dos projetos, também, à Agência (e.g.: subcláusula 13.6). Como a Agência Reguladora assume o papel de fiscalização da atividade, tais atribuições parecem ser compatíveis com seu papel. Do mesmo modo, quanto à subcláusula 13.13, se sugere incluir previsão de submissão dos projetos executivos e demais estudos tanto ao Estado quanto à Agência Reguladora antes do início da execução das obras.

Ressalta-se que essa recomendação está em consonância com as observações relativas à subcláusula 30.5, segundo a qual o cumprimento das metas de universalização, embora seja de responsabilidade integral da Concessionária, deve ser verificado pela Agência Reguladora, em observância aos ditames do art. 11-B, caput, §5º e §7º da Lei nº 11.445/2007. Conforme esses dispositivos, não havendo o atingimento das metas de universalização, deverá ser iniciado procedimento administrativo pela Agência Reguladora com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas, incluídas medidas sancionatórias.

Pelo mesmo motivo, sugere-se a seguinte inclusão na cláusula 13.1 (*inclusões propostas em destaque*):

13.1. A CONCESSIONÁRIA deverá executar as OBRAS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA em consonância com as normas técnicas aplicáveis e em conformidade com os estudos e projetos a serem elaborados sob sua exclusiva responsabilidade, da maneira que julgar mais eficiente, **sob fiscalização da agência reguladora.**

Causa preocupação a subcláusula 13.14, que estabelece que a não solicitação pelo Estado de revisão do conteúdo dos projetos executivos (o que pode se dar no prazo de 30 dias, conforme a subcláusula 13.13) implica anuência tácita, não eximindo a Concessionária de responsabilidade quanto aos erros e defeitos técnicos porventura verificados nos projetos e nas respectivas obras executadas¹⁹. Trata-se de solução engenhosa que considera os incentivos da concessionária na expansão dos serviços e a necessidade de que as obras de aperfeiçoamento do sistema não atrasem, de modo a que se cumpram as metas de universalização. A solução foi atribuir consequências positivas à omissão administrativa. O ponto merece alguma reflexão.

A previsão de anuência tácita estatal, via de regra, demanda, supedâneo legal, dada a sensibilidade do tema. Em razão da premissa da legalidade administrativa enquanto vinculação positiva à lei, entende-se a atribuição de efeitos positivos ao silêncio administrativo deve ser tomada com cuidados. A literatura discute o assunto há algum tempo, não sem relevante polêmica. Há quem rejeite, como, também, há quem defenda²⁰. Todavia, modo geral, exige-se que a eficácia do silêncio possua previsão em lei. Esse caminho foi trilhado, e.g., pela Lei do Petróleo.²¹ O mesmo foi feito,

¹⁹ “A não solicitação pelo ESTADO da revisão do conteúdo dos projetos executivos, nos termos da cláusula **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, implicará a sua anuência tácita em relação ao projeto apresentado, não eximindo a CONCESSIONÁRIA de responsabilidade quanto aos erros e defeitos técnicos porventura verificados nos projetos e nas respectivas obras executadas.”

²⁰ V. SADDY, André. Silêncio administrativo no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

²¹ A Lei do Petróleo, no art. 26, §3º, já atribuiu efeitos positivos ao silêncio administrativo: “Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.

§ 1º Em caso de êxito na exploração, o concessionário submeterá à aprovação da ANP os planos e projetos de desenvolvimento e produção.

§ 2º A ANP emitirá seu parecer sobre os planos e projetos referidos no parágrafo anterior no prazo máximo de cento e oitenta dias.

§ 3º Decorrido o prazo estipulado no parágrafo anterior sem que haja manifestação da ANP, os planos e projetos considerar-se-ão automaticamente aprovados.”.

mais recentemente, pela Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019 ou “LLE”), cujo art. 3º, inciso IX, acompanha essa lógica²² ao estabelecer que “(...) nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica (...), transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei”.²³

Entendemos, por outro lado, que o contrato pode ser visto como fonte de obrigações e faculdades administrativas. Ademais, a previsão da LLE contribui para justificar a referida subcláusula 13.14, caso o gestor parta da premissa de que os projetos executivos são imprescindíveis ao desenvolvimento do serviço público, ora entendido como espécie de atividade econômica em sentido amplo²⁴. A tese aqui, a se confirmar essa premissa, é a de que a referida aprovação estaria enquadrada no conceito amplo de atos públicos de liberação, definidos no parágrafo sexto do artigo 1º do diploma normativo, sem que se esbarre nas exceções previstas no §6º do art. 3º.²⁵ A despeito dessa possibilidade, em tese, é necessário tecer algumas observações.

Em *primeiro lugar*, recomendamos que o pedido inicial da concessionária seja dirigido ao verificador independente, que tem capacidade técnica para uma análise inicial para assessoramento do órgão decisor. Em *segundo lugar*, é imprescindível que se fixe um prazo razoável para que se atribua o efeito de anuência tácita. O prazo indicado na minuta não nos parece suficiente. O gestor deverá avaliar o ponto, diante, não só, da sua conveniência e oportunidade, como, ainda, da capacidade administrativa de apreciar projetos executivos. Em *terceiro lugar*, recomenda-se que a não manifestação no prazo designado implique a imediata submissão do ato tácito de deferimento à instância superior, com o que se geram incentivos ao agente responsável para que se manifeste efetivamente. Trata-se do que a literatura designou de eficácia translativa do silêncio administrativo²⁶. Em *quarto lugar*, recomenda-se que a os projetos executivos, uma vez examinados conclusivamente pelo verificador independente, sejam dirigidos à AGENERSA, ou outro organismo estatal com capacidade e finalidades institucionais pertinentes à aprovação dos referidos projetos executivos²⁷.

²² V. CYRINO, André. Atos de Liberação. In: *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.879/2019*. Coords: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES Jr., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 150-158.

²³ Art. 3º, Lei 13.874/2019: São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...) IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, **o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei**;

²⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 10a ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p 103.

²⁵ “§ 6º Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...)

§ 6º O disposto no inciso IX do caput deste artigo não se aplica quando:

I - versar sobre questões tributárias de qualquer espécie ou de concessão de registro de marcas;

II - a decisão importar em compromisso financeiro da administração pública; e

III - houver objeção expressa em tratado em vigor no País.”

²⁶ MODESTO, Paulo. *Silêncio Administrativo Positivo, Negativo e Translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise*. Direito do Estado. Núm. 317, ano 2016. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/colonistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo--a-omissaoestatal-formal-em-tempos-de-crise-. Acesso em 18/09/2019.

²⁷ Será necessário que tal organismo indique as autoridades responsáveis em pelos menos duas instâncias.

Em *quinto lugar*, vê-se que o Contrato não analisa a responsabilidade do Estado e da Concessionária no caso de anuência expressa ou, então, no caso de o Estado solicitar a revisão de um ponto e, quanto aos demais, não se pronunciar expressamente. É importante que o Contrato indique o regime de responsabilidade nesses casos, de modo a evitar eventual sugestão de que o Estado assumiria responsabilidade solidária em relação aos equívocos dos projetos executivos nesses casos. Ainda, retificar menção à subcláusula 13.12 (trata-se da subcláusula 13.13) tanto nessa subcláusula quanto na seguinte.

Por fim, para evitar o uso de conceitos indeterminados e que podem gerar dúvidas futuras, sugere-se a supressão dos adjetivos colocados na subcláusula 13.13 (*supressões propostas em destaque na sugestão abaixo*). Como sugestão, pode-se adotar o seguinte texto, como também, as seguintes subcláusulas, caso confirmada a premissa para caracterização do ato de liberação (sugestões em destaque):

13.13. Com antecedência de no mínimo () dias **[necessário avaliar e compatibilizar]** ao início da execução das obras, a CONCESSIONÁRIA deverá submeter ao verificador independente os projetos executivos e demais estudos, para sua manifestação conclusiva no prazo de () dias, para posterior encaminhamento ao ESTADO/AGENERSA/OUTRO ORGANISMO, **para conclusão e aprovação**, podendo este requerer, num prazo máximo de () dias **[sugere-se avaliar]** a revisão de seu conteúdo ou de parcelas deste quando se verificar erro técnico ~~grave~~ ou desatendimento ~~flagrante~~ às disposições do EDITAL, do CONTRATO e de seus ANEXOS.

13.14. A não solicitação, **no prazo indicado na CL. 13.13**, da revisão do conteúdo dos projetos executivos, nos termos da cláusula **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, implicará a sua anuência tácita em relação ao projeto apresentado, não eximindo a CONCESSIONÁRIA de responsabilidade quanto aos erros e defeitos técnicos porventura verificados nos projetos e nas respectivas obras executadas.”

13.14.1 Caso o prazo para solicitação de alterações definido na Cl. 13.14 transcorra *in albis* e se tenham, como aprovados, os projetos executivos, instância administrativa superior deverá ser imediatamente provocada pela CONCESSIONÁRIA, para controle do ato tácito, sem prejuízo do prosseguimento dos projetos, nos termos definidos na Cl. 13.14.

13.14.2. A aprovação expressa dos projetos não exime a eventual responsabilidade da CONCESSIONÁRIA, em razão dos seus erros e defeitos técnicos.

Nas subcláusulas 13.19 e 13.20, retificar menção à subcláusula 13.17. Trata-se da subcláusula 13.18. Também retificar a numeração, já que constam duas subcláusulas 13.19.

Ainda, apenas para tornar mais evidente o que a cláusula pretende, sugerem-se as seguintes inclusões (inclusões propostas em destaque):

13.5. A implantação das OBRAS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA poderá ser desenvolvida em fases, tendo em vista a evolução da demanda em função do crescimento populacional, desde que atendidas ~~observando-se o atendimento~~ das METAS DE ATENDIMENTO e dos INDICADORES DE DESEMPENHO constantes ANEXO III – INDICADORES DE DESEMPENHO E METAS DE ATENDIMENTO.

13.6.3. O cronograma de execução das OBRAS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA será de caráter não vinculativo para a CONCESSIONÁRIA, devendo ser periodicamente por ela atualizado ao longo da CONCESSÃO, desde que observadas ~~ndo-se o atendimento~~ das METAS DE ATENDIMENTO e dos INDICADORES DE DESEMPENHO, constantes do ANEXO III – INDICADORES DE DESEMPENHO E METAS DE ATENDIMENTO;

13.6.4. O cronograma de execução das OBRAS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA será **submetido** ~~apresentado~~ ao ESTADO num prazo de até 180 (cento e oitenta) dias após o início da OPERAÇÃO DO SISTEMA e deverá detalhar os investimentos previstos para um período de, no mínimo, 5 (cinco) anos, informando ainda sobre o andamento das OBRAS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA já iniciadas;

Cláusula 14 – Loteamento:

Nesse capítulo, são atribuídas responsabilidades aos loteadores sem, contudo, que sejam parte do contrato. Assim, é recomendável que sejam suprimidas quaisquer obrigações previstas a terceiros que não fazem parte deste complexo contratual – até porque, como não são parte, a eles não é vinculante.

Além disso, é preciso analisar todo esse capítulo à luz das competências constitucionais atribuídas aos Municípios. Como se sabe, a Constituição atribuiu aos Municípios as competências urbanísticas de interesse local²⁸. Também cabe ao Município, por meio do seu Plano Diretor, regulamentar o loteamento do solo urbano, conforme estabelecido no Estatuto da Cidade²⁹.

Por isso, sugere-se seja formulada cláusula que evidencie, de maneira geral, a necessidade de observância da legislação municipal.

Ademais, a subcláusula 14.2.1 parece imputar ao Estado obrigação excessivamente onerosa, já que não é o ente competente para regulamentar e acompanhar os loteamentos com obras em andamento. Assim, é recomendável a supressão desse item neste Contrato.

Também se recomenda revisitação da subcláusula 14.6, que parece atribuir competências urbanísticas à concessionária sem base legal. Seria interessante analisar a pertinência da manutenção dessa previsão, já que não cabe às concessionárias estabelecer padrões construtivos a serem

²⁸ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (...) Art. 30, CRFB/88. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

²⁹ Art. 4º, Lei 10.257/01. Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: (...) III – planejamento municipal, em especial: a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) zoneamento ambiental; d) plano plurianual; e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual; f) gestão orçamentária participativa; g) planos, programas e projetos setoriais; h) planos de desenvolvimento econômico e social; (...)

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 1º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

§ 2º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

§ 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

observados pelos loteadores, que não são parte do contrato, sem previsão legislativa. Outro caminho viável seria prestar deferência às leis municipais, nos seguintes termos (inclusões propostas em destaque):

14.6. A CONCESSIONÁRIA poderá estabelecer padrões construtivos mínimos, a serem observados pelos LOTEADORES para loteamentos autorizados após a celebração do presente CONTRATO, **respeitada a competência municipal.**

A depender do acolhimento da sugestão, será necessário adaptar o item 14.7, que prevê a observância dos “padrões construtivos mínimos editados pela concessionária”.

Apesar de a Cláusula 11 trazer previsão quanto às áreas irregulares não urbanizadas e estabelecer que a prestação do serviço inclui “*as áreas de favelas e aglomerados subnormais*”, o Contrato parece não trazer disciplina quanto ao tema. Ocorre que, na prática, os loteamentos irregulares parecem possuir quantidade expressiva dos loteamentos existentes, a demandar regulamentação específica pelo Contrato de Concessão.

Diante disso, é recomendável que seja analisada e formulada disciplina quanto aos loteamentos irregulares, visando, principalmente que estes não comprometam o cumprimento das metas legais de universalização.

A subcláusula 14.7.1 estabelece que, caso a Concessionária identifique irregularidades nas obras executadas pelos loteadores, poderá requerer a mitigação dos indicadores de desempenho e demais obrigações, até a incorporação ao sistema das redes de coleta e distribuição localizadas nos loteamentos. Em seguida, o item 14.7.2 determina o seguinte:

14.7.2. Na hipótese prevista na subcláusula 14.7.1, a CONCESSIONÁRIA, a seu critério, poderá assumir a operação das redes de coleta e distribuição localizadas nos loteamentos, responsabilizando-se, às suas expensas, por efetuar as correções necessárias e pela prestação dos SERVIÇOS nos termos deste CONTRATO.

Ocorre que essa possibilidade não deveria se sujeitar a um critério discricionário exclusivo da própria concessionária, uma vez que a obrigação é instrumental ao cumprimento de metas. Assim, recomenda-se sejam definidas balizas específicas para os casos em que, mesmo com a existência de obras irregulares, a Concessionária deverá assumir a operação das redes de coleta e distribuição localizadas nos loteamentos.

Cláusula 17 – Garantia de Execução do Contrato

A Cláusula 17 da Minuta de Contrato de Concessão prevê regras sobre as garantias de execução do Contrato de Concessão em favor do Estado do Rio de Janeiro, com valores específicos para as garantias a serem prestadas em cada bloco e em cada período de sua execução. Referida disposição contratual é válida à luz do que dispõe o art. 56 da Lei nº 8.666/1993, aplicável aos contratos de concessão por força do art. 124 do mesmo diploma legal; bem como à luz do art. 23, inciso V e parágrafo único, inciso I da Lei nº 8.987/1995.

As subcláusulas que regem a sistemática da garantia contratual compõem de forma razoável os interesses do Poder Concedente e de seu futuro parceiro privado. De um lado, são previstas regras que asseguram a solidez da garantia prestada, vedando-se a existência de quaisquer condições ou

ressalvas que possam dificultar ou impedir a execução da garantia pelo ente público. De outro lado, a minuta do Contrato possibilita a prestação de garantia por diferentes formas, incluindo (i) caução em moeda corrente do país; (ii) caução em títulos da dívida pública federal; (iii) seguro-garantia; ou (iv) fiança bancária. Impõe-se advertir que a aceitação dos títulos da dívida pública federal deverá observar a verificação da sua liquidez e ausência de deságio ou mesmo a identificação no próprio contrato dos títulos aceitáveis como garantia.

A possibilidade de operacionalização da garantia por diferentes meios amplia a competição no certame público e reduz os custos de transação³⁰ para o parceiro privado ao possibilitar que decisões gerenciais sejam tomadas com base no modelo de negócio considerado mais adequada. Para tanto, a regulação contratual prevê normas específicas aplicáveis a cada tipo de garantia, de modo a resguardar os interesses do Estado a partir das peculiaridades de cada instrumento.

Cláusula 18 – Seguros

A Cláusula 18 prevê regras sobre a contratação dos seguros exigidos do parceiro privado durante todo o prazo da Concessão, conforme sua disponibilidade no mercado brasileiro. Dentre elas, encontram-se o Seguro de Riscos de Engenharia; o Seguro de Riscos Operacionais de Concessões (“*AllRisks*”); e o Seguro de Responsabilidade Civil Geral cada qual com coberturas específicas impostas pela cláusula em questão. A contratação de tais seguros é obrigatória, não havendo faculdade do concessionário quanto à sua celebração.

A imposição de contratação de seguros é de grande relevância para a gestão dos riscos contratuais. Cabe registrar que o seguro referido na cláusula 18.2 não abrange a cobertura de obras de conservação e manutenção. Deve ser explicitado se essa cobertura está devidamente contemplada nos demais seguros aludidos pelas cláusulas 18.5 a 18.8.

A matriz de risco da minuta do Contrato estabelece, em conformidade com as boas práticas do setor, que a ocorrência de fatos considerados como de caso fortuito e de força maior que são objeto de cobertura de seguros exigidos no Contrato são de integral e exclusiva responsabilidade da Concessionária a partir do início da vigência da Operação do Sistema, até o limite das apólices (subcláusula 34.2.13); cabendo ao Poder Concedente, por conseguinte, a responsabilidade pelos fatos imprevisíveis e supervenientes, ou de consequências incalculáveis que não estejam cobertos pelos seguros ou na parte que exceder o limite dos valores das apólices dos seguros exigidos no instrumento contratual (subcláusula 34.4.9).

Assim sendo, relegar a contratação de seguros à discricionariedade gerencial da Concessionária poderia comprometer de forma considerável a sustentabilidade econômico-financeira da concessão no caso de materialização de eventos imprevisíveis de grande porte, comprometendo a continuidade da prestação dos serviços públicos (art. 6º da Lei nº 8.987/1995)³¹ e dos investimentos necessários ao cumprimento das metas de universalização do saneamento básico na área concedida.

Cláusula 19 – Contratos com Terceiros

A subcláusula 19.6 estabelece a obrigação de publicação de informações mínimas a serem divulgadas no caso de transações entre a Concessionária e suas partes relacionadas, garantindo-se a transparência necessária e possibilitando maior *accountability* sobre essas atividades.

³⁰ Sobre a teoria de custos de transação elaborada por Ronald Coase, v. COASE, Ronald. *The problem of social cost*. In: *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, Outubro, 1960, pp. 1/44.

³¹ Como ressaltado pela Advocacia-Geral da União em ocasião específica, “o insucesso do empreendimento não prejudica apenas o concessionário ou arrendatário, mas também os usuários do serviço público. Há então um interesse público na estabilidade dos contratos de concessão de serviço público” (Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, p. 04).

Em relação a este tópico específico, recomenda-se a inclusão de subcláusula que estabeleça políticas de *compliance* anticorrupção por parte da Concessionária em sua contratação de terceiros, independentemente de se tratar de parte relacionada ou não. Conforme as diretrizes da Controladoria-Geral da União (CGU) sobre o tema, “*para diminuir as chances de que a empresa se envolva em casos de corrupção ou fraude em licitações e contratos, em função da atuação de terceiros, é importante que adote verificações apropriadas para contratação e supervisão de fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados, entre outros, principalmente em situações de elevado risco à integridade*”³².

É verdade que a Concessionária deverá apresentar programa de integridade ao Poder Concedente como condição à celebração do Contrato de Concessão, na forma da subcláusula 25.2.50 da minuta. De todo modo, a previsão específica de incorporação de políticas anticorrupção no item destinado à regulação contratual sobre as contratações com terceiros é essencial para reforçar a importância da integridade nestes tipos de relações privadas firmadas pelo parceiro privado. Dessa forma, sugere-se a inclusão de subcláusula nesse sentido, de modo que o Contrato incorpore as diretrizes da Controladoria-Geral da União e, porventura, aquelas que venham a ser editadas pela Controladoria-Geral do Estado sobre o tema.

Cláusula 20 – Financiamentos:

A Cláusula 20 da Minuta de Contrato de Concessão prevê que a Concessionária será responsável pela obtenção dos recursos financeiros necessários ao regular desenvolvimento das obrigações operacionais e de investimentos assumidos pelo parceiro privado. Trata-se de responsabilidade cujo risco é atribuído exclusivamente ao parceiro privado, de acordo com as melhores práticas de distribuição de riscos em contratos de concessão³³.

A subcláusula 20.2 autoriza que a Concessionária ofereça em garantia, nos contratos de financiamento e de mútuo, os direitos emergentes da concessão, mediante prévia notificação ao Estado. Tais alternativas são expressamente permitidas pelos arts. 28 e 28-A da Lei nº 8.987/1995, de modo que sua estipulação contratual é válida e legítima.

A subcláusula 20.3 da Minuta de Contrato de Concessão estabelece que os acionistas também poderão oferecer em garantia ou contragarantia, em contratos de mútuo e/ou em contratos de financiamento, as ações da Concessionária de sua titularidade, mediante simples notificação ao Estado. A redação da cláusula é dúbia e coloca em dúvida as seguintes questões: (i) se qualquer acionista, ainda que minoritário, deverá notificar o Estado do Rio de Janeiro em caso de prestação de garantia na forma do dispositivo contratual; e (ii) se os contratos de mútuo e de financiamento a que se refere a referida cláusula são necessariamente relacionados ao Contrato de Concessão, ou se, porventura, tal mister possa ser realizado pelos acionistas em qualquer oportunidade, ainda que estranhas à prestação do serviço de saneamento básico operado pela Concessionária. Recomenda-se que tais pontos sejam esclarecidos, com a reformulação da redação da subcláusula em questão para afastar interpretações equivocadas.

A subcláusula 20.4 da minuta estabelece que os contratos de financiamento e de garantia devem ser apresentados ao Estado. É estipulado, ainda, por meio da subcláusula 20.4.1, que a entidade que celebrar contrato com a Concessionária para fornecimento de materiais, equipamentos ou serviços na forma de venda parcelada ou financiada poderá ser reconhecida como Financiador, caso o contrato de fornecimento contenha, de forma clara, a descrição de uma operação de financiamento à Concessionária por parte desse fornecedor, com datas previstas para liquidação, taxas de juros e demais parâmetros. Recomenda-se seja explicitada a referência ao artigo 28 da Lei nº 8.987/95.

³² CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Programas de integridade: diretrizes para empresas privadas*. Brasília: CGU, 2015, p. 18.

³³ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 91.

Não está claro, pela redação da minuta, se a equiparação de terceiros com a figura do Financiador do Contrato é limitada para os fins da obrigação prevista na subcláusula 20.4 (que exige a apresentação da cópia dos contratos ao Poder Concedente) ou se tal equiparação é ampla, conferindo a estes fornecedores as mesmas prerrogativas que são atribuídas aos agentes financiadores em todo o Contrato. Tal preocupação é relevante na medida em que o ordenamento reconhece a possibilidade que o Estado autorize a transferência do controle ou da administração temporária da Concessionária pelos financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto (*step in right*).

Assim sendo, o estabelecimento de uma regra contratual mais clara poderá conferir maior previsibilidade e segurança jurídica ao parceiro privado em suas políticas de contratação de terceiros com meios de financiamento. Nesse tópico, sugere-se que, caso a intenção da regra contratual seja a de conferir equiparação ampla entre fornecedores e financiadores, que se limitem as prerrogativas de fornecedores cujos contratos representem menor relevância econômico-financeira para a operação e a promoção de investimentos do contrato de concessão.

A minuta do contrato prevê, ainda, outras regras gerais relacionadas ao financiamento do contrato, tais como obrigações de prestações de contas e vedações impostas à Concessionária para resguardar a integridade destas contratações.

Por derradeiro, o Contrato estabelece a figura do *step in right* em sua subcláusula 20.10, reproduzindo os comandos legais previstos no art. 27-A da Lei nº 8.987/1995 e § 1º do art. 27 do mesmo diploma legal. Trata-se de instrumento relevante para conferir maior segurança e confiabilidade aos contratos de financiamento, garantindo-se uma redução dos custos de transação envolvidos nestas contratações. Como lecionado pela doutrina:

“A finalidade do *step in right* é reforçar as garantias aos agentes financiadores do projeto concessionário, o que concorre para a redução dos custos financeiros incidentes. Quanto maior o nível de garantias aos financiadores, tanto menor serão os custos incidentes sobre a captação do capital. Precisamente por isso, há relevância em dotar o projeto de garantias adequadas a acautelar as entidades financiadoras, com vistas a minimizar os custos de transação e gerar maior eficiência à contratação.

Daí que a relevância do *step in right* transcende o interesse dos financiadores ou do concessionário, seja porque a sua previsão concorre para a redução dos custos do projeto (carreando economias aos usuários do serviço), seja porque a assunção do controle pelo financiador afigura-se uma via para a reestruturação financeira da sociedade de propósito específico (SPE) encarregada da concessão, no objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços.”³⁴

Por tudo isso, referida regulação contratual encontra respaldo na legislação aplicável e revela sistemática compatível com os princípios aplicáveis à Administração Pública e aos contratos administrativos em geral. Recomenda-se que a cláusula seja acrescentada do necessário detalhamento do procedimento das partes para a sua efetiva execução.

Cláusula 21 – Da Regulação e Fiscalização dos Serviços

A Cláusula 21 estipula as regras relacionadas a regulação e a fiscalização dos serviços prestados pela Concessionária. Mais especificamente, referida cláusulas estabelece as regras gerais a

³⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 315/316.

serem observadas pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), criada pela Lei estadual nº 4.556/2005, que possui, atualmente, a competência para regular, controlar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

De fato, segundo o inciso III do art. 11 da Lei nº 11.455/2007, uma das condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico é a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a “*designação da entidade de regulação e de fiscalização*”. Ainda segundo o art. 12, §2º, inciso X do diploma legal, é cláusula essencial de contratos de concessão do gênero a designação de autoridade regulatória para a sua fiscalização. A Cláusula 21 da minuta do Contrato, portanto, dá concretude às referidas exigências legais.

Segundo o art. 12 do Marco Legal do Saneamento Básico, a entidade regulatória deverá definir, dentre outras questões, (i) as normas técnicas relativas à qualidade, quantidade e regularidade dos serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos; (ii) as normas econômicas e financeiras relativas às tarifas, aos subsídios e aos pagamentos por serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos; (iii) a garantia de pagamento de serviços prestados entre os diferentes prestadores dos serviços; (iv) os mecanismos de pagamento de diferenças relativas a inadimplemento dos usuários, perdas comerciais e físicas e outros créditos devidos, quando for o caso; e (v) o sistema contábil específico para os prestadores que atuem em mais de um Município. De igual forma, os arts. 21 a 27 da Lei nº 11.455/2007, apenas em parte incorporadas pela minuta do Contrato, estipulam regras setoriais aplicáveis ao exercício da função regulatória, as quais deverão ser observadas de forma geral pela AGENERSA. É importante que o Contrato, portanto, estipule de forma expressa as competências conferidas à Agência Reguladora com base na Lei nº 11.455/2007.

A Lei nº 14.026/2020, que recentemente atualizou o marco legal brasileiro do saneamento básico, atribuiu à Agência Nacional de Águas (atualmente, Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico) a função de editar normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras (cf. art. 4º-A da Lei nº 9.984/2000)³⁵. Conquanto tais regras não sejam de observância obrigatória pelos entes da Federação titulares dos serviços de saneamento público, fato é que elas terão o condão de garantir a uniformidade regulatória do setor e a segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços³⁶.

Nesse contexto, a subcláusula 21.1 confere à AGENERSA a independência decisória e as autonomias administrativa, orçamentária e financeira próprias do regime jurídico de autarquia especial que é reconhecido às agências reguladoras. No entanto, foi estipulado na minuta da referida subcláusula que o poder regulatório da agência estadual será exercido “*obedecidas as normas de referências elaboradas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, durante todo o prazo de vigência do CONTRATO*”, a induzir potenciais interpretações que retirem o caráter não vinculante das normas de referência editadas pela agência federal. Redação similar é prevista, a propósito, também na subcláusula 21.1.8.

Recomenda-se o ajuste da redação das subcláusulas indicadas no parágrafo anterior para tornar claro que, no exercício do poder regulatório, a AGENERSA deverá levar em consideração as normas de referência editadas pela ANA, conferindo-se, todavia, um necessário espaço decisório à agência estadual para não incorporar eventuais normas consideradas inadequadas para a realidade do setor de saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro.

³⁵ “Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.”

³⁶ Sobre o tema, v. CYRINO, André. “A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: soft law federativo?”. In: Jota, disponível em <https://bit.ly/2IWsqSb>, acesso em 20/10/2020.

Seja como for, é relevante que a inobservância das regras da ANA sejam objeto de decisão robustamente motivada, de modo a evitar incentivos contrários aos objetivos institucionais do novo marco regulatório inaugurado pela Lei nº 14.026/2020. É relevante, pois, que as normas de referência que porventura não venham a ser incorporadas pela AGENERSA sejam objeto de regular procedimento administrativo, com a oportunidade de manifestação de todos os potenciais afetados pela medida e a análise dos impactos e consequências decorrentes desta decisão. É pertinente, assim, que o Contrato preveja regras que imponham essa sistemática à Agência Reguladora Estadual, ressalvado o disposto no artigo 4º B, da Lei nº 9.984/00 na redação conferida pela Lei nº 14.026/20.

No que se refere a subcláusula 21.2, sugere-se a menção expressa a figura do fato do príncipe como justificativa necessária para recomposição do equilíbrio econômico ali prevista.

Em relação ao exercício da função fiscalizadora, a minuta prevê, em suas subcláusulas 21.1.2 e 21.7, a possibilidade de a agência reguladora aplicar penalidades às concessionárias, mesmo quando as inconformidades foram objeto de notificação por parte do Estado do Rio de Janeiro. Nesse tópico, sugere-se que sejam incorporados à Cláusula 21 a atribuição à AGENERSA (ou entidade que lhe venha a suceder) de realizar a função fiscalizatória e sancionadora também sobre os usuários do serviço público.

De fato, o Contrato de Concessão prevê uma série de obrigações impostas aos usuários, conquanto estes não sejam partes do ajuste (subcláusula 23.2). É que, conforme reconhecido pela doutrina, as regras previstas em contratos de concessão fazem parte do bloco amplo de juridicidade, apresentando conteúdo normativo que é projetado para e sobre terceiros³⁷. Assim sendo, é recomendável que a AGENERSA detenha competência contratual para tutelar condutas dos usuários, respaldando-se, para tanto, em suas competências gerais previstas nos incisos I, IV e VI do art. 4º da Lei Estadual nº 4.556/2005:

Art. 4º - Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

I - zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições; (...)

IV - fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnico, econômico, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecido (...)

VI - determinar diligências junto ao Poder Concedente, concessionários, permissionários e usuários dos serviços, podendo para tanto ter amplo acesso aos dados e informações relativos aos contratos de sua competência;

Note-se que, segundo a atual redação da subcláusula 24.2.8, foi atribuída ao Estado do Rio de Janeiro a competência para aplicar penalidades administrativas aos proprietários ou possuidores de imóveis que não estejam ligados às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em locais onde houve disponibilidade de sistema público de abastecimento de água e/ou que estejam em desacordo com a legislação aplicável. Considerando as competências envolvidas (algumas das quais envolvem o INEA), sugere-se que o item tenha a seguinte redação:

24.2.8. apurar, no âmbito de sua competência, a responsabilidade dos proprietários ou possuidores dos imóveis que estejam se utilizando de soluções individuais de abastecimento de água fora das hipóteses admitidas pela legislação ambiental e de recursos hídricos.

³⁷ Nesse sentido, v. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 385/392.

Além disso, considerando demandas de eficiência organizacional, é relevante que o contrato se aproveite, ainda, da capacidade institucional³⁸ da AGENERSA. Nessa toada, recomenda-se a inserção de cláusula, em local pertinente, que estabeleça que compete à AGENERSA “*apurar a responsabilidade dos proprietários ou possuidores dos imóveis que não estejam cumprindo obrigação legal de conexão às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis*”.

Ultrapassado este ponto, sugere-se, por fim, que o art. 19 da Lei nº 4.556/2006³⁹ conste expressamente da redação da subcláusula 21.8, de modo a explicitar que a Taxa de Fiscalização fixada em 0,5% (meio por cento) sobre o faturamento mensal decorre diretamente de sistemática legal, e não de percentual desenhado especificamente para o Contrato. A uma, porque a natureza tributária de taxa está sujeita a regime de reserva legal, sendo relevante apontar a norma que lhe dá respaldo normativo. A duas, porque, em caso de eventual alteração do percentual pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, tal mudança deverá ser incorporada necessariamente ao contrato, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

Cláusula 23 – Direitos e obrigações dos usuários

Em relação a este tópico, sugere-se, em primeiro lugar, a inclusão de subcláusula que assegure, de forma expressa, todos os direitos assegurados aos usuários dos serviços de saneamento básico delimitados nos arts. 5º e 6º da Lei nº 13.460/2017. Apesar de o Marco Regulatório do Saneamento Básico integrar a interpretação contratual, fato é que a previsão de tal disciplina de forma expressa no conteúdo do Contrato lhe confere maior segurança jurídica.

Neste ponto, recomenda-se a inserção de três subcláusulas. A primeira, que obrigue a divulgação da Carta de Serviços aos Usuários, com objetivo de informar o usuário sobre os serviços prestados, as formas de acesso a esses serviços e seus compromissos e padrões de qualidade de atendimento ao público, bem como detalhar os compromissos e padrões de qualidade do atendimento, conforme previsto no artigo 7º. A segunda, que determine a implantação e funcionamento de ouvidoria, nos termos dos artigos 13 a 16. E a terceira, que disponha sobre os procedimentos para “avaliação continuada dos serviços”, conforme art. 23 da Lei nº 13.460/2017.

Além disso, sugere-se um ajuste em relação às regras de interrupção dos serviços, fazendo constar, de forma expressa, a submissão do contrato ao conteúdo do art. 6º, §§3º e 4º da Lei nº 8.987/1995 e do art. 40 da Lei nº 11.445/2007.

De mais a mais, sugere-se, por fim, que conste subcláusula expressa que reconheça os direitos dos usuários em relação ao tratamento de seus dados pessoais, submetendo o Contrato às disposições da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei nº 13.709/2018).

Cláusula 24 – Direitos e obrigações do Estado

A Cláusula 24 estabelece os direitos e obrigações do Estado no âmbito do Contrato de Concessão. Como salientado na Nota Técnica elaborada pelo BNDES e explicitado acima neste parecer, o Estado do Rio de Janeiro atuará como mandatário dos titulares dos serviços de saneamento

³⁸ Sobre o tema, v. SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”, in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003.

³⁹ Art. 19 - A Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos será recolhida diretamente pelo Concessionário ou Permissionário aos cofres do Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, criado pela Lei de Criação da AGETRANSP, na área de energia ou saneamento básico, cuja alíquota será 0,5% (meio por cento) sobre o somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente pelo Concessionário ou Permissionário, nas atividades sujeitas à regulação da AGENERSA, nos termos do art. 2º desta Lei, excluídos os tributos sobre elas incidentes.

básico por meio de mecanismos de gestão associada (por meio da celebração de convênios de cooperação com os titulares do serviço público). Tais instrumentos de gestão associada são considerados pelo BNDES, a propósito, condição *sine qua non* para garantir a segurança jurídica necessária à promoção da licitação e subsequente celebração dos contratos de concessão para os quatro blocos de prestação regionalizada.

Ainda de acordo com o Relatório Técnico mencionado, “[a] opção por assegurar ao Estado as competências de organizar e gerenciar os serviços downstream e upstream justifica-se na conveniência em se reformular 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”.

Referido modelo de negócios, que atribui ao Estado do Rio de Janeiro a gestão dos serviços de saneamento básico no bojo dos futuros contratos de concessão a serem celebrados com a iniciativa privada, é refletido nas regras de obrigações e direitos imputáveis ao ente federativo. O Estado do Rio de Janeiro assume efetivamente a posição de Poder Concedente do Contrato, com todas as prerrogativas, sujeições e riscos que lhe são inerentes, incluindo o correspondente recebimento de parte do valor de outorga. Para além disso, o Estado do Rio de Janeiro terá ainda os custos transacionais relacionados à coordenação e diálogo com os titulares do serviço, lidando com realidades de diferentes administrações públicas municipais, além de obrigações específicas relacionadas ao assunto, tal como, *e.g.*, o repasse dos bens reversíveis aos titulares quando da extinção do Contrato de Concessão.

Há três sugestões de alteração da redação da cláusula.

Primeiro, confirmando a sugestão realizada no item destinado à Cláusula 21, sugere-se a alteração da redação da subcláusula 24.2.8 para retirar do Estado do Rio de Janeiro, na condição de Poder Concedente, a competência para aplicação das penalidades administrativas cabíveis em relação aos proprietários e possuidores de imóveis que não estejam ligados às redes públicas de abastecimento onde houver disponibilidade de sistema. Como explicitado acima, sugere-se o aproveitamento das capacidades institucionais da AGENERSA para o exercício do poder de polícia em relação à questão, cabendo ao Estado do Rio de Janeiro apenas comunicá-la sobre eventuais irregularidades que porventura venha ao seu conhecimento, na forma da subcláusula 21.7.

Segundo, recomenda-se a inclusão, na subcláusula 24.1 da minuta do Contrato de Concessão, de item que preveja o direito de regresso do Estado em face dos Municípios em caso de responsabilização por condutas ilícitas de entes municipais que porventura venham a ser imputadas ao Estado do Rio de Janeiro. Com efeito, segundo estipulado no art. 8º-B da Lei nº 11.455/2007, incluído por meio da recente Lei nº 14.026/2020, nos casos de prestação regionalizada dos serviços de saneamento, as responsabilidades administrativa, civil e penal ainda são exclusivamente aplicadas aos titulares dos serviços públicos de saneamento. Assim sendo, é recomendável que referida regra legal esteja refletida na minuta do Contrato.

Terceiro, a subcláusula 24.2.7 deve ser alterada para suprimir a expressão “a título gratuito e devidamente regularizadas”, considerando que poderá gerar uma obrigação de cumprimento imprevisível para o Estado. Tais servidões já estão afetadas ao serviço público.

Cláusula 25 – Direitos e obrigações da Concessionária

A Cláusula 25 da minuta estabelece os direitos e obrigações da Concessionária – cláusula essa também considerada essencial a todos os contratos de concessão, conforme art. 23, inciso V da Lei nº 8.987/1995, e reconhecidamente aplicável aos contratos de delegação de serviços de saneamento básico por força do art. 10-A da Lei nº 11.455/2007.

Sem a pretensão de ser exaustiva e sem prejuízo das demais obrigações previstas no contrato e impostas pelo ordenamento, a Cláusula 25 estabelece uma série de incumbências à Concessionária de

forma legítima, razoável e proporcional à luz objetivos subjacentes à contratação. Considerando seu caráter não exaustivo, é relevante que conste subcláusula expressa no sentido de que as obrigações previstas no referido item não excluem as demais previstas no próprio Contrato e na legislação que incide sobre os serviços públicos delegados e os contratos administrativos de forma geral.

Recomenda-se, em linha com a orientação do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, estabelecer cláusula estipulando o efetivo prazo em que se dará o pagamento da outorga variável aos Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, bem como as respectivas cláusulas relativas a penalização e compensação financeira por atraso de pagamento.

Cláusula 26 – Verificador Independente e Indicadores de Desempenho

Em relação à Cláusula 26, uma primeira observação de caráter geral que pode ser feita é referente à redação das cláusulas. Como destacado acima, é necessário que a linguagem contratual seja objetiva, clara e sem formulações truncadas. Para tanto, observa-se que aquilo que está escrito deve corresponder exatamente aos objetivos pretendidos.

Desta feita, a acuracidade consiste em mais do que apenas reproduzir textos legais, deve-se contextualizá-los de forma a consolidar plenamente o entendimento que será aplicado àquela questão com os objetivos de tornar o texto contratual direto, claro e preciso.

A título de exemplificação desta questão, tem-se a subcláusula 26.1.1., que, embora tenha sido escrito em consonância com o Marco Legal do Saneamento apresenta redação que pode ocasionar dificuldades de interpretação, devido ao seu texto truncado, com referência a vários prazos e termos *a quo* interseccionados.

A subcláusula 26.3 determina quais os atos serão praticados pelo verificador independente, realizados em apoio à atividade da Agência Reguladora. Desse modo, seria importante ressaltar, na cláusula ou no Anexo pertinente, que tanto o verificador independente, quanto o certificador independente não podem, por si ou por empresas dos seus respectivos grupos econômicos, possuir qualquer tipo de vínculo, não somente com a Concessionária, mas também com qualquer empresa do seu grupo, sejam essas controladas, controladoras, coligadas etc., seja um vínculo presente, passado ou futuro por determinado tempo. Isto porque não pode haver quaisquer dúvidas acerca da isenção deles.

Em relação à razoabilidade dos prazos estabelecidos, entende-se que algumas subcláusulas, tais quais, 26.4.3, 26.4.5 e 26.4.8 estabelecem prazos muito curtos, de 10 (dez) dias, para apreciações que são, absolutamente, relevantes e complexas, muitas vezes inclusive com a necessidade de aferições e laudos *in loco*. Logo, seria oportuno que tais consolidações temporais fossem revistas e adequadas aos seus objetivos, a fim de se evitar que ocorram potenciais violações aos prazos contratuais.

Mais uma observação em relação à Cláusula é a necessidade de sua adequação aos novos ditames trazidos pelas recentes mudanças promovidas pela Lei nº 14.026/2020, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico⁴⁰.

⁴⁰ Sobre a novel legislação: “O acesso à água potável e ao saneamento básico constitui o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 6 da Agenda 2030, plano de ação organizado pelas Nações Unidas, externando o compromisso em garantir a universalização até 2030. Esta meta é alcançada, de acordo com a ONU, "quando é constante e regularmente garantido para todos, independentemente de sua condição social, econômica ou cultural, de gênero ou etnia. (...) Este é o contexto em que se insere o Novo Marco Legal do Saneamento Básico (lei 14.026/20) e o seu intuito de viabilizar a universalização dos serviços até 31/12/33, assegurando o atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgoto (artigos 10-B e 11- B, lei 11.445/07). Assim, objetiva uniformizar regras, definir padrões da atividade regulatória e da formulação de políticas públicas, bem como aumentar a competição, sendo obrigatória a abertura de licitação.” In: BELCHIOR, Wilson Sales. Novo marco legal do saneamento básico – impactos e novidades para o setor. *Migalhas*, 18.08.2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/332105/novo-marco-legal-do-saneamento-basico---impactos-e-novidades-para-o-setor>. Acesso em 30.10.2020

Ressalta-se que, em virtude dessas mudanças, as metas de eficiência e universalização⁴¹ ganharam novos contornos, definidos pelo arts. 11 e 11-B da Lei Federal nº 11.445/07, de modo que a modelagem dos contratos relacionados ao serviço de saneamento básico, necessariamente, terão que prever metas arrojadas de universalização para os próximos 12 anos, por definição legal.

Neste ponto, é válido destacar o seguinte excerto da minuta do “ANEXO III – Indicadores de Desempenho e Metas de Atendimento”:

(..) foi estabelecido um prazo de carência de pelo menos dois anos a partir do início da operação para que a mensuração dos indicadores aqui apresentados tenha impacto sobre a TARIFA EFETIVA a ser validada para a CONCESSIONÁRIA. Isso visa à adequação dos sistemas e das operações a serem empreendidos pela CONCESSIONÁRIA, de modo que apenas a partir do terceiro ano do CONTRATO haverá indicadores que efetivamente terão impacto sobre a tarifa efetiva. Esse aspecto será apresentado com maior detalhamento mais adiante neste ANEXO.

Foi estabelecida uma curva de atendimento para os serviços de água e esgoto, conforme verifica-se nos Apêndices II à V, a depender do BLOCO. Desse modo, o projeto inicia-se com níveis mais baixos de atendimento até que se atinja a maturidade operacional e se tenha um nível de atendimento constante até o final da vigência do contrato. Isso se reflete diretamente nas metas estabelecidas para os indicadores de universalização de água e esgoto e, indiretamente, em todos aqueles que tendem a apresentar progresso conforme investimentos são realizados e a operação é ampliada.

Salienta-se ainda que, a análise do referido documento demonstra que as metas dos indicadores de Índice de Atendimento Urbano de Água e Índice de Atendimento Urbano de Esgoto estão apresentadas no Apêndices II a V do ANEXO, divididas por BLOCO de Municípios. Em relação ao Bloco 1, apresenta-se que: o Índice de Atendimento Urbano de Água (%) só atingirá os parâmetros legais (99%), a partir do ano 14 em diante. Supondo que o contrato de concessão tenha início em 2021, o ano 14 corresponderia ao ano de 2035. Paralelamente, quanto ao Índice de Atendimento Urbano de Esgoto (%), só se atingirá o percentual da lei, 90%, a partir do 20º ano de vigência – que corresponderia ao ano de 2041. Verifica-se, portanto, que as metas estabelecidas no caput do art. 11-B – 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033 – restariam descumpridas.

Quanto aos Blocos 2, 3, e 4, os Apêndices III, IV e V, a análise apurada mostra que, de igual forma, o Índice de Atendimento Urbano de Água (%) só atingirá os parâmetros legais (99%), a partir do 14º ano da concessão, enquanto que, em relação ao Índice de Atendimento Urbano de Esgoto (%), só se atingiria o percentual da lei (90%) a partir do 20º ano. Logo, essas metas também estão descumprindo aquelas estabelecidas no art. 11-B.

Assim, o cronograma apresentado deveria ser ajustado, a fim de cumprir as metas estipuladas legalmente, isto é: metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033.

⁴¹ Segundo o conceito do art. 3º da Lei nº 14.026/2020, tem-se que:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

III - universalização: ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico, em todos os serviços previstos no inciso XIV do caput deste artigo, incluídos o tratamento e a disposição final adequados dos esgotos sanitários;

Desse modo, destaca-se, a título de exemplo deste fato na Minuta de Contrato de Concessão, a subcláusula 26.6, que apresenta um descompasso com as referidas metas legais, haja vista que relaciona o conteúdo do ANEXO III – Indicadores de Desempenho e Metas de Atendimento – com as normas que regem o aparato contratual. Vez que as metas do anexo estariam desatualizadas, pressupondo-se que o contrato seja assinado, eventualmente em 2021 – pois restariam descumpridas as metas do Marco Legal de Saneamento, já que este estipula como diretriz a universalização dos serviços de saneamento básico até o fim de 2033.

Ainda referente às metas de universalização, observa-se que a redação da subcláusula 26.7 dá azo a uma certa interpretação de que se admitiria um eventual descumprimento destas metas, o que, por sua vez corresponderia a uma disponibilidade excessiva do interesse público e, sobretudo, uma violação legal aos supracitados arts. 11 e 11-B da Lei Federal nº 11.445/07. De tal sorte, entende-se que este item deveria ser revisto, a fim de dar cumprimento à diretriz legal de universalização da prestação de serviços de saneamento básico.

Não pode haver isenções em relação ao cumprimento das metas e indicadores. Não pode, naturalmente, o cumprimento da obrigação legal ficar condicionado à celebração de contrato com o verificador. Na hipótese de sua não contratação, deve ser dada outra solução, como, por exemplo, o desempenho integral dessa função pela própria agência reguladora.

Cláusula 27 – Remuneração da Concessionária

Na análise da Cláusula 27, convém destacar o conteúdo do documento denominado “*Termo de Solicitação de Informações e Documentos nº 04, Ref.: Ofício nº 905/2020 – GAP/SGE, de 2020*”, que apontou alguns questionamentos, no âmbito do Processo de Auditoria TCE-RJ nº 103.462-2/2020.

O questionamento nº 3 relaciona-se a este item, sobretudo porque, solicita esclarecimentos acerca do porquê de que: “*nem o instrumento convocatório nem a minuta de contrato, estipulam como reflexo das receitas adicionais, além daquele previsto no item 27.14..1. da minuta do contrato, a apropriação das mesmas na modicidade das tarifas e no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em prol dos usuários, conforme determina o artigo 11 da Lei 8.987/1995.*”

Assim, tem-se que, a subcláusula 27.11, em especial, que autoriza à Concessionária a obtenção de Receitas Adicionais, e as demais que versam sobre este tema, de fato não preveem que as receitas adicionais possam ser apropriadas com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, tal qual determina o art. 11 da Lei de Concessões.

No contrato, são feitas as seguintes estipulações:

27.11. A CONCESSIONÁRIA fica desde já autorizada a obter RECEITAS ADICIONAIS, por meio da exploração de fontes de receitas alternativas, acessórias ou de projetos associados à CONCESSÃO, por meio de atividades decorrentes de tratamento de efluentes proveniente de caminhão tanque (chorume de aterros, fossas etc.), venda de hidrômetros usados, publicidade via faturas de água e esgoto (inclusive pelo envio de encartes junto às faturas de água e esgoto), venda de água de reuso e venda de lodo proveniente dos processos de tratamento para produção de adubo.

27.15.1. Os ganhos econômicos provenientes de RECEITAS ADICIONAIS serão partilhadas entre a CONCESSIONÁRIA, e o ESTADO, nos percentuais, respectivamente, de 85% (setenta e cinco por cento) para a CONCESSIONÁRIA e 15% (cinquenta por cento) para o ESTADO, correspondente à receita líquida, devendo tais valores serem contabilizados em conta específica e individualizada por natureza e o repasse ocorrer mensalmente.

27.15.1.1. Os valores de que trata a subcláusula anterior e que sejam compartilhados com o ESTADO, deverão ser segregados pela CONCESSIONÁRIA na CONTA VINCULADA e utilizados pelo ESTADO exclusivamente na manutenção da modicidade tarifária.

Assim, ao tratar do tema, foram incluídas regras nas cláusulas acima destacadas, de que parte dos valores atinentes aos ganhos econômicos provenientes das receitas adicionais serão apropriados com vistas a favorecer a modicidade das tarifas⁴², em prol dos usuários, em consonância com a dicção do supracitado art. 11 da Lei nº 8.987/1995. Dessa maneira, resta cumprida a exigência do questionamento nº 3 do Termo de Solicitação de Informações e Documentos nº 04, Ref.: Ofício nº 905/2020 – GAP/SGE, de 2020, do TCE/RJ.

Nesse mesmo viés, entende-se que os serviços complementares, em referência na subcláusula 27.15.3, também deveriam ser considerados a título de cálculo de modicidade tarifária.

Desta forma, esta cláusula deveria ser revisada, a fim de que seja considerada como fator de cálculo, a questão da modicidade.

Por fim, ressalta-se que, em relação a este item são realizadas sugestões de alteração na redação das subcláusulas 27.12 e 27.13, incluindo os vocábulos destacados em negrito: “expressamente”, “de forma específica” e “inclusive”, a fim de proporcionar uma leitura mais coesa e contundente:

27.12. A exploração de fontes de RECEITAS ADICIONAIS que não estejam **expressamente** indicadas **de forma específica** na cláusula acima dependerá de prévia anuência do ESTADO.

27.13. A exploração de fontes de receitas alternativas, acessórias ou de projetos associados não poderá comprometer os padrões de qualidade dos SERVIÇOS, conforme previsto **inclusive** nas normas e procedimentos integrantes do EDITAL e deste CONTRATO.

Cláusula 28 – Reajuste

Em relação às normas contratuais que regem o reajuste⁴³ (Cláusula 28), são necessárias algumas observações relacionadas à tarifa base mencionada como fator de cálculo da fórmula paramétrica, veja-se:

28.1. Os valores das TARIFAS cobradas em virtude da prestação dos SERVIÇOS serão reajustados a cada 12 (doze) meses, contados a partir da

⁴² Destaca-se que: “o conceito de *tarifa módica* é extraído do direito posto. Traduz o valor-tarifa cuja dimensão numérica não impeça nem dificulte, mas, ao contrário, favoreça o acesso ao serviço público. Consiste num preço que, com vistas a cobrir as despesas da concessão e assegurar justa remuneração ao concessionário, facilite o acesso ao serviço público. (...)” In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O regime tarifário na concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62643>>. Acesso em: 30 out. 2020.

⁴³ “O reajuste representa a atualização periódica de valores mediante critérios previstos de antemão pelo edital e aceitos pelos licitantes. Trata-se de um mecanismo de proteção contra variações inflacionárias. Para que não haja o desequilíbrio econômico-financeiro de uma concessão, as tarifas previstas devem ser reajustadas periodicamente, mediante a aplicação de índices ou fórmulas preestabelecidas.” SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas*. Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 130

data da apresentação da PROPOSTA COMERCIAL na LICITAÇÃO, considerada como data-base para aplicação do primeiro reajuste o mês de [●]. O reajuste obedecerá à seguinte fórmula paramétrica:

$$TARIFAS_b = TARIFAS_{b-1} * IRC$$

Onde:

TARIFAS_b: TARIFA BASE a ser calculada;

TARIFAS_{b-1}: TARIFA BASE vigente no ano anterior;

IRC: Índice de Reajuste Contratual.

28.1.1. O primeiro reajuste será realizado em [*], sendo nele considerada a variação inflacionária compreendida entre a data-base mencionada na subcláusula 28.1 até a data do primeiro reajuste.

O ANEXO VII ao Contrato de Concessão, que traz a Estrutura Tarifária e Serviços Complementares, parece conter uma tabela tarifária, que indica a tarifa vigente, aprovada pela Agência Reguladora que se encontra, provavelmente, defasada, considerando a periodicidade de vida para os reajustes.

Isto porque, nos termos do art. 9º do Decreto Estadual nº 45.344/2015, se estipula o seguinte:

Art. 9º - A tarifa praticada em 01 de agosto de 2015 será reajustada anualmente, em agosto de cada ano, pelo método de fluxo de caixa descontado, submetendo-se o estudo respectivo para apreciação da AGENERSA com 60 (sessenta) dias de antecedência. (Grifou-se).

Desta feita, a última indicação tarifária constante da minuta contratual corresponde aos valores estipulados em 2019.

A Deliberação AGENERSA nº 3898/2019 que analisa proposta de reajuste anual ordinário, referente ao período de 2019/2020, e que serviu de base para a elaboração do ANEXO VII, concedeu reajuste de 4,8676% referente à variação do IPCA no período de 14 meses, entre maio de 2018 e julho de 2019, conforme tabela anexa, a vigor a partir de 01 de outubro de 2019.

Observa-se que na tabela são indicados os mesmos valores de tarifa presentes na tabela do ANEXO VII ao contrato. Os valores 3,97628; 5,248689 e 11,610736, indicados para tarifa são os valores expressos na tabela anexa da Deliberação.

A seguir, se indica a referida tabela:

ANEXO I

CONCESSIONÁRIA CEDAE							
				out/19			
				Reajuste ordinário			
MODELAGEM	CATEGORIA	FAIXA DE CONSUMO/m ³	MULTIPLICADOR	Tarifa 1 (A)	Tarifa 2 (A)	Tarifa 3 (A)	
ESTRUTURA TARIFÁRIA ÁREA "A"	CONTA MÍNIMA		1,00	3,976280			
	DOMICILIAR	0 A 15	1,00		4,555225		
		16 A 30	2,20		10,021496		
		31 A 45	3,00		13,665677		
		46 A 60	6,00		27,331355		
		ACIMA DE 60	8,00		36,441807		
	COMERCIAL	0 A 20	3,40		15,487767		
		21 A 30	5,99		27,285803		
		ACIMA DE 30	6,40		29,153445		
	INDUSTRIAL	0 A 20	5,20		23,687174		
		21 A 30	5,46		24,871533		
		ACIMA DE 30	6,39		29,107893		
PÚBLICA	0 A 15	1,32		6,012898			
	ACIMA DE 15	2,92		13,301259			
PÚBLICA ESTADUAL	0 A 15	1,32		5,248689			
	ACIMA DE 15	2,92		11,610736			
MODELAGEM	CATEGORIA	FAIXA DE CONSUMO/m ³	MULTIPLICADOR				
ESTRUTURA TARIFÁRIA ÁREA "B"	CONTA MÍNIMA		1,00	3,487958			
	DOMICILIAR	0 A 15	1,00		3,995804		
		16 A 30	2,20		8,790768		
		31 A 45	3,00		11,987412		
		46 A 60	6,00		23,974825		
		ACIMA DE 60	8,00		31,966433		
	COMERCIAL	0 A 20	3,40		13,585733		
		21 A 30	5,99		23,934867		
		ACIMA DE 30	6,40		25,573147		
	INDUSTRIAL	0 A 20	4,70		18,780279		
		21 A 30	4,70		18,780279		
		31 A 130	5,40		21,577343		
PÚBLICA	0 A 15	1,32		5,274462			
	ACIMA DE 15	2,92		11,667747			
PÚBLICA ESTADUAL	0 A 15	1,32		4,604103			
	ACIMA DE 15	2,92		10,184835			
Tarifa 1: Unidade predial com volume apurado até 0,5m ³ /dia/economia.							
Tarifas 2 e 3 - Demais Unidades							
Tarifa Social:							
Considera 1 economia e cobrança de 30 dias.							
Valor de conta para Unidade Predial (atendida com cobrança de água e sem esgoto):					R\$ 18,45		
A cobrança de esgoto é igual à cobrança de água.							

Porém, conforme visto, o Decreto Estadual n. 45.344/2015 estabelece que o reajuste das tarifas deve ocorrer em agosto de cada ano. Dessa maneira, sendo agora vivenciado os meses de outubro e novembro de 2020, certo é que já deveríamos ter tido uma nova deliberação da Agência Reguladora que avaliasse o reajuste do valor.

Entretanto, até onde pudemos aferir, não encontramos nenhuma deliberação deste ano no site da AGENERSA⁴⁴ em relação à CEDAE. Frisa-se que existem documentos referentes a reajustes de

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.agenersa.rj.gov.br/>> Acesso em: 26, out. 2020.

outras concessionárias datados de 2020 (CEG, PROLAGOS, etc) mas não à CEDAE. Por esta razão, acreditamos que não seja um problema de site desatualizado, mas que o reajuste deste ano ainda não ocorreu efetivamente, talvez devido à pandemia ou às negociações de desestatização da CEDAE. Contudo, essa informação deveria ser devidamente esclarecida, haja vista a determinação normativa e assim, a tarifa base ser devidamente indicada nos anexos à minuta contratual.

A subcláusula 28.1.2, por sua vez, estipula a forma de cálculo do Índice de Reajuste Contratual (IRC), conforme se verifica em:

28.1.2. O IRC será calculado da seguinte forma:

$$\text{IRC} = [P1 \times (A_i/A_o) + P2 \times (B_i/B_o) + P3 \times (C_i/C_o) + P4 \times (D_i/D_o) + P5 \times (E_i/E_o)]$$

Onde:

P1, P2, P3, P4 e P5 = São fatores de ponderação a serem aplicados sobre os índices usados na fórmula, cujos valores constam no ANEXO III – INDICADORES DE DESEMPENHO E METAS DE ATENDIMENTO deste CONTRATO. A somatória dos fatores de ponderação deve ser igual a 1 (um).

A_i: é o índice "ICC - Mão de Obra - índice de mão de obra (coluna 56) publicado pela Fundação Getúlio Vargas - FGV", correspondente ao quarto mês anterior da data do reajuste tarifário;

A_o: é o mesmo índice acima, correspondente ao quarto mês anterior à data base definida nesta cláusula;

B_i: é a média dos valores da tarifa de energia elétrica referente ao "Grupo A - Convencional, Subgrupo A4 (2,3 kV a 25kV)", valor de consumo em MWh, praticada pela concessionária local, no 1º dia dos 12 meses anteriores à data do reajuste tarifário. Deve ainda ser considerada a média das bandeiras tarifárias do período de 12 meses anteriores à data do reajuste tarifário;

B_o: é o mesmo índice acima, praticado pela concessionária local, no 1º dia dos 12 meses anteriores à data do último reajuste tarifário realizado;

C_i: é o índice "IPA- Origem - OG-DI - Produtos Industriais - Indústria de Transformação - Produtos Químicos (1006820)", correspondente ao quarto mês anterior da data do reajuste tarifário;

C_o: é o mesmo índice acima, correspondente ao quarto mês anterior à data base definida nesta cláusula;

D_i: é o valor do preço da água cobrado pela CEDAE, correspondente ao mês anterior à data do reajuste tarifário;

D_o: é o valor do preço da água cobrado pela CEDAE, correspondente ao mês anterior à data do último reajuste tarifário;

E_i: É o índice "INCC - Índice Nacional do Custo da Construção, coluna 1A da Revista Conjuntura Econômica da Fundação Getúlio Vargas", correspondente ao quarto mês anterior da data do reajuste tarifário;

E_o: é o índice "INCC - Índice Nacional do Custo da Construção, coluna 1A da Revista Conjuntura Econômica da Fundação Getúlio Vargas", correspondente ao quarto mês anterior à data do último reajuste tarifário realizado.

Sendo assim, considerando que: tanto o conceito de **“TARIFAS b-1”** – TARIFA BASE *vigente no ano anterior* – quanto a descrição dos itens **“Do”** – é o valor do preço da água cobrado pela CEDAE, correspondente ao mês anterior à data do *último reajuste tarifário* – e **“Eo”** – o índice “INCC – Índice Nacional do Custo da Construção, coluna 1A da Revista Conjuntura Econômica da Fundação Getúlio Vargas”, correspondente ao quarto mês anterior à data do *último reajuste tarifário realizado* – fazem menção **À DATA ANTERIOR OU AO ÚLTIMO REAJUSTE TARIFÁRIO**, seria necessário esclarecer como se daria o cálculo do primeiro reajuste – esses valores seriam equivalente a quais grandezas exatamente?

De igual forma, a leitura da subcláusula 28.1.1. não deixa claro se esta fórmula seria utilizada no primeiro reajuste ou se só seria atualizado segundo a variação inflacionária. Veja-se:

28.1.1. O primeiro reajuste será realizado em [*], sendo nele considerada a variação inflacionária compreendida entre a data-base mencionada na subcláusula 28.1 até a data do primeiro reajuste.

Desse modo, entende-se que deveria restar explícito na cláusula a opção escolhida pelo administrador estadual. Isto é, que esteja explícito que o primeiro reajuste será calculado **SÓ** com base na variação inflacionária, ou então, que esteja expresso de forma evidente se as fórmulas serão utilizadas somente a partir do segundo reajuste, ou ainda, em última hipótese, que esteja explícito como calcular esses valores referentes ao reajuste anterior sendo no caso, a hipótese de **primeiro reajuste**.

Seja qual for o posicionamento a ser adotado, seja qual for a hipótese aplicada, deverá ser esclarecida essa questão, a fim de evitar ambiguidades interpretativas no momento de realização do cálculo do primeiro reajuste contratual.

Cláusula 29 – Aplicação dos Indicadores de Desempenho nas Tarifas

Na Cláusula 29, algumas considerações devem ser realizadas, sobretudo quanto à simetria, eventuais omissões, formato de redação das cláusulas e prazos.

Na subcláusula 29.2, considera-se que, por um critério de simetria, se é estipulado um piso, que neste caso seria de 10% (dez por cento), deveria, igualmente, ser designado um teto máximo de percentual.

Também é necessário apontar para o conteúdo da subcláusula 29.3.1, que exclui do cálculo de ITS a tarifa social⁴⁵ de usuários residentes em áreas de favelas e aglomerados subnormais, porém que é omissa quanto ao regime de cálculo que será destinado a estas áreas.

Sabe-se que a tarifa social pode ser financiada interna ou externamente à concessão. Sendo que, internamente, a cobertura dos custos será provida mediante subsídios cruzados, de incremento tarifário, de tarifas regulatórias, e, a depender da origem dos recursos, através dos fundos setoriais – que podem funcionar tanto como via de financiamento interna, quanto externa à concessão – porque

⁴⁵ A chamada tarifa social consiste num preço político oferecido a determinadas classes de usuários cuja situação socioeconômica seja impeditiva ou restritiva do acesso ao serviço público. É um preço artificialmente fixado (na acepção de traduzir-se numa diferenciação tarifária não amparada em critérios exclusivamente econômico-financeiro ou nos custos de produção do serviço) no objetivo de proporcionar o acesso ao serviço público a populações mais carentes. Essa espécie de tarifação justifica-se no objetivo da socialização do serviço público, franqueando o acesso a utilidades essenciais a determinados grupos com menor poder aquisitivo.” In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O regime tarifário na concessão de serviço público. Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62643>>. Acesso em: 30 out. 2020.

ora são provenientes de contribuições dos próprios concessionários e ora são extraídos das receitas públicas gerais. Desta maneira, deve ser previsto no conteúdo da normatização contratual do tema.

À subcláusula 29.4, por sua vez, seria interessante acrescentar a possibilidade de que o reajuste das tarifas e o cálculo das tarifas efetivas fossem homologados pela Agência Reguladora, por meio de procedimento administrativo realizado em sessão pública e previamente publicizada⁴⁶, com o apoio do verificador independente.

Ressalta-se ainda que já houve provocação anterior do TCE neste mesmo sentido de que o procedimento administrativo ocorra em sessões de caráter público e que foram anteriormente divulgadas de forma ampla. Nesse sentido, recomenda-se uma revisão da cláusula 29.4.

À semelhança do que foi observado em tópicos anteriores, em relação à subcláusula 29.7, observa-se que, embora tenha sido escrita em consonância com o Marco Legal do Saneamento, apresenta redação que pode ocasionar dificuldades de interpretação, devido ao texto truncado.

De igual feita, retomam-se algumas observações realizadas quanto ao lapso temporal, principalmente de que este deve ser adequado e razoável à ação que lhe é correspondente, sob pena de sucessivos descumprimentos e as eventuais consequências de medidas intempestivas.

Nesse viés, em relação à subcláusula 29.8, estipula-se que o prazo adequado seria aquele que se iniciaria somente após o devido recebimento das opiniões das partes. Portanto, seria importante a revisão da seguinte cláusula, com o objetivo de que o prazo designado esteja mais razoavelmente fixado, segundo os parâmetros necessários para a eficaz avaliação administrativa em tema tão complexo.

Ademais, ressalta-se ainda a seguinte observação acerca da redação das cláusulas, neste item. A utilização de alguns adjetivos pode também ser causa de obscuridade na interpretação. Sendo assim, considera-se que a escrita deve ser adaptada para que a interpretação gramatical do texto apresente total consonância com o objetivo que lhe é referente.

Deste modo, as subcláusulas 29.11.1 e 29.11.3, ao utilizarem-se do adjetivo: “matemático” para caracterizar o erro, limitam muito as hipóteses de incidência destas previsões, vez que, há uma série de fatores que não são meramente matemáticos que se relacionam intrinsecamente à questão. Assim, a utilização deste adjetivo deve ser reconsiderada, a fim de evitar possíveis controvérsias na aplicação dessas normas contratuais.

A subcláusula 29.12.4, ao tratar da hipótese de acolhimento da manifestação e aceitação dos cálculos originalmente propostos pela Concessionária, determina que os valores das diferenças devidas sobre as faturas anteriores à decisão de acolhimento da manifestação serão cobrados na primeira fatura subsequente àquela decisão.

Contudo esta medida parece se olvidar do fato de que, para muitos usuários, essa cobrança sendo realizada de maneira integral, pode ensejar dificuldades financeiras que prejudicarão o devido fluir do contrato. Uma possível solução para esta questão seria a hipótese de parcelamento desses valores, por exemplo.

Por fim, destaca-se que a subcláusula 29.15 prevê a possibilidade de ressarcimento em relação às cobranças já realizadas em valores reajustados a partir do cálculo apresentado pela Concessionária,

⁴⁶ Tem relação com o princípio da publicidade. Nesse viés, tem-se que: “Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem. É para observar esse princípio que os atos administrativos são publicados em órgãos de imprensa ou afixados em determinado local das repartições administrativas, ou, ainda, mais modernamente, divulgados por outros mecanismos integrantes da tecnologia da informação, como é o caso da Internet”. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 22.

porém não estipula como se dará este procedimento. Entende-se, portanto, que seria necessário que houvesse alguma previsão contratual neste sentido.

Dessa maneira, uma sugestão possível seria explicitar como se daria esse procedimento de ressarcimento, inclusive em relação à forma de pagamento – se em uma parcela integralmente ou se haveria hipótese de parcelamento, por exemplo. Sobretudo, a fim de sedimentar o procedimento e forma de realização de eventuais compensações e para tais cálculos também serem homologados pela agência reguladora.

Cláusula 30 – Revisões Ordinárias

Em relação às normativas contratuais que tratam das revisões ordinárias (Cláusula 30 da Minuta de Contrato de Concessão), cabem perfazer algumas observações em relação à amplitude das regras e do alcance quanto à responsabilização pelo cumprimento das metas de universalização do serviço de saneamento básico.

Quanto à subcláusula 30.2.4, sua redação está demasiadamente ampla, o que poderia fazer com que fosse utilizada como carta-branca para indefinidas inovações no contrato licitado.

Dessa forma, considera-se que isto traria possíveis problemas quanto à segurança jurídica e vinculação ao instrumento convocatório, sendo assim necessária a reformulação dessa cláusula.

No que se refere à subcláusula 30.5, deve-se observar que, segundo os ditames legais, sobretudo a disposição do art. 11, caput, §5º e §7º da Lei nº 11.445/07⁴⁷, o cumprimento das metas de universalização deveria ser considerado responsabilidade integral da concessionária e verificado pela Agência Reguladora, sendo que, no caso do não atingimento das metas, deverá ser iniciado procedimento administrativo pela Agência Reguladora com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas, incluídas medidas sancionatórias.

Assim, sugere-se que a subcláusula 30.5 seja readequada para retirar a ideia de que o Estado implantará em conjunto à Concessionária as metas de universalização, mister que cabe apenas a esta. Portanto, esse ponto deve ser deixado claro na subcláusula 30.5.

Cláusula 31 – Processamento das Revisões Ordinárias

Na Cláusula 31 da Minuta de Contrato de Concessão, mais uma vez, retomam-se algumas observações realizadas quanto ao lapso temporal, quanto à importância de realização de sessões públicas e da análise de amplitude das cláusulas.

Relativamente à subcláusula 31.3.1, o prazo de 30 (trinta) dias não seria adequado para a aferição pretendida (análise do Plano de Ação), inclusive porque poderiam ser necessárias diligência *in loco*, a fim de se verificar o real cumprimento das metas existentes.

⁴⁷ 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

§ 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.

§ 7º No caso do não atingimento das metas, nos termos deste artigo, deverá ser iniciado procedimento administrativo pela agência reguladora com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas, incluídas medidas sancionatórias, com eventual declaração de caducidade da concessão, assegurado o direito à ampla defesa.

Logo, sob pena de sucessivos descumprimentos e as eventuais consequências de medidas intempestivas, entende-se que o prazo indicado na subcláusula 31.3.1, deveria ser readequado, por medida de razoabilidade, a fim de ajustá-lo ao seu elevado propósito.

Em relação à subcláusula 31.3.3, o procedimento administrativo nela previsto deve ser realizado em sessão pública e previamente publicizada. Paralelamente, quanto à subcláusula 31.4, deveria ser instituído procedimento de consulta pública⁴⁸.

Ambas as medidas são inscritas como mecanismos de publicidade e transparência utilizados pela Administração Pública para propiciar a devida participação popular, bem como, favorecer o debate a respeito de determinado tema. Assim, esses mecanismos vislumbram ampliar a discussão sobre o assunto e embasar as decisões.

Nesse viés, sugere-se que sejam incluídas as hipóteses de sessão pública na subcláusula 31.3.3 e de consulta pública na subcláusula 31.4.

Cláusula 33. Alteração do Contrato

Em relação à Cláusula 33, são indicadas as hipóteses em que o contrato poderá ser alterado. Os comentários a seguir serão relacionados, sumariamente, à redação das cláusulas e à adequação destas aos entendimentos prévios desta especializada.

Na subcláusula 33.2 deveria ser exposto, textualmente, se está se referindo à alteração por meio de acordo entre as partes, ou, se somente pelo ESTADO, unilateralmente, ou ainda, se são aplicadas à cláusula AMBAS as hipóteses.

Ressalta-se que quanto à subcláusula 33.2.11, foi incluído o trecho “inclusive as metas nele estabelecidas” ao final, a fim de explicitar a necessidade de que o cumprimento das metas seja também observado quando da inclusão ou supressão de obras ou serviços no escopo da concessão:

33.2.11. incluir ou suprimir obras ou serviços no escopo da concessão, observados os limites estabelecidos neste instrumento, **inclusive as metas nele estabelecidas**.

Sobre a subcláusula 33.3, observa-se que constam menos itens que os fixados no Parecer ASA nº 5/2020, ainda não objeto de Visto, de autoria de um dos autores do presente Parecer. No referido parecer, solicitado em regime de máxima urgência, sugeriu-se que para adesão de outros municípios ao contrato, deveriam ser obedecidos os seguintes requisitos:

- (a) a necessidade de previsão genérica dessa possibilidade nos editais, negociais jurídicos e atos administrativos ou legislativos da concessão originária, inclusive como cláusula exorbitante impositiva unilateralmente à concessionária;
- (b) presença, a ser verificada no eventual caso futuro concreto dos requisitos da inexigibilidade de licitação por parte do município entrante;

⁴⁸ Ambas as medidas guardam relação ao princípio da participação popular. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que: “O princípio da participação está intimamente referido à expansão da consciência social e ao natural anseio das pessoas em sociedade de inquirir de algum modo nas decisões de poder que repercutam sobre seus respectivos interesses; é nessa linha que se estão produzindo as transformações dos modelos simples de democracias representativas em modelos politicamente mais complexos, de democracias participativas, possibilitando aos cidadãos, na tersa lição de Jean Rivero, não apenas escolher quem os governará, mas como querem ser governados.” In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 148.

- (c) alteração à época dos instrumentos originários integrantes de em uma cadeia complexa de atos unilaterais, negociais, planos e leis, em respeito ao princípio do paralelismo das formas;
- (d) apreciação de eventual implementação do reequilíbrio econômico-financeiro em razão da entrada de um novo município, seja favorável ou contrariamente a concessionária;
- (e) como diretriz geral, o respeito, em princípio, aos percentuais previstos pela Lei nº 8.666/93, art. 65;
- (f) como regra, o serviço deve ser remunerado, ou no mínimo, deverá ser estabelecido mecanismo de compensação, ou contrapartida pela concessionária;
- (g) a prestação deve ser aprovada pelo Conselho Deliberativo da RM, com base no art. 11, §4º da LCE nº 184/2018; e
- (h) a prestação do serviço não pode, em hipótese alguma, implicar prejuízo à prestação do serviço em questão a Entes já integrantes do polo ativo da concessão.

Da leitura da referida cláusula percebe-se que estão ausentes os requisitos: (b); (f); (g); e (h). Dessa maneira, estes requisitos também devem estar expressos na minuta contratual.

Especificamente em relação ao item (e), cumpre esclarecer que os limites ali referidos, em se tratando de concessão, e não de contrato administrativo em geral, não seriam cogentes, podendo ser afastados.

Vejam os que esclarecia a respeito LUIS ROBERTO BARROSO:

“(…) cabe fazer algumas observações sobre os parâmetros específicos contidos no art. 65 da Lei nº 8.666/93. A tese de que os percentuais referidos pelo dispositivo não se aplicam aos contratos de concessão é bastante consistente, pelos argumentos expostos acima. Nada obstante, parece prudente, pelo proveito de se operar com um parâmetro objetivo, que tais percentuais sejam utilizados, não como regras cogentes, mas como diretrizes, também no âmbito das alterações quantitativas dos contratos de concessão. Isto é: o administrador deve considerar esses limites como marcos a serem respeitados no geral e cuja superação, ainda que possível, deve ser acompanhada de motivação mais analítica, que demonstre a conveniência da alteração para o interesse público e sua compatibilidade com os princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública.

Assim, no âmbito dos contratos de concessão, é possível afirmar que às alterações qualitativas e às qualitativas com repercussões quantitativas aplicam-se todas as exigências acima — preservação do equilíbrio econômico-financeiro, motivação e demonstração de inexigibilidade de licitação autônoma da alteração. No caso das alterações quantitativas, além dessas exigências, aplica-se, como diretriz geral, o respeito aos percentuais previstos pela Lei nº 8.666/93, art. 65, ainda que esses limites possam ser superados se, no caso concreto, demonstrar-se a necessidade da alteração por conveniência do interesse público, bem como sua compatibilidade com os princípios constitucionais, sobretudo os da igualdade e da impessoalidade.”

(BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 99129, jul./set. 2006.)

Aprofundando, nesta oportunidade, as pesquisas, se pôde verificar que, não apenas a ampla maioria da doutrina,⁴⁹ como até mesmo o TCU, têm sido refratários à imposição dos limites de aumento do objeto contratual previstos na Lei nº 8.666/93 às delegações de serviços públicos.

Vejamos o julgado desta Corte de Contas:

“ACOMPANHAMENTO DOS ATOS E PROCEDIMENTOS PREPARATÓRIOS PARA A PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DE CONCESSÃO DA FERROVIA MALHA PAULISTA. NECESSIDADE DE CORREÇÃO DE CLÁUSULAS DA MINUTA DE TERMO ADITIVO PARA ATENDIMENTO À LEGISLAÇÃO E AOS

⁴⁹ “Além disso, note-se que a lógica econômica dos contratos de concessão e PPP é diferente da dos contratos de mera prestação de serviços, de obra ou de aquisição de equipamentos. Essa diferença torna de difícil justificativa a aplicabilidade, aos contratos de PPP e concessão, dos limites quantitativos e qualitativos para alteração de contratos administrativos previstos na Lei nº 8.666/93. (...) Nesse contexto, não faz qualquer sentido aplicar, aos contratos de concessão e de PPP, os limites de alteração de escopo contratual previstos na Lei nº 8.666/93 para contratos que são necessariamente realizados por prazos curtos — seja para garantir a submissão frequente à licitação (no caso dos contratos de mera prestação de serviços), seja em vista da pontualidade da prestação para seu cumprimento (contrato de aquisição de materiais e equipamentos), seja em vista da pontualidade da entrega do produto final da prestação (contrato de obra). A necessidade de preservação do vínculo entre Administração Pública e concessionário ou parceiro privado por prazos longos no caso de contratos de PPPs e concessões há que ter como contrapartida a possibilidade de adequação desse vínculo às vicissitudes que naturalmente decorrem da passagem do tempo. Entendimento contrário levaria (i) ao engessamento do contrato concessão ou PPP, que se tornaria ultrapassado e por isso contrário ao interesse público, ou (ii) à necessidade de relicitação do seu objeto, o que também seria um transtorno relevante, particularmente em vista da necessidade de a Administração Pública indenizar o concessionário.” (RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da Administração Pública: problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 103-135, set. 2012/fev. 2013, p. 127-128). “Inaplicabilidade do art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666. A temática da modificação das condições originais da concessão não pode ser enfocada à luz dos limites contemplados no art. 65, §§1º e 2º, da Lei nº 8.666. Esses dispositivos externam princípios compatíveis com contratos de natureza distinta da concessão. São hipóteses em que os recursos pertinentes à contratação são de responsabilidade do Estado. A fixação dos limites previstos nos aludidos dispositivos reflete uma grande preocupação com o controle dos dispêndios estatais. Isso fica evidente quando se determina a impossibilidade de modificação além de certos limites nem mesmo diante da concordância do particular — o que comprova que a tutela legal não se orienta, nesse passo, a proteger o interesse do contratado. Ora, esse tipo de preocupação não existe no âmbito da concessão, eis que não há transferência de recursos públicos para o concessionário. Não há necessidade de estabelecer alguma forma de limitação ao desembolso estatal derivado de alterações contratuais” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 443-444). “A regra tem aplicabilidade, em princípio, aos contratos administrativos em geral. Excetuam-se as tipologias contratuais em que o critério de aferição das variações quantitativas não se concilie com a natureza do objeto, como no caso das concessões de serviços públicos. Isso porque tomou-se como referência aos parâmetros de quantidade fixados o valor do contrato.” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo: exegese de dispositivos da Lei 8.666/93*. *Revista dos Tribunais*, n. 814, p. 91, 2003). “No meu entender, em sede de contrato de concessões, são absolutamente inaplicáveis os limites de acréscimo previstos no art. 65. A razão é singela.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Alteração em contrato de concessão rodoviária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 44, p. 212214, 2002). “Entendemos, todavia, que os limites indicados no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 não abrangem os contratos de concessão. Teoricamente, os limites seriam aplicáveis aos contratos de concessão que são considerados espécies de contratos administrativos, submetendo-se, subsidiariamente e no que couber, às normas gerais das contratações públicas previstas na Lei de Licitações. Todavia, entendemos que os contratos de concessão possuem peculiaridades que justificariam o afastamento dos referidos limites, notadamente a longa duração, a complexidade e a incerteza da relação contratual. A inaplicabilidade do art. 65, § 1º, da Lei de Licitações não significa um “cheque em branco” ao Poder Concedente e ao concessionário que devem, por exemplo, (i) justificar a necessidade das eventuais alterações ao atendimento do interesse público e (ii) preservar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 310).

PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO DOS INVESTIMENTOS PARA MITIGAR CONFLITOS URBANOS. NECESSIDADE DE AJUSTES NA MODELAGEM ECONÔMICO FINANCEIRA. REGULAÇÃO. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. ACOMPANHAMENTO.” (TCU, Acórdão nº 2876/2019, Plenário, Rel. Augusto Nardes, j. em 27.11.2019)

Trecho do inteiro teor do acórdão:

“No presente caso, mostra-se plenamente aderente a discussão sobre o setor portuário ao conteúdo da novel Lei 13.448/2017, que, ao permitir a prorrogação antecipada dos contratos de concessões ferroviárias, prevê a modernização desses instrumentos:

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.

Contudo, ainda que haja a autorização legal para alterar os contratos a serem prorrogados, tais modificações exigem uma verificação robusta de sua legitimidade, por meio da ponderação entre dois grupos distintos de princípios e diretrizes aplicáveis às concessões.

De um lado, colocam-se normas garantidoras da lisura do procedimento de escolha do agente privado que irá desempenhar o serviço público concedido e garantidoras também da execução contratual: (i) princípio do dever de licitar; (ii) princípio da isonomia; (iii) princípio da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública; (iv) princípio da vinculação ao instrumento convocatório; (v) princípio do prazo determinado dos contratos de concessão; (vi) princípio da segurança jurídica e (vii) princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

De outro lado, apresentam-se princípios que orientam o aplicador do direito das concessões diante de casos de necessidade de flexibilização das regras contratuais, no curso da sua execução, em virtude da necessidade de adaptações a novas condições fáticas, em nome da continuidade do serviço público, da preservação da atualidade tecnológica dos contratos, busca da eficiência, entre outros.

Todos esses princípios elencados acima caminham em conjunto e estão ligados entre si. Diante de casos concretos, entretanto, exige-se a ponderação entre eles, com base na proporcionalidade, motivando a escolha a ser adotada, verificando-se, ainda, os limites legalmente impostos e o atendimento ao interesse público e à modicidade tarifária.”⁵⁰

Assim verifica-se que o vetor hermenêutico foi ainda mais reforçado pela recente Lei de Relicitações, referida pelo Acórdão, o que não quer dizer, contudo, que o administrador do contrato esteja livre de peias publicistas para, em cada caso, admitir, ou não, a prorrogação, valendo-se, inclusive, se desejar, como preferência, dos parâmetros da Lei nº 8.666/93.

Sigamos.

Sugere-se a inclusão do trecho “em favor de qualquer uma das partes” à cláusula 33.3.1.4:

33.3.1.4. estar acompanhada da implementação do reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, **em favor de qualquer uma das partes**, a partir da observância dos requisitos e pressupostos estabelecidos neste CONTRATO para a hipótese;

No que tange a subcláusula 33.3.3, retoma-se à análise do documento referido como “Termo de Solicitação de Informações e Documentos nº 04, Ref.: Ofício nº 905/2020 – GAP/SGE, de 2020”, que apontou alguns questionamentos, no âmbito do Processo de Auditoria TCE-RJ nº 103.462-2/2020.

O questionamento nº 9 relaciona-se precedentemente a esta cláusula, sobretudo porque, solicita o exame da: *“necessidade de inserir na minuta de edital e/ou minuta de contrato de concessão cláusula estipulando o efetivo prazo em que se dará o pagamento da outorga variável aos Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, bem como as respectivas cláusulas relativas a penalização por atraso de pagamento e compensação financeira”*.

Prosseguindo na análise da minuta, a respeito da subcláusula 33.4, observa-se ser pertinente a reformulação de seu texto, a fim de que este indique que o conteúdo do ato unilateral será enviado à Concessionária para eventual manifestação, bem como que indique qual seria o prazo dessa manifestação. Nesse viés, poderia ainda prever o que ocorreria diante do descumprimento do prazo. Considera-se uma medida relevante, pois o teor da cláusula 33.5 afirma que a “fundamentação deverá considerar o conteúdo da manifestação da CONCESSIONÁRIA”.

Logo, recomenda-se que a subcláusula 33.4 possa ter sua redação readequada, para constar as observações quanto à necessidade de manifestação da concessionária, qual o prazo para esta e quais as consequências deste descumprimento.

Em relação à subcláusula 33.11.1, estipula que a Agência Reguladora não se manifestará nem prévia e nem posteriormente na maioria das alterações contratuais, salvo nos casos de reequilíbrio econômico-financeiro e demais hipóteses em que isso estiver expressamente previsto.

A Lei nº 14.026/2020 remete às regras de governança para as agências reguladoras locais, regionais e estaduais. O exercício dessa governança regulatória⁵¹ inclui atividades tais quais: decisões sobre a independência e autonomia do regulador; a forma como os processos regulatórios serão dados; a transparência e previsibilidade da tomada de decisão. A atividade regulatória, como se sabe, consiste na ponderação de todos os interesses envolvidos⁵², cabendo à Agência Reguladora equilibrar

⁵¹ Rafael Carvalho Rezende de Oliveira afirma que: “Trata-se da denominada “governança regulatória”. A expressão “governança” possui dois sentidos básicos: a) sentido amplo: significa o modo de gestão (privada, administrativa e política) eficaz; e b) sentido restrito: refere-se ao modo de participação da sociedade civil na produção de políticas públicas nos níveis local, regional ou global. No âmbito da regulação, é possível afirmar que a “governança regulatória” significa a busca por instrumentos de maior legitimidade (ex: participação na formulação da decisão administrativa) e de maior eficiência (ex: planejamento e controle de resultados) por parte dos reguladores.” In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75973>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

⁵² Sobre o tema, destaca-se o seguinte excerto: “Essa noção de qualidade regulatória guarda relação direta com a ideia mais abrangente de “boa governança”, com a qual compartilha o substrato normativo. O modelo da “boa governança” assenta-se sobre uma perspectiva de Estado que ressalta o papel mediador de interesses e corretor de instabilidades das

harmonicamente e de forma equidistante interesses que, não raro, se revelam antagônicos, com a finalidade maior de concretizar o atendimento do interesse público primário⁵³.

Essa governança setorial é um tema que gera grande expectativa junto à Agência Reguladora. Deve ser dado à Agência Reguladora tal papel, favorecendo medidas de governança em um contrato dessa complexidade, sendo ela em princípio inclusive mais apetrechada técnica e organizacionalmente que a Administração Direta do Estado para tais finalidades.

Cláusula 34 – Equilíbrio Econômico-Financeiro e Alocação de Riscos

Os contratos de concessão não fogem à regra geral sobre a conformação do equilíbrio econômico-financeiro. Doutrinariamente, sobrepuja-se o entendimento de que o equilíbrio relaciona-se à manutenção da equação contratual inicial, das condições nas quais a proposta apresentada pelo licitante vencedor foi elaborada⁵⁴. De modo que, tradicionalmente:

(...) a garantia da intangibilidade da inicial equação econômico-financeira importa, assim, a manutenção da relação entre os encargos assumidos pelo contratado e a contraprestação assegurada pela administração, ou, dito de outro modo, a preservação da relação entre encargos e receitas.⁵⁵

Entretanto, atualmente apresenta-se um argumento doutrinário mais sofisticado e completo, no qual se congregam conceitos de economia e direito, que demonstram que essa ideia de equação econômico-financeira inicial, tal qual marco zero é infactível. Nesse entendimento, Gustavo Kaercher Loureiro e Marcos Nóbrega, ao examinarem alguns elementos do regime econômico-financeiro (REF) dos contratos de concessão de serviços públicos de distribuição de energia elétrica, perceberam que a teoria econômica neoclássica que está por trás da ideia de equilíbrio é incapaz de oferecer respostas adequadas para contratos complexos e relacionais onde, em regra, não há a possibilidade de volta a um equilíbrio $T=0$ ⁵⁶.

Isso porque, existem múltiplos equilíbrios ao longo da execução do contrato, de forma que, as situações de equilíbrio ocorrem de modo não linear, já que os contratos, sobretudo os de concessão, são complexos, relacionais, de natureza incompleta (já que não conseguem prever todos os riscos possíveis) e de longo prazo. Conforme se verifica nos seguintes excertos:

instituições públicas. Ainda que isso não resulte na retração por completo do Estado, induz a um programa no qual o aparato estatal é austero, tanto no tocante ao arcabouço político-institucional quanto à sua capacidade de alocação fiscal direta para a implementação de políticas públicas.” In: CUNHA, Bruno Queiroz. (Re)contextualizando a governança regulatória: uma visão sistêmica de problemas de “segunda geração”. Boletim de Análise Político-Institucional (BAPI), n. 19, dez. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8967>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

⁵³ Sobre o tema, destaca-se o seguinte excerto: “Essa noção de qualidade regulatória guarda relação direta com a ideia mais abrangente de “boa governança”, com a qual compartilha o substrato normativo. O modelo da “boa governança” assenta-se sobre uma perspectiva de Estado que ressalta o papel mediador de interesses e corretor de instabilidades das instituições públicas. Ainda que isso não resulte na retração por completo do Estado, induz a um programa no qual o aparato estatal é austero, tanto no tocante ao arcabouço político-institucional quanto à sua capacidade de alocação fiscal direta para a implementação de políticas públicas.” In: CUNHA, Bruno Queiroz. (Re)contextualizando a governança regulatória: uma visão sistêmica de problemas de “segunda geração”. Boletim de Análise Político-Institucional (BAPI), n. 19, dez. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8967>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

⁵⁴ Cf.: Promoção nº 02/2015 – FAG.

⁵⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014, p. 138

⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41-54, jan./mar. 2018, p. 47.

A teoria econômica neoclássica que está por trás da ideia de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos complexos e relacionais no direito brasileiro é incapaz de oferecer respostas adequadas. Isso porque a falácia da restauração de um equilíbrio primevo estabelecido no momento T0 é falaciosa e acaba por espriar pela execução contratual uma plêiade de ineficiências e distorções.

Contratos dessa ordem, como é o caso do contrato de concessão analisado nesse trabalho, acaba por promover múltiplos equilíbrios ao longo da sua execução que devem ser considerados na análise dos pleitos de Equilíbrio Econômico Financeiro. Dessa forma, sob a perspectiva econômica, é bastante problemática a identificação de uma equação econômico-financeira original (diferentes metodologias, inúmeras variáveis etc.) que deverá ser buscada (ou resgatada) ao longo da execução contratual. Isso porque o equilíbrio inicial serve apenas como ancora teórica para a formatação do contrato, mas provavelmente voltar a esse momento $T=0$ ⁵⁶ é impossível.

Assim, resta concluir que as premissas sob as quais se baseia a TEEF são questionáveis e no lugar delas, há que se reconhecer a incompletude dos contratos vis à vis a sua dinâmica complexa, sobretudo em situações de equilíbrio não linear. E, portanto, precisamos encontrar outra “tecnologia jurídica” para reequilibrar esses contratos.⁵⁷

Dessa maneira, recomenda-se que a estrutura da minuta contratual possa se atentar para as dificuldades de se estabelecer um momento “ $T=0$ ”, de forma a definir uma perspectiva que pode ensejar problemas de cunho econômico para ser alcançada, gerando potenciais inúmeras controvérsias.

Portanto, insta-se que a minuta contratual e seus anexos especifiquem como será perquirida a tangibilidade do equilíbrio contratual, sobretudo porque, a equação econômico-financeira inicial não deve ser uma noção de natureza abstrata como está na minuta. Justamente porque, é na normativa contratual que se deve fixar uma matriz de riscos possíveis, que estipule, ainda que minimamente, as responsabilidades das partes e o conjunto de encargos e benefícios que lhe são referentes, os indicadores de serviços, bem como os sistemas de pagamento – já que todos esses são elementos essenciais à conformação das condições econômico-financeiras.

À vista disso, ressalta-se que a leitura da subcláusula 34.1 não fornece os elementos que deverão compor o cálculo de equilíbrio, não bastando uma mera referência etérea a uma suposta “equação inicial”.

Logo, recomenda-se nova redação à cláusula 34.1, a fim de que essas questões sejam esclarecidas e objetivadas, evitando assim possíveis controvérsias aplicativas.

A subcláusula 34.1, na medida em que se refere ao prazo da concessão, se relaciona ao questionamento nº 4 do TCE, constante do “Termo de Solicitação de Informações e Documentos nº 04, Ref.: Ofício nº 905/2020 – GAP/SGE, de 2020”, no qual solicita que se informe: “as razões do Contrato de Gerenciamento ter prazo de duração previsto de 40 (quarenta) anos, a contar da

⁵⁶ LOUREIRO, Gustavo Kaercher; NÓBREGA, Marcos. Equilíbrio econômico-financeiro de concessões à luz de um exame de caso: incompletude contratual, não ergodicidade e incerteza estratégica. Disponível em: <https://www.academia.edu/44439244/EQUIL%C3%80BRIO_ECON%C3%94MICO_FINANCEIRO_DE_CONCESS%C3%95ES_%C3%80_LUZ_DE_UM_EXAME_DE_CASO_INCOMPLETUDE_CONTRATUAL_N%C3%83O_ERGODICIDADE_E_INCERTeza ESTRAT%C3%89GICA> Acesso em 05, nov, 2020.

⁵⁷ Id. Ibid., pp 34-35.

transferência do sistema à Concessionária (item 6.1 do Contrato de Gerenciamento), considerando que tanto os Convênios de Cooperação como o Contrato de Concessão terão prazo de 35 (trinta e cinco) anos”.

Acerca desse questionamento ressaltam-se também as observações do Parecer nº 06/2020 – GUB cuja conclusão afirma que o fundamento legal do prazo de 35 anos previsto no edital de licitação é o art. 2º, II da Lei nº 8.987/95. De forma que, não havendo previsão de prazo máximo de vigência dos contratos de concessão na Lei nº 8.987/95, norma geral, este deverá ser estabelecido nas legislações específicas dos entes federados, ou, na sua falta, pelo poder concedente em cada contrato.

A subcláusula 34.1.1, ao relacionar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e a sua matriz de risco às condições do contrato, escrita dessa forma, pode ocasionar dúvidas, pois, ainda serão editadas novas normas que não necessariamente ensejarão reequilíbrio, visto que há muitos temas constantes do contrato que ainda não têm nenhuma regulamentação e que devem ser levados em conta pelo licitante.

Na alocação dos riscos, na subcláusula 34.2.6 a minuta faz uma ressalva à responsabilização da concessionária. A cláusula traz a hipótese de que, na obtenção de licenças permissões e autorizações necessárias à execução do objeto, caso o atraso seja imputável à ação ou omissão do órgão ou entidade da Administração Pública em geral (não necessariamente da Administração Pública do Rio de Janeiro), eximindo à concessionária de responsabilidade, inclusive de descontos relativos aos Indicadores de Desempenho.

Entretanto, considera-se que a cláusula apresenta, além de estipulações muito amplas, riscos elevados para o Estado, alocando-os somente para ele, ainda mais porque, na maioria das vezes a concessionária possui maiores condições de perquirir ágil e eficazmente as licenças do que o próprio Estado. Dessa forma, destaca-se o entendimento de que:

A repartição clara dos riscos, atentando para a vocação de cada parte contratante para gerenciá-los, constitui postura que amplia a eficiência e a transparência do ajuste contratual, tanto para o delegatário quanto para os usuários.

(...)

Ou seja, o princípio da eficiência poderá impor como solução mais adequada que o Estado não assuma os riscos por certas definições técnicas do serviço, relegando os riscos inerentes a esse tema ao particular. Do mesmo modo, pode ser conveniente, para atingir o propósito de modicidade tarifária, que outros riscos passíveis de gestão mais eficaz pelo Estado não sejam atribuídos — ao menos não integralmente — ao prestador do serviço.⁵⁸

Em relação a tal cláusula, sugere-se a seguinte redação:

34.2.6. obtenção de licenças, permissões e autorizações necessárias à execução do objeto deste CONTRATO, ressalvadas as hipóteses em que o atraso e/ou não obtenção de licenças, permissões e autorizações sejam imputáveis exclusivamente à culpa do Estado ou dos Titulares, quando a CONCESSIONÁRIA será eximida de responsabilidade e/ou descontos relativos aos INDICADORES DE DESEMPENHO;

⁵⁸ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. Apontamentos sobre a responsabilidade civil dos concessionários de serviços públicos. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 68, jul./ago. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=74289>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

Em relação à redação da subcláusula 34.2.10, acrescentou-se a parte destacada ao final “por maiores que sejam” para evitar discussões quanto à aplicação da teoria da imprevisão⁵⁹ neste caso: 34.2.10. variação das taxas de câmbio, por maiores que sejam;

Por sua vez, a subcláusula 34.2.13 estipula um parâmetro valorativo de responsabilização para ocorrência de fatos considerados como de caso fortuito e de força maior que são objetos de cobertura de seguros – até o limite das apólices. Entretanto, não prevê o que acontece caso a ocorrência de caso fortuito ou força maior enseje uma responsabilização superior a esse limite. Dessa maneira, considera-se que a situação precisaria ser devidamente esclarecida, a fim de abarcar a hipótese de que o limite das apólices seja ultrapassado.

Uma hipótese possível seria a estipulação de que, quando ultrapassem o valor da apólice do seguro (de responsabilidade exclusiva da concessionária), os riscos sejam compartilhados entre Poder Concedente e Concessionária, segundo percentual razoável, a ser definido pelo órgão licitante.

Quanto às subcláusulas 34.4 e 34.4.1, cabe fazer nova remissão ao Termo de Solicitação de Informações e Documentos nº 04, Ref.: Ofício nº 905/2020 – GAP/SGE, de 2020”, que apontou alguns questionamentos, no âmbito do Processo de Auditoria TCE-RJ nº 103.462-2/2020.

O questionamento nº 12 solicita que se justifique: “*o fato de as metas de universalização de atendimento dos serviços de saneamento básico não contemplarem as denominadas áreas rurais e remotas, considerando que a Lei 11.445/2007 não faz distinção entre áreas rurais/remotas e urbanas (artigo 11-B, § 4º), avaliando, ainda, a pertinência de estabelecer o que será considerado como ‘área urbana’, ‘área rural’ e ‘área remota’, a exemplo de tantas outras expressões cujos significados constam nos itens pertinentes a ‘definições’ das minutas de edital e de contrato de concessão, elidindo, assim, futuras dúvidas e questionamentos.*”.

Especialmente no que se refere à subcláusula 34.4.1, consta que apenas as áreas rurais serão transformadas em áreas urbanas, e devido a isso, haverá aumento da área da concessão do bloco referente.

Na redação da subcláusula 34.4.6 *et aliae* propomos retirar, expressamente as questões ambientais, que devem ser de responsabilidade da Concessionária, e também ajuste na nomenclatura de “ato da Administração”⁶⁰ para a mais consolidada “fato da Administração”⁶¹.

⁵⁹ Explica-se que: segundo a conceituação adotada, Teoria da Imprevisão (Álea Econômica), seria “todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio não desprezível, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes. É prevista no art. 55, II, *d*, que é o dispositivo subsidiário da lei, no sentido de que abrange todas as hipóteses de reequilíbrio contratual por fatos imprevisíveis não tratados especificamente por algum outro dispositivo. Trata-se da tradicional cláusula *rebus sic standibus* da teoria geral dos contratos, que, após o individualismo do *pacta sunt servanda* do Código de Napoleão, teve renovada a sua aplicação após as imprevisões decorrentes da 1ª Guerra Mundial, sendo o marco desta retomada o caso do “Gás de Bordeaux”, decidido pelo *Conseil d’État* em 1916, em que o aumento do preço do carvão inviabilizou a prestação dos serviços da concessionária. Invoca-se a favor da Teoria da Imprevisão nos contratos administrativos que, por um lado, a ocorrência de circunstâncias excepcionais não pode ilidir o cumprimento das obrigações do contratado, e, por outro, que não seria justo que ele respondesse sozinho com os prejuízos havidos para que um contrato do interesse de toda a coletividade continue sendo executado, impondo-se, assim, a repartição dos ônus imprevisíveis por toda a sociedade, o que se dá com a sua assunção pelo Estado.” In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo – 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 450.

⁶⁰ Os atos da Administração possuem um conceito bem abrangente e representam todo e qualquer ato praticado no exercício da função administrativa. Tal qual se verifica nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho: “A expressão atos da Administração traduz sentido amplo e indica todo e qualquer ato que se origine dos inúmeros órgãos que compõem o sistema administrativo em qualquer dos Poderes. O emprego da expressão não leva em conta a natureza deste ou daquele ato. Significa apenas que a Administração Pública se exprime, na maioria das vezes, por meio de atos, de forma que, ao fazê-lo, pratica o que se denomina de atos da Administração (...)” In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 201.

⁶¹ Os atos da Administração possuem um conceito bem abrangente e representam todo e qualquer ato praticado no exercício da função administrativa. Tal qual se verifica nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho: “A expressão atos

De igual forma, se propõe alterar a subcláusula 34.4.8, para retirar do texto a expressão relacionada às questões consumeristas que são de caráter geral, não podendo ser classificada como Fato da Administração:

De:

34.4.8. alteração legislativa de caráter específico que produza impacto direto sobre as receitas da CONCESSIONÁRIA, tais como as que concedam isenção, redução, desconto ou qualquer outro privilégio tributário ou tarifário, bem como alterações na legislação consumerista que acarretem impactos nos custos de atendimento;

Para:

34.4.8. alteração legislativa de caráter específico do Estado ou dos titulares que produza impacto direto sobre as receitas da CONCESSIONÁRIA, tais como as que concedam isenção, redução, desconto ou qualquer outro privilégio tributário ou tarifário;

Espelha o equilíbrio de uma equação econômico-financeira todos os fatores favoráveis e desfavoráveis a ambas as partes. O equilíbrio econômico-financeiro é, portanto, uma garantia de mão dupla, razão pela qual os reguladores também devem estar constantemente atentos para eventuais reequilíbrios em desfavor das concessionárias, devendo o contrato prever algo nesse sentido, inclusive quando o concessionário requerer reequilíbrios em seu favor⁶².

Fora isso, por exemplo as subcláusulas 34.4.8, 34.4.17, 34.4.25. e 34.4.26., preveem situações que acabam a favorecer mais a concessionária, em detrimento da parte estatal. Variações de insumo devem ser de responsabilidade da concessionária, bem como, as inspeções que esta entender cabíveis antes da apresentação da sua proposta etc.

Quanto aos riscos decorrentes de caso fortuito e força maior, necessário destacar que a PGE já possui posição emitida a respeito: o Parecer n. 07/2020 PGE/PG-17/JVSM, de lavra do Procurador do Estado José Vicente Santos de Mendonça, que estabeleceu os parâmetros para o eventual reequilíbrio econômico-financeiro das delegações de serviços públicos do Estado do Rio de Janeiro diante da Pandemia da COVID-19. Frisa-se que o parecer já foi aprovado e, devidamente encaminhado às agências reguladoras para observância.

Dentre os parâmetros fixados no referido Parecer, podem ser destacados os seguintes, pertinentes ao presente tópico:

- i. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não pode mais ser vista, ainda mais em contratos incompletos a exemplo das concessões, como uma estática manutenção da relação entre ônus e bônus estabelecida no momento inicial da concessão.

da Administração traduz sentido amplo e indica todo e qualquer ato que se origine dos inúmeros órgãos que compõem o sistema administrativo em qualquer dos Poderes. O emprego da expressão não leva em conta a natureza deste ou daquele ato. Significa apenas que a Administração Pública se exprime, na maioria das vezes, por meio de atos, de forma que, ao fazê-lo, pratica o que se denomina de atos da Administração (...)" In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 201.

⁶² C.f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 263, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96955>>.

- ii. O argumento de que o estado deve ter maiores responsabilidades nas delegações de serviços públicos em razão dos seus poderes exorbitantes, nenhuma relação guarda com fatos imprevisíveis da natureza.
- iii. Na relação de delegação de serviços públicos, à exceção dos usuários, não há hipossuficientes. Ambas as partes são hiperssuficientes. Na verdade, via de regra, é o delegatário que possui condições técnicas, econômicas e de assimetria informacional muito mais favoráveis do que o Estado.
- iv. Não seria crível que as importantes evoluções pelas quais passa o direito administrativo se direcionassem apenas em favor de apenas uma das partes (a privada) da relação jurídico-administrativa. Avanços como proporcionalidade, razoabilidade, equilíbrio contratual dinâmico e consensualidade devem ser aplicados igualmente às duas partes das relações contratuais públicas.

Desta feita, em decorrência desta orientação da PGE-RJ, que recomendamos seja considerada pelo órgão licitante, todas as cláusulas que imputam apenas ao Estado os riscos por força maior ou casos fortuitos devem ser reformuladas, a fim de favorecer o equilíbrio contratual. Nesse viés, destacam-se, a título de mero exemplo, as subcláusulas 34.4.8, 34.4.17, 34.4.25. e 34.4.26., sem prejuízo de que o mesmo entendimento seja aplicado às demais que imputarem riscos tais apenas ao Estado.

No presente tópico, sugere-se também alterar as redações das subcláusulas 34.5.4 e 34.5.1, trocando os termos ato da Administração para fato da Administração:

De:

34.5.4. to da Administração: ação ou omissão da Administração Pública que, incidindo direta e especificamente sobre este CONTRATO, retarda, agrava ou impede a sua execução pela CONCESSIONÁRIA; é hipótese de ato da Administração, exemplificativamente, a alteração na estrutura político-administrativa do ESTADO que, diretamente, afete as obras, serviços e atividades compreendidos neste CONTRATO.

34.5.4.1. Equipara-se a ato da Administração, para fins do presente CONTRATO, qualquer ação ou omissão dos MUNICÍPIOS ou da REGIÃO METROPOLITANA, que retarde, agrave ou impeça a sua execução pela CONCESSIONÁRIA.

Para:

34.5.4. fato da Administração: ação ou omissão da Administração Pública que, incidindo direta e especificamente sobre este CONTRATO, retarda, agrava ou impede a sua execução pela CONCESSIONÁRIA; é hipótese de fato da Administração, exemplificativamente, a alteração na estrutura político-administrativa do ESTADO que, diretamente, afete as obras, serviços e atividades compreendidos neste CONTRATO.

34.5.4.1. Equipara-se a fato da Administração, para fins do presente CONTRATO, qualquer ação ou omissão dos MUNICÍPIOS ou da REGIÃO METROPOLITANA, que retarde, agrave ou impeça a sua execução pela CONCESSIONÁRIA.

Mais à frente, verifica-se que nas subcláusulas 34.6., 34.6.1 e 34.7, são designados mecanismos contábeis e índices que não estão adequada e expressamente no processo administrativo em epígrafe.

Impende, portanto, que sejam esclarecidos, principalmente, quanto ao porquê de suas escolhas, sobretudo diante da dicção da Súmula nº 289 do TCU:

SÚMULA TCU nº 289: A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade.⁶³

Por exemplo: na subcláusula 34.6, se estabelece que o processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO será realizado de forma que seja nulo o valor presente líquido do FLUXO DE CAIXA MARGINAL projetado em razão do evento que ensejou o desequilíbrio, mas não há justificativa quanto à sua escolha, bem como, nas subcláusulas 34.6.1 e 34.7 são elencadas as porcentagens (211%) e 4,53%, respectivamente, sem que tenhamos encontrado sua motivação:

34.6. O processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO será realizado de forma que seja nulo o valor presente líquido do FLUXO DE CAIXA MARGINAL projetado em razão do evento que ensejou o desequilíbrio, considerando (i) os fluxos marginais resultantes do evento que deu origem à recomposição e (ii) os fluxos marginais necessários para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, mediante aplicação da seguinte fórmula para a taxa de desconto:

34.6.1. A taxa de desconto real anual a ser utilizada no cálculo do valor presente será composta pela média diária dos últimos 12 (doze) meses da taxa bruta de juros de venda das Notas do Tesouro IPCA+ com juros semestrais (NTN-B) ou, na ausência deste, outro que o substitua, *ex-ante* a dedução do imposto sobre a renda, com vencimento em 15/08/2050 ou vencimento mais compatível com a data do termo contratual, publicada pela Secretaria do Tesouro Nacional, apurada no início de cada ano contratual, capitalizada de um spread ou sobretaxa equivalente a 211% a.a., base 252 (duzentos e cinquenta e dois) dias úteis, mediante a aplicação da seguinte fórmula:

$$\sum_{a=1}^{t=(n-1)} VPLFCMa = 0$$
$$VPLFCMa = \frac{FCMa}{(1+NTNBs \times SPREAD)^a}$$

Na qual:

$\sum_{a=1}^{t-(n-1)} VPL$: Somatório dos FLUXOS DE CAIXA MARGINAIS do ano de origem do evento de recomposição ao último ano do fluxo de caixa Marginal [t-(n-1)];

FCMa (FLUXO DE CAIXA MARGINAL resultante no ano): Fluxo de caixa marginal resultante no ano “a”, considerando a soma entre; (i) fluxo marginal resultante do evento que deu origem à recomposição e (ii) fluxo marginal necessário para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro;

a: Ano de origem do evento de recomposição;

n: Ano da concessão quando ocorre o desequilíbrio observado;

t: Ano de término da concessão;

NTNBs: Valor da média diária dos últimos 12 meses das Notas do Tesouro com juros semestrais com vencimento em 15/08/2050, ou equivalente;

Spread ou sobretaxa de Juros: Incide sobre a taxa de juros NTB-B semestral (211%).

34.7. Independentemente do resultado do cálculo indicado na subcláusula acima, a Taxa de Desconto real anual a ser utilizada no cálculo do Valor Presente não poderá ser inferior a 4,53%.

Conforme visto anteriormente, o equilíbrio econômico-financeiro é uma garantia de mão dupla, razão pela qual podem existir eventuais desequilíbrios em favor das Concessionárias. De tal sorte, deve ser previsto um procedimento que se refira às hipóteses nas quais o reequilíbrio opere em favor do Estado.

Dessa maneira, a subcláusula 34.7.2, deve ser modificada, com vistas à acrescentar a previsão de procedimento a ser realizado quando o reequilíbrio for favorável ao Estado.

Ademais, ressalta-se que a boa prática regulatória é justamente a de divisão dos ganhos de eficiência⁶⁴, de forma que, para se afastar desse modelo, deve-se justificar de maneira contundente. Assim, destacam-se os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

Especialmente quando o procedimento envolver variações em vista de ganhos de eficiência, as regras deverão constar do ato convocatório: o licitante apenas pode assumir o ônus de redução das vantagens previstas se tal estiver previsto e disciplinado no ato convocatório⁶⁵.

Nesse mesmo sentido, a 10ª Câmara de Direito Público do TJSP, em julgamento do Processo nº 1053722-11.2016.8.26.0053, entendeu que a margem de lucro de uma concessionária (no caso, de energia elétrica, mas a *ratio* da boa prática se aplica a todas concessões de serviços públicos) pode ser reduzida pelo poder concedente, desde que haja previsão para tal em cláusulas contratuais e que não

⁶⁴ Conceitualmente, tem-se que ganhos de eficiência: “Compreendem soluções que permitem ao concessionário incorporar parcialmente ganhos derivados do aumento de eficiência na exploração do empreendimento. Periodicamente haverá a transferência parcial de tais ganhos para o poder concedente.” In: JUSTEN FILHO, Marçal. A inviabilização da concessão de serviço público e o cabimento de sua extinção. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo - RDAC, vol.26, set-out 2016, Serviços Públicos e Atividades Reguladas. p. 15.

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op Cit.*, p. 15.

exista nenhum fator externo ao contrato gerando desequilíbrio entre as partes. Veja-se, conforme o seguinte excerto do voto da relatora:

A controvérsia consiste em averiguar (a) se houve a correta aplicação do Termo de Ajuste K, notadamente a partir do segundo ciclo do contrato de concessão firmado entre as partes e; (b) se seria lícita a redução do volume de gás fornecido superior a 10% nos 4º e 5º anos do segundo ciclo contratual sem ajuste de cálculo da margem efetivamente obtida.

Como já relatado, em primeiro grau, o magistrado concluiu ter havido desequilíbrio na equação econômica do contrato, pois entendeu, fundado no laudo pericial, que inconsistências matemáticas na aplicação do fator K ao longo do terceiro ciclo, aliadas à redução de mais de 10% do volume de gás no segundo ciclo, sem a respectiva recomposição, teriam impedido a Comgás de receber aquilo que havia projetado inicialmente.

Contudo, a sentença merece reforma.

Não bastava apenas constatar se a aplicação do fator K gerou “perdas” financeiras à concessionária. Era preciso verificar, ao mesmo tempo, se a incidência do referido fator se deu segundo as disposições contratuais e se referida “perda” financeira correspondeu, verdadeiramente, a um desequilíbrio na equação econômica, ou se apenas surtiu efeito já previsto no contrato de concessão.

O juiz analisou a questão sob o enfoque puramente contábil, deixando de interpretá-la à luz de um regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum. Sob esta perspectiva, que balanceia interesse público e privado, a redução da margem de lucro da concessionária, seja pela aplicação do fator K durante o terceiro ciclo do contrato, seja pela redução do volume de gás sem a respectiva recomposição no segundo ciclo, não leva necessariamente à conclusão de que houve um desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato.

Vale dizer, é possível que a margem de lucro da concessionária venha a ser reduzida pelo poder concedente, desde que tal se dê em decorrência da aplicação das cláusulas contratuais e desde que não haja quaisquer fatores externos ao contrato que imponham desequilíbrio entre as partes. Na presente hipótese, as restrições impostas pelo poder concedente se deram dentro do previsto no contrato de concessão, de modo que o valor exigido pela Comgás não lhe é devido⁶⁶.

Portanto, partindo dessas premissas, deve-se rever o teor da subcláusula 34.7.4.3.

A subcláusula 34.9.2 estipula a hipótese de redução ou de ampliação do prazo da Concessão, mas sem determinar um limite para tanto. Mister se faz estabelecer um parâmetro a servir de limite máximo ao aumento do prazo, mesmo que à título de reequilíbrio.

A subcláusula 34.9 ao trazer rol de situações em que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será implementada, deveria prever, especialmente em relação às subcláusulas 34.9.4, 34.9.5, 34.9.7, e 34.9.11, que estas fossem condicionadas ao cumprimento das metas trazidas no Novo Marco Legal do Saneamento, sobretudo aquela referente às metas de universalização que

⁶⁶ TJ-SP – APL: 10537221120168260053 SP 1053722-11.2016.8.26.0053, Relator: Teresa Ramos Marques, Data de Julgamento: 26/10/2020, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 27/10/2020.

garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033.

Desse modo, recomenda-se que seja acrescentada às subcláusulas 34.9.4, 34.9.5, 34.9.7, e 34.9.11 expressão que condicione a implementação da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, ao cumprimento das metas de universalização, conforme art. 11-B, da Lei Federal nº 11.445/07.

Por fim, paralelamente, na linha de recomendações à Cláusula 34 e suas subcláusulas, cumpre informar que, recentemente, o Plenário do TCU exarou entendimento, nos autos do Processo TC 008.508/2020-8, cuja *ratio* entendemos ser aplicável à presente análise. A decisão versa sobre a temática do cálculo de indenização pelos bens reversíveis não amortizados, sendo certo que, o valor atribuído aos bens reversíveis constitui elemento fundamental para o acompanhamento constante do equilíbrio econômico-financeiro, dentro da equação econômico-financeira.

Dessa feita, segundo visão do TCU, o cálculo de indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados não pode se dar apenas com base em custos históricos, visto que, quando o cálculo é baseado em custos históricos, invariavelmente, refletirá transação não aderente a preços de mercado. Assim, o entendimento é de que os bens da concessionária devem ser escriturados como ativos intangíveis, pois há menor risco de valorações acima do mercado.

A decisão também prevê que, a metodologia de avaliação dos bens reversíveis não amortizados ou depreciados deve considerar um teto, teto este por exemplo equivalente ao valor dos ativos obtidos a partir do modelo econômico-financeiro dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental. Certo ainda que, segundo o art. 10-A⁶⁷, acrescentado pelo Novo Marco do Saneamento Básico, a metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato constitui uma das cláusulas essenciais dos contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Logo, seu cumprimento é mandatório e deve ser observado pela minuta contratual.

Destaca-se excerto do Acórdão em referência:

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, e com fundamento nos arts. 250, V, e 276, caput, § 3º, do Regimento Interno, em:

9.1. determinar, cautelarmente, à Agência Nacional de Transportes Terrestres que suspenda os efeitos da Deliberação 329/2020, abstendo-se de assinar o termo aditivo ao contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG – Via040 ou praticar outros atos no sentido de dar prosseguimento ao processo de relicitação da concessão até que:

9.1.1. a metodologia de pagamento das indenizações pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados contemple as normas contábeis aplicáveis à espécie – contidas no ICPC-

01 – que preveem serão os bens reversíveis apurados por meio do ativo intangível da concessionária;

9.1.2. a metodologia de pagamento das indenizações pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados considere um teto ao valor das indenizações,

⁶⁷ Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições:

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato;

a exemplo do valor dos ativos obtidos a partir do modelo econômico-financeiro dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA);⁶⁸

A decisão supracitada foi exarada no âmbito de concessão de medida cautelar, em 30/09/20, sendo extinta pelo Acórdão nº 2.924/2020, em 28/10/20, mas nos seguintes termos:

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, e com fundamento nos arts. 277, inciso V, e 289 do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. conhecer dos presentes agravos, para, no mérito, dar-lhes provimento, no sentido de revogar a medida cautelar adotada, por ausência do pressuposto do perigo da demora;

9.2. dar ciência desta deliberação às agravantes;

9.3. restituir os autos à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil, para prosseguimento do feito.

Vê-se, portanto, que a decisão de mérito do TCU sobre os critérios de cálculo dos bens reversíveis não foi revista. A decisão superveniente se fundamentou apenas por considerar não haver mais perigo na demora; não por razões de direito material relativas aos bens reversíveis.

A partir de tais considerações, a Cláusula 34 e suas subcláusulas, em especial a de número 34.9.3, devem ser reformuladas, a fim de acrescentar as premissas que constam no entendimento do TCU.

Cláusula 35 – Processamento do Reequilíbrio Econômico-Financeiro

Em relação à Cláusula 35, a observação que se apresenta diz respeito ao teor da subcláusula 35.1, que estabelece o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, para notificação de eventos de desequilíbrio pela parte interessada à outra e à Agência Reguladora.

Entretanto, a cláusula não estipula se este prazo teria natureza decadencial⁶⁹, bem como não prevê expressamente qual a consequência de seu descumprimento. Logo, tem-se que a redação da subcláusula 35.1, deveria ser ajustada, com vistas a remir tais questões que podem ensejar dúvidas no momento do processamento do reequilíbrio econômico-financeiro.

Cláusula 36. Valor da Outorga

O presente tópico, referente ao valor da outorga, enseja algumas observações, diante de algumas dúvidas quanto à possibilidade de erro material na redação das cláusulas, e de necessidade de esclarecimento de algumas questões.

⁶⁸ TCU - TC 008.508/2020-8 – ACÓRDÃO No 2611/2020 – Plenário. Relatora: Ana Arraes. Data da Sessão: 30/9/2020 – Telepresencial.

⁶⁹ “Decadência é o perecimento do direito potestativo, em razão do seu não exercício em um prazo predeterminado. (...) O fundamento da decadência é não se ter o sujeito utilizado de um poder de ação, dentro dos limites temporais estabelecidos à sua utilização. (...) a decadência opera de maneira fatal, atingindo consequência expressa no art. 207 do Código: o prazo de caducidade não pode ser interrompido não se suspende depois de iniciado, nem deixa de começar, qualquer que seja a causa impeditiva.” In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 28. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 577.

A subcláusula 36.2, por exemplo, indica como se dará o pagamento da outorga fixa, estipulando as regras para o pagamento da primeira parcela, da segunda parcela e da segunda parcela. Acredita-se que houve um erro material nesta redação, de forma que deveria ser averiguada a questão e eventualmente retificada, para constar pagamento da primeira parcela, segunda parcela e terceira parcela.

Ademais, seria interessante indicar de forma mais específica a data máxima para o pagamento da terceira parcela como, por exemplo: “*até o último dia do terceiro ano de vigência do contrato*”, com vistas a esclarecer qual seria a data do início de incidência de eventual multa.

Acerca da subcláusula 36.2.3, observa-se que essa dispõe sobre a forma de pagamento de outorga fixa, pressupondo um caráter de exclusividade, indicando que a natureza do serviço seria a de um monopólio natural. Nesse ponto, reforçam-se as recomendações feitas no Tópico II.4, relacionada à exigência prevista no art. 16 da Lei nº 8.987/95, no sentido de que a exclusividade seja devidamente justificada pelo Poder Público.

Por fim, indica-se que as subcláusulas 36.4.1 e 36.4.2 não estabelecem ao certo a qual tipo de tarifa se referem, o que gera dúvidas se estariam relacionadas à tarifa básica ou à tarifa reduzida. Dessa maneira, entende-se que a redação das subcláusulas poderia ser reformulada, com o objetivo de dirimir tais questões e esclarecer a qual classificação da tarifa fazem referência.

Cláusula 37 – Penalidades Contratuais

Antes de adentrar no exame pontual e específico da Cláusula 37, que disciplina as penalidades que poderão ser aplicadas à Concessionária, importante tecer alguns comentários gerais e iniciais acerca da temática.

A cláusula das sanções é uma das mais importantes no contrato de concessão, porquanto por meio dela o Concedente dispõe do *enforcement* necessário para exigir o cumprimento das obrigações pela Concessionária, criando, se bem desenhada, os incentivos econômicos para que a Concessionária seja estimulada a executar o contrato corretamente.

Não pode ser mais vantajoso para a Concessionária não cumprir a obrigação a que se comprometeu contratualmente e assumir o risco de ser sancionada. Por isso que o desenho da cláusula de penalidades não é de cunho exclusivamente jurídico, devendo ser elaborada a partir dos elementos econômicos que criem os incentivos corretos visando o cumprimento das obrigações contratuais⁷⁰.

Assim, a cláusula de penalidades guarda direta relação com as obrigações assumidas pela Concessionária no Contrato de Concessão e que estão concentradas (não de forma exaustiva) na Cláusula 25 da minuta, que disciplina sobre os direitos e obrigações da Concessionária. Além disso, a tipicidade das infrações e a correlação com as sanções se desvela como providência que incrementa a segurança jurídica na aplicação das sanções, limitando a discricionariedade do Concedente. Claro que não se imagina que a tipicidade administrativa seja exauriente e capaz de esgotar todas as infrações

⁷⁰ Conforme explica Ragazzo: “As regras estabelecem os custos das ações humanas (o que fica mais claro quando há sanções explícitas, como multas, penas alternativas e aprisionamento). Assim, os indivíduos fazem suas escolhas sobre comportamentos lícitos ou ilícitos com base no binômio sanção (grau da penalidade) e fiscalização (probabilidade de ser capturado e punido)”. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 102. Alice Voronoff ensina: “Disso decorre que o comportamento humano é guiado por análises de custos e benefícios. As pessoas projetam os benefícios e custos adicionais de suas ações e somente atuam se os primeiros superarem (ou ao menos se equipararem) aos segundos. Esse tipo de cálculo se aplicaria, inclusive, na seara dos comportamentos ilegais. A ideia é que os indivíduos são levados a descumprir contratos ou infringir a lei sempre que isso valer a pena. Daí a infração ser vista como resultado de uma escolha racional”. VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito*. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 107-140, jan./abr. 2019.

possíveis. O que se afirma é coisa distinta. É a necessidade de que o contrato disponha de modo mais detalhado acerca desta relação entre infração e sanção.

Outro aspecto importante consiste na necessidade de a cláusula de penalidade definir elementos essenciais da aplicação das sanções. Indispensável, por exemplo, que (i) sejam explicitados os conceitos do que se compreende por circunstâncias agravantes, atenuantes e reincidência; (ii) o traço distintivo entre multa administrativa, moratória e compensatória, bem como as suas distintas hipóteses de cabimento; (iii) a previsão contratual de acordos substitutivos que permitam substituir multas por novos investimentos⁷¹, estimulando a consensualidade em benefício do interesse público; (iv) hipóteses de cabimento da suspensão da participação em licitações e da declaração de inidoneidade.

Quanto **melhor** for a regulação contratual *ex ante* **menor** serão os problemas e controvérsias que surgiram *ex post*. Essa é uma premissa que deve nortear não apenas a elaboração da cláusula de penalidade, mas toda a essência de um contrato de concessão.

A Cláusula 37 não está adequada às premissas acima delineadas, a justificar a sua readequação a partir do enfrentamento das questões comentadas, como se passa a expor na sequência. Importante, ainda, que se avalie a inserção de percentuais para a dosimetria na aplicação das multas, com limites mínimos e máximos, podendo incidir sobre o faturamento da Concessionária, de acordo com a boa prática dos setores regulados. Não há clareza, por exemplo, se o desenho contratual da aplicação das multas cria o *enforcement* e os incentivos necessários para o cumprimento das obrigações pela Concessionária. Este é um ponto que merece ser justificado no processo (ainda que genericamente), informando se os percentuais e valores das multas tiveram como pressuposto essas preocupações (*enforcement e incentivos*), evitando escolhas aleatórias, subjetivas e voluntaristas, que não cumpram o papel do Direito Administrativo Sancionador. Deve ser esclarecido, ainda, se o Anexo de indicadores de desempenho cumpre essa função e em que medida.

Não se vislumbra, também, correlação direta entre as obrigações da Concessionária (Cláusula 25) e as sanções a serem aplicadas. Não obstante as subcláusulas 37.3 e 37.4 da minuta do contrato de concessão mencionem algumas infrações, relacionando-as com a aplicação da advertência e da multa, não há maiores detalhamentos e nem a observância ao **princípio da tipicidade**⁷², quando correlacionado com as demais obrigações assumidas pela Concessionária. Sugere-se a supressão de que o impedimento da fiscalização não seja, *a priori*, qualificado como infração leve.

Veja-se, a título de exemplo, o Anexo 3 do Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos Aeroportos integrantes dos blocos Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste⁷³ e o Anexo

⁷¹ Vários são os precedentes acerca do tema na Procuradoria Geral do Estado: Parecer nº 8/2011-GUB, Parecer nº 02/2017-FDCB; Parecer nº 03/2015 –FDCB, Parecer nº 07/2019-ARCY. Sobre o tema, veja-se a esclarecedora lição de Floriano Azevedo Marques Neto 3 Juliana Palma: “ Os acordos substitutivos têm a função de substituir a atuação administrativa sancionatória pela consensualidade, com a negociação de cláusulas de compromisso, a exemplo de compromissos de universalização e ampliação de acesso ao serviço público, incremento da qualidade da prestação, resolução ou mitigação de problemas de interrupção, reforço a direitos e garantias dos consumidores, deveres de investimento de infraestrutura, dever de investimento em desenvolvimento de novas tecnologias que beneficiem a qualidade e o acesso do serviço público prestado, concertação de nova metodologia de fiscalização que permita um acompanhamento mais detido das atividades prestadas, entre outros. Como próprio da consensualidade, os acordos substitutivos endereçam o caso concreto ao trazerem compromissos de solução ou mitigação da situação-problema tipificada como infração administrativa.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. PALMA, Juliana Bonacorsi. “Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL”. Disponível em <<https://bit.ly/36GC2IL>>, acesso em 03/11/2020.

⁷² Como um dos subscritores do presente parecer já teve a oportunidade de aduzir “É a tipicidade, um corolário da legalidade, que impõe esse detalhamento específico das condutas e comportamentos dos administrados e das penas aplicáveis, que, afinal, é o que lhes permitirá ter maior previsibilidade acerca de suas ações e condutas.” GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. Revista Brasileira de Direito Público: RBDP, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.

⁷³ Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/concessoes_em_andamento. Acesso em 03/11/2020.

XXI da Concorrência Internacional nº 01/17 do Estado de São Paulo (Concessão da Linha 15 – Prata)⁷⁴. Sem prejuízo de outros editais, que também poderão ser utilizados como referência para eventual readequação da Cláusula 37, constata-se que existe um anexo prevendo a aplicação de penalidades e multas, com a qualificação da infração, detalhamento do percentual e sanção aplicável.

Em ambos os editais de concessões acima mencionados (um federal e outro estadual), constata-se um aprofundamento na cláusula de penalidades que não se identifica na Cláusula 37 da minuta. Indispensável que se promova um maior detalhamento e correlação entre o descumprimento das obrigações da Concessionária (principalmente à luz da Cláusula 25) e as sanções aplicáveis, em benefício do princípio da tipicidade e da própria segurança jurídica na aplicação das sanções.

Também se constata que a Cláusula 37 não define aspectos essenciais para a aplicação das sanções. Repita-se, quanto ao ponto, elementos que deverão ser objeto de regramento na cláusula de penalidades: (i) conceito de circunstâncias agravantes, atenuantes e reincidência; (ii) o traço distintivo entre multa administrativa, moratória e compensatória, bem como as suas distintas hipóteses de cabimento; (iii) a previsão contratual de acordos substitutivos que permitam substituir multas por novos investimentos, estimulando a consensualidade em benefício do interesse público; (iv) hipóteses de cabimento da suspensão de licitar e da declaração de inidoneidade, tendo sido o edital omissivo a respeito.

Cabe observar que o contrato menciona a expressão “*circunstâncias gerais agravantes e atenuantes*” e a “*reincidência no cometimento das infrações*” nas subcláusulas 37.16.5 e 37.16.7, sem, contudo, fixar os seus aspectos substanciais.

Feitos os comentários gerais acerca da Cláusula 37, com a recomendação de sua adequação aos parâmetros acima fixados, passa-se ao exame pontual da referida cláusula e de seus itens e subitens.

A subcláusula 37.1 estabelece as penalidades que poderão ser aplicadas à Concessionária, destacando a (i) advertência; (ii) multa; (iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 02 anos; (iv) declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Estadual; (v) caducidade.

Recomenda-se, ainda, que sejam explicitados os efeitos da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e da declaração de inidoneidade, na forma da posição fixada no âmbito da Procuradoria Geral do Estado. Por ocasião do Parecer nº 98/18-FAG, a Procuradoria Geral do Estado já teve a oportunidade de fixar o entendimento no sentido de que a suspensão de participação em licitação tem os efeitos circunscritos apenas à Administração Pública Estadual, ao passo que a **declaração de inidoneidade** produz efeitos para todas as esferas da federação, alcançando a União, os outros Estados e os Municípios. Importante anotar que este entendimento está consolidado nas minutas-padrão da Procuradoria Geral do Estado⁷⁵ e no próprio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro⁷⁶.

⁷⁴ Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/131>. Acesso em 03/11/2020.

⁷⁵ Mencione-se como exemplo o artigo 5º, da Resolução PGE nº 4.447 de 09 de setembro de 2019 que dispõe sobre minutas-padrão de editais de licitação e de contratos relativos às condições de participação, aplicação de sanções e penalidades e o item k da Resolução PGE nº 3603/2014: “CLÁUSULA X - DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E DEMAIS PENALIDADES – O contratado que deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará, sem prejuízo das demais cominações legais, sujeito as seguintes sanções: (...) PARÁGRAFO DÉCIMO OITAVO - Os licitantes, adjudicatários e contratados ficarão impedidos de contratar com a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, enquanto perdurarem os efeitos das sanções de:

a) suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar imposta pelo Estado do Rio de Janeiro, suas Autarquias ou Fundações (art. 87, III da Lei nº 8.666/93); b) impedimento de licitar e contratar imposta pelo Estado do Rio de Janeiro, suas Autarquias ou Fundações (art. 7º da Lei nº 10.520/02); c) declaração de inidoneidade para licitar e contratar imposta por qualquer Ente ou Entidade da Administração Federal, Estadual, Distrital e Municipal (art. 87, IV da Lei nº 8.666/93).”

⁷⁶ Confira-se a Súmula nº 06 do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro: “A amplitude da penalidade de suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração se restringe ao ente

Em relação à parte final da subcláusula 37.1.4, que trata das condições para reabilitação da Concessionária perante o Estado, além do ressarcimento dos prejuízos, recomenda-se também a explicitação do ressarcimento dos lucros cessantes e multas resultantes, para que não se restrinja o âmbito de incidência de eventual indenização.

A subcláusula 37.2 estabelece os parâmetros que deverão ser observados na gradação das penalidades. Sugere-se a inclusão da observância ao princípio da proporcionalidade, indispensável quando se trata de valorar a gradação na aplicação das sanções.

As subcláusulas 37.2.1, 37.2.2 e 37.2.3 definem, respectivamente, os conceitos de infração leve, média e grave. Como se verá adiante, não existe um mesmo critério definidor das infrações. Há uma certa confusão entre os parâmetros para definir o que é uma infração leve, média e grave.

A infração será considerada **leve** quando decorrer de condutas involuntárias ou escusáveis da Concessionária e da qual ela não se beneficie. Não se abona os critérios adotados para a definição. Afastar a aplicação das sanções a partir da não obtenção de benefício pela Concessionária não se afigura o mais adequado. Mesmo uma conduta que não tenha gerado proveito para a Concessionária poderá ser causadora de um dano ao Concedente, aos usuários ou mesmo aos terceiros (e para o próprio interesse público). Também não parece razoável o parâmetro da conduta ter que necessariamente ser involuntária ou escusável. O mais importante para a qualificação das infrações é a intensidade do dano e dos prejuízos causados.

Em relação ao emprego do termo escusável na redação da subcláusula 37.2.1, recomenda-se a sua não utilização, por ser conceito demasiadamente indeterminado em se tratando de matéria sancionatória.

A infração será considerada de **média** gravidade quando decorrer de erro ou culpa grave ou dolo, mas que não traga para a Concessionária qualquer benefício ou proveito. Reitera-se o comentário acima. O parâmetro da inexistência de qualquer benefício ou proveito da Concessionária é excludente da responsabilidade e do sancionamento, podendo-se supor diversas condutas que possam não acarretar benefício para a Concessionária, mas que podem ser bastante danosas para o Concedente, os usuários e os terceiros (e para o próprio interesse público).

Note-se, também, que o parâmetro do erro, culpa grave ou dolo apenas aparece na definição da infração considerada de média gravidade, demonstrando não haver uma coerência e uniformidade entre os critérios que distinguem as infrações leves, médias e graves.

A infração **grave**, por sua vez, pode ser aplicada a penalidade pelo seu valor máximo previsto, quando, cumulativamente: (i) tiver o potencial de gerar vantagens econômico-financeiras à mesma e (ii) decorrer de conduta reincidente da mesma. Confirma-se a impressão acima mencionada. Cada infração apresenta um parâmetro distinto. Aqui, o potencial benefício ou proveito para a Concessionária faz sentido, porquanto não é excludente da sanção (parâmetro negativo), mas condição da sanção (parâmetro positivo). Mais uma vez o contrato é omissivo em relação ao potencial dano causado ao Concedente, aos usuários e aos terceiros (e para o próprio interesse público). A cláusula menciona a aplicação da penalidade em valor máximo. Note-se que nas infrações leve ou média não é feita qualquer referência aos valores (se mínimo ou máximo).

Enfim, recomenda-se que definição dos conceitos de infração leve, média e grave sejam reavaliados, buscando alguma coerência entre os critérios e parâmetros, eleitos, além dos demais comentários feitos para cada uma das infrações.

Ainda em relação aos conceitos de infração (leve, média e grave), constata-se que não há previsão detalhada de correlação com as sanções. As cláusulas que tratam das mencionadas sanções, notadamente advertência e multa, não fazem referência à natureza das infrações. Recomenda-se que

federativo em cujo âmbito se situe o órgão ou entidade que tenha aplicado a sanção, ao passo que a amplitude da declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública possui efeitos em todo o território nacional, independentemente do órgão ou entidade que tenha aplicado a punição.”

os temas sejam conectados, fazendo com que a natureza da infração guarde relação direta com a penalidade aplicada.

A subcláusula 37.3 disciplina as hipóteses de cabimento da penalidade advertência, impondo à Concessionária o dever de regularizar, no prazo estabelecido, as obrigações contratuais em que esteja inadimplente. Ora, esse dever de regularização deve ser imposto à Concessionária independente da natureza da sanção, recomenda-se que seja destacado em cláusula específica.

As situações descritas como infrações e que ensejariam a aplicação da advertência encontram-se previstas nas cláusulas 37.3.1 a 37.3.5, reiterando-se a recomendação de que mais condutas sejam descritas e tipificadas, com vistas a incrementar a segurança jurídica na aplicação das penalidades.

A cláusula 37.4 disciplina a sanção de multa. Reitere-se as observações anteriormente feitas: (i) necessidade de avaliar ou mesmo atestar se os percentuais definidos conferem o *enforcement* e os incentivos ao cumprimento das obrigações contratuais, bem como se os indicadores de desempenho cumprem essa função e em que medida; (ii) estabelecer a distinção e as hipóteses de cabimento entre multa moratória, multa compensatória e multa administrativa⁷⁷, porquanto as suas premissas e finalidades são substancialmente distintas; (iii) explicitar outras condutas, em especial à luz da cláusula 25 que estipula as obrigações da Concessionária, que podem ensejar a aplicação da pena de multa, excetuadas aquelas já previstas no Anexo de Indicadores de Desempenho.

A subcláusula 37.4.2 tipifica a conduta de suspender injustificadamente o serviço. Recomenda-se a explicitação de que essa conduta será apenada ainda que seja causada de forma involuntária pela Concessionária.

As subcláusulas 37.4.5 e 37.4.9 estipulam multas por atraso na integralização do capital social e por descumprimento das metas previstas na subcláusula 29.7, respectivamente. Recomenda-se que ambas as multas sejam fixadas de forma cominatória, a fim de o prazo de descumprimento seja levado em consideração no montante da multa fixada. É dizer, quanto maior a mora, maior deverá ser a multa, sob pena de ser indiferente para o Concessionário descumprir a obrigação por curto ou por longo período, já que a multa seria a mesma.

A subcláusula 37.5 estipula que os valores relacionados às multas serão reajustados nos termos e condições estabelecidos para o reajuste da tarifa, nos termos da cláusula 28.1. Deve ser justificada utilização do critério de reajuste de tarifa para o reajuste do valor da multa.

A subcláusula 37.6 afasta a aplicação da multa naquelas situações que ensejaram a redução da receita tarifária da Concessionária mediante a incidência dos indicadores de desempenho. Não nos parece conflitante a incidência da multa com a aplicação do redutor da receita tarifária, razão pela qual sugere-se a adequação, já que as metas e indicadores de desempenho são o principal objeto da concessão, devendo ser duplamente reforçado o seu *enforcement*. Deve ser justificado se a maior parte do *enforcement* e dos incentivos já se encontram contemplados no Anexo III – Indicadores de Desempenho e Metas de Atendimento.

As subcláusulas 37.10 a 37.13 prescrevem o procedimento na aplicação das penalidades. Trata-se de regramento de extrema relevância e que deve estar conectado aos princípios que informam o Direito Administrativo Sancionador, notadamente a motivação, proporcionalidade, ampla defesa e contraditório.

⁷⁷ Confirma-se a lição de Jessé Torres Pereira Júnior: “A multa do art. 86, aplicável tão-somente na hipótese de atraso injustificado na execução do contrato, é tipicamente moratória, porquanto o atraso não impede a execução do pactuado de molde a atender aos fins do credor (a Administração contratante): apenas a retarda (*mora solvendi*, isto é, do devedor quanto ao tempo em que haveria de cumprir-se o acordado). (...) A multa do art. 87 vincula-se à inexecução do contrato, ou seja, inadimplemento absoluto, que deixará sem execução, em definitivo, todo o objeto (a prestação a cargo do devedor) ou parte dele. Tal multa não é moratória. É penal, daí acrescer-se a sanção mais severa se houver elementos subjetivos que agravem a conduta do contratado”. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8a ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, pp. 853/854.

A subcláusula 37.10 estabelece que, identificada situação que possa ser caracterizada como descumprimento ou infração contratual, a Agência notificará a Concessionária para apresentar sua defesa prévia no prazo de 30 (trinta) dias. Não obstante a subcláusula 21.1.2 mencione ser competência da AGENERSA a aplicação de penalidades, recomenda-se seja reiterado que essa competência é exclusiva da Agência Reguladora, a fim de que não parem dúvidas acerca do responsável pela condução do processo sancionador.

O procedimento que antecede a abertura do processo sancionador não foi explicitado. Menciona-se apenas que “*identificada situação que possa ser caracterizada como descumprimento ou infração contratual...*”. Parece necessário que esse processo de identificação da infração seja mais bem delimitado, conectando-se diretamente com os aspectos substanciais da fiscalização do contrato.

Em termos objetivos: deve existir uma procedimentalização do processo fiscalizatório que anteceda o processo sancionador, podendo-se cogitar, por exemplo, da previsão de um termo de fiscalização no qual conste a descrição do fato com a avaliação técnica acerca da infração, o enquadramento contratual do não cumprimento da obrigação, a existência ou não de reincidência, a ocorrência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, a identificação do agente fiscalizador. Tais previsões devem estar coordenadas e em harmonia com as normas editadas pela AGENERSA.

A subcláusula 37.11 estipula que, não sendo procedente a defesa prévia apresentada pela Concessionária, será lavrado auto de infração, que tipificará a infração cometida para fins de aplicação da penalidade. A subcláusula 37.12, por sua vez, confere à Concessionária o direito à redução do valor da multa em 40% (quarenta por cento), quando realizado sem discussão administrativa, 25% (vinte e cinco por cento), quando não houver apresentação de recurso administrativo; 15% (quinze por cento) na hipótese do pagamento ser realizado sem ajuizamento de processo arbitral ou discussão judicial.

Reitera-se aqui o aspecto do *enforcement* e dos incentivos no desenho das sanções. É preciso ser esclarecido se esses percentuais atendem a tais premissas e como foram calculados. Note-se, por exemplo, que a possibilidade de pagamento da multa com valor cheio se concretiza apenas na situação na qual a Concessionária apresenta defesa, recurso administrativo e questiona em processo arbitral ou em juízo a sanção.

A subcláusula 37.12.4 estabelece que no prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento da notificação da penalidade, a Concessionária poderá apresentar recurso, que deverá, necessariamente, ser apreciado pela Agência Reguladora, sendo vedada qualquer anotação nos registros da Concessionária, enquanto não houver a decisão final sobre a procedência da autuação. Ao que parece, a hipótese prevê uma espécie de efeito suspensivo ao recurso, no que diz respeito apenas à anotação nos registros da Concessionária, sendo silente em relação ao pagamento da multa. O ponto merece, portanto, ser esclarecido.

A subcláusula 37.12.5 esclarece que a autoridade que lavrou o auto de infração poderá reconsiderar sua decisão. Caso não seja reconsiderada, os autos serão encaminhados à autoridade superior. Ao que parece, tal procedimento não se adequa ao regimento da AGENERSA, que determina no artigo 8º, inciso II do seu Regimento Interno que compete ao Conselho Diretor “*dirimir, como instância administrativa definitiva, conflitos envolvendo o Poder Concedente ou Permitente, os concessionários ou permissionários de serviços públicos na área de energia e saneamento básico e os respectivos usuários, excetuados os serviços públicos de energia elétrica*”⁷⁸. Importante, portanto, que o regramento contratual seja coordenado com as normas expedidas pela AGENERSA, evitando contradições que possam gerar futuras inseguranças jurídicas.

A subcláusula 37.12.6 prevê que a decisão do recurso deverá ser motivada e fundamentada pela Agência Reguladora apontando-se os elementos atacados ou não na defesa apresentada pela

⁷⁸ http://www.agenersa.rj.gov.br/documentos/regimento/REGIMENTO_INTERNO.pdf, acesso em 04/11/2020.

Concessionária. A parte final da cláusula apresenta redação confusa, eis que coloca de modo alternativo se os elementos atacados na defesa precisam ou não ser apreciados.

A subcláusula 37.12.9 destaca que a atuação da Concessionária no sentido de remediar a conduta ativa ou omissiva que ensejou o início do procedimento administrativo, com vistas a apuração de responsabilidade e aplicação de penalidade, deverá ser considerada pela autoridade competente quando da cominação da penalidade. Sugere-se o seu deslocamento para a subcláusula 37.16, com o enquadramento como uma das circunstâncias que deverão ser consideradas na aplicação da pena e da sua dosimetria.

A subcláusula 37.14 prevê que poderão ser apuradas em um mesmo processo duas ou mais infrações similares ou decorrentes de um mesmo fato gerador, aplicando-se penalidades individualizadas para cada uma das infrações ou uma única penalidade quando se tratarem de infrações continuadas, cuja definição, prevista na subcláusula 37.14.1, alcança as infrações que decorram comprovadamente de um mesmo fato gerador.

O caráter contínuo da infração administrativa é necessário para evitar excessos pela Administração Pública quando da avaliação de infração(ões) administrativa(s), evitando a aplicação de mais de uma sanção que seria relativa à ocorrência de apenas um evento. De todo o modo, pode-se concluir pela caracterização do evento por fato único a partir dos estudos do fato continuado em outros ramos do direito, como o penal e o tributário, valendo enfatizar que a finalidade do instituto é evitar os excessos e eventual desproporcionalidade no exercício do poder punitivo do Estado, ideias aplicáveis ao direito administrativo.

Em geral, para a caracterização do fato continuado é necessário que (i) reste configurado mais de uma ação ou omissão; (ii) haja similares condições de tempo, lugar, maneira de execução e outros elementos semelhantes; (iii) as consequências jurídicas para os fatos sejam similares ou idênticas; e que (iv) eventuais infrações sejam consideradas como continuação da primeira infração. Diante de tais parâmetros, recomenda-se que seja ajustada a definição de infrações continuadas, prevista na subcláusula 37.14.1, já que a menção a um mesmo fato gerador parece incompleta.

Se de um lado a infração continuada visa evitar excessos (aplicação de várias penalidades para o mesmo fato gerador), de outro parece inapropriado que a infração continuada tenha o mesmo tratamento de uma infração isolada. Sugere-se, assim, que a infração continuada: (i) resulte na aplicação de uma única penalidade, como já consignado na subcláusula 37.14; (ii) que resulte em algum acréscimo pecuniário ou, ainda, ser enquadrada como circunstância agravante.

A subcláusula 37.15 estabelece que as importâncias pecuniárias resultantes da aplicação das multas reverterão ao Estado. Deve ser esclarecido como será feita a destinação dos recursos, considerando a circunstância de o Estado ser mero representante dos titulares dos serviços, a exercer o papel de organização e gerenciamento da prestação do serviço.

A cláusula 37.16 estabelece as circunstâncias que deverão ser consideradas para aplicação das penalidades, a saber: (i) a natureza e gravidade da infração; (ii) caráter técnico e normas de prestação dos serviços; (iii) os danos resultantes da infração para o serviço e para os usuários; (iv) a vantagem auferida pela Concessionária em virtude da infração; (v) as circunstâncias gerais agravantes e atenuantes, especialmente a existência de má-fé da Concessionária ou o não cumprimento das obrigações contratuais pelo Estado; (vi) histórico de infrações da Concessionária; (vii) reincidência da Concessionária no cometimento da infração.

Não ficou muito clara a redação da subcláusula 37.16.2, que trata do caráter técnico e as normas de prestação dos serviços. Sugere-se o aperfeiçoamento da redação.

Reitera-se, ainda, o ponto de que as circunstâncias agravantes e atenuantes devem ser previstas em cláusula específica, assim como a conceituação do que seja reincidência, bem como as suas consequências.

Reitera-se, também, a necessidade de que as hipóteses fáticas que ensejam a suspensão do direito de licitar e a declaração de inidoneidade sejam objeto de cláusula específica, conferindo maior segurança jurídica para o aplicador da penalidade e para a própria Concessionária. As condutas que geram a aplicação de tais infrações são dotadas de maior gravidade no inadimplemento contratual, além daquelas previstas no artigo 88 da Lei nº 8.666/93.

Questão que merece o enfrentamento no contrato refere-se à extensão subjetiva societária das penalidades restritivas de direitos (suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade), considerando que a Concessionária será, obrigatoriamente, uma Sociedade de Propósitos Específicos.

A dúvida se justifica pela não efetividade de aplicação de uma sanção restritiva de direitos apenas a uma SPE, sem atingir a sua controladora. Se assim for, a sociedade controladora, líder do consórcio vencedor da licitação e responsável pela constituição da SPE, poderá continuar a contratar com o Estado individualmente, por meio de consórcios, ou outras SPEs.

A matéria foi objeto de exame no âmbito da Procuradoria Geral do Estado por ocasião do Parecer Conjunto SUBJ/CC nº 01/2018 - FMF – DRM e do Parecer nº 40/2018-HBR/PG-15, que concluíram no sentido da possibilidade jurídica da aplicação às empresas controladoras da SPE das penalidades de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública e declaração de inidoneidade, desde que observados os princípios da ampla defesa e do contraditório e demonstrada, no caso concreto, a proporcionalidade entre a infração cometida e a sanção. Com efeito, como anotado nos precedentes e respectivos Vistos, a *“aplicação exclusiva à SPE de uma penalidade restritiva de direitos de participação em certames e negócios jurídicos com a Administração Pública equivaleria a uma não-sanção; a um ato administrativo formal desprovido de eficácia prática e desviado de sua finalidade, posto que inócuo para alcançar os fins que o ordenamento jurídico lhe creditou.”* Sugere-se, assim, a inclusão de cláusula refletindo o posicionamento adotado no Parecer Conjunto SUBJ/CC nº 01/2018 - FMF – DRM e no Parecer nº 40/2018-HBR/PG-15.

Cláusula 38 – Intervenção

A intervenção é, como se sabe, medida drástica que encontra fundamento no art. 32 da Lei nº 8.987/95, constituindo prerrogativa do Poder Concedente assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

A Cláusula 38 praticamente reproduz o disposto no art. 32 da Lei nº 8.987/95, pouco acrescentando à disciplina legal. Em sendo uma medida drástica e excepcional, recomenda-se maior detalhamento não apenas do procedimento, mas também das hipóteses que ensejariam a intervenção na concessão, ainda que de modo exemplificativo. Não se pretende afastar o juízo de conveniência e oportunidade do Poder Concedente na decisão pela intervenção, mas sugere-se a delimitação de um patamar mínimo de condutas consideradas graves que justificariam a intervenção.

Também seria recomendável que o Poder Concedente pudesse, no seu juízo de conveniência e oportunidade, conceder prazo para a Concessionária sanar as irregularidades indicadas antes da intervenção, sem prejuízo da aplicação de outras penalidades cabíveis. Importante anotar que o Estado é mero representante dos titulares dos serviços, a exercer o papel de organização e gerenciamento da prestação do serviço, devendo ser estabelecido, ainda que em outro instrumento contratual, como seria o processo para fins de uma tomada de decisão pela intervenção.

Cláusula 39 – Casos de Extinção da Concessão

A Cláusula 39 estabelece as hipóteses de extinção do contrato: (i) advento do termo contratual; (ii) encampação; (iii) caducidade; (iv) rescisão; (v) anulação do contrato; (vi) falência ou extinção da Concessionária.

A subcláusula 39.4 prevê que no caso de extinção do contrato, o Estado poderá assumir os contratos celebrados pela Concessionária necessários à continuidade dos serviços, incluindo os contratos de financiamento para execução de obras e serviços e que não comportem período de amortização superior ao prazo restante para o término do contrato de concessão. Recomenda-se a substituição por *sub-rogar*, termo que reflete tecnicamente a mudança de posição contratual.

Parece insuficiente a mera ciência ao Conselho de Titulares; afinal, o Estado é mero representante dos titulares dos serviços, a exercer o papel de organização e gerenciamento da prestação do serviço. O mesmo ocorre com a subcláusula 39.5, que autoriza o Estado a manter a Concessionária na prestação do serviço até que se processe e finalize a licitação para a outorga de nova concessão, dando ciência ao Conselho de Titulares. Além da insuficiência da mera cientificação ao Conselho, há dúvidas se a prestação do serviço até a finalização da licitação configuraria hipótese de contratação direta, inclusive com o pagamento de eventual outorga adicional, na medida que o contrato de concessão já estaria extinto. O ponto precisa ser melhor esclarecido e justificado.

Para fins da indenização referida na subcláusula 39.2, a subcláusula 39.6 menciona que deverão ser considerados, (i) os valores referentes aos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato apresentados pelas partes; (ii) valor das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados, registrado como ativo intangível, que deverão ser amortizados de forma linear considerando o prazo residual de contrato (subcláusula 39.6.2.1 e também já abordado *supra*); (iii) valores contabilizados pelo recebimento da outorga fixa, ainda não amortizados. A subcláusula 39.7, por sua vez, estabelece que não serão considerados para fins de cálculo da indenização (i) valores contabilizados a título de juros e outras despesas financeiras durante o período de operação do Sistema; (ii) valores contabilizados a título de despesas pré-operacionais; (iii) valores contabilizados a título de margem de construção; (iv) valores referentes a ágio de aquisição; (v) valores contabilizados a título de outorga variável.

Considerando se tratar de matéria com conteúdo bastante técnico, recomenda-se que sejam justificados os critérios utilizados para definir o que será considerado (39.6) e o que não será considerado para fins de cálculo de indenização (39.7).

Sugere-se, ainda, a inclusão de duas subcláusulas.

Primeiro, sugere-se a inclusão de subcláusula que estabeleça que o Contrato também poderá ser extinto em razão de caso fortuito ou de força maior, conforme previsto no artigo 78, inciso XVII da Lei nº 8.666/93 e do próprio art. 393 do Código Civil. Enfim, não parece que as formas de extinção do contrato previstas na subcláusula 39.1, que reproduzem o disposto no art. 35 da Lei nº 8.987/95, sejam exaustivas.

Segundo, sugere-se a inclusão de subcláusula explicitando que o Poder Concedente, como consequência da extinção, poderá: (i) assumir direta ou indiretamente a prestação do serviço concedido; (ii) ocupar e utilizar os locais, instalações equipamentos e materiais e valer-se de pessoal empregado na prestação do serviço concedido necessário à continuidade; (iii) aplicar as penalidades cabíveis, a depender da modalidade de extinção; (iv) reter e executar a garantia de execução, para fins de recebimento de multas administrativas e ressarcimento de prejuízo causados pela Concessionária; (v) manter, sempre que possível, os contratos firmados pela Concessionária com terceiros pelo prazo e nas condições inicialmente ajustadas, respondendo os terceiros pelos prejuízos decorrentes do não cumprimento das obrigações assumidas.

Essas consequências são, em regra, comuns para vários modos de extinção do contrato de concessão, a justificar uma cláusula mais genérica, promovendo-se a adequação do contrato para evitar cláusulas contraditórias ou repetidas.

Sugere-se, ainda, destacar em subcláusula específica que o Estado, além de ser representante dos titulares dos serviços, exerce o papel de organização e gerenciamento da prestação do serviço. Recomenda-se, ainda, que essa questão seja objeto de aprofundamento nos instrumentos de gestão associada.

Cláusula 40 – Advento do Termo Contratual

Prevê a subcláusula 40.4 que todos os investimentos previstos no contrato e realizados pela Concessionária nos bens reversíveis devem ser amortizados durante o prazo de vigência do contrato, fixando a subcláusula 40.5 que a indenização deverá ser paga em, no máximo, 06 (seis) parcelas mensais. A referência feita à subcláusula 15.2, que disciplina sobre a transferência da concessão, não parece fazer sentido, devendo ser ajustada.

Na subcláusula 40.5, parece haver contradição com a cláusula 39.2 que excetua a indenização prévia nos casos de advento do termo contratual, caducidade e anulação. Salvo engano, ao estabelecer que a indenização terá que ser paga em, no máximo, 06 (seis) parcelas mensais até a data da retomada dos serviços pelo Estado, a cláusula parece prever uma indenização prévia.

O mesmo se aplica à subcláusula 40.6, que prevê que da indenização serão descontados os valores relativos às multas contratuais eventualmente aplicadas e dos danos diretos causados pela Concessionária, no que eventualmente não seja coberto pela garantia de execução do contrato. Parece que se trata de previsão genérica e não apenas para a situação do advento do termo contratual, a justificar, se assim for, o seu deslocamento, conforme já sugerido anteriormente.

Sugere-se, ainda, a inclusão de cláusula prevendo como obrigação da Concessionária apresentar com razoável e determinada antecedência da data do término de vigência da Concessão, Programa de Desmobilização Operacional a ser apreciado pelo Estado e pela AGENERSA. As regras e procedimentos para assunção da operação devem ser definidas com certa antecedência.

Também se sugere a inclusão de cláusula que preveja como obrigação da Concessionária cooperar com o Poder Concedente, a fim de que não haja qualquer interrupção na prestação do serviço público concedido, colaborando na transição e no que for mais necessário ao atendimento do princípio da continuidade.

Sugere-se, ainda, a supressão da subcláusula 40.8 que admite que eventuais conflitos decorrentes da aplicação do disposto na cláusula poderão ser dirimidos por meio do mecanismo de solução de controvérsias previsto nas cláusulas 49 e 50. Parece haver redundância, já que os itens 49.13.10 e 50.1.1 contemplam expressamente essa possibilidade, além do que pode gerar dúvidas no cabimento da mediação e da arbitragem para os outros modos de extinção que não fizeram referência expressa aos mecanismos de solução de controvérsias previsto nas cláusulas 49 e 50.

Cláusula 41 – Encampação

A cláusula 41.2 estabelece que a encampação deverá ser precedida da oitiva do Conselho de Titulares e contratação pelo Estado de empresa de consultoria dotada de expertise na avaliação de ativos para proceder os levantamentos e avaliações necessários à determinação do montante da indenização, obedecendo às regras da subcláusula 39.6. De fato, parece indispensável a oitiva prévia do Conselho de Titulares, já que, como insistentemente alertado, o Estado funciona como mandatário e representante dos titulares. Quanto à contratação pelo Estado de empresa de consultoria para avaliação de ativos, não se vislumbra óbice de natureza jurídica, sendo uma opção discricionária aquiescer com a obrigatoriedade de tal contratação.

A subcláusula 41.2.1 estabelece que, se as partes não chegarem a um consenso quanto ao valor da indenização devida, a controvérsia será resolvida pela AGENERSA, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para emissão de parecer definindo o valor da indenização, devendo o Estado efetuar o pagamento correspondente no prazo de 30 (trinta) dias. Ambos os prazos parecem bastante exíguos considerando a complexidade que envolve a avaliação dos ativos. Sugere-se, portanto, o aumento do prazo para, no mínimo, 60 (sessenta) dias, com eventual previsão de prorrogação.

Cláusula 42 – Caducidade

A Cláusula 42 disciplina a caducidade do contrato, determinando que a inexecução total ou parcial reiterada do contrato, que cause efetivos prejuízos à execução dos serviços, poderá acarretar, a critério do Estado, a declaração de caducidade da concessão, respeitadas as disposições do contrato, com respeito ao direito à ampla defesa e ao contraditório (subcláusula 42.1). Recomenda-se a supressão da palavra “reiterada” da subcláusula 42.1. Por vezes, a inexecução pode ser gravíssima sem ter decorrido de uma conduta reiterada da Concessionária.

A subcláusula 42.2 prevê que a caducidade poderá decorrer de ação ou omissão da Concessionária, podendo ser declarada nas situações descritas nos respectivos subitens, desde que de forma insanável. Sugere-se ao menos três adequações na cláusula 42.2: (i) explicitar que as circunstâncias descritas nos subitens são meramente exemplificativas; (ii) fazer referência ao § 1º do art. 38 da Lei nº 8.987/1995, que disciplina as hipóteses mais genéricas de cabimento da caducidade; (iii) suprimir a palavra “insanável”, já que pode restringir e limitar de modo excessivo o juízo de conveniência e oportunidade do Poder Concedente na avaliação das inexecuções.

A subcláusula 42.5, por sua vez, prevê a necessidade de parecer final pela AGENERSA, que no caso de opinar favoravelmente, deverá encaminhar ao Estado para decisão final, devendo haver consulta prévia ao Conselho de Titulares, requisito este indispensável em razão do Estado ocupar a posição de mandatário.

A subcláusula 42.6 estabelece que a caducidade será declarada mediante decreto expedido pelo Chefe do Executivo, na forma do disposto no § 4º, do art. 38 da Lei nº 8.987/95. Sugere-se que seja reproduzida a parte final do referido dispositivo legal, com a inclusão da previsão de que a caducidade independe de indenização prévia e que será calculada no decurso do processo.

A teor do disposto no art. 36 da Lei nº 8.987/1995, deverão ser objeto de indenização as parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, nos termos acima já analisados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. Reitera-se aqui a recomendação para que seja justificado, sob o ponto de vista técnico, se os critérios adotados nas subcláusulas 39.6 e 39.7 atendem a tais premissas.

A subcláusula 42.9 estabelece que o Estado deverá contratar empresa de consultoria dotada de *expertise* para proceder os levantamentos e avaliações necessárias à determinação do montante devido à Concessionária, seguindo os parâmetros estabelecidos ao longo de todo este Parecer Conjunto, sendo tais valores decorrentes da contratação debitados do montante indenizatório devido. Como dito anteriormente, quanto à contratação pelo Estado de empresa de consultoria para avaliação de ativos, não se vislumbra óbice de natureza jurídica, sendo uma opção discricionária aquiescer com a obrigatoriedade de tal contratação. Recomendável que fique expresso o caráter não vinculativo das consultorias.

Por fim, a subcláusula 42.10 estabelece como possíveis consequências da caducidade: (i) a execução da garantia de execução do contrato; (ii) retenção de eventuais créditos até o limite dos prejuízos causados; (iii) transferência imediata ao Estado dos bens reversíveis; (iv) retomada imediata pelo Estado da prestação dos serviços. Como referido anteriormente, essas consequências não são exclusivas apenas da caducidade, devendo ser cogitadas, também, em outras formas de extinção do contrato.

Cláusula 43 – Rescisão

Prevê a subcláusula 43.1 que a Concessionária poderá rescindir o contrato no caso de descumprimento das normas contratuais pelo Estado mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim, hipótese em que os serviços poderão ser interrompidos ou paralisados até ser proferida decisão pelo Executivo, exceto nas hipóteses expressamente autorizadas neste contrato. Recomenda-se seja feita expressa referência ao disposto no artigo 39 da Lei nº 8.987/95.

A subcláusula 43.2 estabelece que o contrato também poderá ser rescindido por consenso entre as partes. Sugere-se a utilização da expressão “resilição bilateral”, destacando que o meio adequado para sua formalização é o distrato.

Cláusula 44 – Anulação

A subcláusula 44.1 estipula um comprometimento de convalidação dos atos viciados pelo Estado ou pela AGENERSA, sempre que isso for possível, com vistas a preservar o interesse público, a ordem social e a atender ao princípio da segurança jurídica. Razoável a preocupação em mencionar a convalidação como uma diretriz a ser observada na decisão que examinar a anulabilidade dos atos. Nesse ponto, recomenda-se, ainda, a inclusão de cláusula que explicita que a anulação será objeto de processo administrativo específico, com notificação prévia da Concessionária, assegurado o direito ao contraditório e a ampla e prévia defesa.

Importante destacar que não há na Lei nº 8.987/1995 ou mesmo na Lei nº 8.666/93 disposição obrigando que a indenização que decorra da anulação seja prévia. Nada obsta, entretanto, que as partes consensualmente definam o momento da indenização por ocasião da celebração do contrato. Recomenda-se, assim, explicitar que eventual indenização prévia somente é cabível nas situações de anulação que não decorreram de fatos dolosos ou culpáveis atribuíveis à Concessionária.

A subcláusula 44.5 dispõe que até que seja efetuado o pagamento integral da indenização devida pelo Estado e até que seja finalizada a licitação para nova contratação, a Concessionária deverá continuar a prestar os serviços, preservado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Não obstante o objetivo seja a continuidade do serviço, a hipótese parece ensejar a prestação do serviço sem cobertura contratual válida, vulnerando o princípio da licitação. O ponto deve ser melhor esclarecido e justificado (cf, também *supra*).

A subcláusula 44.7 estabelece que eventuais conflitos decorrentes da aplicação do disposto na cláusula poderão ser dirimidos por meio do mecanismo de solução de controvérsia previsto na Cláusula 49 e 50, valendo aqui os mesmos comentários apresentados por ocasião da subcláusula 40.8, com a recomendação da sua supressão.

Cláusula 45 – Falência ou Extinção da Concessão

A subcláusula 45.1 estabelece que a Concessão poderá ser extinta caso a Concessionária tenha a sua falência decretada ou no caso de extinção da Concessionária. Sugere-se que seja explicitado que poderá ser extinta, também, no caso de recuperação judicial que comprovadamente prejudique a execução do Contrato. Sugere-se, ainda neste ponto, a inclusão de cláusula que estipule que decretada a falência, o Concedente imitar-se-á na posse de todos os bens integrantes da Concessão, assumindo imediatamente a execução do objeto contratual.

A subcláusula 45.2 prescreve que a indenização será calculada tomando por base os investimentos realizados pela Concessionária, que não se achem ainda totalmente amortizados, no curso do Contrato, corrigidos monetariamente pelo IPCA. Recomenda-se a previsão expressa de nas hipóteses de extinção da Concessionária ou de qualquer de seus acionistas por decretação de falência fraudulenta ou dissolução por deliberação de seus acionistas, aplicar-se-ão as mesmas disposições referentes à caducidade da Concessão, com a instauração do devido processo administrativo para apuração do efetivo prejuízo e determinação das sanções aplicáveis.

A subcláusula 45.3 prescreve que a indenização referida anteriormente será paga à massa falida, devidamente corrigida monetariamente pelo IPCA, desde a data do investimento até a data do pagamento integral. Não parece fazer sentido que a atualização monetária seja contada a partir da data do investimento. A princípio, parece ser mais coerente que a indenização se torne efetivamente devida no momento da reversão dos bens e não da data dos investimentos. Sugere-se, portanto, adequação da cláusula.

A cláusula 45.5 estabelece que eventuais conflitos decorrentes da aplicação da cláusula poderão ser dirimidos por meio de mecanismo de solução de controvérsia. Sugere-se a sua supressão, na linha dos comentários às cláusulas 40.8 e 44.7.

Cláusula 46 – Reversão dos Bens Vinculados

O presente capítulo deve ser necessariamente examinado em conjunto com as considerações apresentadas em relação às Cláusulas 9 (Inventários dos bens reversíveis à concessão) e 10 (Bens vinculados), uma vez que tratam justamente da reversão dos bens vinculados quando da extinção da concessão. Além da interpretação sistemática do contrato, a temática deste tópico deve ser analisada à luz dos diplomas legais pertinentes, especialmente do disposto nos arts. 35, §1o, e 36 da Lei no 8.987/1995.

A subcláusula 46.1 dispõe que, na extinção da concessão, os bens vinculados reverterão automaticamente ao Estado, nas condições estabelecidas neste contrato. A minuta do contrato optou por diferenciar o conceito de **bens reversíveis** (subcláusula 1.2.7)⁷⁹ do de bens vinculados (subcláusula 1.2.8)⁸⁰.

Ao prever que reverterão na extinção da concessão os bens vinculados, a subcláusula 46.1 parece abarcar, também, os bens privados da Concessionária – independentemente de serem essenciais ou não – como por exemplo os bens de uso administrativo e/ou não essenciais à prestação regionalizada e que, portanto, não necessariamente terão utilidade para o futuro prestador do serviço, seja outra Concessionária ou o próprio titular do serviço público de saneamento. Assim, sugere-se a adequação da subcláusula 46.1 explicitando que apenas os bens privados essenciais serão objeto de reversão.

Ainda sobre a subcláusula 46.1, a sua parte final aduz que os bens reverterão nas condições estabelecidas neste contrato. Ocorre que, salvo melhor juízo, não estão claras no contrato as diretrizes e a metodologia de cálculo da indenização pela reversão dos bens no caso de eventual extinção do contrato antes da amortização dos investimentos. A metodologia de cálculo nessa hipótese é requisito previsto expressamente como cláusula essencial do contrato, sob pena de nulidade, a teor do disposto no art. 10-A, III, da Lei no 11.445/2007, que foi incluído pela Lei no 14.026/2020 (cf. *supra*).

A subcláusula 46.2 expressa a obrigação de a concessionária reverter ao Estado os bens vinculados livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos, devendo estar em condições normais de operacionalidade, utilização e manutenção, ressalvado o normal desgaste resultante do seu uso e operação. Não é incomum, que em contratos de Concessão de Serviços Públicos, os bens sejam revertidos observado prazo mínimo que permita a continuidade do serviço até então prestado⁸¹.

⁷⁹ Segundo a cláusula 1.2.7 bens reversíveis é conceituado como o conjunto de bens móveis e imóveis, englobando instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios integrantes dos sistemas de água e esgoto existentes à época da publicação deste edital, objeto da concessão, essenciais e indispensáveis à prestação regionalizada, que será transferido à Concessionária, bem como os demais essenciais e indispensáveis à prestação regionalizada que vierem a ser adquiridos/e ou construídos pela Concessionária, e que reverterão ao Estado quando da extinção da concessão.

⁸⁰ Segundo a cláusula 1.2.8 bens vinculados são os bens privados e bens reversíveis que, em conjunto, representam todos os bens utilizados pela Concessionária na execução do contrato de concessão.

⁸¹ Veja-se, a título de exemplo, o teor da cláusula 14.12 do Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos Aeroportos integrantes dos blocos Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste: *“Os bens revertidos à União deverão estar em condições adequadas de conservação e funcionamento, para permitir a continuidade dos serviços que eram objeto da Concessão, pelo prazo mínimo adicional de 24 (vinte e quatro) meses, salvo nos casos excepcionais quando tiverem vida útil menor. Na mesma linha a cláusula 27.4 da Concorrência Internacional nº 01/17 do Estado de São Paulo (Concessão da Linha 15 – Prata): Os bens revertidos ao PODER CONCEDENTE deverão estar em adequadas condições de conservação e funcionamento, para permitir a continuidade do SERVIÇO CONCEDIDO, pelo prazo mínimo adicional de 5 (cinco) anos, salvo quando tiverem vida útil menor, e ressalvada indicação de prazo distinto no Anexo IV – Diretrizes de Manutenção Mandatórias da LINHA 15”.* (Grifou-se)

Recomenda-se seja avaliado se previsão similar auxiliaria na transição da prestação do serviço quando de sua extinção.

A subcláusula 46.3 estipula o prazo de até 180 (cento e oitenta) dias antes do advento do termo contratual para que a Concessionária promova a verificação, em conjunto, com equipes técnicas e acompanhamento da Agência Reguladora do cumprimento do subcláusula 39.2, que versa sobre o prévio pagamento, pelo Estado, das indenizações devidas à Concessionária, na forma do presente contrato. Assim, a redação da subcláusula 46.3 não deixa claro se o prazo de 180 dias seria para a realização do cálculo da eventual indenização ou se seria o prazo para que os investimentos não amortizados já estejam quitados. A dúvida surge em razão da menção feita à subcláusula 39.2. Sugere-se a adequação da cláusula para explicitar o ponto.

A subcláusula 46.4 prescreve que, nas demais hipóteses de extinção, em até 10 (dez) dias contados da notificação enviada pela Concessionária à Agência Reguladora, será promovida uma vistoria prévia dos bens vinculados pela Concessionária e Agência, elaborado o Termo de Reversão do Sistema, com a indicação do estado de conservação dos bens vinculados, o qual deverá ser assinado pela Concessionária e Agência Reguladora. O prazo fixado parece bastante exíguo. Sugere-se que a fixação de prazo mínimo de 30 (trinta) dias, dada a complexidade que se vislumbra na realização da vistoria prévia e da própria elaboração do Termo de Reversão do Sistema.

A subcláusula 46.5 prevê que na hipótese de omissão da Agência Reguladora em relação à realização da vistoria e/ou à emissão do termo de reversão do sistema, os bens vinculados serão revertidos no 10º (décimo) dia seguinte à notificação encaminhada pela Concessionária ao Estado indicando tal reversão. A aprovação do termo de reversão “automática” em razão da omissão da Agência Reguladora após o transcurso do prazo de 10 (dez) dias, não parece aconselhável. A matéria é extremamente relevante, seja para a prestação do serviço, seja para o próprio patrimônio de seus titulares. Some-se a isso o fato de que o tema exige perícias e vistorias *in locu*, bem como outras diligências que por sua complexidade poderão afetar o cumprimento do prazo, mesmo que estendido para 30 (trinta) dias, como sugerido anteriormente. Sugere-se, portanto, a supressão da reversão “automática” em caso de omissão da Agência, considerando as graves consequências que poderá gerar.

A subcláusula 46.6 prevê a hipótese de indenização pela Concessionária ao Estado, no montante a ser calculado pela Agência, caso os bens vinculados geridos pela Concessionária não se encontrem em condições adequadas. Sugere-se, nesse ponto, seja feita referência à subcláusula 46.2, que prevê que os bens devem estar em condições de operacionalidade, utilização e manutenção, ressalvado o desgaste resultante do seu uso e operação.

A subcláusula 46.9 prevê que eventual indenização paga pela Concessionária deverá ser repassada pelo Estado à Região Metropolitana ou Município, titular do bem vinculado. A cláusula guarda coerência com o disposto na cláusula 46.10 e com a própria posição de mandatário assumida pelo Estado. Considerando a natureza do serviço prestado é possível vislumbrar situação em que um mesmo bem vinculado pertença simultaneamente a mais de um Município. O ponto deve ser objeto de avaliação.

A cláusula 46.10 disciplina sobre o Plano de Transição, cujo objetivo é facilitar a reversão ao Estado dos bens vinculados e sistema. Compreende-se que o plano de transição é um instrumento bastante relevante e que o contrato conferiu tratamento demasiadamente sucinto considerando a possível complexidade que envolve a matéria. Caberia ao contrato estabelecer os parâmetros mínimos do Plano de Transição, com a definição dos aspectos e operacionais, bem como algumas obrigações indispensáveis das partes. O contrato não apresenta nenhum conteúdo substancial ou procedimental do que se espera do Plano de Transição. Se não cabe ao contrato esgotar o tema, também não cabe ser excessivamente genérico, sem qualquer balizador da sua elaboração.

Outro aspecto importante é o prazo do Plano de Transição. A redação da subcláusula 46.10 sugere que 180 (cento e oitenta) dias é o prazo para que as partes e a Agência Reguladora iniciem a

sua elaboração. Em razão da potencial complexidade do tema, recomenda-se que as partes iniciem a sua elaboração com a maior antecedência possível, devendo isso ser refletido no conteúdo contratual.

A subcláusula 46.11 dispõe que Comitê com funções semelhantes às previstas nas cláusulas 1.1.12 e 8.4.1 será constituído, pelas partes e Agência Reguladora, com vistas a planejar e conduzir o processo de reversão dos bens vinculados e sistema. Recomenda-se maior detalhamento acerca da composição desse Comitê, bem como das suas atribuições.

A cláusula 46.12 prevê que o Estado deverá *cientificar* o Conselho de Titulares acerca do Plano de Transição e da condução do processo de reversão dos bens vinculados. Tal medida parece insuficiente. Sugere-se uma participação mais ativa e efetiva do Conselho de Titulares, considerando que o Estado figura como mandatário no Contrato

As subcláusulas 46.13 e 46.14 regulam hipóteses gerais de extinção do contrato, não guardando relação direta com a temática da reversão. Sugere-se, portanto, que sejam realocadas como itens da Cláusula 39.

A subcláusula 46.13 prevê a possibilidade de o Estado assumir os contratos celebrados pela Concessionária, em qualquer situação de extinção do contrato, em típica hipótese de sub-rogação. Volta-se ao ponto de impertinência da mera cientificação do Conselho de Titulares, recomendando-se a sua oitiva prévia.

A cláusula 46.14 estabelece que em qualquer hipótese de extinção do contrato, o Estado poderá demandar que a Concessionária continue realizando a prestação dos serviços, até que finalizada a licitação para contratação de nova concessionária e esta esteja apta a assumir os serviços. Não obstante o objetivo seja a continuidade do serviço, a hipótese parece ensejar a prestação do serviço sem cobertura contratual válida, vulnerando o princípio da licitação. O ponto deve ser melhor esclarecido e justificado. Além disso, presume-se que o serviço será necessariamente assumido por uma nova Concessionária. Importante reforçar que, em tese, essa não é a única opção, já que ao final do contrato existe a possibilidade de os titulares do serviço, se assim desejarem, voltarem a prestar a atividade diretamente – o que deve ser contemplado no conteúdo contratual.

Cláusula 47 – Direitos de Propriedade Industrial e Intelectual

A cláusula 47.1 dispõe sobre os direitos de *propriedade intelectual* sobre os estudos, projetos, planos, plantas e outros materiais elaborados para os fins específicos das atividades integradas na concessão. Tais documentos serão transmitidos sem custo e permanentemente ao Estado, pela Concessionária, ao longo da execução do Contrato, cabendo à Concessionária adotar todas as medidas necessárias para este fim. A propriedade intelectual também será cedida à Região Metropolitana e aos Municípios ao final da Concessão (subcláusula 47.1.1). É preciso esclarecer a que título os direitos de propriedade intelectual serão transmitidos ao Estado, já que também o serão à Região Metropolitana e aos Municípios que, ao fim e ao cabo, são os titulares do serviço. Em termos concretos, a cessão da propriedade intelectual para a Região Metropolitana e para os Municípios listados no Anexo 4 está em consonância com a decisão da ADI 1.842/RJ e o Parecer nº 02/2020-GUB, que afirma a titularidade do serviço de saneamento básico pelos entes municipais ou pela Região Metropolitana, quando constituída.

Dentro de uma sistemática de dever de informação e boa-fé contratual que, ao fim e ao cabo, tem por objetivo a melhor prestação do serviço público concedido, a subcláusula 47.2 determina que a propriedade intelectual detida pelo Estado, parte integrante do Edital e do contrato, será cedida gratuitamente à concessionária para uso exclusivo na concessão durante o seu prazo de vigência. Recomenda-se a previsão de sanção para caso de violação da cláusula.

Cabe anotar que a Cláusula 47 não disciplina acerca da transmissão dos direitos de propriedade intelectual da CEDAE, fazendo referência apenas ao Estado, à Região Metropolitana e aos Municípios. O ponto deve ser avaliado.

A subcláusula 47.3 menciona que o cadastro de usuários utilizado pelo Estado deverá ser cedido gratuitamente à Concessionária, no início da operação do sistema. Esse cadastro será revertido atualizado para o Estado, ao final da concessão.

A disposição contratual está submetida à Lei nº 13.709/2018 – LGPD. Segundo a definição legal do inciso I, do artigo 5º, da Lei nº 13.709/2018, dados pessoais são informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável⁸², no caso do Contrato, cita-se como exemplo, nome completo, vinculado ao endereço, CPF, telefone, perfil e horários de consumo. O Estado está autorizado a transferir tais dados com base no inciso III, do artigo 7º, da Lei nº 13.709/2018⁸³, sem a necessidade de consentimento pessoal. Com a cessão, é dever do novo controlador – a Concessionária - agir segundo os fundamentos e princípios do referido marco legal, devendo tomar medidas de prevenção de danos, sob pena de responsabilização civil, com base nos artigos 42 e seguintes, da Lei nº 13.709/2018, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil e de sanções administrativas, previstas nos artigos 52 e seguintes da Lei nº 13.709/2018.

Deve também figurar entre as obrigações da Concessionária, a utilização dos dados dos usuários apenas para as finalidades diretas da própria Concessão, vedada a transferência ou permissão de acesso à terceiros e qualquer tipo de utilização dos dados após finda a concessão.

Recomenda-se seja feita referência expressa à LGPD neste tópico porquanto o referido diploma legal define: (i) uma série de direitos para os titulares dos dados pessoais, inclusive, o acesso às informações sobre o tratamento de seus dados e correção dos mesmos, direito de peticionar, entre outros, conforme dispõe o artigo 17 e seguintes, da Lei nº 13.709/2018; (ii) as hipóteses de responsabilização civil e administrativa dos agentes de tratamento de dados; e (iii) boas práticas no tratamento de dados, previstas nos artigos 49 e seguintes, do referido diploma legal.

Cláusula 48. Responsabilidade Social da Concessionária

A subcláusula 48.2 estabelece a exigência de reserva de 1% das vagas do quadro de contratação de funcionários preenchido por deficientes físicos ou mentais. Recomenda-se fazer referência expressa à legislação federal aplicável, na medida em que a legislação estadual é, na hipótese, inaplicável em razão de não ser o Estado o Poder Concedente.

A subcláusula 48.3 estabelece a reserva de 1% das vagas do quadro de contratação de funcionários para serem preenchidos por ex-detentos das penitenciárias e presídios do Estado. A teor do §5º do art. 40 da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 13.500/17, a exigência da contratada que percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional não é obrigatório, cabendo ao gestor avaliar a conveniência e oportunidade na sua inserção.

A subcláusula 48.4 prevê que a Concessionária não poderá fazer ações de combate à fraude e/ou furto de água, tampouco cortar o fornecimento de água na área da concessão, em locais em que não há rede pública de saneamento básico, inclusive em áreas irregulares não urbanizadas e demais áreas de favelas e aglomerações subnormais na área de concessão. No entanto, as áreas irregulares não estão totalmente identificadas antes da licitação e serão identificadas ao longo da duração do

⁸² Socorremos das definições legais para melhor esclarecer os termos utilizados “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; (...) VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; (...) X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;”

⁸³ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: (...) III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

contrato⁸⁴. Cabe alertar, portanto, que a subcláusula 48.4, na forma como foi redigida, pode causar insegurança jurídica e incerteza no momento de formulação das propostas. Sem o conhecimento concreto das áreas irregulares não urbanizadas, os licitantes não possuirão dados objetivos para avaliarem o risco que estão assumindo na subcláusula 48.4. A tendência natural é que tais riscos sejam maximizados como custos de transação e incorporados no preço. Sendo assim, devem ser identificadas tais áreas quando da licitação ou justificada a omissão.

A subcláusula 48.5 dispõe sobre o dever da concessionária em disponibilizar caminhão pipa para as áreas irregulares não urbanizadas onde houver necessidade, no limite de até R\$ 300.000.000,00 (trezentos mil reais) por mês, atualizados pela data-base do reajuste contratual. Futuramente esse fornecimento será dispensado quando se tornar desnecessário (cf. subcláusula 48.5.1). A fixação desse valor, apesar de garantir previsibilidade ao licitante, não se encontra justificado, principalmente, porque as áreas irregulares não urbanizadas não se encontram definidas. É possível que a necessidade da população seja muito maior na região ou, até mesmo, menor. A cláusula, por sua vez, não prevê as consequências como eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, seja em favor da Concessionária, seja em favor do Estado. Sugere-se que o ponto seja objeto de avaliação.

Cláusula 49 – Comitê Técnico

Apesar da inexistência de previsão legal expressa, especificamente para os contratos de concessão, o Comitê Técnico previsto na Cláusula 49 pode extrair fundamento legal no art. 23-A, da Lei nº 8.987/1995⁸⁵, que autoriza expressamente que o contrato de concessão preveja mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato.

Diante das previsões legais pouco detalhadas na Minuta de Contrato de Concessão, se mostra de suma importância as disposições contratuais, no sentido de regular o procedimento a ser adotado, desde a composição do Comitê, até a sua destituição.

O Comitê Técnico, também conhecido como *Dispute Board*, é ferramenta de antecipação e prevenção de disputas em contratos de concessão, compatível com os princípios que informam a Administração Pública⁸⁶. Importante destacar que o Comitê Técnico tem por objetivo solucionar de maneira consensual, técnica e célere eventuais conflitos que surjam ao longo da execução do contrato. Trata-se de uma excelente ferramenta de governação do contrato.

Consensual porque as partes voluntariamente concordam com a instituição do Comitê e com os pareceres e recomendações emitidos pelo mesmo, ou seja, não há obrigatoriedade na submissão às suas decisões, restando inafastável a arbitragem, na sistemática do presente contrato. Daí é possível entender que o procedimento se mostra perfeitamente aplicável à Administração Pública, já que não há vinculação à decisão do Comitê ou renúncia a direito indisponível.

A solução é técnica tendo em vista que o Comitê deverá ser formado por profissionais especializados na área de execução do contrato. A escolha de profissionais de diversas áreas para o Comitê permite uma abordagem multidisciplinar da gestão e governação do contrato. Isso, porque

⁸⁴ Lembre-se, nesse ponto, que a cláusula 1.1.5 define as áreas irregulares não urbanizadas como sendo as “*áreas do município do Rio de Janeiro identificadas pelo Instituto de Urbanismo Pereira Passos, por meio do SABREN – Sistema de Assentamentos de Baixa Renda, ao longo da duração do contrato, como áreas de favelas e aglomerados subnormais, classificados como não urbanizadas ou parcialmente urbanizadas, nas quais caberá à Concessionária a ampliação do sistema de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e respectiva operação e manutenção do sistema*” (grifou-se).

⁸⁵ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁸⁶ GARCIA, Flávio Amaral. Concessões, Parcerias e Regulação. São Paulo: Malheiros Editores, 2019. p. 249.

contratos de concessão possuem por característica a mutabilidade e incompletude, já que os prazos se prolongam ao longo de anos, no presente caso, por 35 anos.

A solução célere das controvérsias fica clara, já que o Comitê se forma desde o início da execução do contrato, tendo conhecimento dos detalhes e dos aspectos técnicos da sua execução. Nesse ponto, é recomendável que se estabeleça um prazo para que o Comitê profira suas decisões⁸⁷. Essa celeridade pode alcançar, inclusive, a fase de arbitragem, já que serão produzidos documentos e análises robustas pelo Comitê, que, sem dúvida, serão analisados pelos árbitros, sendo possível, inclusive, uma fase instrutória mais enxuta.

Uma das grandes vantagens do Comitê Técnico é acompanhar as operações, estando em contato com os aspectos técnicos do objeto e com as vicissitudes e meandros da execução contratual⁸⁸. Recomenda-se que a atuação do Comitê seja permanente até o termo final do Contrato.

A subcláusula 49.2 dispõe sobre a formação do Comitê, com três membros efetivos e seus respectivos suplentes, obedecendo à uma sistemática de indicação de um membro por cada parte do contrato e o terceiro membro com indicação conjunta das partes, que terá a função de presidir o Comitê. Tal sistemática já foi adotada anteriormente em outros casos⁸⁹. Nesse ponto, recomenda-se a prévia consulta ao Conselho de Titulares em relação à escolha dos membros efetivo e suplente pelo Estado.

A cláusula 49.3 contempla a exigência de qualificação profissional especializada para os membros que comporão o Comitê, devendo ser profissionais com notória qualificação e conhecimento técnico, econômico ou jurídico. Sugere-se avaliar a necessidade de definição de parâmetros para aferir a qualificação, como a experiência prévia em projetos de saneamento ou em outras concessões.

Ponto particular diz respeito ao mandato de quatro anos, prorrogáveis a critério das partes, dos membros do Comitê. Essa não parece ser a sistemática, com previsão de mandatos, adotada em outros contratos de concessão e parece ir de encontro com a ideia exposta de que o Dispute Board deve ser formado por membros que acompanhem a execução do contrato desde a origem, garantindo soluções mais técnicas, céleres e eficientes, ajustadas ao caso concreto. Sugere-se, assim, a supressão da previsão de mandato para os membros do Comitê Técnico. Nada impede que exista regramento para substituir os membros, mas não parece que a natureza do mandato se afeição às finalidades do Comitê Técnico.

Recomenda-se, ainda, que o contrato disponha previamente sobre eventuais causas de impedimento e suspeição dos membros do Comitê e quais parâmetros adotados para sua aferição, como, por exemplo a Lei nº 9.307/1996⁹⁰. A imparcialidade dos membros do Comitê é essencial para conferir legitimidade à sua atuação.

⁸⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, São Paulo: Atlas, 2011. p. 166.

⁸⁸ “O acompanhamento do contrato desde a sua origem representa a principal vantagem dos Comitês de Resolução de Disputas, como ficaram conhecidos no país, em relação à solução de conflitos pelo Poder Judiciário ou mesmo por meio da arbitragem. É que, com isso, a junta técnica responsável por decidir eventual conflito dispõe de muito mais informações tanto sobre a disputa em si, quanto acerca da avença como um todo. Isso tende a produzir soluções mais satisfatórias – e, portanto, com menores custos de transação – para as partes.” (MIGUEIS, Anna Carolina Pereira. “Dispute Boards e Contratos Administrativos: uma medida de eficiência”. In: *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 1, n. 2, 12 jun. 2018.

⁸⁹ Cita-se como exemplo o contrato de concessão Linha 15 Prata do Metro de São Paulo: “79.6. Os membros da JUNTA TÉCNICA serão designados da seguinte forma: (i) um membro efetivo e o respectivo suplente, pelo PODER CONCEDENTE; (ii) um membro efetivo e o respectivo suplente, pela CONCESSIONÁRIA; e (iii) um membro efetivo, que será o presidente da JUNTA TÉCNICA, escolhido em comum acordo entre as PARTES, devendo recair sobre profissional independente e de conhecimento reconhecido no assunto.”

⁹⁰ O Contrato de concessão da Linha 15 Preta do Metro de São Paulo determina que “79.6.2. Os membros da JUNTA TÉCNICA não poderão estar enquadrados em situações de impedimento e suspeição impostas aos juízes, previstas no Código de Processo Civil, bem como deverão proceder com imparcialidade, independência, competência e discrição.”

A subcláusula 49.4 aloca o custo da remuneração dos membros do Comitê na Concessionária. Trata-se de uma opção juridicamente viável, especialmente em razão das dificuldades orçamentárias para o custeio de tal despesa. Cabe o alerta de que essa opção jurídica poderá ter reflexos econômicos na proposta das licitantes, uma vez que tais custos serão, seguramente, internalizados no preço final. Destaque-se, ainda, que em alguns contratos de concessão o Poder Concedente custeia ao menos o membro por ele indicado⁹¹.

A redação da subcláusula 49.5 não deixa claro se o Comitê permanecerá disponível ou se será chamado a atuar em determinadas situações. Recomendável que o Comitê permaneça disponível e inteirado sobre a execução do Contrato.

A subcláusula 49.13 apresenta rol exemplificativo de matérias que poderão ser tratadas pelo Comitê. Importante mencionar que não apenas matérias técnicas poderão ser objeto de discussão, mas também matérias jurídicas, econômicas e de interpretação do contrato e seus anexos.

A subcláusula 49.15 prevê que o Requerente encaminhe o requerimento para a outra parte e, sucessivamente, ao Presidente do Comitê Técnico, juntamente com a comprovação da cientificação da outra parte, dispondo a cláusula 49.16 que a parte demandada (sugere-se a substituição por requerida para uniformizar a nomenclatura) terá o prazo de até 15 (quinze) dias para apresentar sua manifestação acerca dos fatos e razões deduzidas, findo o qual se iniciará o prazo de 30 (trinta) dias para análise e apresentação do parecer pelo Comitê Técnico.

Duas recomendações acerca da referida cláusula: (i) o requerimento deve ser dirigido apenas ao Comitê Técnico, a quem caberá notificar a Requerida. Faz mais sentido que o Comitê possa exercer uma espécie de juízo de admissibilidade prévio, verificando, por exemplo, se o requerimento cumpriu os requisitos formais previstos na subcláusula 49.14 e, na sequência, notificando a Requerida; (ii) o prazo de 15 (quinze) dias para a resposta pela Requerida parece bastante exíguo. As matérias submetidas ao Comitê serão, como regra, tecnicamente complexas e intrincadas. Sugere-se, assim, que seja previsto o prazo de 30 (trinta) dias, com possibilidade de prorrogação por mais 30 (trinta) dias, a depender da avaliação do Comitê.

A cláusula 49.19 prevê que, ao final do prazo estabelecido na cláusula 49.15, o Comitê emitirá parecer ou proposta de deliberação que, caso aceito pelas partes, poderão dar ensejo à formalização de incorporação do parecer ao contrato, com vistas a que seja considerado na execução do contrato, inclusive para o fim de interpretar suas cláusulas relativamente a eventos futuros. Recomenda-se, ainda, que seja destacada a possibilidade de modulação de efeitos dos pareceres e deliberações do Comitê, inclusive, na interpretação do contrato.

Cláusula 50 – Arbitragem

A Cláusula 50, que disciplina acerca da arbitragem, tem por fundamento a Resolução PGE nº 4212, de 21.05.18, que aprovou a minuta padrão de cláusula compromissória. Encontra-se, como regra, alinhada ao regramento previsto no Decreto Estadual nº 46.245/18, razão pela qual não há maiores observações a fazer.

A subcláusula 50.1.1 contempla rol meramente exemplificativo de controvérsias arbitráveis. Aqui há inovação em relação à cláusula compromissória padrão. As matérias arbitráveis são as

⁹¹ “Outra divergência existente entre os contratos analisados, refere-se ao pagamento das despesas da Comissão. Enquanto alguns contratos determinam que o Poder Público deve arcar com as despesas apenas de seu representante e o parceiro privado pagar as demais, outros estabelecem um rateio igualitário entre as partes. No caso concreto, deve ser analisado se a Administração prefere incentivar os parceiros privados a celebrarem o acordo, fixando a fórmula de rateio igualitário, ou fazer com que o parceiro privado já considere o valor que irá gastar com a comissão técnica no procedimento de licitação.” (JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Manaia. “Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação”. Revista da Procuradoria Geral Est. São Paulo, São Paulo, n. 77/78, p. 285-313, jan./dez. 2013, p. 293)

seguintes: (i) questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato⁹²; (ii) cálculo de indenização decorrente de extinção ou de transferência do contrato; (iii) inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes. Tais matérias estão, de fato, consolidadas como sendo arbitráveis, porquanto expressamente previstas no ordenamento jurídico em vigor, notadamente no § 4º, do artigo 31, da Lei 13.448/2017⁹³ e no artigo 2º do Decreto Federal nº 10.025/2019⁹⁴.

As subcláusulas 50.5 e 50.6 fizeram referência ao parágrafo quarto da cláusula, que não existe. A referência correta deve ser à subcláusula 50.4, na forma do que dispõe a Resolução PGE nº 4212, de 21.05.18.

A subcláusula 50.9 prevê que o procedimento arbitral adote o português e, caso a contraparte requeira na resposta ao requerimento de arbitragem, também o inglês, prevalecendo a versão em português em caso de conflito. A subcláusula 50.10 prevê que, ainda que se adote apenas o português, o Tribunal Arbitral poderá dispensar a tradução de documentos apresentados em língua estrangeira se ambas as partes estiverem de acordo. Não obstante as cláusulas estejam alinhadas com a padronização prevista na Resolução PGE nº 4212, de 21.05.18, sugere-se a sua adequação aos termos do inciso III, do artigo 4º do Decreto Estadual nº 46.245/18, que prevê a adoção da língua portuguesa como o idioma aplicável ao processo arbitral, com a recomendação de adequação da própria cláusula compromissória instituída pela referida resolução.

A subcláusula 50.12 explicita que serão aplicados ao procedimento arbitral as regras previstas nos artigos 5º a 10 do Decreto Estadual nº 46.245/18. Sugere-se que a referida cláusula seja suprimida, porquanto, a princípio, poderá causar dúvida se apenas esses artigos do Decreto Estadual se aplicariam ao procedimento arbitral, com a recomendação de adequação da própria cláusula compromissória instituída pela referida resolução.

A subcláusula 50.13.1 prevê que os honorários advocatícios serão arcados por cada uma das partes, sem qualquer adiantamento pela parte que iniciar a disputa. Não se vislumbra óbice jurídico, cabendo apenas destacar que esta cláusula não encontra similar na Resolução PGE nº 4.212, de 21.05.18.

Recomenda-se, ainda, que caso o Estado seja o requerente do procedimento arbitral, a previsão de cláusula contratual determinando que seja ouvido previamente o Conselho de Titulares, considerando não ser o Estado o titular do serviço.

Cláusula 52 – Comunicações

A subcláusula 52.2 deixa em aberto os endereços das partes do contrato para fins de remessa das comunicações. Parece ser necessário que a comunicação seja encaminhada também à

⁹² Veja-se, a propósito, o Enunciado 19 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho de Justiça Federal: “As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (Dispute Board) e a arbitragem.”

⁹³ Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. (...) § 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

⁹⁴ Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis. Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

AGENERSA, na condição de interveniente-anuente do contrato e responsável principal por sua fiscalização.

A subcláusula 52.3 autoriza que as partes modifiquem seu endereço mediante comunicação. Sugere-se a alteração da redação na cláusula, não apenas para autorizar, como também para criar a obrigação das partes em comunicarem eventuais atualizações de endereço, em nome do dever de informação e boa-fé contratual.

Outro ponto que merece ser avaliado diz respeito à inclusão de cláusula que considere o momento em que a comunicação é considerada entregue, se no momento da remessa, do recebimento pelo destinatário ou no momento do recebimento pelo remetente do protocolo ou aviso de recebimento. Parece mais adequado que as comunicações sejam consideradas entregues na data de recebimento pelo destinatário, porquanto ambas as partes estarão cientificadas, a destinatária no momento da entrega e a remetente por meio do protocolo ou do aviso de recebimento. Tal previsão pode trazer segurança para futuras contagens de prazo decorrentes das comunicações.

Cláusula 53 – Contagem de Prazos

A subcláusula 53.1 dispõe que a contagem de prazos será em dias corridos, salvo se estiver expressamente feita referência a dias úteis, excluindo-se o primeiro dia e contando-se o último. Recomenda-se que seja explicitado que os prazos com termo inicial e final em dias de feriado e finais-de-semana recairão no primeiro dia útil subsequente.

Cláusula 55. Invalidez Parcial

A subcláusula 55.1 determina que em caso de declaração de nulidade ou invalidade de qualquer disposição contratual, as demais disposições contratuais se manterão em pleno vigor. Recomenda-se, ainda, que seja feita expressa referência ao artigo 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

4 – Conclusões.

Ante o exposto, concluímos a análise da viabilidade jurídica da Minuta de Contrato de Concessão com as seguintes e não exaustivas proposições objetivas que se seguem, **cuja remissão ao respectivo Item no corpo principal do Parecer não se pode prescindir:**

- 1) As sugestões expostas neste Parecer têm por objetivo incrementar a segurança jurídica da Minuta de Contrato de Concessão e sua compatibilidade aos preceitos constitucionais e legais que regem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, de modo a contornar alguns dos possíveis riscos jurídicos envolvidos;
- 2) Em relação à **Cláusula 1**, recomenda-se o ajuste da redação de conceitos para complementações e eliminação de incertezas jurídicas, em especial os conceitos de agência reguladora (subcláusula 1.1.2), área de concessão para incluir áreas como as rurais (subcláusula 1.1.4), certificador independente (subcláusula 1.1.12), Comitê de Monitoramento e Conselho de Titulares (subcláusulas 1.1.13 e 1.1.14), inventário de bens reversíveis (subcláusula 1.1.36), Plano de Ação (subcláusula 1.1.47), além de consideração às cláusulas contratuais que

- mencionem o Estado do Rio de Janeiro, para ressaltar que se trata de representante dos titulares do serviço, e não Poder Concedente em si;
- 3) Em relação à **Cláusula 2**, recomenda-se (i) seja informado em nota técnica do órgão licitante se as minutas do Edital e do Contrato de Concessão estão adequadas à Lei nº 13.460/2017; (ii) inclusão de cláusula com os direitos dos usuários, inclusive nos termos da Lei nº 13.460/2017; bem como (ii) incluir menção à Lei nº 6.404/76, à Lei nº 9.307/96; e à Lei nº 13.140/2015;
 - 4) Em relação à **Cláusula 3**, recomenda-se a padronização da subcláusula 3.1.5 com o disposto no edital de licitação, a fim de ser estabelecida a mesma ordem de prevalência a ser seguida no caso de divergência entre as normas previstas na legislação, nos negócios jurídicos coligados ao contrato, no edital, no contrato e seus anexos;
 - 5) Em relação à **Cláusula 5**, recomenda-se (i) seja esclarecido o caráter exclusivo da concessão, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.987/95 e do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG; bem como (ii) a adequação da subcláusula 5.5;
 - 6) Em relação à **Cláusula 6**, recomenda-se a remissão aos valores previstos no edital (item 6 – valor estimado para a contratação) para garantir que não haja divergência nas previsões;
 - 7) Em relação à **Cláusula 7**, recomenda-se ajuste terminológico que esclareça que a subcláusula 7.2 trata de hipótese de extensão do contrato de concessão, limitada por período que guarde relação direta com o motivo que o justifica e, em cada caso, verificando-se se o objeto do contrato original não será desfigurado;
 - 8) Em relação à **Cláusula 8**, recomenda-se (i) que, nesta ou em qualquer outra cláusula, não se atribua qualquer dever ou direito à CEDAE, que não é parte do Contrato; (ii) a padronização de determinadas subcláusulas da Minuta de Contrato de Concessão com as respectivas subcláusulas do Contrato de Produção de Água; (iii) a revisão da subcláusula 8.11, de modo que fique ajustado quais partícipes da operação devem concordar com o encerramento antecipado da operação assistida; e (iv) a inclusão de menção ao art. 39 da Lei nº 8.987/95 na subcláusula 8.14;
 - 9) Em relação à **Cláusula 9**, recomenda-se (i) a reconsideração da menção a uma suposta “lista de Bens Reversíveis – Anexo 06 do Edital”, de modo a indicar a localização adequada da lista de bens reversíveis, visto que tal anexo não consta do instrumento convocatório; (ii) a formulação de uma lista oficial prévia desses bens a constar do Edital, anterior à licitação, de modo a evitar divergências futuras, que pode até vir a integrar o referido Anexo 06; (iii) a padronização de determinadas subcláusulas da Minuta de Contrato de Concessão com as respectivas subcláusulas do Contrato de Produção de Água; (iv) sejam estabelecidas premissas mais precisas sobre o reequilíbrio contratual na hipótese prevista na subcláusula 9.7; e (v) seja reformulada a redação da subcláusula 9.8, sobre os bens reversíveis, deixando claro que os concessionários nada poderão reclamar em relação a eles;
 - 10) Em relação à **Cláusula 10**, recomenda-se (i) a alteração da redação da subcláusula 10.8 para apontar que as instalações de bens reversíveis que forem desativadas pela concessionária serão revertidas aos titulares do serviço; e (ii) alteração na redação das subcláusulas 10.5.1 e 10.6.

- 11) Em relação à **Cláusula 13**, recomenda-se exemplificativamente (i) a inclusão dos termos “intervenção programada” e “projetos executivos” nas definições do Contrato (Cláusula 1); (ii) que as etapas relacionadas à aprovação das obras envolvam a AGENERSA, o que implica rever todo tópico para que se exija o encaminhamento dos projetos, também, à agência; e (iii) sejam feitos ajustes à sistemática da subcláusula 13.14, ante os riscos inerentes ao mecanismo de aprovação tácita dos projetos executivos, o que inclui: (a) que o pedido seja dirigido ao verificador independente; (b) que se fixe um prazo razoável para que se atribua o efeito de anuência tácita, sendo que o gestor deverá avaliar o ponto, diante, não só, da sua conveniência e oportunidade, como, ainda, da capacidade administrativa de apreciar projetos executivos; (c) que a não manifestação no prazo assinado importe imediata submissão à instância superior para exame do ato; (d) que, após a manifestação do verificador independente, os projetos executivos sejam submetidos à AGENERSA ou outro organismo estatal com capacidade institucional específica para sua aprovação.
- 12) Em relação à **Cláusula 14**, recomenda-se, em relação a **competências urbanas**, que (i) sejam suprimidas quaisquer obrigações previstas a terceiros que não fazem parte deste complexo contratual; (ii) seja o contrato reanalisado à luz das competências constitucionais atribuídas aos Municípios; (iii) a supressão da subcláusula 14.2.1; e (iv) a reanálise das subcláusulas 14.6 e 14.7, ante a aparente atribuição de competências urbanísticas à Concessionária; em relação a **loteamentos irregulares**, (iv) seja analisada e formulada disciplina quanto aos loteamentos irregulares, visando, principalmente que estes não comprometam o cumprimento das metas legais de universalização, não podendo, portanto, ficar excluídos das obrigações da concessionária; e, em relação a **obras irregulares nos loteamentos**, que (v) sejam definidas balizas específicas para os casos em que, mesmo com a existência de obras irregulares, a Concessionária deva assumir a operação das redes de coleta e distribuição localizadas nos loteamentos, à luz da subcláusula 14.7.2;
- 13) Em relação à **Cláusula 17**, a minuta do Contrato possibilita a prestação de garantia por diferentes formas, incluindo (i) caução em moeda corrente do país; (ii) caução em títulos da dívida pública federal; (iii) seguro-garantia; ou (iv) fiança bancária. Impõe-se advertir que a aceitação dos títulos da dívida pública federal deverá observar a verificação da sua liquidez e ausência de deságio ou mesmo, preferencialmente, por dar maior segurança jurídica aos licitantes, a identificação no próprio contrato dos títulos aceitáveis como garantia nos termos expostos.
- 14) Em relação à **Cláusula 18**, cabe registrar que o seguro referido na cláusula 18.2 não abrange a cobertura de obras de conservação e manutenção. Deve ser explicitado se essa cobertura está devidamente contemplada nos demais seguros aludidos pelas cláusulas 18.5 a 18.8 e, em caso negativo, incluí-la.
- 15) Em relação à **Cláusula 19**, recomenda-se a inclusão de subcláusula que estabeleça políticas de *compliance* anticorrupção por parte da Concessionária em sua contratação de terceiros, incorporando as diretrizes da Controladoria-Geral da União e, porventura, aquelas que venham a ser editadas pela Controladoria-Geral do Estado sobre o tema.

- 16) Em relação à **Cláusula 20**, recomenda-se (i) que se esclareça o sentido da subcláusula 20.3 com sua respectiva reformulação, a fim de afastar interpretações equivocadas; (ii) que se esclareça, com as respectivas alterações na minuta contratual, se a equiparação de terceiros com a figura do Financiador do Contrato é limitada para os fins da obrigação prevista na subcláusula 20.4 (que exige a apresentação da cópia dos contratos ao Poder Concedente) ou se tal equiparação é ampla, conferindo a estes fornecedores as mesmas prerrogativas que são atribuídas aos agentes financiadores em todo o Contrato. Sugere-se que, caso a intenção da regra contratual seja a de conferir equiparação ampla entre fornecedores e financiadores, que se limitem as prerrogativas de fornecedores cujos contratos representem menor relevância econômico-financeira para a operação e a promoção de investimentos do contrato de concessão. Recomenda-se seja feita alusão expressa aos dispositivos especificados da Lei n. 8.987/95 e que a cláusula seja acrescentada do necessário detalhamento do procedimento das partes para a efetiva execução do *step in right*.
- 17) Em relação à **Cláusula 21**, recomenda-se (i) o ajuste da redação das subcláusulas 21.1 e 21.1.8 para tornar claro que, no exercício do poder regulatório, a AGENERSA deverá levar em consideração as normas de referência editadas pela ANA, conferindo-se, todavia, um necessário espaço decisório à agência estadual para não incorporar eventuais normas consideradas inadequadas para a realidade do setor de saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro, mediante decisão devidamente motivada, ressalvado o disposto no artigo 4º B, da Lei nº 9.984/00 na redação conferida pela Lei nº 14.026/20; (ii) no que se refere a subcláusula 21.2, sugere-se a menção expressa à figura do fato do príncipe como justificativa necessária para recomposição do equilíbrio econômico ali prevista; (iii) que seja atribuída à AGENERSA as funções de fiscalização e sanção sobre os usuários do serviço público; iv) considerando essa atribuição que seja adequada a redação da subcláusula 24.2.8, bem como que seja inserida cláusula estabelecendo que compete à AGENERSA apurar a responsabilidade dos proprietários ou possuidores dos imóveis que não estejam cumprindo obrigação legal de conexão às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e (v) que haja menção expressa ao art. 19 da Lei nº 4.556/2006 no corpo da subcláusula 21.8.
- 18) Em relação à **Cláusula 23**, sugere-se (i) inclusão de subcláusula que assegure, de forma expressa, todos os direitos assegurados aos usuários dos serviços de saneamento básico delimitados nos arts. 5º e 6º da Lei nº 13.460/2017, com a inserção das subcláusulas indicadas; (ii) ajuste em relação às regras de interrupção dos serviços, fazendo constar, de forma expressa, a submissão do contrato ao conteúdo do art. 6º, §§3º e 4º da Lei nº 8.987/1995 e do art. 40 da Lei nº 11.445/2007, além de outros direitos dos usuários que enumeramos; e (ii) que conste subcláusula expressa que reconheça os direitos dos usuários em relação ao tratamento de seus dados pessoais, submetendo o Contrato às disposições da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei nº 13.709/2018);
- 19) Em relação à **Cláusula 24**, sugere-se (i) retirar do Estado do Rio de Janeiro a competência para aplicação das penalidades administrativas

sobre usuários do serviço de saneamento; (ii) incluir subcláusula que preveja o direito de regresso do Estado em face dos Municípios em caso de responsabilização por condutas ilícitas de entes municipais que porventura venham a ser imputadas ao Estado do Rio de Janeiro; e que (iii) a subcláusula 24.2.7 seja alterada para suprimir a expressão “a título gratuito e devidamente regularizadas”, considerando que poderá gerar uma obrigação de cumprimento imprevisível para o Estado. Tais servidões, afinal, já estão afetadas ao serviço público.

- 20) Em relação à **Cláusula 25**, é relevante que conste subcláusula expressa no sentido de que as obrigações previstas no referido item não excluem as demais previstas no próprio Contrato e na legislação que incide sobre os serviços públicos delegados e os contratos administrativos de forma geral. Recomenda-se, em linha com a orientação do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, estabelecer cláusula estipulando o efetivo prazo em que se dará o pagamento da outorga variável aos Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, bem como as respectivas cláusulas relativas a penalização e compensação financeira por atraso de pagamento.
- 21) Em relação à **Cláusula 26**, recomenda-se (i) o ajuste de sua redação para complementações e eliminação de incertezas jurídicas quanto à sua interpretação, inclusive para que não haja condicionamentos à contratação do verificador independente; (ii) o aumento dos prazos previstos, em especial nas subcláusulas 26.4.3, 26.4.5 e 26.4.8, para adequá-las a seus objetivos; (iii) sua adequação às mudanças promovidas pela Lei nº 14.026/20 em relação às metas de eficiência e universalização (arts. 11 e 11-B da Lei nº 11.445/07); (iv) acrescentar requisitos para que o verificador independente não tenha qualquer vínculo – passado, presente ou futuro – com a concessionária, seja diretamente, seja através de qualquer integrante dos seus respectivos grupos econômicos.
- 22) Em relação à **Cláusula 27**, recomenda-se (i) a inclusão de regras que prevejam que parte dos valores atinentes aos ganhos econômicos provenientes dos serviços complementares sejam apropriados com vistas a favorecer a modicidade das tarifas; bem como (ii) o ajuste de sua redação para eliminar incertezas jurídicas quanto à sua interpretação.
- 23) Em relação à **Cláusula 28**, recomenda-se (i) seja atualizada a tabela relacionada à Estrutura Tarifária e Serviços Complementares, considerando os termos do art. 9º do Decreto Estadual nº 45.344/2015; e (iii) que se estipule, de forma mais clara, o critério e os cálculos que serão feitos em relação ao primeiro reajuste do Contrato.
- 24) Em relação à **Cláusula 29**, recomenda-se que (i) seja delimitado um teto máximo percentual na redação da subcláusula 29.2; (ii) inclua-se o regime de cálculo de ITS destinado a áreas de favelas e aglomerados subnormais; (iii) inclua-se a previsão de realização de procedimento administrativo realizado em sessão pública e previamente publicizada para homologação de reajustes de tarifas; bem como (iv) o ajuste de sua redação para eliminar incertezas jurídicas quanto à sua interpretação; e (v) a reformulação dos prazos previstos, em especial na subcláusula 29.8, excluindo-se também dela adjetivos como “matemático”; assim como (vi) sejam previstas formas de solucionar situações nas quais os usuários não possam realizar o pagamento de cobranças de forma

integral, a exemplo de hipóteses de parcelamento; e (vii) seja previsto procedimento para ressarcimento em relação às cobranças já realizadas em valores reajustados a partir do cálculo apresentado pela Concessionária.

- 25) Em relação à **Cláusula 30**, recomenda-se (i) o ajuste de sua redação para complementações e eliminação de incertezas jurídicas quanto à sua interpretação e para o aumento de determinados prazos; e (ii) sua adequação às mudanças promovidas pela Lei nº 14.026/20. Na Cláusula 30.5 retirar a ideia de que o Poder Público implantará as metas de universalização em conjunto com a concessionária; a implantação destas, junto com todas obras necessárias para tanto, inclusive de drenagem, são de responsabilidade exclusiva da concessionária, instando-se que tal circunstância fique expressa no contrato.
- 26) Em relação à **Cláusula 31**, recomenda-se (i) a reformulação dos prazos previstos, em especial na subcláusula 31.3.1, para adequá-lo a seus objetivos; e (ii) sejam previstas regras de publicidade, transparência e participação para os procedimentos de revisão ordinária do Contrato, com sugestão de inclusão das hipóteses de sessão pública na subcláusula 31.3.3 e de consulta pública na subcláusula 31.
- 27) Em relação à **Cláusula 33**, recomenda-se (i) o ajuste de sua redação para complementações e eliminação de incertezas jurídicas quanto à sua interpretação; (ii) em relação à subcláusula 33.3 que trata da adesão de outros municípios ao contrato apor (a) a necessidade de previsão genérica dessa possibilidade nos editais, negociais jurídicos e atos administrativos ou legislativos da concessão originária, inclusive como cláusula exorbitante impositivo unilateralmente à concessionária; (b) presença, a ser verificada no eventual caso futuro concreto dos requisitos da inexigibilidade de licitação por parte do município entrante; (c) alteração à época dos instrumentos originários integrantes de em uma cadeia complexa de atos unilaterais, negociais, planos e leis, em respeito ao princípio do paralelismo das formas; (d) apreciação de eventual implementação do reequilíbrio econômico-financeiro em razão da entrada de um novo município, seja favorável ou contrariamente à concessionária; (e) a devida e estrita motivação e ponderação dos interesses envolvidos como eventuais limites à ampliação do objeto da concessão; (f) como regra, o serviço deve ser remunerado, ou no mínimo, deverá ser estabelecido mecanismo de compensação, ou contrapartida pela concessionária; (g) a prestação deve ser aprovada pelo Conselho Deliberativo da RM, com base no art. 11, §4º da LCE nº 184/2018; e (h) a prestação do serviço não pode, em hipótese alguma, implicar prejuízo à prestação do serviço em questão a Entes já integrantes do polo ativo da concessão; (iii) a regulamentação adequada do procedimento de manifestação sobre o ato unilateral a ser editado, incluindo prazo de manifestação da Concessionária e consequências de seu descumprimento; e (iv) a incorporação de regras que prevejam a participação da AGENERSA nos procedimentos de quaisquer alterações do Contrato.
- 28) Em relação à **Cláusula 34**, recomenda-se (i) o ajuste de sua redação para complementações e eliminação de incertezas jurídicas quanto à sua interpretação e para complementar certos aspectos, inclusive especificando e quantificando o que entende por equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato; (i) que a Minuta de Contrato de

Concessão especifique como será perquirida a tangibilidade do equilíbrio contratual, ante a complexidade e a dinâmica da regulação contratual; (iii) que os riscos atribuídos às partes sejam disciplinados de forma mais específica, evitando cláusulas com termos abertos e dúbios, e que os riscos de hipóteses de caso fortuito e força maior, quando o montante desses ultrapassem o valor da apólice de seguro, sejam compartilhados entre as partes em decorrência do Parecer n. 07/2020 PGE/PG-17/JVSM, com adaptações consequentes também em outras cláusulas; (iv) sejam excluídas expressamente as questões ambientais atribuídas ao Estado do Rio de Janeiro, visto que que devem ser de responsabilidade da Concessionária; (v) seja ajustada a nomenclatura de “ato da Administração” para “fato da Administração”; (vi) sejam excluídas as questões consumeristas do conceito de “fato da Administração”; (vii) sejam previstas regras e procedimentos para reequilíbrios em favor do Poder Concedente; (viii) que, em qualquer revisão, sejam sempre apurados eventuais desequilíbrios favoráveis ao Poder Público ou aos usuários; (ix) sejam previstas regras de divisão de ganhos de eficiência no decorrer da execução contratual; (x) sejam previstas regras que condicionem a implementação da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, ao cumprimento das metas de universalização, conforme art. 11-B, da Lei Federal nº 11.445/07; (xi) a regulamentação futura do contrato não pode gerar direito a reequilíbrios; (xii) variações de insumos, de câmbio e fatos decorrentes de possíveis inspeções prévias por parte da concessionária devem ser de sua exclusiva responsabilidade; (xiii) incluir mecanismos de compartilhamento dos ganhos de eficiência da concessionária; (xiv) condicionamentos ao cumprimento das metas; (xv) sejam esclarecidos, principalmente, quanto ao porquê de suas escolhas, sobretudo diante da dicção da Súmula nº 289 do TCU, os mecanismos contábeis e índices previstos nas subcláusulas 34.6., 34.6.1 e 34.7; e (xvi) sejam incorporadas as metodologias previstas pelo TCU (Acórdão 2611/2020) para avaliação dos bens reversíveis não amortizados ou depreciados (valores de mercado atuais, não custos históricos etc.), com reflexos também em outras cláusulas do contrato.

- 29) Em relação à **Cláusula 35**, recomenda-se deixar clara a natureza do prazo de 180 dias previstos para a formulação dos pleitos de reequilíbrio contratual, com vistas a remir tais questões que podem ensejar dúvidas no momento do processamento do reequilíbrio econômico-financeiro.
- 30) Em relação à **Cláusula 36**, recomenda-se (i) o ajuste de sua redação para ser complementada e eliminar incertezas jurídicas quanto à sua interpretação; bem como (ii) seja justificada a exclusividade do serviço público, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.987/95.
- 31) Em relação à **Cláusula 37**, recomenda-se, entre outras medidas, (i) que seja esclarecido e justificado, pelos órgãos competentes, se o desenho contratual da aplicação das multas cria o *enforcement* e os incentivos necessários para o cumprimento das obrigações pela Concessionária, assim como se o Anexo de indicadores de desempenho cumpre essa função e em que medida; (ii) seja feita correlação direta entre as obrigações da Concessionária (Cláusula 25) e as sanções a serem aplicadas; (iii) sejam disciplinados, de forma específica, aspectos como os conceitos de circunstâncias agravantes, atenuantes e reincidência,

pisos e tetos para as multas, a diferenciação para incidência das penalidades previstas, a previsão contratual de acordos substitutivos que permitam substituir multas por novos investimentos e hipóteses de cabimento da suspensão de licitar e da declaração de inidoneidade; (iv) a involuntariedade e a ausência de ganhos não necessariamente ilidem a gravidade da infração; (v) sejam explicitados os efeitos da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e da declaração de inidoneidade, conforme Parecer nº 98/18-FAG; (vi) seja delimitado de melhor forma o alcance do ressarcimento a ser pago para fins de reabilitação da Concessionária perante o Estado; (vii) a inclusão de observância ao princípio da proporcionalidade na aplicação das penalidades; (viii) seja estabelecida disciplina mais clara e coerente em relação às diferenças entre as infrações leves, médias e graves, indicando correlação direta entre a natureza da infração e a penalidade aplicada; (ix) seja estabelecida disciplina mais clara e coerente em relação às diferenças entre as penalidades de advertência e multas; (x) a alteração da redação de tipos infracionais e do sistema de cobrança das penalidades, de modo a torna-los mais compatíveis com o sistema de incentivos adequado para as finalidades públicas subjacentes ao Contrato; (xi) abolição da vedação de que a sanção não possa ser cumulada com a redução tarifária por descumprimento de metas e indicadores; (xii) excluir o termo “escusável” do item 37.2.1; (xiii) a cláusula 37.10 deve mencionar a competência exclusiva da AGENERSA para a aplicação de penalidades; (xiv) a previsão de procedimentalização do processo fiscalizatório que anteceda o processo sancionador; (xv) esclarecimento da redação da cláusula 37.12.4; (xvi) adequação da cláusula 37.12.5 ao Regimento Interno da AGENERSA; (xvii) o ajuste da redação da cláusula 37.14.1 para melhor definir infrações continuadas; (xviii) a inclusão de disciplina contratual quanto à forma que as importâncias pecuniárias resultantes da aplicação das multas se reverterão ao Estado; (xix) aperfeiçoamento da cláusula 37.16.2 quanto ao caráter técnico e as normas de prestação dos serviços; e (xx) a inclusão de cláusula que reflita o posicionamento adotado no Parecer Conjunto SUBJ/CC nº 01/2018 - FMF – DRM e no Parecer nº 40/2018-HBR/PG-15, sendo possível a extensão subjetiva societária das penalidades restritivas de direitos (suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade).

- 32) Em relação à **Cláusula 38**, recomenda-se (i) maior detalhamento não apenas do procedimento, mas também das hipóteses que ensejariam a intervenção na concessão, ainda que de modo exemplificativo; e que (ii) seja previsto prazo para a Concessionária sanar as regularidades indicadas antes da intervenção.
- 33) Em relação à **Cláusula 39**, recomenda-se que (i) seja disciplinada a participação do Conselho de Titulares no que diz respeito à extinção do Contrato de Concessão; (ii) seja disciplinada a forma como se dará a prestação provisória do serviço pelo Concessionário em caso de extinção do Contrato, inclusive com o pagamento de eventual outorga adicional; (iii) sejam justificados os critérios utilizados para definir o que será considerado (subcláusula 39.6) e o que não será considerado para fins de cálculo de indenização (subcláusula 39.7); (iv) seja incluída subcláusula que estabeleça que o Contrato também poderá ser extinto em razão de caso fortuito ou de força maior; e que (v) seja incluída

subcláusula explicitando que o Poder Concedente, como consequência da extinção, poderá: assumir direta ou indiretamente a prestação do serviço concedido, incluindo os aspectos legais e fáticos decorrentes desta circunstância.

- 34) Em relação à **Cláusula 40**, recomenda-se (i) o ajuste na disciplina das subcláusulas 40.4 e 40.5, em especial quanto à previsão de pagamento de indenização em 6 parcelas mensais; (ii) a pertinência de que eventual ajuste para deslocamento de cláusulas que se apliquem exclusivamente à hipótese de advento do termo contratual; (iii) que seja incluída obrigação para que a Concessionária apresente com razoável antecedência da data do término de vigência da Concessão o seu Programa de Desmobilização Operacional, com cooperação da Concessionária, a fim de que não haja interrupção da prestação do serviço público concedido; e (iv) a supressão da subcláusula 40.8.
- 35) Em relação à **Cláusula 41**, recomenda-se que (i) seja incluída previsão de oitiva prévia do Conselho de Titulares ao ato de encampação; e (ii) a reformulação dos prazos previstos na subcláusula 41.2.1.
- 36) Em relação à **Cláusula 42**, recomenda-se (i) o ajuste de sua redação para complementações e eliminação incertezas jurídicas quanto à sua interpretação; (ii) explicitar que as circunstâncias descritas para hipóteses de caducidade são meramente exemplificativas; (iii) fazer referência expressa ao § 1º do art. 38 da Lei nº 8.987/1995, que disciplina as hipóteses mais genéricas de cabimento da caducidade; (iv) suprimir as palavras “reiterada” (cláusula 42.1) e “insanável” (cláusula 42.2), já que pode restringir e limitar de modo excessivo o juízo de conveniência e oportunidade do Poder Concedente na avaliação das inexecuções; (v) seja incluída previsão de oitiva prévia do Conselho de Titulares à declaração de caducidade (cláusula 42.5); e que (vi) seja reproduzida a parte final do § 4º, do art. 38, da Lei nº 8.987/95, com a inclusão da previsão de que a caducidade independe de indenização prévia e que será calculada no decurso do processo.
- 37) Em relação à **Cláusula 43**, recomenda-se o ajuste de sua redação para eliminar incertezas jurídicas quanto à sua interpretação.
- 38) Em relação à **Cláusula 44**, recomenda-se (i) a inclusão de subcláusula que explicita que a anulação será objeto de processo administrativo específico, com notificação prévia da Concessionária, assegurado o direito ao contraditório e a ampla e prévia defesa; (ii) a inclusão de subcláusula que explicita que eventual indenização prévia somente é cabível nas situações de anulação que não decorreram de fatos atribuíveis à Concessionária; (iii) seja justificada a hipótese de execução dos serviços públicos nos casos de nulidade contratual até a realização de licitação, ante a ausência de respaldo contratual; e (iv) a supressão da subcláusula 44.7.
- 39) Em relação à **Cláusula 45**, recomenda-se a inclusão de subcláusula que explicita (i) que a concessão poderá ser extinta, também, no caso de recuperação judicial que comprovadamente prejudique a execução do Contrato; (ii) que, uma vez decretada a falência, o Concedente imitir-se-á na posse de todos os bens integrantes da Concessão, assumindo imediatamente a execução do objeto contratual; e que (iii) aplique as mesmas disposições referentes à caducidade da Concessão para os casos de extinção por falência fraudulenta ou dissolução; bem como a (iv) supressão das cláusulas 40.8 e 44.7.

- 40) Em relação à **Cláusula 46**, recomenda-se (i) a adequação da subcláusula 46.1 para explicitar que apenas os bens privados da Concessionária qualificados como essenciais serão objeto de reversão; (ii) sejam disciplinadas, de forma específica, as diretrizes e a metodologia de cálculo da indenização pela reversão dos bens no caso de eventual extinção do contrato antes da amortização dos investimentos; (iii) seja avaliada a pertinência de estabelecer que os bens sejam revertidos observado prazo mínimo que permita a continuidade do serviço até então prestado; (iv) a reformulação dos prazos previstos, em especial nas subcláusulas 46.3, 46.4 e 46.5, para adequá-las a seus objetivos, e excluindo a previsão de silêncio positivo em favor da Concessionária; (v) o estabelecimento de parâmetros mínimos do Plano de Transição, com a definição dos aspectos e operacionais, bem como algumas obrigações indispensáveis das partes; (vi) uma disciplina contratual que possibilite participação mais ativa e efetiva do Conselho de Titulares no processo de reversão dos bens; e (vii) regras mais eficientes e devidamente justificadas sobre a assunção dos Contratos pelo Estado e as hipóteses sobre continuidade de prestação dos serviços pela Concessionária mesmo após a extinção do Contrato.
- 41) Em relação à **Cláusula 47**, recomenda-se (i) seja estabelecida disciplina contratual expressa que esclareça a que título os direitos de propriedade intelectual serão transmitidos ao Estado do Rio de Janeiro, visto que este não é titular dos serviços; (ii) seja estipulada sanção no caso de descumprimento das regras sobre o uso da propriedade industrial cedida à Concessionária durante a execução do Contrato; e que (iii) seja referência expressa à LGPD neste tópico, além de outras restrição à utilização dos dados dos usuários pela concessionária.
- 42) Em relação à **Cláusula 48**, recomenda-se (i) a referência à legislação federal aplicável para a reserva de 1% das vagas do quadro de contratação de funcionários deficientes físicos e mentais; (ii) a justificação das regras quanto a reserva de reserva de 1% das vagas do quadro de contratação de funcionários para serem preenchidos por ex-detentos das penitenciárias e presídios do Estado, ante a não incidência do §5º do art. 40 da Lei nº 8.666/93 à hipótese em questão, sendo faculdade discricionária do órgão licitante; e (ii) seja solucionada a questão quanto à inexistência de parâmetro sobre a identificação das áreas irregulares não urbanizadas; (iii) seja avaliada a possibilidade de mudança de sistemática da subcláusula 48.5, ante a possibilidade de haver necessidades que superem o montante previsto no dispositivo, bem como seja incluída disposição que preveja o reequilíbrio contratual nesses casos, caso se entenda cabível à luz da partilha de riscos contratuais.
- 43) Em relação à **Cláusula 49**, recomenda-se (i) o a melhoria da sistemática contratual, para que discipline, de forma mais clara, procedimento a ser adotado desde a composição do Comitê até a sua destituição, incluindo a previsão de seu caráter permanente até o termo final do Contrato; (ii) na cláusula 49.2, a consulta prévia ao Conselho de Titulares em relação à escolha dos membros efetivo e suplente pelo Estado; (iii) a inclusão de regras para aferir a qualificação e sobre impedimento e suspeição para membros do Comitê Técnico; (iii) a exclusão da previsão de mandatos para os membros do Comitê; (iv) outras

- alterações de ordem procedimental para a melhoria do processamento de pedidos de análise a serem formulados perante o Comitê Técnico; bem como (v) a possibilidade de modulação de efeitos dos pareceres e deliberações do Comitê, inclusive na interpretação do contrato.
- 44) Em relação à **Cláusula 50**, recomenda-se (i) o ajuste de sua redação para complementações e eliminação de incertezas jurídicas quanto à sua interpretação; (ii) a previsão expressa de adoção da língua portuguesa como o idioma aplicável ao processo arbitral, com a recomendação de adequação da própria cláusula compromissória instituída pela referida resolução; e (iii) supressão da cláusula 50.12.
 - 45) Em relação à **Cláusula 52**, recomenda-se que (i) se avalie a pertinência de incluir a AGENERSA na sistemática de comunicações do Contrato; (ii) alterar a redação da cláusula 52.3 no sentido de criar a obrigação das partes em comunicarem eventuais atualizações de endereço; e (iii) que seja previsto, de forma expressa, quando a comunicação será considerada entregue para fins de contagem dos prazos contratuais, sugerindo-se a data de recebimento da comunicação pelo destinatário.
 - 46) Em relação à **Cláusula 53**, recomenda-se que seja explicitado que os prazos com termo inicial e final em dias de feriado e finais-de-semana recairão no primeiro dia útil subsequente;
 - 47) Em relação à **Cláusula 55**, recomenda-se a inclusão pontual do art. 24 da LINDB em sua redação.
 - 48) O processo contém nota técnica de autoria do BNDES, mas não possui praticamente nenhuma apreciação própria dos órgãos técnicos do Estado do Rio de Janeiro. Como representante dos titulares dos serviços, os seus órgãos devem se pronunciar autonomamente, não só em relação às observações e necessidades de justificativa constantes deste Parecer, como em relação à estrutura do projeto como um todo.

As conclusões e recomendações acima sumariadas sob a forma de proposições objetivas de forma alguma substituem nem dispensam a observância dos entendimentos constantes da integralidade do presente Parecer.

É o que, salvo melhor juízo, nos parece.

À superior consideração.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2020.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Procurador do Estado

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa

GUSTAVO BINENBOJM

Procurador do Estado

P.A SEI-120207/000707/2020

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado,

Na qualidade de membros integrantes do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020¹, encaminhamos o Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, de lavra dos i. Procuradores do Estado Alexandre Santos de Aragão, André Rodrigues Cyrino, Flávio Amaral Garcia e Gustavo Binenbojm, por meio do qual foi analisada sob o ângulo estritamente jurídico, na forma do art. 38, p.u. da Lei nº 8.666/93, e a partir de consulta formulada pelo Exmo. Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, minuta de contrato de Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro.

Registre-se que a minuta de contrato é anexo obrigatório do edital de licitação, cuja análise foi anteriormente efetuada por meio do Parecer Conjunto 01/2020 ARCY/FAG, devidamente submetido e aprovado por V. Exa., oportunidade na qual foram apresentados diversos alertas, recomendações e condicionantes para apreciação pelas instâncias técnicas e políticas estaduais e, como não poderia deixar de ser, pelo BNDES, responsável pela complexa modelagem do empreendimento.

Destaca-se que o Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB também foi submetido à análise pelo citado Grupo de Trabalho, que ao longo de seguidas reuniões (realizadas em regime de urgência), por intermédio dos seus Procuradores integrantes (que novamente subscrevem a presente manifestação), viabilizaram ajustes, reforço de alertas e recomendações, de modo a permitir um amplo debate a respeito de tema dotado de elevada complexidade.

Ao final, o Grupo de Trabalho aprovou o pronunciamento conjunto.

É assim que não se pode deixar de enfatizar que **todas as conclusões do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB foram integralmente chanceladas pelo Grupo de Trabalho**, de modo que, para evitar reproduções desnecessárias do profundo opinamento formalizado, faz-se especial referência aos itens didaticamente listados nas suas páginas finais, que veiculam não apenas as premissas jurídicas utilizadas pelos nobres pareceristas, mas também os aspectos mais relevantes do pronunciamento e recomendações para as instâncias políticas e técnicas diretamente responsáveis pela modelagem do projeto, nos termos de contrato celebrado com o Estado do Rio de Janeiro.

Ainda assim, destaca-se que as conclusões finais, embora claramente didáticas, não representam todos os pontos relevantes do pronunciamento, que **deverá ser lido e observado em sua integralidade**. Recomenda-se, nesse sentido, especial atenção para **propostas de alterações, substituições e supressões de cláusulas e subcláusulas, nos termos do Parecer 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB**.

De todo modo, mais uma vez a partir dos debates realizados em reuniões do Grupo de Trabalho, houve especial consenso quanto a necessidade de se destacar, ainda que de forma objetiva, alguns pontos sensíveis do Parecer Conjunto nº01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

É assim que, também para fins didáticos, o presente encaminhamento será dividido em duas partes: (i) **recomendações gerais**, como premissas que devem informar a compreensão do contrato como um todo; e (ii) **recomendações específicas** sobre temas e cláusulas previstas no contrato de concessão.

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

A análise inevitavelmente será realizada à luz do art. 132 da Constituição Federal, art. 176 da Constituição Estadual e do art. 2º da LCE nº 15/1980, no âmbito da consultoria jurídica e do controle interno da legalidade do Poder Público, o que inclui a recomendação de medidas jurídicas para aperfeiçoar a prática administrativa e proteger o interesse público.

Acrescente-se, mais uma vez, que **as considerações do encaminhamento do Grupo de Trabalho não exaurem os pontos de apreciação obrigatória por parte das instâncias técnicas e políticas, que naturalmente deverão se debruçar sobre o Parecer Conjunto nº01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB como um todo**, ainda que se reconheça que as manifestações da Procuradoria Geral do Estado 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 sustentação.

RECOMENDAÇÕES GERAIS

Em primeiro lugar, na esteira do que foi consignado no parágrafo anterior, é relevante ressaltar a preocupação do Grupo de Trabalho com a necessidade de efetivo acompanhamento do processo de desestatização pelas instâncias técnicas e políticas estaduais.

Da mesma forma como restou consignado no parecer conjunto que analisou a minuta de edital, também no campo do contrato de concessão **há aspectos técnicos e discricionários que demandam apreciação não apenas pelo BNDES, mas também e sobretudo pelo Estado do Rio de Janeiro**, principal interessado no sucesso do empreendimento.

Com efeito, as manifestações e esclarecimentos oriundos do BNDES, embora altamente relevantes para a condução do processo, carecem de apreciação e debate no âmbito da Administração Pública estadual, a qual, insista-se, deverá se debruçar sobre os trabalhos apresentados, de modo a garantir que sejam respeitados os interesses estaduais subjacentes ao empreendimento, além de garantir a segurança jurídica esperada para a população fluminense.

O ponto acima se agrava quando há um cronograma interno curto e que demanda a apresentação de manifestações em regime de urgência muitas vezes incompatível com a complexidade das questões envolvidas. Aqui vale o alerta de que o “tempo político”, embora relevante, não pode superar os “tempos técnico e jurídico”, porquanto fundamentais para a estabilidade e para o sucesso do empreendimento.

É no atual contexto que se reforça, como primeiro alerta, **a necessidade de constante acompanhamento do projeto por órgãos estaduais competentes**, que deverão tomar ciência e apresentar as exigidas manifestações relativamente aos alertas, recomendações e condicionantes até aqui apresentadas, de modo **que não se mostra recomendável, para tanto, a simples chancela dos trabalhos e relatórios fornecidos pelo BNDES**. Não há como se afastar de um dever geral de motivação inerente ao exercício da função administrativa, que, portanto, deverá ser observado ao longo de todo o procedimento licitatório.

Aqui, cumpre destacar que o processo como um todo contém diversas notas técnicas de autoria do BNDES, mas não possui praticamente qualquer apreciação própria dos órgãos técnicos do Estado do Rio de Janeiro que, como representante dos titulares dos serviços, deve se pronunciar autonomamente, não só em relação às observações e necessidades de justificativa extraídas de pareceres da PGE, como em relação à estrutura do projeto como um todo.

Ressalta-se, na linha na linha dos entendimentos consolidados na Promoção nº 02/2015 – FAG, que o Órgão Central do Sistema Jurídico não adentra em qualquer aspecto de ordem técnica, econômica (incluindo fórmulas matemáticas) inerente ao tema, pois não cabe à Procuradoria Geral do Estado avançar na análise de matérias dessa índole.

Ou seja: a atuação da Procuradoria Geral do Estado, ainda que fundamental para o regular andamento do empreendimento, encontra seus limites no campo jurídico, o que está longe de ser suficiente em projeto complexo e sabidamente multidisciplinar, de modo que não há outra conclusão que não seja a de que cabe às instâncias estaduais envolvidas a análise e (se for o caso) a validação das premissas técnicas existentes como um todo.

Ultrapassado o ponto acima, passa-se a destacar, como premissa fundamental, o alerta apresentado pelos nobres pareceristas referente à redação das cláusulas. Nesse sentido, é necessário apontar que a linguagem contratual deve ser objetiva, clara e sem formulações truncadas, considerado que aquilo que está escrito deve corresponder exatamente aos objetivos pretendidos.

Com efeito, a precisão contratual pressupõe mais do que apenas reproduzir textos legais, que devem ser contextualizados de forma a consolidar plenamente o entendimento que será aplicado, sempre com o objetivo de tornar o texto contratual direto, claro e preciso.

Não bastasse, **é relevante que o contrato seja analisado à luz de todos os demais instrumentos técnicos que compõem o empreendimento (merecendo destaque, no caso concreto, a minuta de edital), que deverão ser objeto de tratamento sistemático, para evitar contradições e imperfeições indesejadas**, sempre em prol da segurança jurídica das partes contratantes.

O presente alerta vale não apenas para a cláusula responsável pelas definições, mas também **para a integralidade** do contrato, o qual, consoante demonstrado pelos pareceristas, **demandam revisão e ajustes formais por parte dos órgãos técnicos envolvidos, notadamente o BNDES**.

Em termos ainda mais diretos: **a minuta de contrato, conforme apresentada e sem os ajustes propostos, não se encontra apta para ser divulgada ao mercado como anexo do edital de licitação**.

Outro ponto genérico a ser observado diz respeito a medidas contratuais compensatórias de assimetrias decorrentes do regime de direito público. Embora os alicerces teóricos de um moderno Direito Administrativo apontem para a redução de prerrogativas públicas desproporcionais, não se pode correr o risco de que a premissa produza resultado idêntico (mas com “sinal trocado”) relativamente aos particulares que travem relações jurídicas com o Poder Público.

Em diferentes termos: **um contrato que pretenda trazer medidas mitigadoras de verticalizações a favor do Estado não poderá, ao fim e ao cabo, estabelecer uma (também perversa) relação desproporcional a favor do concessionário**. O que se espera do contrato em análise é o estabelecimento de um regime mais horizontal possível, sem qualquer espécie de calibragem indevida a favor de uma das partes, ressalvadas hipóteses expressamente consagradas no ordenamento jurídico.

O ponto em destaque assume **especial relevância no campo do equilíbrio econômico-financeiro**, tema que será objeto de análise mais detida no próximo tópico (recomendações específicas), mas também **na fixação de prazos para atuação do Poder Público**.

De fato, uma observação a ser aplicada à generalidade da minuta analisada se refere aos prazos estabelecidos, já que para a fixação de prazos contratuais deve-se aferir o período necessário para a realização completa e efetiva daquilo que se pretende.

É assim que, conforme apontado em diversas passagens do pronunciamento, **o lapso temporal para a tomada de decisões deve ser adequado e razoável à ação e à complexidade que lhe é correspondente, sob pena de sucessivos descumprimentos e eventuais consequências de medidas intempestivas, o que certamente tem o potencial de elevar a insegurança e a litigiosidade durante a execução do ajuste**.

Não é por outro motivo que se recomenda, na oportunidade, uma **completa reavaliação dos prazos impostos ao Poder Público**, aspecto que deverá ser objeto de especial atenção não só pelo BNDES, mas também (e talvez principalmente) pelos órgãos estaduais envolvidos, observada a

complexidade dos temas que poderão ser submetidos à análise da Administração Pública ao longo da execução do contrato.

Por fim, ainda no campo das recomendações gerais, um alerta que já foi apresentado no Parecer Conjunto nº 01/2020 ARCY-FAG quanto à **posição do Estado do Rio de Janeiro no empreendimento, observado o entendimento firmado pelo STF na ADI nº 1.842/RJ.**

Nesse sentido, é importante reforçar, nesta oportunidade, que o Estado exerce o papel de mero representante dos titulares do serviço, organizando e gerenciando a prestação do serviço.

Não é por outro fundamento que os ilustres pareceristas, de modo a evitar questionamentos jurídicos quanto à usurpação de competências exclusivas do poder concedente dos serviços e também manter a segurança jurídica quando da aplicação do edital, **novamente recomendam fazer constar uma cláusula geral que estabeleça que o edital e demais documentos do projeto, sempre que mencionarem o Estado do Rio de Janeiro, o indicam, salvo pontual ressalva expressa em sentido contrário, apenas como mero representante dos titulares dos serviços, em linha com os instrumentos de gestão associada.**

Em outros termos: assim como destacado quanto ao instrumento convocatório, o contrato também deve deixar claro que **o Estado é um mandatário das funções administrativas de organização e promoção da licitação, bem como da função de gestão contratual, o que deve ser destacado desde o preâmbulo e como cláusula geral.**

Ainda assim, para que se confira maior segurança jurídica ao projeto, também foi especialmente recomendado (em considerações as quais o Grupo de Trabalho se reporta na integralidade) que algumas cláusulas mais sensíveis do contrato, ao mencionarem o Estado, acrescentem ressalva do seu papel de representante dos titulares dos serviços.

Feitas considerações de ordem geral, passa-se ao tópico que analisará recomendações vinculadas a cláusulas contratuais específicas.

RECOMENDAÇÕES ESPECÍFICAS

Conforme já adiantado acima, o presente encaminhamento também apontará pontos sensíveis do Parecer Conjunto 01/2020 – ASA/ARCY/FAG/GUB, o que, insista-se, **não dispensa os órgãos técnicos envolvidos de um completo enfrentamento de todo o conteúdo da aludida manifestação**, que teve o claro objetivo de apresentar sugestões para incrementar a segurança jurídica da Minuta de Contrato de Concessão, e assim, contornar alguns dos possíveis riscos jurídicos envolvidos.

Todos os pontos a seguir serão destacados sem prejuízo das demais considerações veiculadas no Parecer Conjunto, às quais, na oportunidade, se reporta na integralidade.

Para fins didáticos, as considerações serão apresentadas, de forma objetiva, em itens específicos. Vejamos.

1. Na linha do sugerido no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, que analisou a minuta do Edital da Licitação, é necessário que seja **justificada a inviabilidade técnica ou econômica que torna a outorga de concessão em caráter de exclusividade**, bem como seja publicada a justificativa, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.987/1995.

Nesse ponto, destaca-se que a exclusividade é exceção, de forma que sua aplicação deverá ser fundamentada pelo Poder Público, **baseada na inviabilidade técnica e econômica**, quando da utilização da outorga de serviço público à concessionária com exclusividade, a fim de que se excepcione a regra. Portanto, deve ser esclarecido e fundamentado se há de fato caráter exclusivo.

2. No que **tange à operação assistida do sistema, chama a atenção as obrigações e encargos que a CEDAE assume sem, todavia, ser parte do contrato**. Como se sabe, os contratos, à luz do princípio da relatividade, apenas vinculam as partes contratantes. Assim, como regra, não é cogente a obrigação que duas pessoas pactuam acerca de terceiro estranho ao acordo firmado. Nesse sentido, para fins de segurança jurídica, recomenda-se que o contrato de concessão não atribua qualquer dever ou direito à CEDAE (ou a qualquer outro terceiro que dele não seja parte) mas, caso seja considerado pertinente para fins de determinar a sistemática da concessão, apenas faça menção ao CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, de que a CEDAE é parte e assume responsabilidades.

Uma alternativa possível para incremento da segurança jurídica é a possível inclusão no CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA de anuência expressa da Companhia com as previsões finais do contrato de concessão.

3. Também recomenda-se especial atenção quanto à disciplina contratual do **inventário de bens reversíveis**, em especial: (i) a necessária formulação de uma lista desses bens, preferencialmente anterior à licitação, de modo a evitar divergências e litigiosidade; (ii) no que tange ao papel da CEDAE, retoma-se a observação no sentido de que a estatal está assumindo obrigações em um contrato de que não é parte; (iii) fixação de balizas para eventual necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro em razão da **submissão da lista de bens reversíveis à AGENERSA**, observando-se, para tanto, as sugestões de redação apresentadas pelos pareceristas, que observam o que preceitua o art. 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

4. Quanto às **obras de aperfeiçoamento do sistema**, dois pontos merecem atenção: (i) que as etapas relacionadas à aprovação das obras envolvam a AGENERSA, o que implica rever todo tópico para que se exija o encaminhamento dos projetos, também, à Agência, o que se revela plenamente compatível com o papel de fiscalização da atividade; (ii) os efeitos positivos do silêncio administrativo (anuência tácita) quando da não solicitação pelo Estado de revisão do conteúdo dos projetos executivos (o que pode se dar no curto prazo de 30 dias), não eximindo a Concessionária de responsabilidade quanto aos erros e defeitos técnicos porventura verificados nos projetos e nas respectivas obras executadas.

O segundo ponto acima, revelador de assimetria em detrimento do Estado, foi enfrentado no Parecer 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, que analisou a juridicidade da proposta à luz da disciplina dos atos de liberação da Lei de Liberdade Econômica, concluindo, em primeiro lugar que o pedido inicial da concessionária seja dirigido ao verificador independente, que tem capacidade técnica para uma análise inicial para assessoramento do órgão decisório. Em segundo lugar que se fixe um prazo

razoável, compatível com a capacidade administrativa de apreciação de projetos executivos, para que se atribua o efeito de anuência tácita. Em terceiro lugar, que a não manifestação no prazo designado implique a imediata submissão do ato tácito de deferimento à instância superior, com o que se geram incentivos ao agente responsável para que se manifeste efetivamente (**eficácia translativa do silêncio administrativo**). Em quarto lugar, na linha do que acima foi apontado, que os projetos executivos, uma vez examinados conclusivamente pelo verificador independente, sejam dirigidos à AGENERSA, ou outro organismo estatal com capacidade e finalidades institucionais pertinentes à aprovação dos referidos projetos executivos. Em quinto lugar, que se atente para a ausência de disciplina da responsabilidade do Estado e da Concessionária no caso de anuência expressa ou, então, no caso de o Estado solicitar a revisão de um ponto e, quanto aos demais, não se pronunciar expressamente.

Recomendamos, portanto, sejam avaliadas as redações de cláusulas e subcláusulas apresentadas no Parecer nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

5. Na cláusula relacionada **aos loteamentos**, cumpre ressaltar, na linha do que foi afirmado quanto à CEDAE, que o contrato atribui responsabilidades a terceiros que dele não são parte. Assim, mostra-se recomendável **que sejam suprimidas quaisquer obrigações previstas aos loteadores que evidentemente não fazem parte deste complexo contratual**. Ademais, ainda no tópico do loteamento, algumas considerações adicionais devem ser apresentadas: (i) observância das competências constitucionais dos Municípios no campo de questões urbanísticas de interesse local; (ii) supressão de cláusula que imputa obrigação excessivamente onerosa ao Estado, que não é o ente competente para regulamentar e acompanhar os loteamentos com obras em andamento; (iii) impossibilidade de se atribuir à concessionária competências urbanísticas, sem base legal.

Além dos pontos acima, mais uma consideração relevante deve ser apresentada: é que o contrato estabelece que caso a Concessionária identifique irregularidades nas obras executadas pelos loteadores, poderá requerer a mitigação dos indicadores de desempenho e demais obrigações, até a incorporação ao sistema das redes de coleta e distribuição localizadas nos loteamentos.

Ocorre que trata-se de mais uma previsão assimétrica, porquanto **a mitigação de indicadores de desempenho não deveria se sujeitar a um critério discricionário exclusivo da própria concessionária**, uma vez que a obrigação é instrumental ao cumprimento de metas. É assim que o Parecer Conjunto adequadamente sugere que sejam definidas balizas específicas para os casos em que, mesmo com a existência de obras irregulares, a Concessionária deva assumir a operação das redes de coleta e distribuição localizadas nos loteamentos.

6. Relativamente às **metas de desempenho**, o Parecer Conjunto também traz considerações relevantes. É que **a minuta de contrato deverá ser adequada aos ditames da Lei nº 14.026/2020, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico, que conferiu inéditos contornos às metas de eficiência e universalização, conforme previsão dos arts. 11 e 11-B**. Assim, o Parecer Conjunto corretamente recomenda a adaptação do ajuste, a fim de permitir o cumprimento das metas estipuladas no citado diploma legislativo.

Acrescente-se, ainda, que o contrato deverá ser revisto para não admitir qualquer forma de isenção à concessionária quanto ao cumprimento das metas, sob pena de viabilizar uma

disponibilidade excessiva do interesse público e, sobretudo, uma violação dos mencionados arts. 11 e 11-B da Lei Federal nº 11.445/07.

No mais, recomenda-se que as instâncias técnicas avaliem, à luz do caderno de encargos, os impactos de providências e investimentos municipais eventualmente necessárias (por exemplo em drenagem e pavimentação) para as metas de universalização das intervenções em áreas irregulares urbanizadas e não urbanizadas.

Em outros termos, é relevante que se aprecie os efeitos (inclusive econômicos) de se condicionar o alcance das metas de universalização a providências dos Municípios diretamente afetados.

7. Sobre a **alteração do contrato** vale o registro de que o ajuste estipula que a Agência Reguladora não se manifestará nem prévia e nem posteriormente na maioria das alterações contratuais, salvo nos casos de reequilíbrio econômico-financeiro e demais hipóteses em que isso estiver expressamente previsto. Trata-se de previsão que, sob a acertada ótica dos nobres pareceristas, merece especial atenção, sobretudo se considerado que a Lei nº 14.026/2020 remete às regras de governança regulatória para as agências reguladoras locais, regionais e estaduais, o que naturalmente inclui decisões sobre a independência e autonomia do regulador; a forma como os processos regulatórios serão dados; a transparência e previsibilidade da tomada de decisão.

Em outros termos: **na esteira do Parecer Conjunto, deve ser valorizada a competência da Agência Reguladora estadual, favorecendo a ampla adoção de medidas de governança em um contrato altamente complexo**, sendo ela em princípio mais aparelhada técnica e organizacionalmente que a Administração Direta do Estado para tais finalidades setoriais.

8. Ponto especialmente relevante é o que trata do **equilíbrio econômico financeiro**, de modo que se buscará resumir as principais considerações veiculadas no Parecer Conjunto.

Em primeiro lugar, o alerta no sentido de que **as situações de equilíbrio não ocorrem de modo linear**, já que os contratos, sobretudo os de concessão, são complexos, relacionais, de natureza incompleta (já que não conseguem prever todos os riscos possíveis) e de longo prazo.

Nesse sentido, o pronunciamento registra que na definição da estrutura da minuta contratual deva se atentar para as dificuldades de se estabelecer um momento “T=0”, de forma a definir uma perspectiva que pode ensejar problemas de cunho econômico para ser alcançada, gerando potenciais inúmeras controvérsias. É assim que **se recomenda que a minuta contratual e seus anexos especifiquem como será perquirida a tangibilidade do equilíbrio contratual, sobretudo porque, a equação econômico-financeira inicial não deve ser uma noção de natureza abstrata como está atualmente previsto**.

Em segundo lugar, os pareceristas chamam a atenção para aspectos relacionados à **repartição de riscos**, tema em que **o Grupo de Trabalho, na linha do que ficou consignado nas recomendações gerais, chama a atenção para eventual fixação de assimetrias desproporcionais em benefício do concessionário**.

Nesse sentido, o Parecer Conjunto recomenda que **os riscos atribuídos às partes sejam disciplinados de forma mais específica, evitando cláusulas com termos abertos e dúbios e, ainda, que os riscos de hipóteses de caso fortuito e força maior, quando o montante desses ultrapassem**

o valor da apólice de seguro, sejam compartilhados entre as partes em decorrência do Parecer n. 07/2020 PGE/PG-17/JVSM, com adaptações consequentes também em outras cláusulas.

Em outros termos: em decorrência da mencionada orientação da PGE-RJ, que sugerimos seja considerada pelo órgão licitante, todas as cláusulas que imputam apenas Estado os riscos por força maior ou casos fortuitos devem ser reformuladas, a fim de favorecer um desejado equilíbrio contratual.

É na presente esteira que, em terceiro lugar, vale destacar que o Parecer Conjunto assenta de forma acertada que o **equilíbrio econômico-financeiro é uma garantia de mão dupla**, de modo que também deve ser previsto um procedimento que se refira às **hipóteses nas quais o reequilíbrio opere em favor do Estado**. Ademais, sem prejuízo de outras diversas considerações do Parecer Conjunto (que bem espelham a complexidade da matéria e às quais aqui se reporta), ainda cumpre destacar que se recomenda que o contrato veicule **(i) regras de divisão de ganhos de eficiência no decorrer da execução contratual; (ii) regras que condicionem a implementação da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, ao cumprimento das metas de universalização, conforme art. 11-B, da Lei Federal nº 11.445/07; e (iii) sejam incorporadas as metodologias previstas pelo TCU (Acórdão 2611/2020) para avaliação dos bens reversíveis não amortizados ou depreciados (valores de mercado atuais).**

9. Sobre o **regime sancionatório**, adota-se como premissa essencial para o desenvolvimento do tema, validamente assentada no Parecer Conjunto, a de que **o desenho das cláusulas de penalidades não é matéria de cunho exclusivamente jurídico**, devendo ser elaborada a partir dos elementos econômicos que criem os adequados incentivos visando ao cumprimento das obrigações contratuais. É nessa linha de raciocínio que reafirma-se aqui todas as conclusões deduzidas no Parecer Conjunto, com especial destaque para as que serão desenvolvidas nos próximos parágrafos.

Acrescenta-se, como premissa indispensável para o enfrentamento do tema, a já trabalhada necessidade de que **o contrato seja modelado em termos que não criem uma assimetria desproporcional a favor do concessionário**.

Dito isso, em primeiro lugar, há no Parecer Conjunto o reconhecimento de que a tipicidade das infrações e a correlação com as sanções se demonstra como providência que incrementa a segurança jurídica na aplicação das sanções, limitando a discricionariedade do Concedente.

Note-se, ademais, que o pronunciamento chama a atenção para necessidade de a cláusula de penalidade definir elementos essenciais da aplicação das sanções, o que demandará uma revisão do ajuste, nesse aspecto. Indispensável, por exemplo, que **(i) sejam explicitados os conceitos do que se compreende por circunstâncias agravantes, atenuantes e reincidência; (ii) o traço distintivo entre multa administrativa, moratória e compensatória, bem como as suas distintas hipóteses de cabimento; (iii) a previsão contratual de acordos substitutivos que permitam substituir multas por novos investimentos, estimulando a consensualidade em benefício do interesse público; (iv) hipóteses de cabimento da suspensão da participação em licitações e da declaração de inidoneidade**.

Importante, também, que se avalie a inserção **de percentuais para a dosimetria na aplicação das multas**, com limites mínimos e máximos, podendo incidir sobre o faturamento da Concessionária, de acordo com a boa prática dos setores regulados. Segundo o Parecer Conjunto, não há certeza, por exemplo, se o desenho contratual da aplicação das multas cria o *enforcement* e os incentivos necessários para o cumprimento das obrigações pela Concessionária.

É assim que os nobres pareceristas identificam se estar diante de um ponto que merece ser justificado no processo (ainda que genericamente), para que se **informe se os percentuais e valores das multas tiveram como pressuposto preocupações de *enforcement* e incentivos, evitando escolhas aleatórias, subjetivas e voluntaristas**, que não cumprem adequadamente o papel do Direito Administrativo Sancionador (também deve ser esclarecido, ainda, se o Anexo de indicadores de desempenho cumpre essa função e em que medida).

De resto, o Parecer Conjunto também enfatiza (com detalhamento incompatível com os limites da presente manifestação), para ampliar a segurança jurídica (e conseqüentemente reduzir potencial litigiosidade) a: (i) relevância de que sejam disciplinados, de forma específica, aspectos como os conceitos de circunstâncias agravantes, atenuantes e reincidência, pisos e tetos para as multas, a diferenciação para incidência das penalidades previstas, a previsão contratual de acordos substitutivos que permitam substituir multas por novos investimentos e hipóteses de cabimento da suspensão de licitar e da declaração de inidoneidade; (ii) o reconhecimento – com as alterações necessárias – de que a involuntariedade e a ausência de ganhos não necessariamente ilidem a gravidade da infração; (iii) a importância de que sejam explicitados os efeitos da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e da declaração de inidoneidade, conforme Parecer nº 98/18-FAG; (iv) seja delimitado de melhor forma o alcance do ressarcimento a ser pago para fins de reabilitação da Concessionária perante o Estado; (v) a inclusão de observância ao princípio da proporcionalidade na aplicação das penalidades; (vi) seja estabelecida disciplina mais clara e coerente em relação às diferenças entre as infrações leves, médias e graves; (viii) seja estabelecida disciplina mais clara e coerente em relação às diferenças entre as penalidades de advertência e multas; (ix) a alteração da redação de tipos infracionais e do sistema de cobrança das penalidades, de modo a torna-los mais compatíveis com o sistema de incentivos adequado para as finalidades públicas subjacentes ao Contrato; (x) abolição da vedação de que a sanção não possa ser cumulada com a redução tarifária por descumprimento de metas e indicadores; (xi) excluir o termo “escusável” do item 37.2.1; e (xii) a inclusão de disciplina contratual quanto à forma que as importâncias pecuniárias resultantes da aplicação das multas se reverterão ao Estado.

10. No campo dos **casos de extinção do contrato de concessão**, recomenda-se atenção quanto as considerações do Parecer Conjunto a respeito da posição ocupada pelo Estado do Rio de Janeiro no empreendimento, os procedimentos a serem adotados, as alterações formais nas cláusulas e subcláusulas e as consequências jurídicas e econômicas (hipóteses e critérios de indenização, por exemplo) do desfazimento do ajuste, notadamente quando destinadas à garantia da continuidade do serviço com os menores prejuízos para o interesse público envolvido.

11. O Parecer Conjunto também traz relevantes considerações no sentido de que seja estabelecida disciplina contratual expressa que esclareça a que **título os direitos de propriedade intelectual serão transmitidos ao Estado do Rio de Janeiro**, visto que este não é titular dos serviços e, ainda, que seja estipulada sanção no caso de descumprimento das regras sobre o uso da propriedade industrial cedida à Concessionária durante a execução do Contrato.

Acrescente-se a recomendação para que seja **observada a LGPD** que estabelece (i) uma série de direitos para os titulares dos dados pessoais, inclusive, o acesso às informações sobre o tratamento de seus dados e correção dos mesmos, direito de peticionar, entre outros, conforme dispõe o artigo 17 e seguintes, da Lei nº 13.709/2018; (ii) as hipóteses de responsabilização civil e administrativa dos

agentes de tratamento de dados; e (iii) boas práticas no tratamento de dados, previstas nos artigos 49 e seguintes, do referido diploma legal.

Feitos os apontamentos acima, o Grupo de Trabalho atesta o excelente trabalho feito no Parecer Conjunto nº 01/2020 – ASA/ARCY/FAG/GUB, no que reitera todas as demais conclusões e recomendações formalizadas no referido pronunciamento.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 02 de dezembro de 2020.

RAFAEL ROLIM DE MINTO
Subprocurador-Geral do Estado

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK
Procurador do Estado

THIAGO CARDOSO ARAÚJO
Procurador do Estado

NATHALIE CARVALHO GIORDANO MACEDO
Procuradora do Estado

VISTO

Visto. Aprovo o bem lançado Parecer Conjunto 01/2020 – ASA/ARCY/FAG/GUB de lavra dos i. Procuradores do Estado Alexandre Santos de Aragão, André Rodrigues Cyrino, Flávio Amaral Garcia e Gustavo Binenbojm, devidamente apreciado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020, por meio do qual analisada sob o ângulo estritamente jurídico, na forma do art. 38, p.u. da Lei nº 8.666/93, e a partir de consulta formulada pelo Exmo. Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, a minuta de contrato de Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro.

Assim como fiz relativamente ao Parecer Conjunto 01/2020 – ARCY/FAG, destaco o brilhantismo do pronunciamento que, de forma profunda e didática, sempre atento à relevância e complexidade do empreendimento, realizou minuciosa análise da minuta de contrato de concessão, vinculada a projeto fundamental para a tão esperada universalização do serviço de saneamento no Estado do Rio de Janeiro.

Na oportunidade, para evitar repetições desnecessárias, **permito-me reforçar as recomendações gerais apresentadas pelo Grupo de Trabalho, também sem prejuízo das relevantes recomendações específicas formuladas e de todos os demais pontos deduzidos no Parecer Conjunto nº 01/2020 - ASA/ARCY/FAG/GUB, com os quais manifesto a minha integral concordância.**

Em suma, ressalto, em especial:

(i) a necessidade de acompanhamento constante do projeto por órgãos estaduais competentes, que deverão não apenas tomar ciência mas, após a devida avaliação técnica, econômica e política, tomar decisões relativamente aos alertas, recomendações e condicionantes até aqui apresentados, não sendo possível, para tanto, a simples chancela dos trabalhos e relatórios fornecidos pelo BNDES;

(ii) a relevância de que a linguagem contratual deve ser objetiva, clara e sem formulações truncadas, considerado que aquilo que está escrito deve corresponder exatamente aos objetivos pretendidos, de modo que o ajuste também deverá ser analisado à luz de todos os demais instrumentos técnicos que compõem o empreendimento, que demandam tratamento sistemático, para evitar contradições e imperfeições indesejadas, sempre para assegurar a segurança jurídica das partes contratantes.

(iii) especial cuidado com medidas contratuais compensatórias de assimetrias decorrentes do regime de direito público, ponto que assume especial relevância no campo do equilíbrio econômico-financeiro e na fixação de prazos para atuação do Poder Público. Conforme bem exposto na manifestação do Grupo de Trabalho, um contrato que pretenda trazer medidas mitigadoras de verticalizações a favor do Estado não poderá, ao fim e ao cabo, estabelecer uma (também perversa) relação desproporcional a favor do concessionário.

(iv) Por fim, um alerta que já foi apresentado no Parecer Conjunto nº 01/2020 ARCY-FAG quanto à posição do Estado do Rio de Janeiro no empreendimento, observado o entendimento firmado pelo STF na ADI nº 1.842/RJ. Nesse sentido, é importante reforçar, mais uma vez, que o Estado

exerce o papel de mero representante dos titulares do serviço, organizando e gerenciando a prestação do serviço.

À Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, em prosseguimento.

BRUNO DUBEUX
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

ERRATA:

No Parecer Conjunto 11065951, onde se lê: Parecer Conjunto nº01/2020
ASA/ARCY/FAG/GUB SEI-140001/058793/2020, leia-se: Parecer Conjunto nº01/2020
ASA/ARCY/FAG/GUB - SEI-120207/000707/2020.

FLAVIO AMARAL GARCIA
Procurador-Chefe Da Procuradoria Administrativa

SEI-150001/008936/2021

Consulta. Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da Minuta de Contrato de Concessão do “Bloco 03”. Adequação jurídica da minuta do contrato. Precedente Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, que deste faz parte integrante em sua íntegra.

1 – A CONSULTA.

Esta Procuradoria Administrativa foi instada a se manifestar, nos autos do processo em epígrafe, após solicitação de exame jurídico, acerca do contrato de concessão que contém nova modelagem para a universalização dos serviços de captação, tratamento e abastecimento de água e captação, tratamento e destinação final de esgotos sanitários em 19 Municípios da Região Metropolitana, integrantes do que ficou conhecido como “Bloco 03”.

Cumprе esclarecer que esta Procuradoria já se manifestou, por meio do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, nos autos do processo SEI-140001/058793/2020, acerca da minuta de edital de concorrência internacional elaborada no âmbito do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, concebido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que abrangia os serviços a serem prestados nos Municípios localizados nos Blocos 01, 02, 03 e 04.

Tendo isso em vista, desde já, **remete-se às observações feitas no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, sobretudo no que tange às cláusulas do contrato ora analisado que sejam idênticas àquelas objeto de exame do parecer mencionado, ou seja, que não tenham sido alteradas de acordo com as recomendações realizadas na oportunidade.**

Destacamos inclusive que o fato de no presente Parecer estarem sendo, por razões de melhor sistematização, abordados especificamente alguns aspectos constantes daquele precedente, de forma alguma afastam a incorporação e reiteração, também neste momento, de todos os pontos dele constantes.

De toda sorte, em uma análise comparativa, consideradas as necessárias mudanças relativas à área da concessão (no contrato em tela, restrita ao Bloco 03), foram encontrados alguns pontos de dissonância entre ambos os instrumentos contratuais, os quais serão tratados no presente Parecer.

De igual forma, serão apontadas as cláusulas alteradas, suprimidas e adicionadas, com a elaboração dos comentários pertinentes.

Acrescenta-se que esta manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos constantes da versão da minuta de contrato de concessão inserida ao processo administrativo em epígrafe.

Além disso, na linha dos entendimentos consolidados na Promoção nº 02/2015 – FAG¹, a presente consulta não irá se imiscuir em qualquer aspecto de ordem técnica, econômica (incluindo

¹ “A segunda observação é que o quarto termo aditivo é fruto de processos e deliberações regulatórias da AGENERSA, cujos aspectos técnicos, econômicos, financeiros foram amplamente debatidos com todos os interessados, inclusive por meio de consultas e audiências públicas. Significa dizer que o quarto termo aditivo é a expressão/resultado de decisões regulatórias que já foram tomadas pela AGENERSA, após o percurso do devido processo regulatório, com a ampla

fórmulas matemáticas) inerente ao tema, pois não cabe à Procuradoria Geral do Estado avançar na análise de matérias dessa índole. Cabe-nos, portanto, apenas tecer considerações sobre a juridicidade da minuta ora a nós submetida (e, *a latere*, apenas quando diretamente implicados, os seus anexos).

Assim, o exame jurídico iniciará pela análise de cláusulas constantes na Minuta do Contrato de Concessão, sobre as quais serão feitos apontamentos e observações, de forma que serão elencadas sugestões acerca de aspectos jurídicos e formais.

2 – NOTA PRÉVIA SOBRE A ATIVIDADE DE CONSULTORIA JURÍDICA.

A luz do art. 176 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e do art. 2º da LCE nº 15/1980², a consultoria jurídica abrange – entre outras atribuições – a assessoria jurídica da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro no controle interno da legalidade de seus atos, o que inclui a recomendação de medidas jurídicas para aperfeiçoar a prática administrativa e proteger o interesse público.

As manifestações produzidas pela Procuradoria Geral do Estado, 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 sustentação³. Isso porque “*o parecer jurídico não reflete o exercício de competência decisória. O assessor jurídico não é investido de poder para determinar a prática ou a omissão de um ato administrativo. A competência decisória é reservada à autoridade administrativa*”.⁴

Naturalmente, esta Procuradoria especializada 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 Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto, 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.

3 – ANÁLISE DA VIABILIDADE JURÍDICA DA MINUTA DE CONTRATO DE CONCESSÃO.

participação de todos os interessados (Poder Concedente, concessionários, usuários, associações e demais integrantes da cadeia do gás). A regulação, como se sabe, consiste na ponderação de todos os interesses envolvidos, cabendo à Agência Reguladora equilibrar harmonicamente e de forma equidistante interesses que, não raro, se revelam antagônicos, com a finalidade maior de concretizar o atendimento do interesse público primário. (...) c-) afora as cláusulas terceira e quarta do referido termo aditivo, cujo embasamento jurídico foi aqui explicitado, o conteúdo das suas disposições envolve essencialmente o mérito de decisões regulatórias já tomadas pela AGENERSA, não cabendo à Procuradoria Geral do Estado, por faltar competência na matéria, se imiscuir ou avançar em qualquer consideração sobre o seu conteúdo.” Promoção nº 02/2015 – FAG.

² Dentre o rol de atribuições da LCE nº 15/1980, vale destacar as seguintes: “Art. 2º - A Procuradoria Geral do Estado tem autonomia administrativa e financeira, dispondo de dotação orçamentária própria. Suas atribuições são as previstas no art. 176 e parágrafos da Constituição do Estado, competindo-lhe: (...) IV - o exercício de funções de consultoria jurídica da administração direta, no plano superior, inclusive no que respeita às decisões das questões interadministrativas, bem como emitir pareceres, normativos ou não, para fixar a interpretação governamental de leis ou atos administrativos; (...) XII - opinar sobre providência de ordem jurídica aconselhadas pelo interesse público e pela aplicação das leis vigentes; (...) XIV - propor ao Governador, para os órgãos da administração direta ou indireta e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, medidas de caráter jurídico que visem a proteger-lhes o patrimônio, ou aperfeiçoar as práticas administrativas; (...) XIX - examinar as manifestações e expedientes de natureza jurídica dos órgãos autoriais ou locais do sistema jurídico do Estado, que lhes sejam submetidos através do Governador”

³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contração*, 1ª ed., São Paulo: NDJ, 2012. p. 138.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/1993*, 16ª ed., rev., atual e ampli., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 688.

O presente parecer fará sugestões para incrementar a segurança jurídica da Minuta de Contrato de Concessão, e assim, contornar alguns dos possíveis riscos jurídicos envolvidos. Embora sejam destacadas apenas algumas de suas cláusulas, acredita-se que algumas destas observações e recomendações sejam aplicáveis, naquilo que couber, a todo o contexto contratual.

Para além dos aspectos jurídicos que serão destacados abaixo, uma observação de caráter geral que pode ser feita é referente à redação das cláusulas. É necessário que a linguagem contratual seja objetiva, clara e sem formulações truncadas⁵. Para tanto, observa-se que aquilo que está escrito deve corresponder exatamente aos objetivos pretendidos.

Desta feita, a acuracidade consiste em mais do que apenas reproduzir textos legais, deve-se contextualizá-los de forma a consolidar plenamente o entendimento que será aplicado àquela questão com os objetivos de tornar o texto contratual direto, claro e preciso.⁶

Nesse sentido, destaca-se que a minuta em tela, quando comparada àquela analisada pelo Parecer Conjunto n° 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, restou aprimorada pelo acatamento de algumas das sugestões realizadas. Entretanto, há, ainda, cláusulas e subcláusulas não adaptas à boa redação contratual, que devem ser objeto de maior diligência. Como exemplificação, cita-se a subcláusula 25.1.1.

Outra observação que pode ser aplicada à generalidade da minuta analisada se dá no liame dos prazos estabelecidos. Para a fixação de prazos contratuais, deve-se aferir o período necessário para a realização completa e efetiva daquilo que se pretende. Dessa maneira, o lapso temporal deve ser adequado e razoável⁷ à ação que lhe é correspondente, sob pena de sucessivos descumprimentos e as eventuais consequências de medidas intempestivas, justamente como medida de razoabilidade, já que: “(...) o postulado da razoabilidade exige uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada.”⁸

⁵ KISCHELEWSI, Flávia Lubieska N. Cuidados na formulação de contratos. *Conjur*, 03.08.2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-ago-03/cuidados-redacao-contratos-incluem-texto-objetivo-preciso>> Acesso em 04.10.2021.

⁶ Sobre o tema: “Contratos em linguagem clara não é novidade. É um movimento que começou há muitos anos e, talvez surpreendentemente, avançou inicialmente no governo dos Estados Unidos. Em 1972, o presidente Nixon ordenou que “termos legais” fossem usados no Federal Register. Seis anos depois, o presidente Carter emitiu uma ordem executiva estipulando que os regulamentos governamentais deveriam ser “tão simples e claros quanto possível”. Em 1998, o governo Clinton deu um passo além, obrigando expressamente as agências federais a usar inglês simples. Nesse mesmo ano, a Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos publicou o *Plain English Handbook* (Manual do Inglês Simples) para os responsáveis pela redação de documentos de divulgação de informações de segurança. Ainda é usado hoje. Em 2010, o Congresso dos EUA passou e o presidente Obama assinou o Plain Writing Act (Ato pela Escrita Clara), com o propósito declarado de “promover comunicação clara do governo que o público possa entender e usar”. Como observou o administrador da Agência de Informação e Assuntos Regulatórios de Obama: “Linguagem clara pode fazer uma grande diferença”, pois gera economia de dinheiro e torna “muito mais fácil para as pessoas entender o que lhes é pedido”. A agência, que era responsável pela administração da lei, emitiu uma orientação que ainda está em vigor, sobre clareza na linguagem.” In: BURTON, Shawn. A vantagem de contratos com linguagem clara. *Harvard Business Review*, 01.03.2018. Disponível em: <https://hbrbr.com.br/contratos-com-linguagem-clara/> Acesso em 04.10.2021.

⁷ Nesse sentido, ressalta-se o seguinte entendimento: “Na substância do conceito de cláusula irrazoável está um parâmetro de conduta, o da razoabilidade. Standards constituem arquétipos exemplares da experiência social concreta que são chamados a atuar juridicamente, ou através de princípios ou através de cláusulas gerais, proporcionando ao intérprete um critério de aplicabilidade do conjunto normativo. Existe o princípio ou a cláusula geral, o intérprete é reenviado ao *standard*, o qual, por isso, não permite visualização *in abstracto*, sendo de dogmatização inviável. Se poderia afirmar que o padrão da razoabilidade constitui a tradução do ‘senso comum’, vale dizer, do que é tido, em certas circunstâncias, em certo momento e em certa comunidade (seja nacional, cultural, profissional ou outra) como racional, equilibrado, prudente ou sensato. Também é conceito para ser *concretizado*: sua aplicação se faz, como a do princípio da boa-fé objetiva, sempre à vista das circunstâncias concretas do caso e das finalidades da existência da própria relação contratual.” In: MARTINS-COSTA, Judith. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. *Revista de informação legislativa*, v. 32, n. 126, pp. 115-128, abr./jun. 1995, p. 123.

⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 145.

Tal como citado acima, houve algumas alterações conforme o entendimento esposado no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, sendo necessário, contudo, o aprimoramento de alguns prazos exíguos trazidos no bojo da minuta em espeque. A título de ilustração, citam-se as subcláusulas 25.4.3, 25.4.5 e 25.4.8.

Pois bem. Feitas essas breves recomendações de ordem geral, os tópicos abaixo serão destinados a tecer comentários e recomendações sobre Cláusulas contratuais dissonantes daquelas que já foram objeto de análise do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

Índice

Diferentemente do que consta no Contrato de Concessão dos demais blocos da CEDAE, não consta no índice da presente minuta a cláusula 12. Trata-se do “Coletor de Tempo Seco”, cuja redação transcreve-se:

12. COLETOR DE TEMPO SECO

Para a realização de investimentos nos serviços de esgotamento sanitário pela metodologia de construção de coletores de tempo seco nos 5 (cinco) primeiros anos da CONCESSÃO, de acordo com ANEXO IV – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSÃO, a CONCESSIONÁRIA deverá observar o seguinte:

A obrigação prevista na cláusula 0 deverá ocorrer apenas nos MUNICÍPIOS indicados no ANEXO IV – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSÃO;

Nos MUNICÍPIOS em que a CONCESSIONÁRIA se compromete a realizar investimentos em tempo seco, a obrigação da ampliação do sistema de esgotamento sanitário em seu território somente terá seu início após o prazo de 5 (cinco) anos do CONTRATO.

O planejamento, a execução e o acompanhamento dos investimentos em coletores de tempo seco deverá observar o disposto no ANEXO IV – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSÃO.

O anexo IV daquele contrato previa o seguinte:

Nas seguintes localidades se prevê a construção de coletores de tempos seco, a serem implantados nos 05 primeiros anos de concessão e operação a contento durante todo o período de concessão: Belford Roxo, Duque de Caxias, Mesquita, Nilópolis, Nova Iguaçu, Rio de Janeiro, Itaboraí e São Gonçalo e respectivos distritos.

Nesse sentido, considerando que há bairros do Município do Rio de Janeiro inseridos na AP-05, logo, na área desta concessão, sugere-se confirmar com o setor técnico competente a desnecessidade da referida cláusula.

Ademais, verifica-se que, em razão da inexistência do item 12, há erros materiais nas remissões a cláusulas e subcláusulas no decorrer do contrato e nos seus anexos por não terem sido atualizadas.

Identificamos os seguintes erros materiais nesta minuta, sem prejuízo de haver outros, e apresentamos as seguintes sugestões para correção, devendo o setor competente diligenciar para confirmá-las:

- Subcláusula 8.12.2: remissão deve ser corrigida para subcláusula 33.4;
- Subcláusula 12.19.3: remissão deve ser corrigida para cláusula 29;
- Subcláusula 13.7.2: remissão deve ser corrigida para subcláusula 13.7.1;
- Subcláusula 14.3: remissão deve ser corrigida para subcláusula 14.2.2;
- Subcláusula 15.2.3: remissão deve ser corrigida para subcláusula 15.1;
- Subcláusula 17.6.1: remissão deve ser corrigida para subcláusula 17.5;
- Subcláusula 17.8: remissão deve ser corrigida para subcláusula 17.2;
- Subcláusula 19.2.4: remissão deve ser corrigida para subcláusula 19.2.3;
- Subcláusula 19.4.1: remissão deve ser corrigida para subcláusula 19.4;
- Subcláusula 19.5: remissão deve ser corrigida para subcláusula 19.10;
- Subcláusula 19.11: remissão deve ser corrigida para subcláusula 19.10;
- Subcláusula 20.1.4: remissão deve ser corrigida para cláusulas 48 e 49;
- Subcláusula 20.2: remissão deve ser corrigida para cláusula 34;
- Subcláusula 20.3.1 remissão deve ser corrigida para subcláusula 20.3;
- Subcláusula 20.7.11: remissão deve ser corrigida para subcláusula 12.6;
- Subcláusula 22.1.1: remissão deve ser corrigida para subcláusula 22.2.4;
- Subcláusula 22.2.4: remissão deve ser corrigida para as subcláusulas 24.1.8 e 22.2.5, 23.2.8 e 26.9;
- Subcláusula 22.3: remissão deve ser corrigida para subcláusula 24.1.5;
- Subcláusula 4.1.4: remissão deve ser corrigida para cláusula 13;
- Subcláusula 4.1.8: remissão deve ser corrigida para subcláusula 22.2.4;
- Subcláusula 26.2: remissão deve ser corrigida para cláusula 28;
- Subcláusula 28.1: remissão deve ser corrigida para cláusula 25;
- Subcláusula 28.3: remissão deve ser corrigida para 28.1.2;
- Subcláusula 28.12: remissão deve ser corrigida para subcláusula 28.7;
- Subcláusula 29.3: remissão deve ser corrigida para cláusula 30;
- Subcláusula 29.4: remissão deve ser corrigida para subcláusula 29.2.3;
- Subcláusula 31.5: remissão deve ser corrigida para cláusula 34;
- Subcláusula 32.4.1: remissão deve ser corrigida para subcláusula 32.4;
- Subcláusula 32.4.1.1: remissão deve ser corrigida para subcláusula 32.4.1;
- Subcláusula 32.4.4: remissão deve ser corrigida para subcláusulas 32.4.1.2 e 35.1.2;
- Subcláusula 32.8: remissão deve ser corrigida para cláusula 34;
- Subcláusula 32.10: remissão deve ser corrigida para cláusula 34;
- Subcláusula 33.2.2: remissão deve ser corrigida para subcláusula 33.4.11;
- Subcláusula 33.2.7: remissão deve ser corrigida para subcláusula 33.4.25;
- Subcláusula 33.2.21: remissão deve ser corrigida para cláusula 12;
- Subcláusula 33.4.3: remissão deve ser corrigida para cláusula 21;
- Subcláusula 36.1.5: remissão deve ser corrigida para cláusula 41;
- Subcláusula 36.5: remissão deve ser corrigida para subcláusulas 37.9 e 37.13;
- Subcláusula 41.2.5: remissão deve ser corrigida para cláusula 41;
- Subcláusula 41.7: remissão deve ser corrigida para subcláusulas 38.5 e 38.6;
- Subcláusula 42.3: remissão deve ser corrigida para subcláusulas 38.5, 38.6, 40.2;
- Subcláusula 47.5: remissão deve ser corrigida para cláusula 27; e
- Subcláusula 56.1: remissão deve ser corrigida para subcláusula 49.

Cláusula 1 – DEFINIÇÕES

A cláusula 1 do Contrato de Concessão traz as definições dos termos que serão empregados ao longo do contrato.

Na subcláusula 1.1.4, há a definição de “área de concessão”, nos seguintes termos:

1.1.4. **ÁREA DA CONCESSÃO:** área urbana das sedes municipais e respectivos distritos urbanos integrantes do BLOCO 3, delimitada conforme o Anexo 04 do EDITAL e instrumentos de GESTÃO ASSOCIADA, onde os SERVIÇOS serão prestados pela CONCESSIONÁRIA, nos termos do presente CONTRATO. A área urbana a ser considerada abrange toda a macrozona urbana, conforme delimitada nos Planos Diretores de cada MUNICÍPIO e, na ausência deste plano, no definido pela legislação municipal ou, por último, pelo IBGE.

A definição da área de concessão, embora mais ampla, ainda se limita a incluir na área de concessão as áreas urbanizadas. Sobre o ponto, reitera-se a sugestão do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, no sentido de que o conceito de área de concessão se torne mais flexível:

Sobre o tema, o escritório Vernalha Guimarães & Pereira Advogados, em nota técnica referente ao projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto da CEDAE editada em 23/10/2020, informou que: “Outros dois pontos relevantes do contrato foram a redefinição das áreas irregulares, para limitação do investimento àquelas não urbanizadas e, uma vez urbanizadas, sua inclusão na área da concessão, com subsequente necessidade de atendimento das metas e indicadores contratuais”.

Nesse sentido, apesar de o setor técnico sugerir que só sejam incluídas na área de concessão áreas urbanizadas – solução que está no âmbito da discricionariedade do administrador –, remete-se, aqui, à mesma recomendação feita no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG. Sugere-se que o gestor considere deixar o conceito de área de concessão mais flexível, já que, futuramente, pode-se entender pela necessidade de inclusão de áreas rurais. A redação como está impediria essa inclusão – ou, ao menos, pode gerar um contencioso com a concessionária que não desejar cobrir tais áreas.

Ainda que inicialmente a concessão seja realizada apenas para áreas urbanas, há previsão, tanto no edital (item 36.6) como no contrato (subcláusula 33.3) da possibilidade de eventual extensão. Como já mencionado no Parecer conjunto 01/2020 FAG-ARCY, o ponto merece atenção do gestor, para que se evite contencioso futuro com a concessionária, que pode não desejar cobrir novas áreas, a despeito do eventual interesse público. Além disso, há áreas que podem, eventualmente, no futuro, se tornar urbanas, criando-se dúvida para saber se elas passam a integrar a concessão. Assim, considerando possíveis mudanças futuras, sugere-se adaptação da minuta, em harmonia ao que se decidir quanto ao edital. Isso demandará, naturalmente, ajustes a outras cláusulas, como a Cl. 11.

Vale destacar que a minuta do contrato objeto deste Parecer também prevê a possibilidade de extensão da área da concessão na subcláusula 32.4:

32.4. As PARTES desde já reconhecem a possibilidade de expansão da ÁREA DA CONCESSÃO para contemplar a concessão pré-existente do esgotamento sanitário da AP-5 e a Parceria Público-Privada do esgotamento sanitário de Rio das Ostras, com a extensão dos respectivos SERVIÇOS objeto deste CONTRATO à área adicionada, a partir do encerramento do referido contrato de concessão.

A subcláusula 1.1.22. traz a definição de Contrato:

1.1.22. CONTRATO: presente instrumento jurídico e seus ANEXOS, celebrado entre o ESTADO e a CONCESSIONÁRIA, com interveniência anuência da AGÊNCIA REGULADORA”

Embora não tenha sido alterada, diante da possibilidade de ocasionar interpretações equivocadas, entendeu-se necessário trazer à luz essa questão. Remete-se aqui às observações feitas no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG e também no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB quanto à necessidade de aclarar nas cláusulas contratuais **o papel do Estado na concessão: mero representante dos titulares dos serviços, e não de Poder Concedente.**

Reitera-se que, embora tenha sido informado pelo BNDES que, uma vez constante na definição de “Estado” o seu papel de representação (previsão constante na subcláusula 1.1.31 do Contrato de Concessão), não seria necessário fazer essa ressalva ao longo do documento, **recomenda-se que as cláusulas do edital, ao mencionarem o Estado, acrescentem ressalva do seu papel de representante dos titulares dos serviços.**

Sugere-se, como uma das alternativas possíveis, fazer constar uma cláusula que estabeleça que o edital e demais documentos do projeto, sempre que mencionarem o Estado do Rio de Janeiro, o indique, apenas, como regra, como mero representante dos titulares dos serviços. Isto é: o Estado é um *delegatário das funções administrativas de organização e promoção dessa licitação, bem como da função de gestão contratual*, o que deve ser destacado desde o preâmbulo e como cláusula geral.

Em que pese tal sugestão ter sido apresentada naquela oportunidade, verifica-se que várias cláusulas mantêm o mesmo problema, citando-se, à título de exemplo, as cláusulas 16, 24, 32 etc.

Destaca-se que as cláusulas 1.1.2, 1.1.12, 1.1.13 e 1.1.18, 1.1.40 e 1.1.67 foram alteradas e as 1.1.19, 1.1.20, 1.1.60 foram adicionadas, tudo conforme sugestão esposada no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

Esmiuçando o acima afirmado:

A cláusula 1.1.2⁹ deixou de prever, na definição de agência reguladora, a ANA (Agência Nacional de Águas). Dessa forma, considerando a existência de cláusulas contratuais em que não há especificação sobre qual a agência reguladora mencionada, a previsão apenas da AGENERSA tem o condão de impedir interpretações equivocadas e dar mais segurança jurídica aos atores contratuais.

⁹ 1.1.2. AGÊNCIA REGULADORA: Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), criada pela Lei estadual nº 4.556/2005, com competência para regular, controlar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, ou outro órgão ou entidade reguladora estadual que venha a substituí-la nas atribuições de regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

A cláusula 1.1.12¹⁰, que trata do certificador independente, passou a prever que a pessoa jurídica responsável deverá possuir suficiente capacitação e isenção para a execução das atribuições e que não poderá haver vínculo de qualquer natureza com a concessionária ou empresas do grupo econômico dela, o que poderia comprometer a independência e isenção. Dessa forma, tal como sugestionado no parecer conjunto anterior, a alteração evita questionamentos sobre a neutralidade do certificador.

À cláusula 1.1.13¹¹, que versa sobre o Comitê de Monitoramento, foram adicionadas as seguintes atribuições: “propor melhorias, contribuir na definição de diretrizes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços, eventualmente considerando as normas de referência emitidas pelo órgão regulador competente, receber e analisar as críticas, sugestões e reclamações de usuários”. Verifica-se que a modificação atende a sugestão do parecer conjunto anterior e atende aos artigos 11, § 2º, inciso V e 47 da Lei federal nº 11.445/07, aumentando o exercício do controle social sobre a exploração dos serviços públicos a serem concedidos.

A cláusula 1.1.18¹², que trata do Conselho de Titulares, passou a prever o Estado e a Agência Reguladora, deixando o papel deles de coordenadores e integradores das relações entre os titulares dos serviços públicos concedidos e a concessionária.

A cláusula 1.1.40¹³ passou a definir “loteamentos”, onde anteriormente definia-se loteadores. Essa alteração é consentânea com o restante do instrumento contratual, porque em seu corpo há menções aos loteamentos, sendo certo, ainda, que, conforme tratado nos comentários sobre a cláusula 13, a definição de obrigações a terceiros (loteadores) não anuentes neste contrato não possui base legal.

A cláusula 1.1.67¹⁴, que define termo de reversão de sistema, foi alterada conforme sugestão do parecer conjunto anterior, passando a definir o Estado como representante dos titulares dos serviços. Consoante já mencionado, essa alteração reforça a inexistência de papel do ERJ como parte no contrato.

As cláusulas 1.1.19, 1.1.20 e 1.1.60¹⁵ trazem disposições não analisadas no parecer conjunto anterior. A primeira traz a definição do “Conselho do Sistema de Fornecimento de Água”, órgão

¹⁰ 1.1.12.CERTIFICADOR INDEPENDENTE: pessoa jurídica responsável, dentre outras obrigações, pela aferição do cumprimento dos investimentos decorrentes do PLANO DE AÇÃO nas ÁREAS IRREGULARES NÃO URBANIZADAS, a ser contratado pela AGÊNCIA REGULADORA, nos termos do ANEXO V – DISPOSIÇÕES PARA A CONTRATAÇÃO DE VERIFICADOR E CERTIFICADOR INDEPENDENTE, e que possua suficiente capacitação e isenção para a execução das atribuições que lhe forem afetadas e não tenha vínculo de qualquer natureza com a CONCESSIONÁRIA ou com empresas de seu grupo econômico que possa comprometer a sua independência e isenção.

¹¹ 1.1.13. COMITÊ DE MONITORAMENTO: órgão colegiado que tem a finalidade de acompanhar a execução dos contratos de delegação da prestação dos serviços de saneamento básico pela CONCESSIONÁRIA, pelas concessionárias das demais concessões, oriundas da Concorrência Internacional nº 01/2020, e pela CEDAE, propor melhorias, contribuir na definição de diretrizes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços, eventualmente considerando as normas de referência emitidas pelo órgão regulador competente, receber e analisar as críticas, sugestões e reclamações de usuários, de forma a proporcionar transparência nas informações quanto aos benefícios socioambientais e efetuar o controle social da prestação dos serviços, cujas diretrizes para o seu funcionamento constam do ANEXO XII – COMITÊ DE MONITORAMENTO.

¹² 1.1.18. CONSELHO DE TITULARES: órgão colegiado instituído com a finalidade de coordenar e integrar as relações entre os titulares da PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário da ÁREA DA CONCESSÃO, o ESTADO e a AGÊNCIA REGULADORA, visando a assegurar a participação consultiva dos titulares em decisões atinentes à execução do CONTRATO, nos termos do ANEXO IX - CONSELHO DE TITULARES e das cláusulas do presente instrumento.

¹³ Na minuta analisada pelo parecer conjunto anterior, essa cláusula correspondia a 1.1.38.

1.1.40. LOTEAMENTOS: empreendimentos cujos responsáveis devem obter as aprovações junto às autoridades públicas para a realização de loteamentos e desmembramentos em imóveis, responsabilizando-se também pela implantação de infraestrutura de saneamento nos referidos imóveis, nos termos da legislação e deste CONTRATO.

¹⁴ 1.1.67. TERMO DE REVERSÃO DO SISTEMA: documento formal de aceite e recebimento do SISTEMA pelo ESTADO, na qualidade de representante dos titulares dos SERVIÇOS, após a reversão dos BENS REVERSÍVEIS.

¹⁵ 1.1.19. CONSELHO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA: órgão composto por representantes da CONCESSIONÁRIA e das concessionárias das demais concessões, oriundas da Concorrência Internacional nº 01/2020,

formado por representantes da concessionária que se sagrará vencedora nesta licitação, das demais concessionárias oriundas da concorrência internacional nº 01/2020, do Instituto Rio Metrópole, da CEDAE, do Estado e da Agência Reguladora. Esse conselho está previsto no capítulo IV do anexo X deste contrato. Embora presente no referido anexo, a sua definição no bojo do contrato de concessão é salutar, pois dá ampla publicidade à existência de órgão onde será realizada a interlocução entre os agentes citados sobre as necessárias intervenções para a melhoria do Sistema de Fornecimento de Água.

A segunda dispõe sobre a “conta centralizadora”. Novamente, embora presente no anexo XI desse contrato, a sua definição nesta minuta é interessante, considerando a publicidade decorrente.

Por fim, a terceira traz a definição de “Regramento do Sistema de Fornecimento de Água”. Diante da recorrência do termo em outras oportunidades no decorrer do contrato, optou-se por definir o inteiro teor do anexo X, cujo título confunde-se o excerto que ora se definiu. Entretanto, a leitura do inteiro teor do referido anexo permite concluir que, embora a definição trazida na subcláusula 1.1.60 seja um resumo, é necessário seja ressalvada que o conceito em tela não prescinde da análise sistemática da integralidade do anexo.

Cláusula 4 – ANEXOS

Em relação à minuta analisada pelo Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, visualiza-se que os anexos X e XIV tiveram seus nomes alterados, sem qualquer prejuízo ao entendimento, restando as alterações no âmbito de discricionariedade do gestor.

De: ANEXO X – DISPOSIÇÕES SOBRE A GOVERNANÇA ENTRE BLOCOS DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA.

Para: ANEXO X – REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA

De: ANEXO XIV - ESTUDO DE VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA REFERENCIAL – EVTE

Para: ANEXO XIV - DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS DO ESTUDO DE VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA REFERENCIAL – EVTE

Cláusula 5 – OBJETO DA CONCESSÃO

Conforme sugestionado no parecer conjunto mencionado e já presente na minuta final do contrato referente à concorrência internacional nº 01/2020, a subcláusula 5.1 ressalta o caráter exclusivo da concessão. Essa alteração era necessária, tendo em vista o caráter excepcional de outorga em exclusividade. Tendo em vista ser exceção, a expressa previsão impede a existência de qualquer questionamento.

Destaca-se, ainda, a subcláusula 5.2, a qual se adaptou à realização prévia do leilão referente aos blocos 01, 02 e 04. Tal previsão é salutar, tendo em vista ter o condão de resguardar a boa-fé contratual, tornando explícita a inter-relação entre a concessionária relativa a esse contrato e aquelas

associadas a cada um dos BLOCOS que compõem a prestação regionalizada do saneamento no ESTADO, do INSTITUTO RIO METRÓPOLE, da CEDAE, do ESTADO e da AGÊNCIA REGULADORA, cuja atribuição será propiciar a interlocução e a interação entre todas as partes integrantes do Sistema de Fornecimento de Água, com vistas a promover ações e medidas convenientes ou necessárias à melhoria desse sistema, assim como a produzir deliberações, observados os limites estabelecidos no ANEXO X - REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA;

que lograram êxito anteriormente na concorrência internacional citada. A título de ilustração, colaciona-se o teor dela:

A CONCESSIONÁRIA declara ter ciência das concessões de serviços de água e esgotamento sanitário vigentes e pré-existentes à assinatura deste CONTRATO, cujo objeto é a prestação destes serviços dentro de áreas urbanas dos MUNICÍPIOS, ainda que fora da ÁREA DA CONCESSÃO, as quais não serão alteradas em face do advento da CONCESSÃO e do CONTRATO, bem como da interface existente entre a CONCESSIONÁRIAS e as demais concessionárias dos BLOCOS 1, 2 e 4, reguladas especialmente pelo REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA e pelo COMITÊ DE MONITORAMENTO. (trecho adicionado em destaque)

Também deve ser reiterado que deveriam constar como objeto do contrato e como obrigações da concessionária a prestação dos serviços de saneamento também nas áreas irregulares. Com efeito, o máximo valor hermenêutico do novo marco regulatório do saneamento é a sua universalização e os maiores desafios para tanto são justamente as áreas irregulares. Excluir as **áreas irregulares de qualquer natureza** do objeto contratual e das obrigações da concessionária, muito provavelmente tornará a universalização efetiva dos serviços mera quimera.

Cláusula 6 – VALOR ESTIMADO DO CONTRATO

Essa cláusula versa sobre o valor estimado do contrato de concessão em análise, porém inexistente a indicação de qualquer quantia. Dessa forma, é necessário que o setor técnico diligencie seu preenchimento ou para sua definição, caso isto não tenha sido realizado anteriormente.

Além disso, destaca-se que a subcláusula 6.1¹⁶ passou a excluir, do período da vigência do contrato para fins de somatório das receitas estimadas, o período de operação assistida do sistema. Essa alteração encontra consonância com a subcláusula 8.7 da presente minuta, uma vez que dispõe que as receitas auferidas nesse intervalo pertencerão exclusivamente à CEDAE. Mostra-se, portanto, útil, uma vez que antecipa e sana possíveis discussões administrativas ou, mesmo, judiciais, sobre inclusão ou não dessas receitas no valor do contrato.

Cláusula 7 – VIGÊNCIA DA CONCESSÃO

Alterou-se, apenas, a cláusula 7.2¹⁷, conforme sugestão do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB para substituir a expressão “prorrogado” pela palavra “estendido”.

Essa alteração decorre da necessidade de precisão técnica, uma vez que o termo estendido envolve, obrigatoriamente, o objetivo de reequilibrar o sinalagma original, diante de novos investimentos impostos à concessionária.

¹⁶ 6.1. O valor do presente CONTRATO, para todos os fins e efeitos de direito, é de R\$ [●] ([●]), correspondente ao valor presente do somatório das receitas de TARIFAS estimadas para toda a vigência do CONTRATO, excluindo-se o período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, o qual será reajustado a partir dos mesmos índices aplicados no reajuste das TARIFAS.

¹⁷ 7.2. O prazo de vigência deste CONTRATO, previsto na subcláusula 7.1, somente poderá ser estendido guardando direta relação com o motivo que o justifica e sendo verificado, em cada caso, se o objeto original do CONTRATO não fora desfigurado, vedada a prorrogação discricionária da CONCESSÃO.

Cláusula 8 – OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA

Houve alteração nas cláusulas 8.2 e 8.4¹⁸, porém se trata de mera modificação redacional. Buscou-se aclarar a responsabilidade do Estado pela adequada prestação de informações pela CEDAE durante a operação assistida do sistema; e pela constituição do Comitê de Transição.

Por sua vez, os itens 8.5 e 8.14¹⁹ foram alterados conforme orientação do já citado parecer, retirando as obrigações impostas à CEDAE, uma vez que, conforme o princípio da relatividade contratual, não se mostra possível a imposição de deveres a quem não contratou. Destaca-se que a CEDAE é parte no contrato de produção de água.

Além disso, à cláusula 8.9²⁰ foi adicionada uma remissão à cláusula 8.5, o que imprimiu mais segurança e previsibilidade.

No mais, reiteram-se as sugestões apresentadas por ocasião do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, mormente no que toca à necessidade de padronização entre as disposições constantes nessa cláusula e aquelas dispostas no CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA. Isso porque, considerando que a CEDAE não é parte no presente contrato, eventuais obrigações a ela impostas, sem correspondência no instrumento em que figura como parte contratante, não poderiam ser exigidas.

Além disso, mostra-se importante que as cláusulas presentes no CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA sejam expressamente inseridas no bojo do instrumento contratual em análise com o fito de imprimir maior segurança e transparência.

¹⁸ 8.2. O ESTADO se responsabilizará, durante o período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, pela adequada prestação de informações pela CEDAE com vistas a garantir o fluxo de informações necessário para que a CONCESSIONÁRIA inicie a OPERAÇÃO DO SISTEMA.

8.4. Em até 7 (sete) dias úteis após a celebração do CONTRATO, o ESTADO constituirá COMITÊ DE TRANSIÇÃO, obedecidos os critérios estabelecidos na subcláusula 51.2.

¹⁹ 8.5. Durante o período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, o ESTADO compromete-se a assegurar, nos termos da cláusula 8 do CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, o cumprimento das seguintes obrigações pela CEDAE: 8.5.1. Franquear à CONCESSIONÁRIA livre acesso às informações necessárias acerca do SISTEMA e de todos os SERVIÇOS, incluindo, mas não se limitando, a:

8.5.1.1. Registros da prestação dos SERVIÇOS e quaisquer outras atividades eventualmente prestadas, relativos aos 5 (cinco) anos anteriores; 8.5.1.2. Arquivos técnicos, cadastros, plantas, desenhos e demais documentos e informações acerca das instalações integrantes do SISTEMA existente que serão operados pela CONCESSIONÁRIA; 8.5.1.3. Licenças ambientais em vigor e demais documentos relativos ao cumprimento da legislação ambiental, inclusive quanto a procedimentos de eventual licenciamento ambiental em curso; 8.5.1.4. Registros imobiliários dos BENS REVERSÍVEIS imóveis. 8.5.2. Disponibilizar, em favor da CONCESSIONÁRIA, quaisquer outras informações relevantes ao planejamento e à adoção das providências necessárias à adequada transferência do SISTEMA existente e de todos os SERVIÇOS; 8.5.3. Franquear à CONCESSIONÁRIA o livre e desimpedido acesso aos bens do SISTEMA existente. 8.5.4. Franquear à CONCESSIONÁRIA, durante o período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA e pelo período de até 90 (noventa) dias após o término da OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, livre acesso a todas e quaisquer informações, de forma completa e integral, do sistema(s) informatizado(s) de cadastro, sistema de gestão comercial, banco de dados, cobrança, leitura, emissão, corte, religação, inadimplência, recebimento e controle dos SERVIÇOS e quaisquer outros serviços prestados pela CEDAE na ÁREA DA CONCESSÃO, mediante a disponibilização de senhas, códigos-fonte e demais permissões de acesso aos funcionários da CONCESSIONÁRIA designados para tal fim, bem como ao menos um terminal específico para acesso ao sistema de gestão comercial na sede da CONCESSIONÁRIA. 8.5.5. Disponibilizar, em favor da CONCESSIONÁRIA, no edifício sede da CEDAE, infraestrutura física para que as equipes da CONCESSIONÁRIA, encarregadas da transição dos SERVIÇOS, possam realizar as atividades necessárias à assunção dos SERVIÇOS. 8.5.6. Disponibilizar informação acerca de suas obrigações no âmbito dos contratos de interdependências existentes que serão assumidos pela CONCESSIONÁRIA.

8.14. Encerrada a vigência da prorrogação da OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, nos termos da subcláusula 8.12, sem que os óbices ao início da OPERAÇÃO DO SISTEMA tenham sido superados ou eliminados, poderá a CONCESSIONÁRIA rescindir o CONTRATO, na forma da Cláusula 43.1 e do art. 39, da Lei federal nº 8.987/1995.

²⁰ 8.9. Ao final do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA e atendidas as obrigações prévias, listadas na Cláusula 8.5, a CEDAE e as PARTES celebrarão o TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA, por meio do qual se procederá à transferência da OPERAÇÃO DO SISTEMA à CONCESSIONÁRIA.

Cláusula 9 – INVENTÁRIO DOS BENS REVERSÍVEIS À CONCESSÃO

A presente minuta deixou de prever qualquer remissão à existência de uma lista prévia de bens reversíveis, tal como era citado o “Anexo 6 do Edital”²¹ na minuta analisada pelo parecer conjunto. Dessa forma, reitera-se aqui a necessidade da formulação de uma lista prévia desses bens, preferencialmente anterior à licitação, de modo a evitar divergências.

Na minuta analisada pelo multicitado parecer, a subcláusula 9.7 possuía a seguinte redação: “*A não aprovação do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS pela AGÊNCIA REGULADORA deverá ser devidamente justificada e poderá ensejar reequilíbrio econômico-financeiro em favor da CONCESSIONÁRIA*”.

Na oportunidade, sugeriu-se que fosse retirada a possibilidade de que a não aprovação ensejasse o reequilíbrio econômico-financeiro em favor da concessionária. Ocorre que na presente minuta não há qualquer previsão semelhante. É notório que todo ato administrativo com conteúdo decisório deve ser devidamente fundamentado, conforme dispõe implicitamente a Constituição Federal e explicitamente o art. 48 da Lei estadual nº 5.427/09.

Assim, sugere-se que as subcláusulas 9.7 e 9.7.1 tenham a seguinte redação final:

9.7 A não aprovação do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS pela AGÊNCIA REGULADORA deverá ser devidamente justificada.

9.7.1 A inércia do ESTADO ou da AGÊNCIA REGULADORA quanto à aprovação ou deliberação acerca do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS, ou sua não-aprovação imotivada, que atrase o início da OPERAÇÃO DO SISTEMA ou que acarrete prejuízos à CONCESSIONÁRIA poderá ensejar reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO a favor da CONCESSIONÁRIA, desde que efetivamente demonstrados e comprovados os prejuízos diretos decorrentes.

Cláusula 10 – BENS VINCULADOS

As cláusulas 10.6²² e 10.8²³ foram alteradas conforme sugestões do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB. Nesse sentido, a primeira passou a prever a necessidade de prévia autorização da agência reguladora para que a concessionária desative ou aliene bens móveis e equipamentos relativos aos bens vinculados que se tornem desnecessários à operação do sistema. Assim, ressaltou-se o poder fiscalizatório da agência reguladora necessário à prestação de qualidade do serviço público concedido.

Já a segunda reforçou o papel do Estado como representante dos titulares do serviço concedido, o que não se verificava na oportunidade do primeiro parecer conjunto.

Cláusula 12 – OBRAS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA

Houve a inclusão da subcláusula 13.13.1 com a seguinte redação:

²¹ Naquela oportunidade, asseverou-se a inexistência de anexo 6 no Edital.

²² 10.6. A CONCESSIONÁRIA somente poderá desativar e/ou alienar bens móveis e equipamentos referentes aos BENS VINCULADOS que deixem de ser necessários à OPERAÇÃO DO SISTEMA, cabendo-lhe, previamente, proceder à sua imediata substituição por outros em condições de operacionalidade e funcionamento semelhantes, com prévia autorização da AGÊNCIA REGULADORA.

²³ 10.8. As instalações de BENS REVERSÍVEIS que forem desativadas pela CONCESSIONÁRIA serão revertidas aos titulares dos SERVIÇOS por intermédio do ESTADO, que, na qualidade de representante dos titulares dos SERVIÇOS, tomará as medidas necessárias, para em nome dos titulares, garantir a continuidade da prestação do serviço público, por meio de TERMO DE REVERSÃO.

A solicitação pelo ESTADO de revisão do conteúdo do projeto ou de parcelas deste, quando se verificar erro técnico ou desatendimento às disposições do ESTADO, do CONTRATO ou de seus ANEXOS, não será objeto de revisão extraordinária do CONTRATO.

O teor dessa cláusula mostra-se importante para assegurar a segurança jurídica do contrato, pois prevê, expressamente, a impossibilidade de que a concessionária pleiteie a revisão extraordinária do contrato quando existente erro técnico ou desatendimento às disposições do Estado ou contratuais relativos às obras de aperfeiçoamento do sistema.

Além disso, conforme sugestão do parecer conjunto anterior, foi inserida a subcláusula 12.14.1, dispondo sobre a necessidade de manifestação da autoridade administrativa superior para avaliação do ato de anuência tácita. Nesse sentido, o citado mencionava que: “[...] recomenda-se que a não manifestação no prazo designado implique a imediata submissão do ato tácito de deferimento à instância superior, com o que se geram incentivos ao agente responsável para que se manifeste efetivamente. Trata-se do que a literatura designou de eficácia translativa do silêncio administrativo”.

A cláusula 12.19.3²⁴ incorporou alteração realizada na ocasião da minuta final do contrato licitado na concorrência internacional nº 01/2020, prevendo que a concessionária, ao incorporar ao sistema obras realizadas pelo Estado ou Municípios, deverá indenizar o ente público que realizou o investimento. Essa medida é consentânea com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

No mais, reiteram-se as sugestões lançadas no parecer conjunto mencionado e que não tenham sido acatadas.

Cláusula 13 – LOTEAMENTO

Quando comparada à versão analisada pelo Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, houve apenas a alteração proposta para a cláusula 13.6, a qual passou a ter a seguinte redação:

13.6. A CONCESSIONÁRIA poderá estabelecer padrões construtivos mínimos, a serem observados pelos loteadores para LOTEAMENTOS autorizados após a celebração do presente CONTRATO, *respeitada as normas e competências municipais sobre o assunto.*

Essa modificação atende à necessidade de salvaguarda das normas legais do ente federativo constitucionalmente competente para legislar sobre interesse local, não cabendo à concessionária estabelecer regramentos dissonantes.

Considerando a não observância das demais sugestões lançadas naquela oportunidade, transcreve-se o seguinte excerto do referido parecer, sem prescindir da fundamentação lançada no seu corpo:

²⁴ 12.19.3. Quando da incorporação ao SISTEMA de obras executadas pelo ESTADO e/ou pelo MUNICÍPIO, a AGÊNCIA REGULADORA deverá promover o reequilíbrio do CONTRATO no âmbito da revisão ordinária prevista na cláusula 30, considerando a necessidade de indenizar o ente público que realizou o investimento.

Em relação à Cláusula 14, recomenda-se, em relação a competências urbanas, que (i) sejam suprimidas quaisquer obrigações previstas a terceiros que não fazem parte deste complexo contratual; (ii) seja o contrato reanalisado à luz das competências constitucionais atribuídas aos Municípios²⁵; (iii) a supressão da subcláusula 14.2.1; e (iv) a reanálise das subcláusulas 14.6 e 14.7, ante a aparente atribuição de competências urbanísticas à Concessionária; em relação a loteamentos irregulares, (iv) seja analisada e formulada disciplina quanto aos loteamentos irregulares, visando, principalmente que estes não comprometam o cumprimento das metas legais de universalização, não podendo, portanto, ficar excluídos das obrigações da concessionária; e, em relação a obras irregulares nos loteamentos, que (v) sejam definidas balizas específicas para os casos em que, mesmo com a existência de obras irregulares, a Concessionária deva assumir a operação das redes de coleta e distribuição localizadas nos loteamentos, à luz da subcláusula 14.7.2;

Cláusula 14 – DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS À CONCESSIONÁRIA

A Cláusula 14 do Contrato de Concessão traz a disciplina quanto às disposições aplicáveis à concessionária.

O art. 37, XXI, da Constituição, ao impor a licitação como regra antecedente à celebração dos contratos públicos, determina que serão permitidas, nos respectivos editais, somente “*as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”.

Tendo isso em vista, as regras do edital objeto de análise deverão ser orientadas de modo a se garantir a maior competitividade possível, com ampliação do universo de licitantes, sem deixar de exigir, ao mesmo tempo, a comprovação da capacidade do futuro contratado em realizar todos os investimentos necessários ao cumprimento das metas do contrato.

Com efeito, o princípio da competitividade constitui elemento nuclear de toda e qualquer licitação pública²⁶. Pode-se dizer que aumentar o número de potenciais interessados é dever ínsito a qualquer gestor público responsável por modelar uma licitação, designadamente quando se trata de licitação no campo da infraestrutura.

A competitividade é, em certa medida, princípio que instrumentaliza e torna viável concretizar outros princípios e valores constitucionais. Explica-se: quanto maior a competição, maior a chance de viabilizar o atendimento dos **princípios da eficiência, da economicidade e do próprio atendimento ao interesse público.**

A preocupação centrada no incremento da competitividade converge com a edição da Lei nº 14.026/20 (novo marco legal de saneamento), que tem como um dos seus pilares o fomento a entrada de novos atores, abrindo-se ao máximo o setor para novos entrantes.

Nesse sentido, não se mostra razoável a exigência da subcláusula 14.1, ao prever que a Concessionária deva ter sede no Rio de Janeiro, requisito que não se justifica à luz do princípio da competitividade.

Vale destacar que o Bloco 03, a ser licitado, é composto não somente por parte do Município do Rio de Janeiro (AP-5), mas também pelos Municípios de Bom Jardim, Bom Jesus do Itabapoana,

²⁵ A alteração realizada corresponde a este item.

²⁶ O Supremo Tribunal Federal já assentou a competitividade como o princípio nuclear das licitações em vários julgados: ADI 3670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 02/04/2007; AI 628383/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/11/2011; ADI 3735, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 08/09/2016.

Carapebus, Carmo, Itaguaí, Itaperuna, Macuco, Natividade, Paracambi, Pinheral, Piraí, Rio Claro, Rio das Ostras, São Fidélis, São José de Ubá, Seropédica, Trajano de Moraes e Vassouras.

Por isso, sugere-se retirar a exigência de que a concessionária tenha sede no Município do Rio de Janeiro da subcláusula 14.1.

Ademais, houve a inserção de um trecho da subcláusula 14.2.1, cuja redação transcreve-se:

14.2.1. É dispensada a anuência prévia do ESTADO para qualquer alteração nos atos constitutivos da CONCESSIONÁRIA, ou na sua composição societária, que não configure alteração do seu controle societário ou transferência da CONCESSÃO, ou quaisquer reorganizações societárias e/ou alterações de controle entre empresas do mesmo grupo econômico da CONCESSIONÁRIA, desde que tais reorganizações e/ou alterações de controle também não configurem alteração do controle societário da CONCESSIONÁRIA ou transferência da CONCESSÃO. (trecho adicionado em destaque).

O trecho inserido é um exemplo da anteriormente mencionada dificuldade redacional apresentada por algumas cláusulas. Recomenda-se que o setor técnico esclareça o seu teor, com o fito de evitar futuro problema de interpretação.

Cláusula 15 – CAPITAL SOCIAL DA CONCESSIONÁRIA

O Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB não teceu comentários sobre essa cláusula. Entretanto, comparando a minuta em que ele se baseou com a presente, verifica-se que nesta não há previsão quanto aos valores relativos ao capital social da concessionária. Assim, recomenda-se que o setor competente diligencie para solucionar essa ausência.

Ademais, a cláusula 15.2.1 passou a prever, tal como a versão final do contrato de concessão dos demais blocos, que a concessionária não poderá reduzir seu capital social até o 12º ano do contrato (na minuta analisada pelo outro parecer, a vedação estendia-se até o 18º ano). Tal alteração pressupõe a análise técnica e discricionária do setor competente a fim de salvaguardar a prestação do serviço público concedido ante a diminuição do capital social da concessionária.

Cláusula 17 – SEGUROS

A sugestão esposada no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB foi acatada, tendo a cláusula 17.2 a seguinte redação (trecho alterado em destaque):

17.2. A CONCESSIONÁRIA deverá contratar Seguro de Riscos de Engenharia para a cobertura de danos materiais que possam ser causados em razão das OBRAS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA e demais obras civis e/ou instalação e montagem necessárias ao cumprimento do objeto do CONTRATO, que também tenham caráter de manutenção e conservação.

Verifica-se que a modificação realizada corrobora com a segurança jurídica que deve ser buscada em todos os contratos administrativos, explicitando a alocação de riscos e os sinistros cobertos pelo seguro contratado.

Cláusula 18 – CONTRATOS COM TERCEIROS

Em comparação com a minuta em que se baseou o Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, há duas alterações que serão listadas abaixo. A subcláusula 18.6 passou a ter a seguinte redação:

18.6. A CONCESSIONÁRIA deverá elaborar política de transações com partes relacionadas, a qual deverá ser apresentada para conhecimento do ESTADO e AGÊNCIA REGULADORA, apresentando-a até o término do prazo da OPERAÇÃO ASSISTIDA.

Verifica-se que o presente contrato impõe a necessidade de que a política de transações com partes relacionadas seja apresentada em até 180 dias (prazo previsto na subcláusula 1.1.44). Considerando a inexistência de previsão nos contratos dos demais blocos, entende-se necessário que o setor competente ratifique a viabilidade de cumprimento desse prazo, sob pena de provocar reflexos indesejados às partes.

Considerando o caráter incompleto dos contratos de concessão, a política de transações com partes relacionadas apresenta caráter contingente, sendo certo que, havendo motivo para tanto, poderá ser alterada, com as comunicações de praxe, sob pena de engessar a prestação do serviço público.

Ademais, inseriu-se a subcláusula 18.6.1.5, em conformidade com o referido parecer, passando a prever a “incorporação de políticas anticorrupção e programa de integridade” como cláusula necessária nos contratos em tela. Nesse sentido, escreveu-se no parecer conjunto anterior: “a previsão específica de incorporação de políticas anticorrupção no item destinado à regulação contratual sobre as contratações com terceiros é essencial para reforçar a importância da integridade nestes tipos de relações privadas firmadas pelo parceiro privado”.

Cláusula 19 – FINANCIAMENTOS

Na minuta em análise, houve a inclusão da subcláusula 19.4.1.2. Considerando a existência de relação direta com outras subcláusulas, transcreve-se o necessário para a compreensão (conforme explicitado anteriormente, as remissões trazidas no teor da cláusula possuem erro material: versam sobre a cláusula 20, quando, de fato, tratam da cláusula 19):

19.4. A CONCESSIONÁRIA deverá apresentar ao ESTADO cópia dos contratos de financiamento e de garantia que venha a celebrar, bem como de documentos representativos dos títulos e valores mobiliários que venha a emitir, e quaisquer alterações a esses instrumentos, no prazo de 10 (dez) dias úteis da data de sua assinatura e emissão, conforme o caso e nos termos do artigo 28 da Lei federal nº 8.987/95.

19.4.1. A entidade que celebrar contrato com a CONCESSIONÁRIA para fornecimento de materiais, equipamentos ou serviços na forma de venda parcelada ou financiada poderá ser reconhecida como FINANCIADOR, caso o contrato de fornecimento contenha, de forma clara, a descrição de uma operação de financiamento à CONCESSIONÁRIA por parte deste fornecedor, com as datas previstas para liquidação, taxas de juros e demais parâmetros, cabendo a CONCESSIONÁRIA, nestes casos, realizar a comunicação prevista na subcláusula 20.4 .

19.4.2. Para fins deste CONTRATO, não se aplicam à hipótese prevista na subcláusula 20.4.1, as disposições contidas nas subcláusulas 20.5 e 20.8.

19.5. Os financiamentos e suas respectivas garantias poderão, observada a legislação civil e comercial aplicável, conferir aos respectivos financiadores o direito de assumir o controle ou a administração temporária da CONCESSIONÁRIA, ou a própria CONCESSÃO, em caso de inadimplemento não remediado dos respectivos contratos de financiamento ou garantia, ou, ainda, para a regularização dos SERVIÇOS em caso de inadimplência da CONCESSIONÁRIA no âmbito deste CONTRATO que inviabilize ou ameace a CONCESSÃO, observadas as condições da subcláusula 20.10 (...)

19.8. A CONCESSIONÁRIA poderá dar em garantia dos financiamentos contratados, nos termos desta Cláusula, os direitos emergentes da CONCESSÃO, conforme indicado na subcláusula 20.2, desde que não comprometa a operacionalização e a continuidade da execução dos investimentos e dos SERVIÇOS objeto da CONCESSÃO.

A leitura do Parecer Conjunto citado permite compreender que a inclusão da subcláusula em destaque ocorreu em razão de sugestão realizada, cujo teor transcreve-se:

A subcláusula 20.4 da minuta estabelece que os contratos de financiamento e de garantia devem ser apresentados ao Estado. É estipulado, ainda, por meio da subcláusula 20.4.1, que a entidade que celebrar contrato com a Concessionária para fornecimento de materiais, equipamentos ou serviços na forma de venda parcelada ou financiada poderá ser reconhecida como Financiador, caso o contrato de fornecimento contenha, de forma clara, a descrição de uma operação de financiamento à Concessionária por parte desse fornecedor, com datas previstas para liquidação, taxas de juros e demais parâmetros. Recomenda-se seja explicitada a referência ao artigo 28 da Lei nº 8.987/95.

Não está claro, pela redação da minuta, se a equiparação de terceiros com a figura do Financiador do Contrato é limitada para os fins da obrigação prevista na subcláusula 20.4 (que exige a apresentação da cópia dos contratos ao Poder Concedente) ou se tal equiparação é ampla, conferindo a estes fornecedores as mesmas prerrogativas que são atribuídas aos agentes financiadores em todo o Contrato. Tal preocupação é relevante na medida em que o ordenamento reconhece a possibilidade que o Estado autorize a transferência do controle ou da administração temporária da Concessionária pelos financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto (step in right).

Assim sendo, o estabelecimento de uma regra contratual mais clara poderá conferir maior previsibilidade e segurança jurídica ao parceiro privado em suas políticas de contratação de terceiros com meios de financiamento. Nesse tópico, sugere-se que, caso a intenção da regra contratual seja a de conferir equiparação ampla entre fornecedores e financiadores, que se limitem as prerrogativas de fornecedores cujos contratos representem menor relevância econômico-financeira para a operação e a promoção de investimentos do contrato de concessão.

Cláusula 20 – DA REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS

Destaca-se, inicialmente, a seguinte sugestão lançada no parecer conjunto supramencionado:

Além disso, considerando demandas de eficiência organizacional, é relevante que o contrato se aproveite, ainda, da capacidade institucional da AGENERSA. Nessa toada, recomenda-se a inserção de cláusula, em local pertinente, que estabeleça que compete à AGENERSA “apurar a responsabilidade dos proprietários ou possuidores dos imóveis que não estejam cumprindo obrigação legal de conexão às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis”.

Essa sugestão fora acatada por ocasião da versão final da minuta do Contrato de Concessão dos demais blocos, sendo certo que as subcláusulas 21.1.10 e 21.1.11 assim dispunham:

21.1.10. Apurar a responsabilidade dos proprietários ou possuidores dos imóveis que não estejam cumprindo obrigação legal de conexão às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis;

21.1.11. Exercer a função fiscalizatória e sancionatória sobre os usuários do serviço público;

Entretanto, essas disposições foram suprimidas na minuta ora analisada, razão por que se recomenda sua reinserção.

A nova redação da cláusula 20.1.8 vai ao encontro da sugestão esposada no referido parecer, destacando-se que as normas baixadas pela Agência Nacional de Águas aplicam-se à presente concessão no que couber. Transcreve-se sua redação:

20.1.8. Observar as normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico que venham a ser editadas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, em especial normas sobre eficiência da operação e definição de indicadores de desempenho em áreas de favelas e aglomerados subnormais, desde que aplicáveis aos SERVIÇOS;

Entende-se, contudo, necessária a previsão de que a não observância da normativa exarada pela ANA seja objeto de decisão robustamente motivada, de modo a evitar incentivos contrários aos objetivos institucionais do novo marco regulatório inaugurado pela Lei nº 14.026/2020.

Por sua vez, a subcláusula 20.8. possui a seguinte redação:

20.8. Durante todo o prazo de CONCESSÃO, a CONCESSIONÁRIA recolherá mensalmente à AGÊNCIA REGULADORA a Taxa de Fiscalização sobre os Serviços Públicos Delegados pelo Estado do Rio de Janeiro, em valor correspondente a 0,5% (meio por cento) das receitas faturadas mensalmente, excluídos os tributos sobre elas incidente, pelo exercício das

atividades de regulação e fiscalização, nos termos do art. 18, da Lei estadual nº 4.556/2005.

No entanto, o dispositivo a que se refere é o artigo 19 da Lei Estadual²⁷, recomendando-se a alteração.

Cláusula 21 – DESAPROPRIAÇÃO, SERVIDÕES E LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Não há menção a essa cláusula no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB. Entretanto, destaca-se que, quando comparada a minuta do contrato dos demais blocos, houve o aperfeiçoamento de algumas cláusulas.

O item 21.2 passou a prever, conforme sugestionado no item 1, o Estado como representante dos titulares do serviço público concedido. Já as subcláusulas 21.3.1 e 21.3.3 incluíram, corretamente, os municípios no que toca às disposições referentes a desapropriações ou servidões administrativas, tendo em vista que são os entes legitimados para tais ações administrativas, conforme Decreto-Lei nº 3.365/41.

Cláusula 22 – DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS USUÁRIOS

A Cláusula 22 do Contrato de Concessão trata dos direitos e obrigações dos usuários.

Conforme mencionado no Parecer Conjunto supracitado, recomenda-se a inclusão de subcláusula que assegure, de forma expressa, todos os direitos assegurados aos usuários dos serviços de saneamento básico, delimitados nos arts. 5º e 6º da Lei nº 13.460/2017, que disciplina a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública. Apesar de o Marco Regulatório do Saneamento Básico integrar a interpretação contratual, fato é que a previsão de tal disciplina de forma expressa no conteúdo do Contrato lhe confere maior segurança jurídica.

Ademais, ao se comparar a presente minuta em face daquela em que se baseou o multicitado parecer, verifica-se a inclusão de quatro subcláusulas, incluindo disposições sobre a Lei nº 13.460/17 e Lei nº 13.709/18, nos seguintes termos:

22.1.10. Receber carta de serviços aos USUÁRIOS, nos termos do art. 7º, da Lei federal nº 13.460/2017;

22.1.11. Implantação e funcionamento de ouvidoria, nos termos dos arts. 13 a 16 da Lei federal nº 13.460/2017;

22.1.12. Criação de procedimentos para avaliação continuada dos SERVIÇOS, nos termos do art. 23 da Lei federal nº 13.460/2017;

²⁷ Art. 19 da Lei Estadual nº 4.556/2005: A Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos será recolhida diretamente pelo Concessionário ou Permissionário aos cofres do Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, criado pela Lei de Criação da AGETRANSP, na área de energia ou saneamento básico, cuja alíquota será 0,5% (meio por cento) sobre o somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente pelo Concessionário ou Permissionário, nas atividades sujeitas à regulação da AGENERSA, nos termos do art. 2º desta Lei, excluídos os tributos sobre elas incidentes.

§ 1º - A taxa a que se refere o caput deste artigo deverá ser recolhida até o décimo dia útil do mês subsequente ao do ingresso da receita correspondente às tarifas cobradas pelo Concessionário ou Permissionário.

§ 2º - O não recolhimento da taxa no prazo fixado no parágrafo anterior implicará em multa de 10% (dez por cento), e juros moratórios de 1% (um por cento) a cada 30 (trinta) dias de atraso, bem assim na incidência de correção monetária, na forma da legislação em vigor.

22.1.13. A observância pela CONCESSIONÁRIA, pela AGÊNCIA REGULADORA e pelo ESTADO, das normas relativas ao tratamento de dados pessoais, nos termos da Lei federal nº 13.709/2018;

Embora as disposições e leis mencionadas nessas subcláusulas integrem o bloco de regras impostas aos atores contratuais, a expressa previsão reforça a segurança jurídica e evita questionamentos futuros.

Por fim, destaca-se que a subcláusula 22.4 fora alterada conforme sugestão exarada no referido parecer para ajustar a disposição sobre as regras sobre interrupção do serviço prestado:

22.4. A falta de pagamento dos valores devidos pelos USUÁRIOS à CONCESSIONÁRIA, na data de seu vencimento, acarretará a incidência de encargos de mora e demais sanções cabíveis, nos termos do art. 6º, §§3º e 4º da Lei federal nº 8.987/1995 e do art. 40 da Lei federal nº 11.445/2007, bem como na forma do presente CONTRATO e das normas regulamentares da AGÊNCIA REGULADORA. (trecho adicionado em destaque).

Cláusula 23 – DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO ESTADO

Conforme sugestões exaradas no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, houve a alteração das subcláusulas 23.2.7 e 23.2.8, consoante se infere das seguintes colações:

De: 24.2.7. Ceder à CONCESSIONÁRIA, a título gratuito e devidamente regularizadas, as servidões de passagem existentes, bem como o uso dos BENS REVERSÍVEIS integrantes do SISTEMA;

Para: 23.2.7. Na qualidade de representante dos titulares dos SERVIÇOS, ceder à CONCESSIONÁRIA as servidões de passagem existentes, bem como o uso dos BENS REVERSÍVEIS integrantes do SISTEMA;

De: 24.2.8. Aplicar as penalidades administrativas cabíveis, no âmbito de sua competência, aos proprietários ou possuidores dos imóveis que não estejam ligados às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, inclusive no sentido de coibir poços e fontes alternativas de água em locais onde houver disponibilidade de sistema público de abastecimento de água e/ou que estejam em desacordo com a legislação aplicável, de acordo com as normas estabelecidas pela AGÊNCIA REGULADORA;

Para: 23.2.8. Apurar, no âmbito de sua competência, a responsabilidade dos proprietários ou possuidores dos imóveis que estejam se utilizando de soluções individuais de abastecimento de água fora das hipóteses admitidas pela legislação ambiental e de recursos hídricos;

A primeira alteração retirou a previsão de cessão à concessionária a título gratuito e devidamente regularizadas as servidões de passagem existentes. Conforme mencionado no parecer anterior, essa modificação é relevante pois impede a ocorrência de obrigação imprevisível a ser atribuída ao Estado. A segunda alteração é consentânea com o poder fiscalizatório e estrutura organizacional da AGENERSA, a qual exerce o poder de polícia nas situações afins.

Além disso, há duas subcláusulas que não constavam na minuta analisada no parecer conjunto:

23.2.21. Cumprir integralmente as disposições do ANEXO X - REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA e se comprometer a adotar a arbitragem como mecanismo de solução de todos os litígios oriundos das relações decorrentes do Sistema de Fornecimento de Água (SFA) ou com ele relacionados, de acordo com a Lei Federal nº 9.307/1996 e com o Decreto nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro.

23.2.22. Envidar os melhores os esforços voltados a facilitar a interação entre a CONCESSIONÁRIA e a operadora dos serviços de esgotamento sanitário da AP-5, em caso de eventuais aprimoramentos dos ajustes e acordos relativos à gestão comercial daquela área.

Em relação à cláusula 23.2.21, a leitura do Anexo X – Regramento do Sistema de Fornecimento de Água permite inferir que a adoção da arbitragem como mecanismo de solução de conflitos decorrentes do referido sistema é um dos princípios, conforme previsto no art. 3º, II. Ocorre que essa cláusula obriga o Estado a adotar tal meio de resolução de conflito em todos os litígios oriundos do SFA²⁸. Assim, recomenda-se a alteração da redação para que, caso se esteja decidindo realmente pela adoção da arbitragem, que sejam especificadas as situações que a ensejarão, e que tenhamos uma cláusula cheia, com todos os pré-regramentos necessários para a instalação das eventuais arbitragens, evitando-se as ditas “cláusulas arbitrais patológicas”.

No que tange à cláusula 23.2.22, lembra-se de que o serviço de esgotamento sanitário da AP-5, área pertencente ao bloco 3, objeto deste contrato, já fora concedido anteriormente. Dessa forma, é possível inferir uma inevitável relação entre a concessionária contratante e a operadora do serviço de esgotamento sanitário.

A presente cláusula visa a evitar futuros litígios ao determinar ao Estado que facilite a interação entre as partes envolvidas. No entanto, entendemos ser necessário que essa relação entre concessionária e operadora seja minuciada oportunamente a fim de estabelecer uma modelagem contratual mais segura para elas. Destaca-se que a subcláusula 24.1.11, que será comentada abaixo, também versa sobre essa relação.

Por fim, recomenda-se a inclusão, na subcláusula 23.1 da minuta do Contrato de Concessão, de disposição que preveja o direito de regresso do Estado em face dos Municípios no caso de responsabilização por condutas ilícitas de entes municipais que porventura venham a ser imputadas ao Estado do Rio de Janeiro.

Cláusula 24 – DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

A cláusula 24 do Contrato de Concessão disciplina os direitos e obrigações da concessionária. Trata-se cláusula essencial nos termos do art. 23, V, da Lei 8.987/95 e aplicável aos contratos de delegação de serviço público de saneamento básico, conforme art. 10-A da Lei nº 11.455/07.

Reitera-se a recomendação exarada no Parecer Conjunto mencionado para, em linha com a orientação do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, estabelecer cláusula estipulando o efetivo prazo em que se dará o pagamento da outorga variável aos Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, bem como as respectivas cláusulas relativas a penalização e compensação financeira por atraso de pagamento.

²⁸ Sistema de Fornecimento de Água.

Destaca-se, ainda, que a cláusula 24.1.11 foi alterada e que os itens 24.2.49 e 24.2.50 não tinha previsão na minuta do contrato de concessão dos outros blocos:

24.1.11. Interagir com a operadora dos serviços de esgotamento sanitário da AP-5 com vistas a eventuais aprimoramentos dos ajustes e acordos relativos à gestão comercial.

24.2.49. Responsabilizar-se por todos os custos e despesas de conservação e manutenção das infraestruturas do Sistema de Macro Adução de Água Tratada (SMA) localizadas em sua área de atuação (ÁREA DA CONCESSÃO), respondendo pelos danos e prejuízos que a falta de manutenção, conservação e reparo nestas infraestruturas eventualmente gere a terceiros, nos termos do ANEXO X - REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA .

24.2.50. Cumprir integralmente as disposições do ANEXO X - REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA e se comprometer a adotar a arbitragem como mecanismo de solução de todos os litígios oriundos das relações decorrentes do Sistema de Fornecimento de Água (SFA) ou com ele relacionados, de acordo com a Lei Federal nº 9.307/1996 e com o Decreto nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro.

Conforme trazido anteriormente, a exploração do serviço de esgotamento sanitário da AP-5 fora concedida anteriormente, razão pela qual a concessionária vencedora deverá, ocupando a posição atualmente exercida pela CEDAE, necessariamente, relacionar-se com a operadora daquele serviço, razão por que se alterou a cláusula 24.1.11.

A subcláusula 24.2.49²⁹ encontra-se em consonância com o disposto no art. 31 do Anexo X – Regramento do Sistema de Fornecimento de Água. A inserção no bojo do presente instrumento contratual reforça a publicidade e segurança jurídica.

À subcláusula 24.2.50³⁰ aplicam-se as considerações realizadas sobre a subcláusula 23.2.21, tendo em vista que tal disposição seja homogênea para todas as partes contratuais.

Cláusula 25 – VERIFICADOR INDEPENDENTE E INDICADORES DE DESEMPENHO

A cláusula 25 do Contrato de Concessão disciplina a matéria relativa ao “Verificador independente e indicadores de desempenho”.

Inicialmente, ressalta-se que a cláusula 26.1.1 da minuta submetida à análise do Parecer Conjunto mencionado fora suprimida na minuta em esboço. Colaciona-se sua redação:

26.1.1. O cumprimento das metas de universalização e não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de

²⁹ 24.2.49. responsabilizar-se por todos os custos e despesas de conservação e manutenção das infraestruturas do Sistema de Macro Adução de Água Tratada (SMA) localizadas em sua área de atuação (ÁREA DA CONCESSÃO), respondendo pelos danos e prejuízos que a falta de manutenção, conservação e reparo nestas infraestruturas eventualmente gere a terceiros, nos termos do ANEXO X - REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA.

³⁰ 24.2.50. cumprir integralmente as disposições do ANEXO X - REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA e se comprometer a adotar a arbitragem como mecanismo de solução de todos os litígios oriundos das relações decorrentes do Sistema de Fornecimento de Água (SFA) ou com ele relacionados, de acordo com a Lei Federal nº 9.307/1996 e com o Decreto nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro.

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, de acordo com as normas definidas pela AGÊNCIA REGULADORA.

Embora o seu teor tenha sido objeto de ressalva em razão da má-técnica redacional³¹, recomenda-se que seja reinserida e a redação reescrita com vistas a emprestar clareza e, por consequência, segurança jurídica.

Em relação à razoabilidade dos prazos estabelecidos, entende-se que algumas subcláusulas, tais quais, 25.5.2, 25.5.3 e 25.5.4 estabelecem prazos muito curtos, de 10 (dez) dias, para apreciações que são, absolutamente, relevantes e complexas, muitas vezes inclusive com a necessidade de aferições e laudos in loco.

Destaca-se que, considerando a sugestão de alteração redacional pelo parecer conjunto anterior acerca das subcláusulas em análise, elas foram alteradas na redação final do contrato submetido à concorrência internacional nº 01/20 e ora se repetem. A nova redação logrou êxito em aclarar o procedimento a ser observado para fins de aferição do desempenho da concessionária.

Por fim, ressalta-se que, diferentemente das considerações realizadas no parecer conjunto anterior sobre a incompatibilidade entre as metas de desempenho previstas em contrato e aquelas definidas nas metas do Marco Legal do Saneamento, o Anexo III – Indicadores de Desempenho e Metas de Atendimento encontra-se consonante com os prazos e percentagens de cobertura do serviço público concedido.

A título de ilustração, no que tange aos índices de atendimento urbano de água e de atendimento urbano de esgoto, prevê-se o atingimento das respectivas metas legais a partir do 12º ano da concessão, sendo certo que o art. 11-B da Lei 11.455/07 prevê a data limite de 31 de dezembro de 2033 para tanto.

Entretanto, diante das ousadas metas de ampliação de fornecimento dos serviços públicos concedidos, faz-se necessário que a agência reguladora acompanhe minuciosamente a execução da expansão a fim de evitar descumprimentos contratuais e legais.

Cláusula 26 - REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA

As subcláusulas 26.12 e 26.13 foram alteradas de acordo com as sugestões exaradas no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB³². As referidas alterações possibilitam leitura mais coesa e contundente sobre o tema,

Ressalta-se a subcláusula 26.15.1.1, cuja redação fora alterada para:

26.15.1.1. Os valores de que trata a subcláusula anterior e que sejam compartilhados com o ESTADO, deverão ser segregados pela CONCESSIONÁRIA na CONTA VINCULADA e utilizados pelo ESTADO

³¹ Destaca-se que o art. 11-B, §5º da Lei nº 11.455/07, inserido pela Lei nº 14.026/20, possui idêntica redação.

³² Houve a inclusão dos trechos destacados:

27.12. A exploração de fontes de RECEITAS ADICIONAIS que não estejam expressamente indicadas de forma específica na cláusula acima dependerá de prévia anuência do ESTADO.

27.13. A exploração de fontes de receitas alternativas, acessórias ou de projetos associados não poderá comprometer os padrões de qualidade dos SERVIÇOS, conforme previsto inclusive nas normas e procedimentos integrantes do EDITAL e deste CONTRATO.

exclusivamente para os fins previstos no ANEXO XI – CONTRATO DE CONSTITUIÇÃO DE CONTA VINCULADA.

A redação analisada pelo Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB destinava exclusivamente os valores mencionados para a manutenção da modicidade tarifária. Ocorre que o Anexo XI – Contrato de Constituição de Conta Vinculada traz outros fins para as quantias arrecadadas paralelamente:

CLÁUSULA TERCEIRA - DA CONTA VINCULADA

1.1. A Conta Vinculada estará atrelada à conta corrente de nº. ..., de titularidade da CONCESSIONÁRIA, tendo-se como único beneficiário o ESTADO, e deverá ser aberta especialmente para esta finalidade na agência de nº. do Agente Financeiro, sendo de natureza restrita, na qual serão depositados os recursos mencionados nas Cláusulas **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, alínea “b”.

1.2. Os recursos decorrentes da diferença entre a Receita Tarifária e a Tarifa Efetiva deverão ser transferidos mensalmente pelo Agente Financeiro para a Conta Vinculada.

1.3. Caso a CONCESSIONÁRIA opte por explorar receitas adicionais nos termos das cláusulas 27.11 e 27.12 do Contrato de Concessão, deverá informar o agente financeiro e o ESTADO para fins de compartilhamento da receita bruta, hipótese em que o valor destinado ao ESTADO deverá ser depositado na Conta Vinculada, obedecendo-se a subcláusula 27.15.1 do Contrato de Concessão.

1.4. O saldo da Conta Vinculada deverá ser destinado exclusivamente ao:

a) abatimento do valor da tarifa ao longo do prazo de vigência do Contrato de Concessão, como medida a garantir a modicidade tarifária; ou

b) eventual pagamento de passivos do ESTADO devido à CONCESSIONÁRIA, tais como, mas não se limitando, reequilíbrios econômico-financeiros do Contrato de Concessão e indenizações, quando cabível, de acordo com a cláusula 39 e seguintes do Contrato De Concessão.

1.5. Além dos valores descritos na cláusula **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, alínea “b”, deste CONTRATO, a critério do ESTADO e desde que solicitado por este, poderão ser destinados à Conta Vinculada os recursos provenientes da aplicação de penalidades pecuniárias que não estejam vinculadas ao ressarcimento de outra concessão em razão da governança entre Blocos.

Verifica-se, dessa forma, que a previsão constante da cláusula 26.15.1.1 extrapola a previsão legal ao prever outras destinações às receitas complementares. Recomenda-se, portanto, sua adequação ao regramento legal.

Além disso, reitera-se a sugestão de que os serviços complementares, em referência na subcláusula 26.15.3, também deveriam ser considerados a título de cálculo de modicidade tarifária.

Cláusula 27 – REAJUSTE

A cláusula 27 do Contrato de Concessão trata da remuneração da concessionária.

Inicialmente, destaca-se que as considerações lançadas no parecer conjunto anterior sobre a necessidade de verificação sobre existência de nova deliberação da AGENERSA sobre o reajuste das tarifas. Isso porque, da mesma forma que relativo a minuta da concorrência internacional 01/2020, no Anexo VII do presente contrato o último reajuste realizado ocorrera em 2019 (Deliberação AGENERSA nº 3.898/19).

Compulsando o sítio eletrônico da AGENERSA, logrou-se êxito em identificar a homologação do novo reajuste³³. Dessa forma, deverá o referido anexo ser alterado para que nele constem as informações atualizadas.

No que tange às demais sugestões esposadas no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, sobretudo a possibilidade de interpretações ambíguas quanto ao critério e aos cálculos do primeiro reajuste, a minuta em espeque apresenta nova redação, havendo, ainda, a inclusão da subcláusula 27.1.2. Transcrevem-se as cláusulas alteradas:

27.1. Os valores das TARIFAS cobradas em virtude da prestação dos SERVIÇOS serão reajustados a cada 12 (doze) meses, contados a partir da data da apresentação da PROPOSTA COMERCIAL na LICITAÇÃO. O reajuste obedecerá à seguinte fórmula paramétrica:

$$TARIFAS_b = TARIFAS_{b-1} * IRC$$

Onde:

TARIFA_b: TARIFA BASE a ser calculada;

TARIFAS_{b-1}: TARIFA BASE vigente no ano anterior;

IRC: Índice de Reajuste Contratual.

27.1.1. O primeiro reajuste será realizado em janeiro, ainda que seja por um prazo maior do que 12 (doze) meses, sendo nele considerada a variação inflacionária compreendida entre a data-base mencionada na subcláusula 0 até a data do primeiro reajuste, bem como a fórmula da subcláusula anterior.

27.1.2. A referência à data do reajuste tarifário, para os indicadores Bi e Di, e a referência à data do último reajuste tarifário, para os indicadores Bo e Do, devem ser compreendidas como a data de apresentação da proposta de reajuste tarifário pela Concessionária. O reajuste se dará no 12º mês subsequente ao reajuste anterior, ou seja, considera os 12 (doze) meses anteriores à apresentação da proposta de correção, desde que respeitado o prazo de 12 meses entre os reajustes.

A subcláusula 27.1.1 passou a prever expressamente a data em que será realizado o primeiro reajuste, bem como a incidência tanto da variação inflacionária como da fórmula constante na subcláusula anterior. Dessa forma, traz-se segurança jurídica, sobretudo previsibilidade, às relações travadas pelas partes contratuais.

³³ Disponível em: <http://www.agenersa.rj.gov.br/documentos/deliberacoes/proc/DELIBERACAO4317.pdf>.

Cláusula 28 – APLICAÇÃO DOS INDICADORES DE DESEMPENHO NAS TARIFAS

Inicialmente, Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB destaca-se a nova redação da cláusula 28.4, que, levando em conta consideração elencada no parecer conjunto anterior e reforçando o princípio da publicidade, passou a ter a seguinte redação:

28.4. O reajuste das TARIFAS e o cálculo das TARIFAS EFETIVAS serão homologados pela AGÊNCIA REGULADORA por meio de procedimento administrativo público, amplamente divulgado e único, com o apoio do VERIFICADOR INDEPENDENTE.

Além disso, a subcláusula 28.7 passou a estipular o prazo de 30 (trinta) dias para que a agência reguladora analise e se manifeste sobre as memórias de cálculo – essa alteração vai ao encontro das recomendações tecidas. Destaca-se que os demais prazos constantes na cláusula restaram inalterados, o que se sugere seja modificado, sob pena de sucessivos descumprimentos e as eventuais consequências de medidas intempestivas.

No mais, reitera-se, com a devida remissão ao parecer mencionado, as seguintes sugestões: a) delimitação de teto percentual máximo para a subcláusula 28.2; b) inclua-se o regime de cálculo de ITS destinado a áreas de favelas e aglomerados subnormais; c) sejam previstas formas de solucionar situações nas quais os usuários não possam realizar o pagamento de cobranças de forma integral, a exemplo de hipóteses de parcelamento; e d) seja previsto procedimento para ressarcimento em relação às cobranças já realizadas em valores reajustados a partir do cálculo apresentado pela Concessionária.

Cláusula 29 – REVISÕES ORDINÁRIAS

Inicialmente, destaca-se que as sugestões lançadas no parecer conjunto anterior não foram acatadas. Dessa forma, reitera-se a recomendação para que: a) a subcláusula 29.2.4 seja reescrita, afastando-se a possibilidade de que fosse utilizada como carta-branca para indefinidas inovações no contrato licitado; b) a adequação da subcláusula 29.5 para observar que o cumprimento das metas de universalização deveria ser considerado responsabilidade integral da concessionária, devendo seu cumprimento ser verificado pelo agência reguladora; e para retirar a ideia de que o Estado participará ao lado da concessionária da implantação das metas referidas.

Sem prejuízo, remete-se às considerações lançadas naquela oportunidade.

Cláusula 30 – PROCESSAMENTO DAS REVISÕES ORDINÁRIAS

Comparando as minutas utilizadas ao longo do presente, verifica-se que as sugestões exaradas no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB foram parcialmente acatadas nas cláusulas 30.1.1 e na 30.3.1³⁴. Naquela, deu-se maior publicidade às informações em razão da previsão de divulgação no sítio eletrônico da agência, o que se mostra consentâneo com os princípios que regem a Administração Pública e nesta aumentou-se o prazo para a agência reguladora analisar e deliberar sobre a aprovação do plano de ação, dando azo à possibilidade de exame mais minucioso.

³⁴ 31.1.1 Por ocasião da assinatura do CONTRATO, a AGÊNCIA REGULADORA divulgará a agenda da primeira revisão ordinária a ser realizada após o decurso de 5 (cinco) anos contados do início da OPERAÇÃO DO SISTEMA, sendo que, ao final do processamento de cada revisão ordinária, será divulgada a agenda da próxima revisão ordinária, publicizando-se essas informações por meio da divulgação na página oficial da AGÊNCIA REGULADORA.

30.3.1. Caberá à AGÊNCIA REGULADORA analisar o PLANO DE AÇÃO, decidindo sobre sua aprovação num prazo máximo de 60 (sessenta) dias contados de sua apresentação pela CONCESSIONÁRIA.

Dessa forma, reitera-se, no que couber, as sugestões lançadas naquela ocasião.

Cláusula 31 – REVISÃO EXTRAORDINÁRIA

Embora não tenham sido tecidos comentários sobre essa cláusula no Parecer, destaca-se apenas uma mudança de redação entre a minuta por ele analisada e a ora examinada. Nesse sentido, transcrevem-se as referidas cláusulas:

De: 32.4. Caso não haja prejuízo relevante que enseje a promoção do reequilíbrio econômico-financeiro por ocasião da revisão ordinária, mas ainda assim restem necessárias medidas e providências urgentes a serem adotadas com vistas a minorar impacto do risco na esfera do CONTRATO, tais poderão ser discutidas e implementadas no âmbito da revisão extraordinária.

Para: 31.4. Caso não haja urgência na promoção do reequilíbrio econômico-financeiro, mas ainda assim restem necessárias medidas e providências urgentes a serem adotadas com vistas a minorar impacto do risco na esfera do CONTRATO, tais poderão ser discutidas e implementadas no âmbito da revisão extraordinária.

Mister se faz a reformulação da presente cláusula para que seu sentido fique mais claro e para que sejam densificadas os excessivamente numerosos conceitos indeterminados que possui (relevante, urgência, minorar, necessárias etc.)

Cláusula 32 – ALTERAÇÃO DO CONTRATO

Em relação à cláusula 32, são indicadas as hipóteses em que o contrato poderá ser alterado. Os comentários a seguir serão relacionados, sumariamente, à redação das cláusulas e à adequação destas aos entendimentos prévios desta especializada.

Uma sugestão constante do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB fora acolhida, tendo a subcláusula 32.2 passado a prever expressamente que as hipóteses de alteração nela previstas dar-se-ão por meio de acordo entre as partes, o que reforça a segurança jurídica.

Já a subcláusula 32.4 prevê a possibilidade de expansão da área da concessão para contemplar a concessão pré-existente do esgotamento sanitário da AP-5 e a Parceria Público-Privada do esgotamento sanitário de Rio das Ostras, sem, contudo, estabelecer parâmetros objetivos sobre como se dará referida expansão.

No Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, menciona-se a ausência de requisitos para adesão de outros Municípios ao contrato, conforme enunciado no Parecer nº 05/20 - ASA, os quais também estão ausentes na minuta ora analisada. A título de ilustração, colacionam-se os pressupostos que deverão constar na subcláusula 32.4:

(a) a necessidade de previsão genérica dessa possibilidade nos editais, negociais jurídicos e atos administrativos ou legislativos da concessão originária, inclusive como cláusula exorbitante impositiva unilateralmente à concessionária;

- (b) presença, a ser verificada no eventual caso futuro concreto dos requisitos da inexigibilidade de licitação por parte do município entrante;
- (c) alteração à época dos instrumentos originários integrantes de em uma cadeia complexa de atos unilaterais, negociais, planos e leis, em respeito ao princípio do paralelismo das formas;
- (d) apreciação de eventual implementação do reequilíbrio econômico-financeiro em razão da entrada de um novo município, seja favorável ou contrariamente a concessionária;
- (e) como diretriz geral, o respeito, em princípio, aos percentuais previstos pela Lei nº 8.666/93, art. 65;
- (f) como regra, o serviço deve ser remunerado, ou no mínimo, deverá ser estabelecido mecanismo de compensação, ou contrapartida pela concessionária;
- (g) a prestação deve ser aprovada pelo Conselho Deliberativo da RM, com base no art. 11, §4º da LCE nº 184/2018; e
- (h) a prestação do serviço não pode, em hipótese alguma, implicar prejuízo à prestação do serviço em questão a Entes já integrantes do polo ativo da concessão.

Além disso, houve a inclusão da subcláusula 32.3, a qual destaca que a alteração das metas de universalização constantes no Anexo III deverá observar o disposto no art. 11-B da Lei Federal nº 11.445/07. A inclusão traz no bojo do instrumento contratual a necessidade de observância do prazo e dos percentuais de universalização previstos no citado artigo de lei e em conformidade com outras disposições contratuais, tal como a cláusula 25.

Por fim, reiteram-se, no que couber, as sugestões lançadas no Parecer Conjunto 01/20 ASA/ARCY/FAG/GUB.

Cláusula 33 – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ALOCAÇÃO DE RISCOS

A cláusula 33 do Contrato de Concessão disciplina o equilíbrio econômico-financeiro e a alocação de riscos do contrato.

A minuta em tela, tal como a versão final submetida à concorrência internacional nº 01/20, possui a seguintes subcláusula não verificada na minuta submetida à avaliação do parecer conjunto anterior: 33.2.22³⁵. Trata-se de alocação de risco abarcada pela discricionariedade do gestor, que, certamente, deve ter sido objeto de análise pelo setor competente para definição dos percentuais e prazos estipulados.

Decotadas as alterações acima mencionada, reiteram-se as sugestões lançadas no parecer conjunto anterior e condensadas no item 28³⁶ de sua conclusão.

³⁵ 33.2.22. variação identificada pela CONCESSIONÁRIA até 18,5% (dezoito inteiros e cinco décimos por cento), constatada até o vigésimo quarto mês após o término da OPERAÇÃO ASSISTIDA, entre o nível efetivamente existente de atendimento do sistema de distribuição de água e o nível de atendimento do sistema de distribuição de água informado no ANEXO III, e entre o nível efetivamente existente de atendimento do sistema de coleta de esgotamento sanitário e o nível de atendimento de sistema de coleta de esgotamento sanitário informado no ANEXO III.

³⁶ Em relação à Cláusula 34, recomenda-se (i) o ajuste de sua redação para complementações e eliminação de incertezas jurídicas quanto à sua interpretação e para complementar certos aspectos, inclusive especificando e quantificando o que entende por equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato; (i) que a Minuta de Contrato de Concessão especifique como será perquirida a tangibilidade do equilíbrio contratual, ante a complexidade e a dinâmica da regulação contratual; (iii) que os riscos atribuídos às partes sejam disciplinados de forma mais específica, evitando cláusulas com termos

Cláusula 34 – PROCESSAMENTO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

A cláusula correspondente ao item 34.1 da minuta em esboço no contrato analisado pelo Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB previa o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que uma parte notificasse a outra e a agência reguladora a partir do conhecimento dos eventos de desequilíbrio. O parecer mencionado recomendou que fosse explicitada a natureza de tal prazo – decadencial ou não – e a consequência do descumprimento.

Entretanto, na cláusula 34.1 houve a supressão do referido prazo, tendo a seguinte redação: “Sempre que se verificar eventos de desequilíbrio, a PARTE interessada deverá notificar a outra e a AGÊNCIA REGULADORA de sua ocorrência”.

Considerando que a estipulação de prazo tende a dar segurança jurídica à interpretação do contrato, sobretudo evitando discussões sobre a existência ou não de boa-fé na conduta das partes, recomenda-se que seja reinserido o intervalo mencionado, bem como a estipulação de sua natureza e das consequências do descumprimento, tal como disposto no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

Cláusula 35 – VALOR DA OUTORGA DA CONCESSÃO

Em relação ao Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, verificou-se que somente uma sugestão fora acatada, motivo pelo qual a redação da cláusula 35.2 fora alterada, passando a constar a especificação do prazo de pagamento da terceira parcela da outorga fixa, dando contornos definidos à subcláusula.

Além disso, a subcláusula 35.5 passou a prever que a obrigação de criação de uma conta centralizadora, conforme Anexo XI, “com vistas a garantir que o processo de pagamento e rateio dos valores de OUTORGA VARIÁVEL aos MUNICÍPIOS e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana seja automático, assim como dos valores relativos à diferença entre a RECEITA TARIFÁRIA e a receita devida à CONCESSIONÁRIA após a incidência dos INDICADORES DE DESEMPENHO”. Anteriormente, havia a previsão da criação de conta vinculada. Conforme se infere das definições constantes nas subcláusulas 1.1.20 e 1.1.21, a alteração redacional passou a prever corretamente a conta indicada pelo Anexo XI para os fins ora previstos.

No mais, reiteram-se as sugestões elencadas no referido parecer quanto às subcláusulas 35.2.3 e 35.4.2.

abertos e dúbios, e que os riscos de hipóteses de caso fortuito e força maior, quando o montante desses ultrapassarem o valor da apólice de seguro, sejam compartilhados entre as partes em decorrência do Parecer n. 07/2020 PGE/PG-17/JVSM, com adaptações consequentes também em outras cláusulas; (iv) sejam excluídas expressamente as questões ambientais atribuídas ao Estado do Rio de Janeiro, visto que ambientes devem ser de responsabilidade da Concessionária; (v) seja ajustada a nomenclatura de “ato da Administração” para “fato da Administração”; (vi) sejam excluídas as questões consumeristas do conceito de “fato da Administração”; (vii) sejam previstas regras e procedimentos para reequilíbrios em favor do Poder Concedente; (viii) que, em qualquer revisão, sejam sempre apurados eventuais desequilíbrios favoráveis ao Poder Público ou aos usuários; (ix) sejam previstas regras de divisão de ganhos de eficiência no decorrer da execução contratual; (x) sejam previstas regras que condicionem a implementação da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, ao cumprimento das metas de universalização, conforme art. 11-B, da Lei Federal nº 11.445/07; (xi) a regulamentação futura do contrato não pode gerar direito a reequilíbrios; (xii) variações de insumos, de câmbio e fatos decorrentes de possíveis inspeções prévias por parte da concessionária devem ser de sua exclusiva responsabilidade; (xiii) incluir mecanismos de compartilhamento dos ganhos de eficiência da concessionária; (xiv) condicionamentos ao cumprimento das metas; (xv) sejam esclarecidos, principalmente, quanto ao porquê de suas escolhas, sobretudo diante da dicção da Súmula nº 289 do TCU, os mecanismos contábeis e índices previstos nas subcláusulas 34.6., 34.6.1 e 34.7; e (xvi) sejam incorporadas as metodologias previstas pelo TCU (Acórdão 2611/2020) para avaliação dos bens reversíveis não amortizados ou depreciados (valores de mercado atuais, não custos históricos etc.), com reflexos também em outras cláusulas do contrato.

Clausula 36 – PENALIDADES CONTRATUAIS

Inicialmente, transcreve-se o excerto do Parecer Conjunto n° 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB que traz as premissas utilizadas para a análise dessa cláusula:

Assim, a cláusula de penalidades guarda direta relação com as obrigações assumidas pela Concessionária no Contrato de Concessão e que estão concentradas (não de forma exaustiva) na Cláusula 25 da minuta, que disciplina sobre os direitos e obrigações da Concessionária.

Além disso, a tipicidade das infrações e a correlação com as sanções se desvela como providência que incrementa a segurança jurídica na aplicação das sanções, limitando a discricionariedade do Concedente. Claro que não se imagina que a tipicidade administrativa seja exauriente e capaz de esgotar todas as infrações possíveis. O que se afirma é coisa distinta. É a necessidade de que o contrato disponha de modo mais detalhado acerca desta relação entre infração e sanção.

Outro aspecto importante consiste na necessidade de a cláusula de penalidade definir elementos essenciais da aplicação das sanções. Indispensável, por exemplo, que (i) sejam explicitados os conceitos do que se compreende por circunstâncias agravantes, atenuantes e reincidência; (ii) o traço distintivo entre multa administrativa, moratória e compensatória, bem como as suas distintas hipóteses de cabimento; (iii) a previsão contratual de acordos substitutivos que permitam substituir multas por novos investimentos, estimulando a consensualidade em benefício do interesse público; (iv) hipóteses de cabimento da suspensão da participação em licitações e da declaração de inidoneidade.

Quanto melhor for a regulação contratual ex ante menor serão os problemas e controvérsias que surgiram ex post. Essa é uma premissa que deve nortear não apenas a elaboração da cláusula de penalidade, mas toda a essência de um contrato de concessão.³⁷

Considerando o método utilizado até o momento, apresentam-se, primeiramente, as modificações visualizadas do confronto entre a minuta analisada pelo parecer conjunto anterior e a minuta ora em esboço.

As cláusulas 36.1.3 e 36.1.4³⁸ passaram a prever os efeitos das sanções de suspensão temporária de participação em licitação e de declaração de inidoneidade. Conforme entendimento fixado pela PGE no Parecer n° 98/18, aquela restringe-se à Administração Pública estadual, enquanto esta estende-se a todos os entes da federação. Destaca-se, também, que a cláusula 36.1.4 agora prevê, conforme sugestão realizada, que os lucros cessantes e multas aplicadas deverão ser considerados para fins de reabilitação.

³⁷ Parecer Conjunto n° 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

³⁸ 36.1.3. suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública Estadual do Rio de Janeiro, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

36.1.4. declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública de todas as esferas da federação enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação da CONCESSIONÁRIA perante o ESTADO, que será concedida sempre que a CONCESSIONÁRIA ressarcir o ESTADO pelos prejuízos resultantes, considerando-se além do dano, os lucros cessantes e as multas que lhe forem aplicadas e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base na subcláusula anterior;

No que tange ao item 36.2 e seus subitens, nos quais se trata a gradação das penalidades e os parâmetros observáveis, verifica-se que as alterações realizadas afastaram-se das sugestões realizadas no referido parecer. A título de exemplo, retirou-se da gradação grave a conduta reincidente da concessionária. Dessa forma, reitera-se a necessidade de reformulação dessas cláusulas, consoante orientação esposada no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

Houve a previsão em cláusula independente (36.3) de que a aplicação de qualquer penalidade não exime a concessionária de regularizar as obrigações em que esteja inadimplente. Veja-se que, embora tal dever decorra do próprio contrato, a disposição expressa reafirma a transparência e boa-fé contratual.

Quanto às condutas sancionadas por advertência, reitera-se a sugestão de que mais ações e omissões sejam tipificadas a fim de assegurar a segurança jurídica.

A penalidade de multa encontra-se disposta na cláusula 36.5 e subitens, tendo sofrido alterações dos percentuais previstos³⁹. Sobre o tema remete-se às considerações lançadas no parecer conjunto anterior, sem prejuízo do seguinte excerto transcrito:

Reitere-se as observações anteriormente feitas: (i) necessidade de avaliar ou mesmo atestar se os percentuais definidos conferem o enforcement e os incentivos ao cumprimento das obrigações contratuais, bem como se os indicadores de desempenho cumprem essa função e em que medida; (ii) estabelecer a distinção e as hipóteses de cabimento entre multa moratória, multa compensatória e multa administrativa, porquanto as suas premissas e finalidades são substancialmente distintas; (iii) explicitar outras condutas, em especial à luz da cláusula 25 que estipula as obrigações da Concessionária, que podem ensejar a aplicação da pena de multa, excetuadas aquelas já previstas no Anexo de Indicadores de Desempenho.

Tal como na minuta do contrato licitada na concorrência internacional nº 01/20, a minuta em tela prevê:

36.6. para fins de apuração de infrações administrativas, nos termos da legislação aplicável, as metas de universalização, de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento serão verificadas anualmente pela AGÊNCIA REGULADORA, observando-se o intervalo dos últimos 5 (cinco) anos, nos quais as metas deverão ter sido cumpridas em, pelo menos, 3 (três) anos de maneira ininterrupta ou intervalada.

36.6.1. A primeira verificação de que trata a subcláusula acima deverá ser realizada ao término do quinto ano de vigência do CONTRATO.

36.6.2. Na hipótese de não atendimento das metas previstas nos termos da subcláusula 35.6 a AGÊNCIA REGULADORA instaurará procedimento administrativo com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas relativas às medidas sancionatórias, com eventual comunicação ao ESTADO para declaração de caducidade da CONCESSÃO, quando for o caso, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa pela CONCESSIONÁRIA.

³⁹ Em alguns casos, houve a diminuição do percentual, tal como na cláusula 36.5.6 e, em outros a estipulação de patamares mínimo e máximo (cláusula 36.5.1).

36.6.3. A apuração das infrações administrativas previstas na subcláusula 36.6 será feita por meio da análise dos INDICADORES DE DESEMPENHO previstos no ANEXO III, especificamente por meio da verificação de correlação entre as metas descritas na referida subcláusula com o Índice de Atendimento Urbano de Água-IAA, Índice de Atendimento Urbano de Esgoto-IAE, Índice de Descontinuidade do Abastecimento de Água-IDA, Índice de Perdas na Distribuição-IPD e o Índice de Eficiência e Melhoria do Tratamento de Esgoto-IQE, respectivamente, em cada Município.

As cláusulas acima transcritas informam o procedimento a ser adotado para apuração das metas de universalização e afins constantes tanto nesse contrato como no anexo III. Trata-se de disposição salutar, eis que representa reforço no *enforcement* para o atingimento das metas contratuais e legais, as quais já se encontram no limite do prazo estabelecido.

Quanto à cláusula 36.7, reitera-se: “Não nos parece conflitante a incidência da multa com a aplicação do redutor da receita tarifária, razão pela qual sugere-se a adequação, já que as metas e indicadores de desempenho são o principal objeto da concessão, devendo ser duplamente reforçado o seu *enforcement*.”

As subcláusulas 36.11 a 36.16 tratam do procedimento para aplicação das penalidades. Trata-se de regramento de extrema relevância e que deve estar conectado aos princípios que informam o Direito Administrativo Sancionador, notadamente a motivação, proporcionalidade, ampla defesa e contraditório. Nesse sentido, sem prejuízo da modificação a seguir elencada, remete-se às considerações teóricas e sugestões lançadas no parecer conjunto anterior.

Devem ser lembradas as preocupações já manifestadas por esta PGE no sentido do possível baixo *enforcement* das sanções aplicáveis. Normalmente as sanções são criticadas por serem desproporcionais no sentido de excessivamente rigorosas; porém, no caso, talvez elas sejam desproporcionais por serem excessivamente suaves: por exemplo, ao prever que as infrações não dolosas não podem ser consideradas graves, de maneira que, ilustrativamente, a suspensão do fornecimento de água em toda a área da concessão por dias, se não tiver sido proposital, não poderá ser considerado um fato grave.

Em relação à minuta analisada naquela oportunidade, a cláusula 36.13.1 e 36.13.2 trazem os percentuais de redução dos valores autuados quando, respectivamente, não houver discussão administrativa ou não for interposto recurso. Considerando que a margem de redução foi elevada (40% para 10%; 25% para 5%), recomenda-se que seja avaliado pelo setor técnico competente a compatibilidade com os fatores contingentes (prazo, receita, energia dispensada, etc).

Por fim, considerando as sugestões lançadas no parecer multimencionado, houve a inserção das subcláusulas 36.19, 36.20 e 36.21, com respectivos subitens, oportunidade em que foram tratados as circunstâncias atenuantes, agravantes e especificada a sanção de declaração de inidoneidade. Tais alterações trouxeram maior tipicidade às previsões sancionatórias, emprestando maior segurança jurídica aos contratantes. Nesse sentido e a título de ilustração, transcreve-se o teor das cláusulas em tela:

36.19. Para fins de dosimetria das penalidades são consideradas circunstâncias atenuantes, quando devidamente comprovado:

36.19.1. O reconhecimento pela CONCESSIONÁRIA, no prazo para apresentação da defesa, do descumprimento da obrigação contratual objeto da apuração, devendo reduzir em 5% (cinco por cento) o valor da multa;

36.19.2. O concurso de agentes externos para o descumprimento, que tenha influência no resultado produzido, devendo reduzir em 3% (quinze por cento) o valor da multa;

36.19.3. A execução de medidas espontâneas pela CONCESSIONÁRIA, resultando na cessação da infração e recomposição dos danos cometidos, no prazo para apresentação da defesa, devendo reduzir em 10% (dez por cento) o valor da multa; e,

36.19.4. A inexistência de infrações, definitivamente julgadas, praticadas nos últimos 05 (cinco) anos, devendo reduzir em 5% (cinco por cento) o valor da multa.

36.20. Para fins de dosimetria das penalidades são consideradas circunstâncias agravantes, quando devidamente comprovado:

36.20.1. Ter a infração sido cometida mediante fraude ou má-fé da CONCESSIONÁRIA, devendo incidir em 30% (trinta por cento) sobre o valor da multa;

36.20.2. Não adoção de medidas alternativas e/ou mitigadoras, no prazo e nos termos recomendados pela AGÊNCIA REGULADORA, devendo incidir em 20% (vinte por cento) sobre o valor da multa;

36.20.3. Praticar infração para facilitar ou assegurar proveito econômico à CONCESSIONÁRIA ou a terceiros por ela indicados;

36.20.4. A reincidência específica da CONCESSIONÁRIA no cometimento da infração nos últimos 05 (cinco) anos, devendo incidir em 5% (cinco por cento) sobre o valor da multa.

36.21. A declaração de inidoneidade deve ser aplicada, cumulativamente com a sanção de multa, a quem tenha praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos desse CONTRATO.

36.21.1. O prazo de vigência da declaração de inidoneidade não deve ser superior a 5 (cinco) anos, contado do recebimento da intimação da decisão administrativa da qual não caiba mais recurso.

36.21.2. A sanção de declaração de inidoneidade aplica-se também aos administradores e aos sócios controladores da CONCESSIONÁRIA, quando praticarem atos com excesso de poder, abuso de direito ou infração à lei, contrato social ou estatutos, bem como na dissolução irregular da sociedade de propósito específico.

Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB Nada obstante os comentários acima, reiteram-se as demais recomendações realizadas pelo Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

Cláusula 37 – INTERVENÇÃO

Conforme sugestões exaradas no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, houve a previsão de rol exemplificativo de hipóteses que ensejam a intervenção da concessão, bem como a previsão de prazo para a Concessionária sanar as regularidades indicadas antes da intervenção, como se destaca, *in verbis*:

37.2. A intervenção será instituída mediante edição de Decreto pelo Chefe do Poder Executivo Estadual, devendo haver a consulta prévia ao CONSELHO DE TITULARES, desde que ocorrida uma das seguintes hipóteses:

37.2.1. Interrupção, total ou parcial, da prestação dos SERVIÇOS objeto deste CONTRATO pela CONCESSIONÁRIA, pelo prazo superior a 30 (trinta) dias e desde que não se trate de interrupções programadas ou justificadas;

37.2.2. Falhas no cumprimento das obrigações da CONCESSÃO pela CONCESSIONÁRIA que ofereçam riscos à saúde e à segurança dos USUÁRIOS, ou que ofereçam risco iminente ao meio ambiente;

37.2.3. Reiterados descumprimentos das obrigações relevantes deste CONTRATO pela CONCESSIONÁRIA que afetem a prestação dos SERVIÇOS; ou

37.2.4. Utilização da infraestrutura da CONCESSÃO pela CONCESSIONÁRIA para fins ilícitos.

37.3. O descumprimento pela CONCESSIONÁRIA de obrigações contratuais de caráter meramente financeiro e que não comprometam a segurança, a regularidade, e a adequação técnica da prestação dos SERVIÇOS não ensejam intervenção.

37.4. Verificando-se qualquer situação que possa ensejar a intervenção na CONCESSÃO, a AGÊNCIA REGULADORA deverá notificar a CONCESSIONÁRIA para, no prazo que lhe for fixado, sanar as irregularidades indicadas, sem prejuízo da aplicação das penalidades incidentes.

Tais alterações, embora não afastem a discricionariedade administrativa, emprestam um patamar de mínimo de condutas consideradas graves e aptas a ensejar a medida drástica em tela. Todavia, não se mostra apropriada a exclusão prévia *tout court* feita pela cláusula 37.3 da minuta de infrações financeiras como possíveis ensejadoras da intervenção, já que, a depender do caso concreto, pode ser configurada gravidade suficiente para tanto.

Destaca-se, por fim, que a cláusula foi alterada para constar a necessidade de consulta prévia do Conselho dos Titulares. Essa previsão é salutar diante do papel que o Estado exerce de representante dos titulares do serviço, conforme amplamente tratado anteriormente.

Cláusula 38 – CASOS DE EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

A cláusula 38 trata das hipóteses de extinção da concessão.

Houve a inclusão da subcláusula 38.1.2, que se refere à hipótese de “caso fortuito ou força maior”, atendendo à recomendação do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB. Isso porque, embora não previsto no art. 35 da Lei nº 8.987/95, o caso fortuito e a força maior têm o condão de extinguir relações contratuais, conforme se infere do art. 78, XVII, da Lei nº 8.666/93 e do art. 393 do Código Civil.

Também foi atendida a sugestão do Parecer supramencionado, no que se refere aos poderes do Estado, como delegatário do Poder Concedente, em virtude da consequência da extinção, constante na subcláusula 38.7:

38.7. Extinta a CONCESSÃO, o ESTADO poderá:

38.7.1. assumir direta ou indiretamente a prestação do SERVIÇO, na qualidade de representante dos titulares;

38.7.2. ocupar e utilizar os locais, instalações equipamentos e materiais e valer-se de pessoal empregado na prestação dos SERVIÇOS necessário à continuidade;

38.7.3. aplicar as penalidades cabíveis, a depender da modalidade de extinção;

38.7.4. reter e executar a garantia de execução, para fins de recebimento de multas administrativas e ressarcimento de prejuízo causados pela CONCESSIONÁRIA;

38.7.5. manter, sempre que possível, os contratos firmados pela CONCESSIONÁRIA com terceiros pelo prazo e nas condições inicialmente ajustadas, respondendo os terceiros pelos prejuízos decorrentes do não cumprimento das obrigações assumidas.

38.8. Em qualquer hipótese de extinção do CONTRATO e havendo viabilidade jurídica para tanto, à luz da legislação vigente à época, o ESTADO poderá demandar que a CONCESSIONÁRIA continue realizando a prestação dos SERVIÇOS até que finalizada a licitação para contratação de nova concessionária e a nova concessionária esteja apta a assumir os SERVIÇOS, preservado o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

Nesse ponto, sugere-se alterar a redação da subcláusula 38.7, deixando claro que o Estado, além de ser representante dos titulares dos serviços exerce o papel de organização e gerenciamento da prestação do serviço, não se tratando de Poder Concedente, uma vez que não é titular do serviço.

Quanto às demais subcláusulas, em razão de serem idênticas às que foram objeto de análise do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, reiteram-se as sugestões lançadas naquela ocasião.

Cláusula 39 – ADVENTO DO TERMO CONTRATUAL

Conforme sugestão lançada no referido parecer, retirou-se a menção à cláusula 15.2 da redação da subcláusula 39.5, eis que não havia relação válida entre elas.

Comparando-se à minuta analisada pelo parecer mencionado, houve a inserção das seguintes cláusulas:

39.8. A CONCESSIONÁRIA deverá, com antecedência de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias antes do advento contratual, apresentar Programa de Desmobilização Operacional com a proposta de procedimentos para a assunção da operação pelos titulares dos SERVIÇOS ou por uma nova concessionária.

39.9. No curso do procedimento de advento do termo contratual, a CONCESSIONÁRIA obriga-se a cooperar com o ESTADO, para manter a prestação do SERVIÇO adequada e ininterrupta até a transferência do SISTEMA aos titulares dos SERVIÇOS.

Essas cláusulas lidam com as obrigações que a concessionária deve observar por ocasião do advento do prazo contratual. A primeira mostra-se consentânea com a boa-fé objetiva e com o princípio da transparência, arrefecendo a possibilidade de que os usuários sejam prejudicados nesse interim. A segunda refere-se à obrigação assumida pela concessionária, com o mesmo fim identificado acima. Todavia, a adequada preocupação da cláusula 39.9 deve ser acompanhada também dos instrumentos, precauções e medidas concretas para que seu objetivo seja alcançado para além de uma mera previsão genérica principiológica de cooperação.

Cláusula 40 – ENCAMPAÇÃO

A cláusula 40, ao disciplinar a encampação da concessão, traz duas novas previsões, que não constavam na redação original do Contrato de Concessão de todos os blocos:

40.2.2. Valores contabilizados pelo recebimento da OUTORGA FIXA, ainda não amortizados.

40.2.2.1. Estes valores de que trata a subcláusula 40.2.2 deverão ser amortizados de forma linear considerando o prazo residual de CONTRATO, em observância às regras de atualização monetária referentes aos reajustes tarifários previstas neste CONTRATO;

Cláusula 42 - RESCISÃO

Ao disciplinar a rescisão, as subcláusulas 42.1 e 42.2, respectivamente, trazem expressa referência ao disposto no artigo 39 da Lei nº 8.987/95 e à possibilidade de rescisão bilateral por distrato, seguindo sugestões realizadas no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

A subcláusula 42.3.1 não encontra correspondente na minuta do Contrato de Concessão de todos os blocos, mas encontra correspondência em sua versão final:

42.3.1. Valores contabilizados pelo recebimento da OUTORGA FIXA ainda não amortizados somente deverão ser considerados no cálculo da indenização quando a rescisão ocorrer por responsabilidade exclusiva do ESTADO.

Cláusula 43 – ANULAÇÃO

A subcláusula 43.4, ao tratar a indenização decorrente de anulação da concessão, traz previsão que não constava na minuta originária do Contrato de Concessão de todos os blocos:

43.4. A indenização a que se refere a subcláusula 43.3 acima será paga previamente à retomada dos SERVIÇOS e da assunção dos BENS REVERSÍVEIS, desde que não haja comprovada má-fé ou dolo da CONCESSIONÁRIA.

Embora não haja previsão legal quanto ao momento do pagamento da indenização no caso de anulação, nada obsta que seja definido consensualmente. A única ressalva é a trazida no bojo da cláusula supra, uma vez que a concessionária estaria se beneficiando da própria torpeza caso fosse indenizada em situação afim.

Acrescenta-se que a minuta deste parecer excluiu as previsões que constavam nas subcláusulas 44.5 e 44.7 do Contrato de Concessão supramencionado, seguindo orientação do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB:

A subcláusula 44.5 dispõe que até que seja efetuado o pagamento integral da indenização devida pelo Estado e até que seja finalizada a licitação para nova contratação, a Concessionária deverá continuar a prestar os serviços, preservado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Não obstante o objetivo seja a continuidade do serviço, a hipótese parece ensejar a prestação do serviço sem cobertura contratual válida, vulnerando o princípio da licitação. O ponto deve ser melhor esclarecido e justificado (cf, também supra).

A subcláusula 44.7 estabelece que eventuais conflitos decorrentes da aplicação do disposto na cláusula poderão ser dirimidos por meio do mecanismo de solução de controvérsia previsto na Cláusula 49 e 50, valendo aqui os mesmos comentários apresentados por ocasião da subcláusula 40.8, com a recomendação da sua supressão.

Quanto às demais subcláusulas, em razão de serem idênticas às que foram objeto de análise do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, reiteram-se as sugestões lançadas naquela ocasião.

Cláusula 44 – FALÊNCIA OU EXTINÇÃO DA CONCESSIONÁRIA

Na minuta em análise, houve a inclusão da parte final (grifada) da subcláusula 44.1 e da subcláusula 44.2.1:

44.1. A CONCESSÃO poderá ser extinta caso a CONCESSIONÁRIA tenha a sua falência decretada, ou no caso de extinção da CONCESSIONÁRIA ou, ainda, em caso de recuperação judicial que comprovadamente prejudique a execução do CONTRATO.

44.2.1. Na hipótese de extinção da CONCESSIONÁRIA ou de qualquer de seus acionistas por decretação de falência fraudulenta ou dissolução por deliberação de seus acionistas, aplicar-se-ão as mesmas disposições referentes à caducidade da CONCESSÃO, com a instauração do devido processo administrativo para apuração do efetivo prejuízo e determinação das sanções aplicáveis.

A previsão constante na primeira cláusula transcrita mostra-se importantíssima diante da crise econômica ora vivenciada, cujos efeitos já foram sentidos em outras delegações de serviços públicos, tal como o caso da SUPERVIA.

Já a segunda cláusula colacionada encontra seu fundamento na boa-fé objetiva, não sendo possível privilegiar ações contrárias aos princípios administrativos.

Cláusula 45 – REVERSÃO DOS BENS REVERSÍVEIS

A cláusula 45 traz a disciplina da reversão dos bens reversíveis, sem mencionar nesse ponto a reversão de bens vinculados. Parece, assim, atender à sugestão feita pelo referido parecer de que devem ser excluídos da reversão os bens privados da concessionária.

Vale ressaltar que referida cláusula deve ser lida em conjunto com a subcláusula 1.1.8 da minuta de contrato:

1.1.8. BENS REVERSÍVEIS: conjunto de bens móveis e imóveis, englobando instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios integrantes dos sistemas de água e esgoto existentes, objeto da CONCESSÃO, essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, que será transferido à CONCESSIONÁRIA, bem como os demais bens essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA que vierem a ser adquiridos e/ou construídos pela CONCESSIONÁRIA, e que reverterão aos titulares dos SERVIÇOS, por intermédio do ESTADO, quando da extinção da CONCESSÃO;

A parte final da subcláusula 45.2 (grifado) e as subcláusulas 45.5, 45.10.1, 45.11 e 45.12 não encontram correspondente na versão original do Contrato de Concessão de todos os Blocos:

45.2. Para os fins previstos nesta cláusula, obriga-se a CONCESSIONÁRIA a reverter ao ESTADO os BENS REVERSÍVEIS, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos, devendo estar em condições normais de operacionalidade, utilização e manutenção, ressalvado o normal desgaste resultante do seu uso e operação, de forma a permitir a continuidade da prestação dos SERVIÇOS pelo prazo mínimo adicional de 24 (vinte e quatro) meses, salvo nos casos excepcionais quando tiverem vida útil menor.

45.5. Na hipótese de omissão da AGÊNCIA REGULADORA em relação à realização da vistoria e/ou à emissão do TERMO DE REVERSÃO DO SISTEMA acima citado, caberá à CONCESSIONÁRIA notificar diretamente o ESTADO para realização da vistoria, a ser realizada em até 30 (trinta) dias contados do recebimento da notificação enviada pela CONCESSIONÁRIA.

45.10.1. O PLANO DE TRANSIÇÃO deverá conter a lista atualizada dos BENS REVERSÍVEIS com identificação de sua localização, estado de conservação, eventual licença ambiental correlata e georreferenciamento, dentre outras informações que as PARTES em conjunto com a AGÊNCIA REGULADORA entenderem importantes.

45.11. Comitê com funções semelhantes às previstas nas subcláusulas 1.1.14 e 8.4.1 será constituído, nos termos da subcláusula 50.2 pelas PARTES e pela AGÊNCIA REGULADORA, com vistas a planejar e conduzir o processo de reversão dos BENS REVERSÍVEIS e SISTEMA.

45.12. O ESTADO deverá cientificar o CONSELHO DE TITULARES acerca do PLANO DE TRANSIÇÃO encaminhando ao referido órgão cópia do PLANO DE TRANSIÇÃO, bem como apresentando, mensalmente, relatório sobre a evolução dos trabalhos de transferência dos BENS REVERSÍVEIS e da condução do processo de reversão dos BENS REVERSÍVEIS.

O conteúdo da subcláusula 45.10.1 buscou atender à recomendação do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, estabelecendo parâmetros mínimos do Plano de Transição. No entanto, considerando que o Plano é instrumento bastante relevante (tem por objetivo facilitar a reversão ao Estado dos bens reversíveis), se sugere ainda que sejam definidos outros aspectos operacionais, bem como algumas obrigações entre as partes.

Houve, ainda, modificação dos prazos previstos nas subcláusulas 45.3 (de 180 para 365 dias), 45.4 (de 10 para 60 dias) e 45.10 (de 180 para 300 dias) no entanto, o conteúdo dessas e das demais subcláusulas é idêntico às que foram objeto de análise do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, razão pela qual reiteram-se as sugestões lançadas naquela ocasião.

Cláusula 46 – DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL

A cláusula 46 disciplina os direitos de propriedade industrial e intelectual. O Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB assim tratou do tema:

Dentro de uma sistemática de dever de informação e boa-fé contratual que, ao fim e ao cabo, tem por objetivo a melhor prestação do serviço público concedido, a subcláusula 47.2 determina que a propriedade intelectual detida pelo Estado, parte integrante do Edital e do contrato, será cedida gratuitamente à concessionária para uso exclusivo na concessão durante o seu prazo de vigência. Recomenda-se a previsão de sanção para caso de violação da cláusula.

Cabe anotar que a Cláusula 47 não disciplina acerca da transmissão dos direitos de propriedade intelectual da CEDAE, fazendo referência apenas ao Estado, à Região Metropolitana e aos Municípios. O ponto deve ser avaliado.

A subcláusula 47.3 menciona que o cadastro de usuários utilizado pelo Estado deverá ser cedido gratuitamente à Concessionária, no início da operação do sistema. Esse cadastro será revertido atualizado para o Estado, ao final da concessão.

A disposição contratual está submetida à Lei nº 13.709/2018 – LGPD. Segundo a definição legal do inciso I, do artigo 5º, da Lei nº 13.709/2018, dados pessoais são informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, no caso do Contrato, cita-se como exemplo, nome completo, vinculado ao endereço, CPF, telefone, perfil e horários de consumo. O Estado está autorizado a transferir tais dados com base no inciso III, do artigo 7º, da Lei nº 13.709/2018, sem a necessidade de consentimento pessoal. Com a cessão, é dever do novo controlador - a Concessionária - agir segundo os fundamentos e princípios do referido marco legal, devendo tomar medidas de prevenção de danos, sob pena de responsabilização civil, com base nos artigos 42 e seguintes, da Lei nº 13.709/2018, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil e de sanções administrativas, previstas nos artigos 52 e seguintes da Lei nº 13.709/2018.

Deve também figurar entre as obrigações da Concessionária, a utilização dos dados dos usuários apenas para as finalidades diretas da própria Concessão, vedada a transferência ou permissão de acesso à terceiros e qualquer tipo de utilização dos dados após finda a concessão.

Recomenda-se seja feita referência expressa à LGPD neste tópico porquanto o referido diploma legal define: (i) uma série de direitos para os titulares dos dados pessoais, inclusive, o acesso às informações sobre o tratamento de seus dados e correção dos mesmos, direito de peticionar, entre outros, conforme dispõe o artigo 17 e seguintes, da Lei nº 13.709/2018; (ii) as hipóteses de responsabilização civil e administrativa dos agentes de tratamento de dados; e (iii) boas práticas no tratamento de dados, previstas nos artigos 49 e seguintes, do referido diploma legal.

A minuta do contrato ora analisado, por sua vez, inovou ao trazer duas disposições:

46.2.1. Eventual recusa ou atraso na cessão da propriedade intelectual de que trata a subcláusula anterior que ensejar comprovado dano à OPERAÇÃO DO SISTEMA, poderá ser objeto de reequilíbrio econômico-financeiro.

46.3. O cadastro dos USUÁRIOS utilizado pelo ESTADO, e a ele cedido pela CEDAE, deverá ser cedido gratuitamente à CONCESSIONÁRIA quando do início da OPERAÇÃO DO SISTEMA, sendo posteriormente revertido em sua versão mais atual, ao final da CONCESSÃO, para a ESTADO, observadas as regras previstas na Lei federal nº 13.709/2018.

Assim, atendeu à recomendação do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB quanto à menção da LGPD (Lei nº 13.709/2018). No entanto, não menciona a obrigação da Concessionária em usar os dados dos usuários apenas para as finalidades diretas da própria Concessão, sugerindo-se inserir previsão nesse sentido.

Além disso, ao disciplinar o não cumprimento do dever de cessão da propriedade intelectual, suscita reequilíbrio econômico-financeiro. Seria mais adequada a previsão de sanção para caso de violação desta cláusula, sendo o reequilíbrio econômico-financeiro outra potencial consequência decorrente do descumprimento.

Cláusula 48 – COMITÊ TÉCNICO

Conforme sugestão lançada no parecer conjunto anterior, houve a retirada da previsão sobre o mandato dos membros do comitê em tela. Essa alteração vai ao encontro da natureza do *Dispute Board*, o qual deve ser formado por membros que acompanhem a execução do contrato desde a origem, garantindo soluções mais técnicas, céleres e eficientes, ajustadas ao caso concreto.

Reiteram-se as demais recomendações exaradas naquela oportunidade.

Cláusula 49 – ARBITRAGEM

Houve a inserção da cláusula 49.14, conforme sugestão do parecer anterior, condicionando a escolha pelo Estado da arbitragem à informação e à elaboração do Conselho de Titulares. Considerando que o Estado é o representante dos titulares do serviço concedido, a previsão em tela reafirma essa condição, sobretudo ante a possibilidade de atingimento daqueles.

Cláusula 52 – CONTAGEM DE PRAZOS

A minuta em esboço incluiu a previsão na subcláusula 52.2 de que “os prazos com termo inicial e final em dias de feriado, ponto facultativo estadual e finais de semana, recairão no primeiro dia útil subsequente”. Essa previsão reverbera a disciplina emprestada pelo Código de Processo Civil, inexistindo qualquer óbice a tanto.

4. CONCLUSÃO.

Ante o exposto, concluímos a análise da viabilidade jurídica da Minuta de Contrato de Concessão do denominado “Bloco 03” com as proposições acima expostas, bem como com as constantes do precedente Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

É o que, salvo melhor juízo, nos parece.

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 2021.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Procurador do Estado

GUSTAVO BINENBOJM

Procurador do Estado

P.A. nº SEI-150001/008936/2021

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado,

Na qualidade de membros integrantes do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020¹, encaminhamos o Parecer Conjunto nº 01/2021 – ASA/GUB (SEI 23629884), da lavra dos i. Procuradores do Estado **ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO** e **GUSTAVO BINENBOJM**, que examinaram, a partir da consulta encaminhada pela Secretaria de Estado da Casa Civil (SEI 22458096), a minuta do Contrato de Concessão dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares prestados nos municípios localizados no Bloco 3 (SEI 23008863).

A minuta de contrato é anexo obrigatório do edital de licitação, cuja exame foi empreendido por meio do Parecer Conjunto 01-2021/ARCY-FAG (SEI 23698172) oportunidade na qual foram apresentados, assim como no presente opinamento, diversos alertas, recomendações e condicionantes para apreciação pelas instâncias técnicas e políticas estaduais e, como não poderia deixar de ser, pelo BNDES, responsável pela complexa modelagem do empreendimento.

Destaca-se que o Parecer Conjunto nº 01/2021 – ASA/GUB foi submetido à análise e, portanto, amplamente debatido pelo Grupo de Trabalho. De todo modo, a partir dos debates realizados, houve especial consenso quanto a necessidade de se destacar, ainda que de forma objetiva, alguns pontos sensíveis do Parecer Conjunto nº 01/2021-ASA/GUB, notadamente aqueles em que há sugestão de alteração.

Delineados esses esclarecimentos iniciais, passamos objetivamente aos pontos em relação aos quais vislumbramos especial necessidade de destaque, de modo que o presente encaminhamento será dividido em duas partes: **(i) recomendações gerais**, como premissas que devem informar a compreensão do contrato como um todo; e **(ii) recomendações específicas** sobre temas e cláusulas previstas no contrato de concessão.

RECOMENDAÇÕES GERAIS

De plano, destacamos que as **recomendações gerais** trazidas na manifestação deste Grupo de Trabalho referente ao Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB são plenamente aplicáveis ao presente opinamento. Naquela oportunidade, foi analisada a Minuta de Contrato de Concessão constante do anexo I do Edital de Concorrência Internacional nº 01/20, o qual foi exitoso em relação ao leilão dos blocos 1, 2 e 4, e deserto quanto à licitação do bloco 03. Foram fixadas premissas relevantes ao exame do contrato de concessão, as quais reiteramos integralmente.

Também se destaca, como premissa fundamental, o alerta apresentado pelos pareceristas referente à redação das cláusulas. Nesse sentido, é necessário apontar que a linguagem contratual deve ser objetiva, clara e sem formulações truncadas, considerado que aquilo que está escrito deve corresponder exatamente aos objetivos pretendidos. Por isso, recomendou-se uma revisão geral para que o conteúdo das cláusulas seja adaptado à boa redação contratual.

De forma genérica, também é necessário que os prazos contratualmente previstos sejam viáveis para a realização completa e efetiva daquilo que se pretende, sob pena de sucessivos descumprimentos e as eventuais consequências de medidas intempestivas.

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

RECOMENDAÇÕES ESPECÍFICAS

Como adiantado, todos os pontos a seguir serão destacados sem prejuízo das demais considerações veiculadas no Parecer Conjunto, às quais, na oportunidade, se reporta na integralidade. Destacam-se, sobretudo, as recomendações do Parecer supracitado quanto às cláusulas 8, 12, 13, 27, 29, 30, 32, 33, 35, 36, 48 da minuta do contrato de concessão do Bloco 03, conforme anotado pelos nobres pareceristas.

Para fins didáticos, as considerações serão apresentadas, de forma objetiva, em itens específicos. Vejamos.

1. É necessário que o setor técnico ratifique a exclusão da Cláusula de “Coletor de Tempo Seco”. Diante da inexistência do item 12 do contrato, é preciso adaptar a remissão de cláusulas e subcláusulas no decorrer do contrato e nos seus anexos (subcláusulas 8.12.2, 12.19.3., 13.7.2, 14.3, 15.2.3, 17.6.1, 17.8, 19.2.4, 19.4.1, 1.5, 19.11, 20.1.4, 20.2, 20.3.1, 20.7.11, 22.1.1, 22.2.4, 22.3, 4.1.4, 4.1.8, 26.2, 28.1, 28.3, 28.12, 29.3, 29.4, 31.5, 32.41., 32.4.1.1, 32.4.4, 32.8, 32.10, 33.2.2, 33.2.7, 33.4.3, 36.1.5, 36.5, 41.2.5, 41.7, 42.3, 47.5, 56.1).

2. No que tange às **definições** (cláusula 1) relativas a:

- (i) Área de concessão (subcláusula 1.1.4): é preciso que o setor técnico avalie a limitação da área de concessão às áreas urbanizadas. O opimento sugere, ainda, maior flexibilidade quanto ao conceito de área de concessão;
- (ii) Contrato (subcláusula 1.1.22): é necessário explicitar o papel do Estado no ajuste, qual seja, o de mero representante dos titulares dos serviços, não de Poder Concedente. Embora algumas cláusulas tenham acolhido tal sugestão, várias cláusulas mantêm o mesmo problema.

3. Em relação ao **objeto da concessão** (cláusula 5), recomendou-se que a prestação dos serviços de saneamento também seja realizada nas áreas irregulares. Caso contrário, a meta de universalização do serviço, trazida pelo novo marco regulatório do saneamento, se tornará mera quimera.

4. Quanto ao **valor estimado do contrato** (cláusula 6), é preciso que o setor técnico diligencie o preenchimento ou a definição do valor estimado do contrato, caso isto não tenha sido realizado anteriormente;

5. Na cláusula 9, relativa ao **inventário dos bens reversíveis à concessão**, é recomendável que seja formulada lista prévia de bens reversíveis, preferencialmente anterior à licitação, de modo a evitar divergências. Caso a opção seja pela inexistência de lista prévia de bens reversíveis, deve haver justificativa fundamentada.

6. Em relação às **disposições aplicáveis à concessionária** (cláusula 14), não se justifica a introdução da subcláusula 14.1, que prevê a necessidade de a Concessionária ter sede no município do Rio de Janeiro, à luz do princípio da competitividade. Assim, é recomendável seja suprimida essa exigência. Acrescemos que, caso a opção seja pela manutenção da exigência, que esta seja justificada.

7. A parte final da subcláusula 14.2.1, que versa sobre a **dispensa de anuência prévia do Estado quanto a quaisquer reorganizações societárias e/ou alterações de controle**, deve ter seu teor devidamente esclarecido, bem como seja a redação adaptada nesse sentido, a fim de evitar futuro problema de interpretação.

8. A cláusula 15 trata do **capital social da concessionária**, mas nesta não há previsão quanto aos valores relativos ao capital social da concessionária. Diante disso, o opinamento recomendou que o setor competente diligencie para solucionar sua ausência.

9. Na cláusula 18, que trata dos **contratos com terceiros**, foi introduzida a subcláusula 18.6, que impõe a necessidade de que a política de transações com partes relacionadas seja apresentada em até 180 dias, cuja viabilidade de cumprimento desse prazo deve ser ratificada pelo setor competente.

10. No que tange à **regulação e fiscalização dos serviços** (cláusula 20), recomenda-se a reinserção de cláusula que estabeleça a competência da AGENERSA para *“apurar a responsabilidade dos proprietários ou possuidores dos imóveis que não estejam cumprindo obrigação legal de conexão às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis”*.

- (i) Em relação à subcláusula 20.1.8, entende-se necessária a previsão de que a não observância da normativa exarada pela Agência Nacional de Águas (ANA) seja objeto de decisão robustamente motivada.
- (ii) A remissão realizada na subcláusula 20.8 à Lei Estadual está equivocada, recomendando-se sua retificação para o artigo 19 da Lei Estadual.

11. Quanto aos **direitos e obrigações dos usuários** (cláusula 22), é recomendável a inserção de cláusula que assegure, de forma expressa, todos os direitos aos usuários dos serviços de saneamento básico, tal como apontado nos artigos 5º e 6º da Lei nº. 13.460/2017, com o fim de conferir maior segurança jurídica.

12. No que diz respeito aos **direitos e obrigações do Estado** (cláusula 23), foi inserida a subcláusula 23.2.21, que obriga o Estado a adotar a arbitragem para resolução de conflito de todos os litígios oriundos do Sistema de Fornecimento de Água. É recomendável seja alterada a cláusula para que tenhamos uma cláusula cheia, com todos os pré-requisitos necessários para a instalação das eventuais arbitragens.

- (i) No que tange à subcláusula 23.2.22, que visa a evitar litígios ao determinar ao Estado que facilite a interação entre as partes envolvidas, é necessário que a relação entre concessionária e operadora seja minuciada oportunamente a fim de estabelecer uma modelagem contratual mais segura.
- (ii) Recomenda-se a inserção, na subcláusula 23.1, de disposição prevendo o direito de regresso do Estado em face dos Municípios no caso de responsabilização por condutas ilícitas de entes municipais que porventura venham a ser imputadas ao Estado do Rio de Janeiro.

13. Quanto aos **direitos e obrigações da concessionária** (cláusula 24), é recomendável a inclusão de cláusula com a estipulação do prazo em que se dará o pagamento da outorga variável aos Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, bem como as respectivas cláusulas relativas à penalização e à compensação financeira por atraso de pagamento.

- (i) No que tange ao **verificador independente e indicadores de desempenho** (cláusula 25), recomenda-se a reinserção da subcláusula 26.1.1 da minuta submetida à análise do Parecer Conjunto mencionado. Diante das ousadas metas de ampliação de fornecimento dos serviços públicos concedidos, faz-se

necessário que a agência reguladora acompanhe minuciosamente a execução da expansão a fim de evitar descumprimentos contratuais e legais.

14. Relativamente à **remuneração da concessionária** (cláusula 26), recomenda-se a adequação da subcláusula 26.15.1.1 ao regramento legal, isto é, que sejam suprimidas outras destinações às receitas complementares que extrapolam a previsão legal. Ainda, os serviços complementares previstos na subcláusula 26.15.3 devem ser considerados no cálculo da modicidade tarifária.

15. No que tange à **aplicação dos indicadores de desempenho nas tarifas** (cláusula 28), a subcláusula 28.7 passou a estipular o prazo de 30 (trinta) dias para que a agência reguladora examine e se manifeste sobre as memórias de cálculo. Como os demais prazos constantes na cláusula restaram inalterados, sugere-se sua modificação, sob pena de sucessivos descumprimentos e as eventuais consequências de medidas intempestivas.

16. Sobre a **revisão extraordinária** (cláusula 31), sugere-se a reformulação da cláusula 31.4 para que seu sentido fique mais claro e para que sejam densificadas os excessivamente numerosos conceitos indeterminados que possui.

17. Ponto especialmente relevante é o que trata do **processamento do reequilíbrio econômico-financeiro**, recomendando-se que seja reinserido, na cláusula 34.1, o prazo de 180 (cento e oitenta dias) para que uma parte notificasse a outra e a agência reguladora a partir do conhecimento dos eventos de desequilíbrio, bem como a estipulação de sua natureza e das consequências do descumprimento. É que a estipulação de prazo tende a dar segurança jurídica à interpretação do contrato.

18. É preciso que o Anexo VII seja alterado para constar informações atualizadas.

19. Sobre a **intervenção** (cláusula 37), a subcláusula 37.3 promove a exclusão prévia das infrações financeiras como possíveis ensejadoras da intervenção, a qual não se mostra apropriada, já que, a depender do caso concreto, pode ser configurada gravidade suficiente para tanto.

20. No que tange aos **casos de extinção da concessão** (cláusula 38), sugere-se alterar a redação da subcláusula 38.7, deixando claro que o Estado, além de ser representante dos titulares dos serviços exerce o papel de organização e gerenciamento da prestação do serviço, não se tratando de Poder Concedente, uma vez que não é titular do serviço.

21. Sobre o **advento do termo contratual** (cláusula 39), entende-se que a adequada preocupação da cláusula 39.9 deve ser acompanhada também dos instrumentos, precauções e medidas concretas para que seu objetivo seja alcançado para além de uma mera previsão genérica principiológica de cooperação.

22. Relativamente à **anulação** do contrato de concessão (cláusula 43), nada obsta que seja definido consensualmente o momento do pagamento da indenização no caso de anulação, a despeito da ausência de previsão legal acerca da matéria.

23. No que tange à **reversão dos bens reversíveis** (cláusula 45), a referida cláusula deve ser lida em conjunto com a subcláusula 1.1.8 da minuta de contrato, que elenca a definição de bens reversíveis.

- (i) A subcláusula 45.10.1 estabeleceu parâmetros mínimos do Plano de Transição, atendendo à recomendação do Parecer supracitado. No entanto, sugere-se que

ainda que sejam definidos outros aspectos operacionais, bem como algumas obrigações entre as partes, diante da relevância do dito instrumento.

24. No campo dos direitos de propriedade industrial e intelectual (cláusula 46), é recomendável que seja incluída obrigação da Concessionária em usar dados dos usuários apenas para as finalidades diretas da própria Concessão.

- (i) Apesar da disciplina contratual do não cumprimento do dever de cessão da propriedade intelectual, recomenda-se que o referido descumprimento implique sanção, sendo o reequilíbrio econômico-financeiro outra potencial consequência decorrente do descumprimento.

Três últimos apontamentos se fazem necessários.

O **primeiro apontamento** trata-se de uma **ressalva** quanto à recomendação para supressão da sede da concessionária no Município do Rio de Janeiro, previsto na cláusula 14.1 da minuta do contrato. Segundo os pareceristas, a exigência contratual não se justificaria à luz do princípio da competitividade.

Entretanto, no Parecer conjunto nº 01-21/ARCY-FAG, que examinou a minuta do Edital do Bloco 3, concluiu-se que não havia óbice jurídico para a exigência, sendo inclusive recomendável que a SPE tenha sede no Município do Rio de Janeiro, de modo a favorecer a verificação de regularidade do seu status societário perante a Junta Comercial. **Nesse sentido, deve prevalecer o entendimento adotado no Parecer conjunto nº 01-21/ARCY-FAG**, não se vislumbrando que a exigência, no momento da celebração do contrato e com o conhecimento prévio de todos os licitantes, viole o princípio da competitividade.

O **segundo apontamento** refere-se à coordenação, articulação e governação entre o novo contrato a ser celebrado após a licitação do Bloco 03 com as concessões pré-existentes do serviço de esgotamento sanitário na AP-5 e no Município de Rio das Ostras, **a justificar uma explicitação do papel e da competência da AGENERSA na regulação das distintas concessões, tudo com vistas a aumentar a segurança jurídica ex post na execução dos contratos.**

Essa competência da AGENERSA pode ser destacada, por exemplo, ao final da cláusula 24.1.11². A referida cláusula estabelece como direito de a concessionária interagir com a operadora dos serviços de esgotamento sanitário da AP-5 com vistas a eventuais aprimoramentos dos ajustes e acordos relativos à gestão comercial. Em consonância com essa disposição contratual, seria possível incluir a possibilidade de a concessionária recorrer à AGENERSA para compor eventuais conflitos decorrentes da relação com a concessionária de esgotamento sanitário da AP-5.

O **terceiro apontamento** diz respeito à ausência de lista de bens reversíveis, tema extremamente sensível e que deve ser objeto de averiguação antes da publicação do edital. A cláusula 9.1 do Contrato não faz remissão a qualquer lista prévia de tais bens reversíveis. Como bem destacado pelos pareceristas, é necessária uma lista prévia desses bens, preferencialmente anterior à licitação, o que, certamente, incrementará a segurança jurídica e evitará controvérsias ex post.

² 24. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

(...)

24.1.11. Interagir com a operadora dos serviços de esgotamento sanitário da AP-5 com vistas a eventuais aprimoramentos dos ajustes e acordos relativos à gestão comercial.

Feitos os apontamentos acima, o Grupo de Trabalho reitera todas as demais conclusões e recomendações formalizadas no pronunciamento.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 28 de outubro de 2021

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK

Procurador do Estado

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Procurador do Estado

HENRIQUE BASTOS ROCHA

Procurador do Estado

JOSÉ CARLOS TAVARES DE MORAES SARMENTO

Procurador do Estado

NATHALIE CARVALHO GIORDANO MACEDO

Procurador do Estado

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS

Procurador do Estado

THIAGO CARDOSO ARAÚJO

Procurador do Estado

VISTO

SEI -150001/008936/2021

Visto. **APROVO** o *Parecer Conjunto nº 01/2021-ARCY-FAG*, de autoria dos ii. Procuradores do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO e FLÁVIO AMARAL GARCIA (23698172), bem como o *Parecer Conjunto nº 01/2021-ASA/GUB*, da lavra dos ii. Procuradores do Estado ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO e GUSTAVO BINENBOJM (23629884), da d. Procuradoria-Administrativa (PG-17), **acrescidos das considerações do i. Grupo de Trabalho** instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020(24400443e 24281479, respectivamente), que examinam, respectivamente, a minuta do Edital de Concorrência Internacional para concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares e a minuta do Contrato de Concessão, relativamente aos Municípios localizados no Bloco 3.

Chancelam-se, pois, as conclusões do *Parecer Conjunto nº 01/2021-ARCY-FAG* (23698172), cujos pontos mercedores de destaque foram assim sintetizados pelo d. Grupo de Trabalho (24400443):

1. Cuida-se de desdobramento da Concorrência Internacional nº 01/20, que visava a implementar o projeto de desestatização do serviço de saneamento básico dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro, que se deu por meio de prestação regionalizada dividida em quatro blocos. Conquanto deserta, na oportunidade, a licitação relativamente ao Bloco 3, restou amplamente exitoso o certame quanto aos demais.
2. Em virtude de tamanho êxito, está justificada a reprodução, com as necessárias adaptações, do modelo anteriormente utilizado, de modo que se mantêm pertinentes e aplicáveis as considerações do *Parecer Conjunto nº 01/2020-ARCY-FAG*, sendo recomendada a leitura conjunta deste com os Pareceres que ora se aprovam.
3. Reitera-se o entendimento consolidado desta Procuradoria Geral do Estado no sentido de que a titularidade do serviço em a preço pertence à Região Metropolitana e aos Municípios não metropolitanos.
4. A inclusão, no Bloco 3, dos Municípios de Bom Jardim, Bom Jesus de Itabapoana, Carapebus, Carmo, Itaperuna, Macacu, Natividade, Rio das Ostras, São Fidélis, São José de Ubá, Seropédica, Trajano de Moraes e Vassouras – mantidos os Municípios de Itaguaí, Paracambi, Pinheiral, Rio Claro, Seropédica e os bairros do Município do Rio de Janeiro integrantes da Área de Planejamento 5 (“AP-5”) – adiciona complexidade ao projeto, que deve ser refletida na modelagem do Edital e do Contrato, sempre juízo da reavaliação dos mecanismos de incentivos e de cumprimento de metas contratuais eventualmente decorrentes da anterior licitação deserta. Nessa ordem de ideias, tais inovações trazidas na minuta devem ser objeto das necessárias justificativas e de motivação técnica no respectivo processo administrativo.
 - o Ainda nesse tópico, impõe-se considerar a convivência entre o leilão e as concessões pré-existentes do serviço de esgotamento sanitário no Município de Rio das Ostras e na AP-5 – esta última contratada com base no Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações previamente analisado por esta PGE. Como observado pelos nobres pareceristas, exige a segurança jurídica que tais instrumentos sejam preservados, o que demanda serem esclarecidos os serviços que serão efetivamente prestados pela CEDAE e quais serão imediatamente assumidos pela licitante vencedora na área da concessão. Recomenda-se, ainda, a uniformização dos termos utilizados no Edital e no Anexo IV.
5. O processo administrativo reclama reforço da instrução, justificativas e esclarecimentos necessários que iluminem as principais modificações em relação à licitação anterior e os aspectos substanciais da alteração da modelagem econômico-financeira (esta ainda não

concluída), assinalando-se que a minuta ainda não reflete considerações ou modificações decorrentes das audiências e consultas públicas.

6. A sistemática da estrutura da remuneração, modificada em relação ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/20, apresentou justificativa em Notas Técnicas constantes deste processo SEI. No entanto, ainda permanece necessário esclarecer quanto ao valor da remuneração fixa indicado, além da incompatibilidade entre as alíquotas presentes na minuta do Edital e no Contrato BNDES em relação ao cálculo da remuneração variável.

Por seu turno, também são aprovados os termos do *Parecer Conjunto nº 01/2021-ASA/GUB* (23629884), cujos pontos de maior relevo foram sintetizados pelo Grupo de Trabalho nos seguintes termos (24281479):

1. Como recomendações gerais, reiteram-se aquelas já feitas pelo d. Grupo de Trabalho relativamente ao *Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB*, inclusive quanto a uma revisão geral da redação das cláusulas contratuais – em favor da clareza e da objetividade –, bem como quanto à viabilidade dos prazos contratuais.
2. Como recomendações específicas, orienta-se que sejam observadas todas as considerações dos nobres pareceristas relativamente às cláusulas 8, 12, 13, 27, 29, 30, 32, 33, 35, 36, 48 da minuta do contrato de concessão do Bloco 03 e, ainda, aquelas explicitamente assinaladas pelo Grupo de Trabalho.
3. Finalmente, ficam igualmente placitados os apontamentos feitos pelo d. Grupo de Trabalho ao final de sua manifestação, quais sejam:
 - Como **ressalva** ao *Parecer Conjunto nº 01/2021-ASA/GUB*, deve prevalecer o entendimento consignado no *Parecer Conjunto nº 01/2021-ARCY-FAG*, no sentido da **inexistência de óbice jurídico para que se exija a sede da concessionária no Município do Rio de Janeiro** (tal como previsto na cláusula 14.1 da minuta do contrato). Ao revés, tal exigência não viola o princípio da competitividade - porquanto impositivo apenas no momento da celebração do contrato e previamente conhecida de todos os licitantes, favorecendo, ademais, a verificação da regularidade da SPE perante a Junta Comercial.
 - A necessidade de coordenação, articulação e governação entre o novo contrato e as concessões pré-existentes na AP-5 e no Município de Rio das Ostras justificam a explicitação do papel e da competência da AGENERSA na regulação das distintas concessões, admitindo-se que se inclua a previsão da possibilidade de a concessionária recorrer à Agência Reguladora para a composição de eventuais conflitos decorrentes da relação com a concessionária da AP-5.
 - Com vistas ao incremento da segurança jurídica, deve ser verificada a questão dos bens reversíveis antes da publicação do edital, porquanto ausente da cláusula 9.1 da minuta do contrato qualquer remissão a uma lista prévia. Recomenda-se a elaboração de tal lista, preferencialmente antes da licitação.

À Secretaria de Estado da Casa Civil, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 05 de novembro de 2021

BRUNO DUBEUX

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Parecer nº 03/2019 – ARCY – André Rodrigues Cyrino

P.A. nº E-14/001.009319/19

EMENTA.

Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Lei Complementar nº 184/2018. Criação de autarquia em regime especial. Viabilidade jurídica. Fixação de mandato dos diretores. Criação de Procuradoria Mista. Fixação do regimento interno do Instituto Rio Metr pole. Possibilidade de município não integrante da Região Metropolitana se beneficiar de alguns de seus serviços. Participa o dos entes. Peso do voto. Interpreta o sistemática do art. 10, *caput* e incisos *c/c* §3 .

Ao Ilmo. Subprocurador Geral do Estado,

Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves,

1. Relatório e consulta.

Trata-se de processo administrativo encaminhado a esta Procuradoria especializada para análise de questões jurídicas decorrentes da Lei Complementar não 184/2018, a qual *dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro*. Em primeiro lugar, formula indaga o geral acerca da viabilidade jurídica da cria o do “Instituto Rio Metr pole” como autarquia especial e órgão executivo das decisões do Conselho Deliberativo (CD) da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RM-RJ, ou RM). Em segundo lugar, questiona, de maneira mais específica, sobre a viabilidade jurídica de determinadas previsões da LC não 184/2018.

Tais d vidas inauguram o presente processo administrativo e foram acrescentadas de mais uma, a pedido, durante reunião realizada em 18.3.2019. Cada uma das questões   respondida pontualmente abaixo. São elas:

- a)   possível estabelecer mandato de quatro anos para os Diretores da autarquia criada pela LC não 184/2018?
- b)   lícita a cria o de uma procuradoria mista composta por Procuradores do Estado e Procuradores municipais das carreiras integrantes dos Municípios integrantes da RM e um Procurador-Geral nomeado dentre eles?
- c) O regimento interno do Instituto Rio Metr pole (autarquia especial) pode ser definido por Decreto, ou deve, necessariamente, ser fixado por ato interno de seu Conselho Deliberativo?

d) É possível que algum Município não integrante da Região Metropolitana se beneficie de alguns dos serviços de natureza metropolitana? Em que condição?

e) Como interpretar o art. 10, *caput* e incisos em face do § 3º do mesmo art. 10, o qual autoriza que o aporte de recursos pode modificar, proporcionalmente, o peso de participação do ente interessado?

O processo foi instruído com a íntegra da Lei Complementar nº 184/2018 (fls. 04/20), seguida do Parecer nº 02/15-RTAM-PG-2 e da Promoção nº 01/15-RTAM-PG-2, ambos lavrados pelo Ilmo. Procurador do Estado, Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, o qual se manifesta, nas duas ocasiões, acerca do Projeto de Lei Complementar Estadual do qual adveio posteriormente a LC nº 184/2018.

2. A viabilidade de criação da autarquia especial.

Primeiramente, abordo o questionamento acerca da viabilidade jurídica da criação do Instituto Rio Metr pole na qualidade de autarquia em regime especial e órgão executivo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Como se observa, a LC n  184/2018 traz inova o legislativa, conferindo desenho institucional inédito   Região Metropolitana do Rio de Janeiro, o que se deu como resposta ao decidido na ADIN n  1.842, na qual o STF invalidou dispositivos da legisla o anterior.

Ponto sensível do novo desenho, como explicitado no Parecer n  02/15-RTAM-PG-2,   a governança da RM-RJ¹. Não   possível, em linha com o STF, o domínio estadual sobre todos os órgãos da RM. Daí a necessidade de um desenho inovador. *In casu*, isso se deu com a cria o de um Conselho Deliberativo com participa o de todos os entes integrantes da RM, segundo pesos relativos, o qual indica como a autarquia especial (Instituto Reio Metr pole) deverá agir. O CD não possui personalidade jurídica, mas tem autoridade sobre a autarquia especial, que, por sua vez, integra a Administra o Pública do Estado do Rio de Janeiro apenas para fins organizacionais, sabendo-se que quem dita seus rumos   o CD, o que  , ainda, potencializado pelo distanciamento político dos seus dirigentes que possuem mandatos fixos.

O Parecer esclarece que a op o de conferir ao órgão executivo a forma de autarquia em regime especial integrante da Administra o Pública Estadual se deu com objetivo de contornar as dificuldades práticas que envolvem a cria o de um Consórcio Público interfederativo, com o óbice de repassar o custo majoritário de sua manuten o ao Estado do Rio de Janeiro².

¹ Nas palavras do i. Procurador Rodrigo Mascarenhas:

“Certamente a governança da RM   a questão mais delicada do ponto de vista constitucional. Há que se estabelecer um órgão mais político com caráter deliberativo e outro com caráter mais executivo. Este esquema, a rigor,   o atualmente previsto pela Constitui o do Estado e pela LC 87. (Fls.4/ §17)

O que o STF considerou inconstitucional, na verdade, foi o fato de o Estado ter completo domínio de ambos os  rg os. (Fls.4/ §18)

Para evitar essa inconstitucionalidade manteve-se um órgão deliberativo, denominado Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, doravante “CD”, colegiado, formado pelo governador e pelos prefeitos dos municípios integrantes da Região Metropolitana. (Fls.4/ §19)

(...) Assim, a partir da sugestão – que nos pareceu bastante inovadora – do Procurador Emerson Barbosa, concebemos que **o órgão executivo seria uma autarquia estadual (...). “Estadual” mas formal e expressamente vinculada ao CD. Ou seja, uma autarquia que integra a administra o pública do Estado apenas para fins organizacionais e administrativos, mas que recebe ordens do CD e que, na verdade, tem como única fun o institucional “executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como prestar-lhe todo o suporte necessário ao exercício de suas atribui es” (...).** (fls.5/ §27)”

² Nas palavras do parecerista: “A soluço ‘teoricamente ideal’ seria a forma o de um consórcio. Mas a atual RM do Rio de Janeiro tem 22 entes. Fazer com que todos estes entes entrem voluntariamente num consórcio, com todas suas exigências formais, nos

Entendo que o desenho institucional conferido ao Órgão Executivo insere-se num âmbito de discricionariedade legislativa, balizada pelo regime federativo, conforme entendido pelo STF. O que é fundamental, em harmonia com o que determinado pela Corte Suprema, é a garantia da pluralidade da composição do órgão deliberativo da RM e a isonomia do poder de voto de cada ente integrante, de modo a que não haja indevido domínio da vontade da Administração estadual nas escolhas do organismo que personifique a RM. Embora não se exija paridade nesse processo deliberativo, requer-se desenho institucional que garanta voz de acordo com critérios razoáveis.

No caso da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, esses requisitos estão, em tese³, presentes na relação entre o Instituto Rio Metr pole e o Conselho Deliberativo. Garante-se a pluralidade mediante a participa o de todos os entes integrantes da RM no Conselho Deliberativo (art. 10). O CD toma as decisões relativas aos assuntos de competência da RM, as quais serão seguidas pelo Instituto Rio Metr pole. O Instituto, por sua vez, conquanto integre, formalmente, a Administra o Pública do Estado do Rio de Janeiro, do ponto de vista material, submete-se ao decidido pelo CD, o que promove o equilíbrio federativo quanto aos rumos da autarquia. Ademais, o instituto goza de autonomia reforçada em rela o   Administra o central, o que cria prote es importantes para que o mesmo não sofra interferências políticas ou excesso domínio estadual.

Veja-se que a autonomia em rela o   Administra o direta do Estado resulta não exclusivamente de previsão em cláusula geral que estabeleça um caráter *especial*   autarquia (art. 13 , *caput* e  3 ), mas do próprio desenho institucional conferido, pela Lei Complementar,   entidade, com destaque para as normas que determinam que: (i) o Governador não possui comando hierárquico sobre o pessoal e o serviço, e sim o Presidente do Instituto, conforme insculpido no art. 15, *caput*;⁴ (ii) os integrantes da Diretoria possuem um grau mínimo de estabilidade no cargo, tendo em vista a existência de mandato fixo de 4 anos e a veda o   exonera o *ad nutum*, cabendo esta apenas nas hipóteses taxativas do art. 24,  4 ⁵; e (iii) previu-se a constitui o de um Fundo próprio para financiamento do instituto, vinculado ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (art. 20).

  com esse desenho que se estabelece um regime de autonomia reforçada típica daquilo que se denomina, na prática, de *autarquia especial*; um modelo que se insere na esfera de discricionariedade legislativa e que pode promover maior estabilidade institucional. Tal modelo   viável em qualquer nível federativo; inclusive no nível metropolitano (onde pode haver ainda maior demanda por autonomia, para fins de garantir maior estabilidade ao organismo que congrega tantos atores, bem como um maior distanciamento da Chefia do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro), observados os parâmetros definidos pelo STF.

O modelo criado ainda promove a isonomia em sentido material por meio da técnica de pesos relativos aos votos⁶ no CD, segundo a densidade demográfica de cada integrante (art. 10, incisos I a VIII⁷), de forma que os entes mais afetados e com maior popula o possuem maior poder de decisão.

pareceu, 'na prática', inviável" e "A cria o de autarquia estadual para funcionar como órgão executivo da RM traz um ganho de simplicidade e clareza, mas tem um custo. O custo   que, sendo estadual, esta autarquia será custeada por recursos do orçamento estadual". [Fls. 5/  25].

³ Uma observa o: caso, na prática, haja desequilíbrio no dia a dia e no funcionamento dos organismos criados pela Lei, pode haver inconstitucionalidade em concreto.

⁴ **Art. 15 Caberá ao Presidente a representa o do  rg o Executivo, o comando hierárquico sobre o pessoal e o serviço, exercendo todas as competências administrativas correspondentes**, bem como a presidência das sessões da Diretoria Executiva e ainda (...).

⁵  4  Os integrantes da diretoria ter o mandato de 04 (quatro) anos, com direito a uma recondu o, e não poderão ser exonerados, salvo:

I - por manifesto descumprimento de determina es do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana;

II - se a exonera o for solicitada pelo voto de três quartos dos integrantes do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana;

III - se condenados, em primeira ou única instância, em a o de improbidade.

⁶ Um exame mais cuidadoso, porém, deve ser feito quanto ao   3 , do art. 10, que autoriza a modifica o desse peso relativo por meio de aporte de recursos. Tal análise será feita abaixo.

⁷ Art. 10 A Região Metropolitana do Rio de Janeiro adotará suas **delibera es por meio do Conselho Deliberativo** da Região Metropolitana, formado pelo Governador do Estado, que o presidirá, pelos Prefeitos dos municípios que integram a Região

Já a autonomia político-administrativa de cada ente é assegurada em tese, na medida em que a colaboração para o Fundo da RM não é compulsória, ocorrendo mediante mecanismos consensuais. Mais: a única sanção prevista na LC nº 184/2018 para o município que não colaborar com o Fundo é a vedação de recebimento de transferências voluntárias por parte do Estado, observada a ampla defesa (art. 19, parágrafo único⁸).

Em resumo, por mais que o Órgão Executivo (Instituto Rio Metr pole) integre exclusivamente a Administra o Pública estadual, a pluralidade decisória e a autonomia dos entes federativos foram respeitadas, uma vez que a autarquia n  possui poderes deliberativos, limitando-se a executar as ordens do Conselho Deliberativo (art. 13⁹), do qual os municípios integrantes participam ativamente, segundo um peso definido consoante o tamanho da popula o. Nesse desenho, o modelo de autarquia especial, cf. a Lei Complementar n  184/2018, longe de inviável, promove o equilíbrio interfederativo, por diminuir a ingerência do Governador no seu funcionamento.

Definida a viabilidade do regime autárquico (*especial*) do Instituto Rio Metr pole, passo a responder a cada uma das provoca es específicas encaminhadas pelo Ilmo. Subprocurador Geral do Estado Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves.

III. Resposta às indaga es específicas.

a)   possível estabelecer mandato de quatro anos para os Diretores da autarquia criada pela LC n  184/2018?

  viável juridicamente a fixa o de mandato de 4 anos para os Diretores do Instituto Rio Metr pole, conforme previsão do art. 14,  4  da LC 184/2018¹⁰. Trata-se de medida voltada a preservar a autonomia reforçada da autarquia, qualificada como especial¹¹, por op o legislativa, dentro da sua discricionariedade. Nesse sentido, se o legislador entende que o  rgo executivo, precisa gozar de maior autonomia e insulamento da política, isso pode ser feito, ainda que esse distanciamento envolva mais de uma entidade federativa.

Anote-se que a antiga Súmula n  25 do STF¹², que acenava para a possibilidade de livre exonera o dos dirigentes de autarquias, foi superada. O entendimento da Corte Maior avançou, no

Metropolitana e por tr s segmentos da sociedade civil, indicados pelo Conselho Consultivo, todos com direito a voto, com os pesos especificados a seguir: I - três representantes da sociedade civil, indicados pelo Conselho Consultivo: peso 01 (um) para cada representante; II - municípios com até 100.000 (cem mil) habitantes: peso 01 (um) para cada município; III - municípios entre 100.001 (cem mil e um) e 250.000 (duzentos e cinquenta mil) habitantes: peso 02 (dois) para cada município; IV - municípios entre 250.001 (duzentos e cinquenta mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes: peso 04 (quatro) para cada município; V - municípios entre 500.001 (quinhentos mil e um) e 1.000.000 (um milhão) habitantes: peso 06 (seis) para cada município; VI - municípios acima de 1.000.001 (um milhão e um) habitantes, exceto o município do Rio de Janeiro: peso 08 (oito) para cada município; VII - Município do Rio de Janeiro: peso 15 (quinze). VIII - Estado do Rio de Janeiro: peso 25 (vinte e cinco).

⁸ Art. 19. Parágrafo  nico. O Município que não participar das despesas de governança da Região Metropolitana ficará sujeito, após procedimento em que se lhe assegure ampla defesa, a não receber transferências voluntárias do Estado.

⁹ Se o II, do  rgo Executivo: Art. 13 Fica criado o Instituto da Região Metropolitana do Rio de Janeiro - **Instituto Rio Metr pole, (...)** com a fun o de executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como de assegurar suporte necessário ao exercício de suas atribui es, em especial quanto ao detalhamento das diretrizes gerais, planos e normas metropolitanas, definidas pelo próprio Conselho Deliberativo.

¹⁰ Art. 14   4  Os integrantes da diretoria ter o mandato de 04 (quatro) anos, com direito a uma recondu o, e não poderão ser exonerados, salvo: I - por manifesto descumprimento de determina es do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana; II - se a exonera o for solicitada pelo voto de três quartos dos integrantes do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana; III - se condenados, em primeira ou única instância, em a o de improbidade.

¹¹ O professor Carlos Ari Sunfeld explica que o STF reconheceu que “o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes”. SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Introdu o às agências reguladoras: Direito Administrativo Econômico*. Malheiros: São Paulo, 2000. p. 88.

¹² Súmula 25/STF - Administrativo. Presidente de autarquia. Demissão pelo Presidente da República. CF/46, art. 87, V e CF/46, art. 188, parágrafo  nico. CCB/1916, art. 1.316, I. A nomea o a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia.

sentido de admitir a blindagem institucional de autarquias. Tal entendimento começou a se esboçar a partir da apreciação da constitucionalidade do art. 8º da Lei 9472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT)¹³, que criou a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), no julgamento da medida cautelar na ADIN nº 1.668-5/DF.¹⁴ O tema ganhou maior carga reflexiva na apreciação da ADI nº 1.949-0/RS. Foi neste momento que o STF amadureceu a tese acerca da naturalidade da fixação, em suas palavras, de *“mandatos com prazo certo, não podendo seus dirigentes serem exonerados discricionariamente pelo chefe do Poder Executivo, sendo necessárias a motivação e a existência de processo formal”*¹⁵.

Portanto, à luz da jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, não há embaraço constitucional à fixação de mandato de 4 anos aos Diretores do Instituto Rio Metrópole. Trata-se de escolha legítima de desenho institucional.

b) É lícita a criação de uma procuradoria composta por Procuradores do Estado e Procuradores municipais das carreiras integrantes dos Municípios integrantes da RM e um Procurador-Geral nomeado dentre eles?

Entendo que sim.

A criação da região metropolitana cria um espaço de exercício de funções públicas comuns. Isto é: serviços públicos passam a ser vistos como de interesse de todos os seus membros. Por conseguinte, natural que o legislador defina a representação judicial de modo relativamente desvinculado de seus participantes. A ideia é a união em torno dos interesses que justificam a criação do organismo interfederativo. Nesse cenário, ainda que haja um elo com o ente federativo de origem (o que favorece a participação de todos), o Procurador cedido ao Instituto Rio Metrópole, defenderá interesses mais abrangentes.

¹³ Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais. § 1º A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções. **§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira (grifo nosso).**

¹⁴ O §2º do art. 8º da LGT prevê expressamente o mandato fixo aos dirigentes da ANATEL como uma forma de garantir a autonomia reforçada da agência. Apesar de os Ministros do STF não terem se debruçado analiticamente sobre a questão do mandato, dirigindo seus esforços à questão do controle da entidade pelo Ministro de Estado da área, eles referendaram, ao menos tacitamente, a opção legislativa de conferir estabilidade por mandato aos diretores da agência. V. STF, ADI nº 1668 DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/08/1998, Tribunal Pleno, data de publicação: DJ 16/04/2004, p. 52.

¹⁵ EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). Necessidade de prévia aprovação pela Assembleia Legislativa da indicação dos conselheiros. Constitucionalidade. Demissão por atuação exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa à separação dos poderes. Vácuo normativo. Necessidade de fixação das hipóteses de perda de mandato. Ação julgada parcialmente procedente. (...) 3. Ressalte-se, ademais, que conquanto seja necessária a participação do chefe do Executivo, **a exoneração dos conselheiros das agências reguladoras também não pode ficar a critério discricionário desse Poder. Tal fato poderia subverter a própria natureza da autarquia especial, destinada à regulação e à fiscalização dos serviços públicos prestados no âmbito do ente político, tendo a lei lhe conferido certo grau de autonomia.** 4. A natureza da investidura a termo no cargo de dirigente de agência reguladora, bem como a **incompatibilidade da demissão ad nutum com esse regime**, haja vista que o art. 7º da legislação gaúcha prevê o **mandato de quatro anos** para o conselheiro da agência, exigem a fixação de balizas precisas quanto às hipóteses de demissibilidade dos dirigentes dessas entidades. (...) 6. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97, em sua redação originária e naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, fixando-se ainda, em razão da lacuna normativa na legislação estadual, que **os membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, sem prejuízo da superveniência de outras hipóteses legais, desde que observada a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo.** STF, ADI nº 1.949, rel. Min. Dias Toffoli, j. 17/09/2014, DJE div. 13/11/2014, pub. 14/11/2014.

Nessa toada, parece-me que a criação de uma Procuradoria própria (art.16, *caput*, da LC nº 184/18¹⁶), a fim de representar judicialmente os interesses da Região Metropolitana, vai ao encontro da lógica interfederativa que orientou o julgamento do STF na ADIN nº 1.842, em que se decidiu que funções diretivas, normativas e administrativas devem ser compartilhadas e organizadas em prol de interesses comuns. Nas palavras do STF:

“a titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa para a nova entidade público-territorial administrativa, de caráter intergovernamental, que nasce em consequência da criação da região metropolitana. Em contrapartida, o exercício das funções normativas, diretivas e administrativas do novo ente deve ser compartilhado com paridade entre o estado e os municípios envolvidos”¹⁷

Isto é, partindo da ideia de interesse *comum*¹⁸, tem-se que se deve considerar uma gestão *comum*, a qual implica serviços (inclusive públicos) *comuns* e, logicamente, um órgão de representação judicial próprio, a fim de defender judicialmente seus interesses. Melhor ainda se esse órgão tiver participantes de todos os membros, o que coloca a criação de uma Procuradoria própria em sintonia com a ideia de Federalismo de Cooperação (genericamente previsto no art. 23, parágrafo único, CRFB¹⁹).

Mais: conforme consta do trecho supratranscrito da decisão do STF, é até recomendável que sua composição observe critérios de paridade na participação de cada ente integrante da Região Metropolitana. Em outras palavras, é preferível garantir a possibilidade de participação de todos os Municípios integrantes da Região Metropolitana na procuradoria mista. Seja mediante a estipulação de alguma ingerência decisória do Conselho Deliberativo sobre a procuradoria mista; seja mediante a composição paritária do quadro de procuradores, havendo a possibilidade de pelo menos um procurador, de cada ente, integrar a procuradoria mista. Neste último caso, os Municípios menores poderiam decidir se seria de seu interesse ou não ceder procuradores.

Tudo isso vai ao encontro da dicção da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que trata do tema das Regiões Metropolitanas em seu Capítulo III, arts. 75 e 76. Apesar de não dispor, especificamente, sobre a criação de uma Procuradoria mista, tal ideia é condizente com a *ratio* de tais dispositivos, que apontam no sentido da criação de mecanismos de cooperação de recursos em geral para assegurar funções públicas. De fato, os §§ 2º e 3º do art. 75, estabelecem, respectivamente, que: “*as regiões metropolitanas, as microrregiões e as aglomerações urbanas disporão de um órgão executivo e de um Conselho Deliberativo compostos na forma da lei complementar (...)”*, bem como que: “*o Estado e os Municípios estabelecerão mecanismos de cooperação de recursos para assegurar a realização das funções públicas e serviços de interesse comum das regiões, microrregiões e aglomerações urbanas”*”.

Observe-se que a escolha do Procurador-Geral da Procuradoria da autarquia especial será feita pelo Presidente do Instituto, que, por sua vez, é nomeado pelo Governador do Estado e

¹⁶ Art. 16 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.

¹⁷ STF, ADI n  1.842, rel. Min. Luiz Fux, j. 06/03/2013, DJe 16.09.2013.

¹⁸ Na mesma linha do que foi consensualmente decidido pelo Pleno, o Ministro Gilmar Mendes complementa que “*o interesse comum n    comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao estado e aos municípios do agrupamento urbano. Por isso, deve ser reconhecida a condi o de poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado*”. In MODESTO, Paulo. Região metropolitana, estado e autonomia municipal: a governança interfederativa em questão. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, abr./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240845>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

¹⁹ Art. 23. Parágrafo  nico. Leis complementares fixarão normas para a coopera o entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

aprovado pelo Conselho Deliberativo (art. 14). Será o Presidente, no exercício de sua autonomia e nos limites dos seus poderes, que indicará o Procurador-Geral entre os Procuradores do Estado e dos municípios cedidos ao Instituto (art. 16). Trata-se de desenho que se harmoniza com a lógica interfederativa e de autonomia para gestão de serviços comuns.

Veja-se, ainda, que a Lei Complementar estadual nº 15/1980, a qual cria a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, não veda a solução proposta pela LC nº 184/2018. O art. 2º da LC nº 15/1980 dispõe sobre as competências da PGE-RJ²⁰, e nenhuma delas bloqueia a existência da Procuradoria mista própria da RM.

Ao contrário. A LC nº 15/1980 autoriza que a PGE-RJ preste auxílio jurídico e judicial no interesse dos Municípios que integram o Estado. É o que estabelece o art. 2º, §3º, *verbis*: “**mediante convênios ou contratos de gestão poderá a Procuradoria Geral do Estado prestar consultoria jurídica e encarregar-se de atos e providências judiciais do interesse dos municípios do Estado do Rio de Janeiro**”, podendo, ainda, em cada caso, prestar tais serviços a entidades da Administração Indireta do Estado ou Fundações por ele criadas ou mantidas, assegurado o reembolso de eventuais despesas. No mesmo diapasão cooperativo, o art. 140 da LC nº 15/1980

²⁰ Art. 2º - **A Procuradoria Geral do Estado tem autonomia administrativa e financeira**, dispondo de dotação orçamentária própria. Suas atribuições são as previstas no art. 176 e parágrafos da Constituição do Estado, **competindo-lhe:**

I - privativamente, exercer a representação judicial do Estado, atuar extrajudicialmente em defesa dos interesses deste, e oficiar obrigatoriamente no controle interno da legalidade do Poder Executivo;

II - privativamente, promover a inscrição da dívida ativa do Estado, bem como proceder à sua cobrança judicial e extrajudicial;

III - a defesa em Juízo ou fora dele, ativa ou passivamente, dos atos e prerrogativas do Governador do Estado;

IV - o exercício de funções de consultoria jurídica da administração direta, no plano superior, inclusive no que respeita às decisões das questões interadministrativas, bem como emitir pareceres, normativos ou não, para fixar a interpretação governamental de leis ou atos administrativos;

V - defender em juízo ou fora dele o Legislativo, ressalvado o disposto no art. 121 e no Parágrafo Único do art. 133 da Constituição Estadual, e o Judiciário e responder a consultas, quando de iniciativa destes e desde que encaminhadas pela Chefia dos referidos Poderes;

VI - elaborar minuta de informações a serem prestadas ao Judiciário em mandados de segurança impetrados contra ato do Governador e de outras autoridades que forem indicadas em norma regulamentar;

VII - sugerir ao Governador a propositura de ação direta de inconstitucionalidade de quaisquer normas, minutar a correspondente petição, bem como as informações que devam ser prestadas pelo Governador na forma da legislação federal específica;

VIII - propor ao Governador o encaminhamento de representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição do Estado;

IX - propor ao Governador a iniciativa de ações, arguições ou quaisquer outras medidas previstas na Constituição Federal para as quais seja legitimado;

X - defender os interesses do Estado e do Governador junto aos contenciosos administrativos;

XI - assessorar o Governador, cooperando na elaboração legislativa;

XII - opinar sobre providência de ordem jurídica aconselhadas pelo interesse público e pela aplicação das leis vigentes;

XIII - propor ao Governador a edição de normas legais ou regulamentares de natureza geral;

XIV - propor ao Governador, para os órgãos da administração direta ou indireta e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, medidas de caráter jurídico que visem a proteger-lhes o patrimônio, ou aperfeiçoar as práticas administrativas;

XV - propor ao Governador medidas que julgar necessárias à uniformização da jurisprudência administrativa;

XVI - elaborar minutas padronizadas de editais de licitação, e atos de contratação, tais como contratos, convênios, ajustes e acordos, inclusive os de natureza trabalhista, e minutas de qualquer ato de contratação que disponham diversamente da padronização estabelecida por decisão do Procurador-Geral do Estado;

XVII - opinar, por determinação do Governador sobre as consultas que devam ser formuladas pelos órgãos da administração direta e indireta ao Tribunal de Contas e demais órgãos de controle financeiro e orçamentário;

XVIII - opinar previamente com referência ao cumprimento de decisões judiciais e, por determinação do Governador, nos pedidos de extensão do julgados, relacionados com a administração Direta Estadual;

XIX - examinar as manifestações e expedientes de natureza jurídica dos órgãos autorais ou locais do sistema jurídico do Estado, que lhes sejam submetidos através do Governador;

XX - opinar, sempre que solicitada, nos processos administrativos em que haja questão judicial correlata ou que neles possa influir, como condição do seu prosseguimento;

XXI - desempenhar outras atribuições que lhes forem expressamente cometidas pelo Governador.

XXII - propor medidas, prestar ou solicitar apoio a qualquer entidade da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, em assuntos pertinentes à proteção e à defesa dos Direitos Humanos, dos Direitos do Consumidor e do Meio Ambiente;

XXIII - promover o desenvolvimento da ciência jurídica e social em áreas de interesse do Estado do Rio de Janeiro, realizando atividades de pesquisa e promovendo cursos por intermédio da Escola Superior de Advocacia Pública do Estado ou com o auxílio de outras instituições de ensino e pesquisa;

XXIV - exercer a chefia das assessorias jurídicas das Secretarias de Estado, a critério do Governador do Estado;

dispõe que “*até que a legislação municipal disponha diversamente, incumbirá aos Procuradores do Estado, mediante convênio, o exercício, no que couber, das atribuições que lhe são previstas pela presente Lei, relativamente ao Município do Rio de Janeiro, especialmente as de representação em Juízo e cobrança judicial da Dívida Ativa*”.

Não há, desta maneira, vedação à criação de uma Procuradoria da Região Metropolitana, como também não há vedação à cessão de Procuradores do Estado.

Outra dúvida possível é se a criação da Procuradoria própria do Instituto Rio Metrópole afrontaria o princípio da unicidade, tal como entendido pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, recentemente, o Supremo Tribunal Federal²¹ reafirmou e consagrou o princípio geral da unicidade da consultoria e da representação judicial dos Estados pelas Procuradorias Gerais a que se refere o art. 132 da Constituição Federal.

Segundo o STF, conforme o voto da Min. Cármen Lúcia²², não é possível que sejam criadas carreiras paralelas de Procuradores para atuação na defesa de interesses de entidades da Administração Pública estadual, tais como autarquias e fundações²³. Por isso, poder-se-ia questionar se tal decisão do STF afetaria a criação da Procuradoria própria ao Instituto Rio Metrópole, autarquia que integra, conforme o art. 13 da LC nº 184/2018, a Administração Pública estadual. A resposta é negativa. *A uma*, porque não foi criada uma carreira paralela, mas apenas foi estabelecido um regime de cooperação por meio de cessão de pessoal de cada um dos membros integrantes da RM. *A duas*, porque, tal como mencionado acima, quando é criada a RM, os interesses a serem objeto de consultoria jurídica ou representação judicial, deixam de ser estaduais ou municipais. Eles são comuns. E serão tais interesses comuns o objeto da atenção jurídica da sua procuradoria. *A três*, porque, ainda que integre formalmente a Administração Pública indireta estadual, o Instituto responde (poder de tutela) não ao Governador, mas ao órgão deliberativo da RM (CD), na forma definida em lei (cf. art. 13 da LC nº 184/2018). Mais que isso: o Instituto, como regra, deve ser financiado por todos os seus membros, tal como indica o art. 19 c/c 21, I e V, LC nº 184/2018.

Em suma: a lei não criou (o que seria ilegítimo) uma espécie de “procurador metropolitano”, mas estabeleceu um estado de coisas em que um Procurador do Estado, ou do Município (ambos de carreira própria), atua em defesa de interesses da RM – não do Estado ou do Município – submetendo-se a processo decisório interfederativo. Não se tem aqui um ente puramente estadual ou uma carreira paralela estadual (o que implicaria afronta a decisão do STF), mas um processo de cooperação.

Antes de encerrar este tópico, cabe um último registro, no que se refere à cessão de advogados públicos por municípios sem procuradoria estruturada. É que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) decidiu ser obrigatória a instituição de Procuradoria e de carreira própria da Advocacia Pública nos municípios fluminenses (Processo **TCE-RJ Nº 225.221-8/17**). Para o TCE, o exercício das atividades de representação judicial e extrajudicial dos entes públicos municipais, bem como as de consultoria e assessoramento jurídicos de seus órgãos, são exclusivas de advogados públicos titulares de cargo efetivo. Assim, ficou determinado que os municípios organizem suas

²¹ STF, ADI 4.449, rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em conjunto com a ADI 5262 e ADI 5215. Julgamento em 29.3.2019.

²² O voto ainda não foi publicado, mas o vídeo da declaração de voto pode ser acessado em: <https://www.youtube.com/watch?v=zj7aCi7DPs&feature=youtu.be>. Os trechos citados foram baseados nas declarações de voto que podem ser vistas nesse link.

²³ Interessante destacar que a Ministra Carmem Lúcia, em seu voto, sustentou que as universidades públicas estaduais seriam exceção ao princípio da unicidade de representação judicial e de consultoria jurídica, tendo em vista que, em função do ensino universitário ser integrado ao sistema nacional, “*a defesa, a consultoria e o desempenho de representação judicial e extrajudicial não se vinculam ao interesse (...) prioritariamente estadual*”. *Mutatis mutandis*, é possível transpor esse raciocínio à procuradoria mista interfederativa para defesa e assessoramento jurídico da Região Metropolitana, a qual possui autonomia, como também atua em nome de interesse não *paritariamente estadual*, mas da metrópole. Repise-se: cuida-se de interesse interfederativo que ultrapassa a esfera de interesse de cada ente isoladamente considerado, assim como a integração ao sistema nacional de ensino, no caso das universidades estaduais, extrapola o interesse exclusivamente estadual.

Procuradorias, com estrutura e pessoal condizentes ao pleno funcionamento de suas atividades, sob pena de frustrar os objetivos institucionais da Advocacia Pública.

De outra banda, o voto do relator, seguido integralmente pelo colegiado, esclareceu que ***“nada impede que a legislação municipal contenha previsão de que os próprios Procuradores possuam assessores, por eles diretamente escolhidos, a eles subordinados e em número razoável, para o desempenho de atividades que demandem grau de confiança, sendo certo que tais assessores não poderão praticar atos típicos de representação do ente ou de consultoria jurídica”***.

Na referida decisão, o TCE-RJ estipulou o prazo de **180 dias** para que os municípios cumpram todas as determinações, e consignou que, a partir do dia seguinte à expiração do prazo referido, *“(...) não aceitará a admissão ou a permanência de advogado público admitido sob a égide da atual Constituição da República sem prévia habilitação em concurso público específico para o cargo, exceto para as funções de Procurador-Geral e seu substituto eventual, que poderão ser exclusivamente comissionados se a legislação municipal expressamente assim o permitir”*.

Ora, tal prazo de 180 dias poderia contrastar com aquele de 3 anos previsto no art. 26 da LC nº 184/2018, segundo o qual se permite a indicação de advogados privados. Veja-se *in verbis*:

Art. 26. **Nos 03 (três) primeiros anos de funcionamento do Instituto**, até um terço dos cargos em comissão da Procuradoria poderão ser ocupados por **advogados**, com pelo menos 8 (oito) anos de experiência profissional, que tenham tido exercício, por, no mínimo, 5 (cinco) anos, de cargo público ou **função privada** relacionada a uma das áreas de atuação da região metropolitana.

Diante desse quadro, entendo que o mais recomendável é buscar uma harmonização da letra da lei com a decisão do Tribunal de Contas, de modo que a procuradoria mista seja estruturada e chefiada apenas com procuradores de carreira concursados, ocupantes de cargo efetivo. De toda forma, o que dependeria de um arranjo cuidadoso e de uma prática atenta, seria possível cogitar (até para promover a participação de todos os membros da RM) de desenho em que aos advogados comissionados indicados caberia o exercício de atividades jurídicas acessórias (sem representação judicial, nem consultoria jurídica), em subordinação aos procuradores ocupantes de cargo efetivo.

c) O regimento interno do Instituto Rio Metr pole (autarquia especial) pode ser definido por Decreto, ou deve, necessariamente, ser fixado por ato interno de seu Conselho Deliberativo?

Não   cabível o estabelecimento de regimento interno da autarquia mediante Decreto do Governador, tendo em vista que o legislador definiu (cf. art. 13 inciso V²⁴ da LC Estadual n  184/2018) que tal atribui o caberia ao Conselho Deliberativo do próprio Instituto Rio Metr pole. A ideia aqui, mais uma vez,   robustecer o grau de autonomia do Instituto Rio Metr pole em rela o  

²⁴ Art. 13 Fica criado o **Instituto da Região Metropolitana do Rio de Janeiro -Instituto Rio Metr pole**, entidade integrante, para fins organizacionais, da Administra o Pública Estadual indireta, submetida a **regime autárquico especial** e vinculada, para fins organizacionais, ao Governo do Estado, com a fun o de executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como de assegurar suporte necessário ao exercício de suas atribui es, em especial quanto ao detalhamento das diretrizes gerais, planos e normas metropolitanas, **definidas pelo próprio Conselho Deliberativo**. (...)

V - aprovar seu regimento interno;

Administração Central, conforme positivado no §3º do mesmo artigo²⁵. Em verdade, regulamentar por decreto implicará afronta ao disposto em lei e seu espírito de reforço da autonomia do ente interfederativo.

Em outras palavras, decreto do Governador com pretensão de instituir regimento interno de pessoa jurídica diversa ainda que integrante da mesma Administração Pública estadual, além de violar o princípio da legalidade (art. 37, CRFB), visto que há previsão normativa expressa atribuindo tal competência ao Conselho Deliberativo da própria autarquia, violaria também a autonomia administrativa desta (prerrogativa de auto-organização).

Vale ressaltar que o fato de o art. 24 da LC nº 184/2018²⁶ dispor que a “instalação” do Instituto Rio Metrópole deva se dar mediante decreto, o qual igualmente definirá o regulamento da autarquia, conquanto importante, não pode esvaziar a competência de organização regimental do CD.

O Governador instala, edita o regulamento e deixa para a autarquia a definição do seu regimento. O regulamento, segundo o art. 24, fixará a estrutura organizacional, inclusive estabelecendo, nos limites da lei, os órgãos de funcionamento interno da entidade, com a transferência de todo o acervo técnico, patrimonial e de pessoal (cargos em comissão e funções gratificadas do Grupo Executivo de Gestão Metropolitana e da Câmara Metropolitana de Integração Governamental da Secretaria de Estado de Governo), cf. o § 1º do art. 24. Esse processo, anote-se, será de aproveitamento de atribuições e cargos já criados em lei, na lógica de definição da organização e funcionamento da Administração Pública, sem aumento de despesa ou criação de órgão público (cfr. art. 84, VI, *a*, CRFB).

Ora, se de um lado, o Governador tem essa importante função, de outro, deve-se ter a cautela de não se esvaziar a capacidade de organização regimental da autarquia, em linha com a autonomia que se lhe atribuiu na Lei Complementar nº 184/2018 e a preocupação do STF de necessidade de equilíbrio na participação do organismo metropolitano. Assim, por exemplo, regras sobre processos decisórios (e.g. formato da deliberação) devem ser deixados para o Regimento, em que todos os participantes poderão ter algum tipo de interferência.

d) É possível que algum Município não integrante da Região Metropolitana se beneficie de alguns dos serviços de natureza metropolitana? Em que condição?

Penso que a prestação de serviços de natureza comum poderia envolver municípios não integrantes da Região Metropolitana, tendo em vista a lógica cooperativa que permeia o modelo federativo instituído pela Constituição da República. Nesse sentido, o art. 23 da CRFB determina, em seu parágrafo único, que *“Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”*.

Tal possibilidade, inclusive, encontra-se prevista na própria LC Estadual nº 184/2018:

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

²⁵ § 3º A natureza de autarquia especial conferida ao Instituto é caracterizada por plena autonomia administrativa e financeira, respeitadas as atribuições do Conselho Deliberativo, ficando-lhe asseguradas, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

²⁶ Art. 24 Caberá ao Poder Executivo do Estado instalar o Instituto da Região Metropolitana do Rio de Janeiro -Instituto Rio Metrópole, por Decreto em prazo de até 1 (um) ano da data da promulgação da presente lei, devendo o seu regulamento, fixar-lhe a estrutura organizacional.

competência da Região Metropolitana, os quais deverão ser remetidos ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Nessa linha, a prestação de serviços de natureza metropolitana a municípios não integrantes da RM é viável. Em todo caso, entendo que devam ser observados os seguintes requisitos:

1. Como regra, o serviço deve ser remunerado, ou, no mínimo, deverá ser estabelecido mecanismo de compensação, ou contrapartida;
2. A prestação deve ser aprovada pelo Conselho Deliberativo da RM;
3. A prestação do serviço não pode, em hipótese alguma, implicar prejuízo à prestação do serviço em questão a Município integrante da RM.

A prestação do serviço a Município que não a integre é uma liberalidade da RM e deve ser condicionada a alguma forma de compensação. Com efeito, os serviços de titularidade da RM têm por finalidade suprir demandas dos seus próprios partícipes, os quais financiam o seu funcionamento. Considerando que Municípios externos não colaboram com o financiamento do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, permitir que usufruam gratuitamente dos serviços metropolitanos em prejuízo dos Municípios integrantes, contrariaria a finalidade primordial da criação da RM, o que pode até mesmo implicar enriquecimento sem causa, vedado pelo art. 884 do Código Civil. Assim, penso que alguma forma de contrapartida deva haver.

Façam-se, porém, duas observações. *Primeira*. Pode haver casos em que Município não integrante beneficie-se indiretamente por um serviço prestado aos integrantes (e.g. alguma medida de enfrentamento de enchentes que favoreça Município vizinho em razão de algum tipo de desvio de águas de um rio²⁷). Neste caso, conquanto recomendável que se convide o beneficiário externo a contribuir de alguma forma, a prestação do serviço em favor dos integrantes é válida.

Segunda. Não se está a exigir que a compensação seja sempre pecuniária. Pode haver outras formas de contrapartidas²⁸, típicas das relações convencionais. Mas é importante que algum tipo de contrapartida exista, mesmo que orientada por um espírito de cooperação interfederativa.

Em todo caso, é necessário, como exige o art. 11, § 4º, a aprovação da prestação do serviço a não integrante por parte do Conselho Deliberativo da RM, órgão plural do qual participam ativamente todos os integrantes da RM, conferindo legitimidade política à decisão. Isto é: deve haver uma avaliação do órgão decisório, que poderá delimitar como isso se dará. Em todo caso, não poderá haver prejuízo para a prestação do serviço ao integrante da RM. Afinal, reitera-se, ela existe para eles.

Por fim, parece-me recomendável que, na hipótese de delegação de serviço público de interesse comum pela RM, haja a previsão da possibilidade da prestação a Município estranho à região como modalidade de recebimento de receita alternativa. Aliás, neste caso, a tarifa paga pelos usuários do serviço que habitem outro Município será, justamente, o mecanismo de contraprestação.

²⁷ Previsto genericamente no art. 3º, IV, da LC nº 184/2018.

²⁸ Exemplo: cessão de recursos materiais, ou alguma forma de engajamento em políticas públicas da RM.

e) Como interpretar o art. 10, *caput* e incisos, em face do § 3º do mesmo art. 10, o qual autoriza que o aporte de recursos pode modificar, proporcionalmente, o peso de participação do ente interessado?

A última dúvida suscitada diz respeito à interpretação do art. 10, *caput*, e § 3º. De um lado, o *caput* e os incisos do art. 10²⁹ estabelecem interessante engenharia institucional de participação por meio da definição de peso relativo aos votos, segundo a população envolvida. De outro lado, o § 3º autoriza a modificação do peso de seus votos, em razão de aporte de recursos por parte de um dos integrantes da RM. Veja-se a dicção do dispositivo:

§ 3º Quando houver aporte de recursos por parte dos entes elencados por esta Lei, o peso de cada entidade será proporcional ao valor integralizado

A dúvida gira em torno da possibilidade de que tal aporte implique uma espécie de compra por maior capacidade decisória capaz de gerar concentração de poder decisório ao ente com maior poder econômico (i.e. Estado), o que foi rejeitado pelo STF.

Penso ser viável que maior contribuição implique maior participação e capacidade decisória. Nada obstante, pode gerar questionamento o fato de ser possível que, unilateralmente, um integrante amplie sua participação a partir de seu poder econômico. Conquanto o STF tenha admitido regras de proporcionalidade e reconhecido que a viabilidade econômica da região passa pelo subsídio cruzado entre mais ricos e menos favorecidos, essa possibilidade, na prática, pode gerar descompasso e desequilíbrio que se considere, eventualmente, inconstitucional.

Entendo que é possível mitigar esse problema a partir de uma leitura sistemática. Parece-me que a possibilidade do incremento da participação torna-se mais condizente com o regime federativo das metrópoles se for antecedida de autorização do Conselho Deliberativo. A medida seria salutar e promoveria o consenso e a cooperação entre os participantes da RM, ao passo em que viabilizaria que um integrante aporte recursos e ganhe maior autonomia na decisão sobre o uso desses valores.

Isto é, ao invés de uma interpretação literal, que permitiria uma majoração automática a partir do aporte de recursos unilateral, deve-se entender que o próprio Conselho poderá deliberar sobre o pleito de ampliação do ente interessado, condicionando a aprovação do mesmo à concordância dos demais membros.

Esse entendimento, extraído por meio de uma exegese sistêmica é compatível com o julgado do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.842, em que os Ministros definiram “*ser essencial que, quando da criação do agrupamento, a lei complementar estadual, sem se atribuir competência da REGIÃO METROPOLITANA, consiga assegurar, procedimentalmente, a igualdade relativa das*”

²⁹ **Art. 10.** A Região Metropolitana do Rio de Janeiro adotará suas deliberações por meio do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, formado pelo Governador do Estado, que o presidirá, pelos Prefeitos dos municípios que integram a Região Metropolitana e por três segmentos da sociedade civil, indicados pelo Conselho Consultivo, todos com direito a voto, com os pesos especificados a seguir:

I - três representantes da sociedade civil, indicados pelo Conselho Consultivo: peso 01 (um) para cada representante;

II - municípios com até 100.000 (cem mil) habitantes: peso 01 (um) para cada município;

III - municípios entre 100.001 (cem mil e um) e 250.000 (duzentos e cinquenta mil) habitantes: peso 02 (dois) para cada município;

IV - municípios entre 250.001 (duzentos e cinquenta mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes: peso 04 (quatro) para cada município;

V - municípios entre 500.001 (quinhentos mil e um) e 1.000.000 (um milhão) habitantes: peso 06 (seis) para cada município;

VI - municípios acima de 1.000.001 (um milhão e um) habitantes, exceto o município do Rio de Janeiro: peso 08 (oito) para cada município;

VII - Município do Rio de Janeiro: peso 15 (quinze).

VIII - Estado do Rio de Janeiro: peso 25 (vinte e cinco).

comunidades envolvidas, a evitar que o poder político-econômico local de uma cidade específica possa descaracterizar o tom de representatividade dos demais MUNICÍPIOS³⁰.

A participação do CD implica proceduralização salutar na lógica da *matemática geopolítica* que envolve a RM (para usar a expressão do Ministro Nelson Jobim, em seu voto na ADI nº 1.842). O que significa dizer que, diante de um cenário assimétrico, a ideia de equilíbrio pode ser encontrada em mecanismos, democráticos e deliberativos, que garantam uma alquimia capaz de transformar o que é originalmente desigual, em algo cooperativamente proporcional. A ideia do denominador – interesse comum – faz com que a matemática mencionada pelo Ministro se torne possível de ser extraída da LC 184/18, operacionalizando à RM serviços de natureza sinérgica, garantindo a esse ente interfederativo, ao fim, ferramentas capazes de produzir os consensos necessários, sem desprezar a autonomia e idiosincrasias dos entes envolvidos.

Em suma, o § 3º do art. 10 recomenda interpretação sistemática (que pode ser positivada no Regimento Interno do Conselho Deliberativo), no sentido de que o aumento do peso relativo não se dê de forma unilateral, mas pressuponha autorização do Conselho Deliberativo (conforme a sistemática de pesos dos incisos do art. 10) que definirá, fundamentadamente, as condições do aporte e as regras de participação e voto. Aliás, é recomendável que tais aspectos sejam minimamente antecipados e regulados por norma anterior, para que se preserve a isonomia entre todos que almejem se valer do § 3º citado.

IV. Conclusão.

Diante do que foi exposto, concluo sinteticamente que:

(i) É viável a criação do Instituto Rio Metrôpole na qualidade de autarquia em regime especial integrante da Administração Pública estadual, na medida em que é preservada a pluralidade da composição do órgão deliberativo da RM (Conselho Deliberativo – CD) e a isonomia do poder de voto de cada ente integrante no CD, o qual dita os rumos do Instituto que funciona como entidade executiva. Na verdade, o *regime especial* (aqui entendido como aquele que promove autonomia reforçada) vai ao encontro da lógica adotada pelo STF de diminuição do domínio estadual sobre a RM. Isso porque tal regime mitiga a capacidade da ingerência política do governador no funcionamento da autarquia, que goza de autonomia reforçada garantida por meio de mandato fixo dos seus dirigentes, ausência de poder hierárquico em relação ao Governador e manutenção de um fundo próprio de recursos.

(ii) Entendo ser juridicamente viável a fixação de mandato de 4 anos para os Diretores do Instituto Rio Metrôpole, conforme previsão do art. 14, §4º da LC 184/2018. Trata-se de medida voltada a preservar a autonomia reforçada da autarquia, qualificada como especial, por opção legislativa, dentro da sua discricionariedade. À luz da jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, não há embaraço constitucional à fixação de mandato de 4 anos aos Diretores do Instituto Rio Metrôpole. Trata-se de escolha legítima de desenho institucional.

(iii) É lícita a criação de uma Procuradoria da Região Metropolitana, cujo Procurador-Geral será escolhido pelo Presidente do Instituto Rio Metrôpole dentre os Procuradores do Estado e do Município cedidos sem ônus à autarquia. Tal medida vai ao encontro da lógica de gestão comum de serviços e atividades de interesses igualmente comuns.

(iv) Não é cabível o estabelecimento de regimento interno da autarquia mediante Decreto do Governador, tendo em vista que o legislador definiu (cf. art. 13 inciso V³¹ da LC Estadual nº

³⁰STF, ADI, nº 1.842 RJ, *cit.*

184/2018) que tal atribuição caberia ao Conselho Deliberativo do próprio Instituto Rio Metrópole. Em verdade, definir o regimento por decreto implicará afronta ao disposto em lei e seu espírito de reforço de sua própria autonomia. De toda forma, o Governador, ao instalar o instituto, estabelecerá o seu regulamento, o que fará, porém, sem esvaziar as competências de definição das normas regimentais (e.g. processo deliberativo) da autarquia.

(v) Tendo em vista a lógica cooperativa que permeia o modelo federativo instituído pela Constituição da República, entendo que a prestação de serviços de natureza comum poderia envolver municípios não integrantes da Região Metropolitana. No entanto, devem ser observados os seguintes requisitos: (i) deve haver alguma forma de contrapartida; (ii) a prestação deve ser aprovada pelo Conselho Deliberativo da RM; (iii) a prestação do serviço não pode, em hipótese alguma, implicar prejuízo à prestação do serviço em questão a Município integrante da RM.

(vi) Por fim, em relação à interpretação do art. 10, *caput* e incisos, em face do § 3º do mesmo art. 10, opino ser necessária uma leitura sistemática, no sentido de que o aumento do peso relativo não pode se dar de forma unilateral. Ele deve ser antecedido de autorização do Conselho Deliberativo, que definirá, fundamentadamente, as condições do aporte e as regras de participação e voto. Aliás, é recomendável que tais aspectos sejam minimamente antecipados e regulados por norma anterior, para que se preserve a isonomia entre todos que almejem se valer do § 3º citado.

É o Parecer.

Rio de Janeiro, 3 de abril de 2019.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO
Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Procurador-Chefe da PG-17

³¹ Art. 13 Fica criado o **Instituto da Região Metropolitana do Rio de Janeiro - Instituto Rio Metrópole**, entidade integrante, para fins organizacionais, da Administração Pública Estadual indireta, submetida a **regime autárquico especial** e vinculada, para fins organizacionais, ao Governo do Estado, com a função de executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como de 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**. (...)

V - **aprovar seu regimento interno**;

VISTO

Visto. **Aprovo** o Parecer n° 03/19 ARCY/PG-17 da lavra do Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa, que examinou diversos aspectos jurídicos decorrentes da Lei Complementar n° 84/2018, que dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

O parecer compendiou conclusões bastante objetivas (fls. 112/114), enfrentando todas as questões jurídicas suscitadas na consulta inaugural (fls. 03).

À Secretaria de Estado da Casa Civil e Governança, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 05 de abril de 2019.

MARCELO LOPES DA SILVA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Parecer nº 08/2019 – ARCY – André Rodrigues Cyrino

Ref. Processos Administrativos de nºs E-14/001.049122/2019; E-14/001.049123/2019; E-14/001.049121/2019; E-14/001.049067/2019 (análise conjunta).

Anexo Promoção ACSC nº 15/2019

EMENTA.

Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro. Lei Complementar estadual nº 184/2018. Possibilidade de vinculação do Instituto Rio Metr pole   Região Metropolitana. Viabilidade Jurídica das Minutas de Regulamento dos  rg os Deliberativo, Consultivo e Executivo da Região Metropolitana e do Fundo de Desenvolvimento Metropolitano. Necessidade de ajustes para que se evitem ilegalidades e inconstitucionalidades. Considera es gerais.

Ao Ilmo. Subprocurador Geral do Estado,

Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves,

1. Relatório, consulta e considera es iniciais.

Trata-se de solicita o, por parte do Ilmo. Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves, de análise acerca da viabilidade jurídica das minutas de regulamento que estabelecem normas sobre “organiza o e funcionamento” dos  rg os Deliberativo, Consultivo e Executivo da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, bem como do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, todos instituídos pela Lei Complementar Estadual nº 184/2018. Adicionalmente, requer o exame da possibilidade de vincula o do Instituto Rio Metr pole   Região Metropolitana, mantendo a sua natureza autárquica.

As minutas objeto de an lise¹ se encontram separadas em 4 processos administrativos diferentes, os quais, por questão de economia processual e pertinência temática, serão tratados conjuntamente neste mesmo parecer, na seguinte ordem:

(i) *Decreto n  000/2019 e Anexo I - Regulamento do Instituto Rio Metr pole* (fls. 1491150 e 130/142, respectivamente, do PA E-14/001.049122/2019);

(ii) *Resolu o n  001/2019 - Regimento Interno do Conselho Deliberativo* (fls. 94/107 do PA E-14/001.049123/2019);

(iii) *Resolu o n  002/2019 - Regimento Interno do Conselho Consultivo* (fls. 1551165 do PA E-14/001.049121/2019);

(iv) *Resolu o n  003/2019 - Regulamento do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana* (fls, 79/85 do PA E-14/001.049067/2019);

¹Cumprе observar que serão analisadas as versões finais de cada minuta, isto  , as últimas a serem colacionadas nos respectivos processos administrativos, não sendo levadas em considera o, neste Parecer, as versões anteriores.

A minuta de Regulamento do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana foi objeto de análise do Parecer nº 0325728/2019 SEGOV/SECCG-ASJUR-ALGM/RT (fls. 18/26 do PA E-14/001.049067/2019), lavrado pela Ilma. Procuradora do Estado, Anna Luiza Gayoso Monnerat. Já as demais minutas acima colacionadas foram objeto de análise das Promoções ASJUR/SECCG nº 14/2019 (fls. 45/49, do PA E-14/001.049122/2019), nº 15/2019 (fls. 23 /27, PA E-14/001.049123/2019) e nº 17/2019 (fls. 18/22, do PA E-14/001.049121/2019), todas lavradas pela Assessora Jurídica da Casa Civil e Governança, Ana Carolina Souza Correia. As referidas manifestações sugeriram a alteração da redação de alguns dispositivos e fizeram considerações de ordem formal.

Em atendimento ao art. 4º do Decreto nº 31.896/2002², e seguindo a recomendação do Despacho de fls. 87, exarado pela Ilma. Procuradora do Estado Anna Luiza Gayoso Monnerat, o processo administrativo que trata do Decreto e Regulamento do Instituto Rio Metrópole (PA E-14/001.049122/2019), foi instruído, às fls. 126/127, com minuta acompanhada: (i) da exposição de motivos, (ii) das notas explicativas e (iii) das justificativas para a edição do ato, bem como (iv) da indicação de prévia dotação orçamentária para cobrir as despesas iniciais de custeio da entidade.

Entretanto, no que diz respeito à previsão de dotação orçamentária, cumpre ressaltar que a referida minuta informa que “*não estão previstas dotações específicas para este novo órgão no orçamento em vigor*” (SIC) e que o art. 30 da LC Estadual nº 184/2018³ autoriza o Poder Executivo a promover as alterações orçamentárias necessárias à instalação do Instituto Rio Metrópole.

Em princípio, em análise preliminar, nos parece, salvo melhor juízo, que a minuta em questão precisa ser alterada de modo a já incluir a previsão de específica dotação orçamentária para a instalação do Instituto Rio Metrópole, não bastando a autorização genérica do art. 30 da LC Estadual nº 184/2018. Nos parece, inclusive, que se deve demonstrar o atendimento às regras do Regime de Recuperação Fiscal, que impõem limites e condicionamentos ao aumento de despesas públicas do Estado do Rio de Janeiro.

De todo modo, tendo em vista que o ponto envolve questões de Direito Financeiro e Orçamentário, sugiro a submissão do PA E-14/001.049122/2019 à procuradoria especializada competente para análise da matéria.

Noutro giro, ressalto que, com exceção do PA E-14/001.049122/2019, os demais processos administrativos sob análise (PA E-14/001.049123/2019; PA E-14/001.049121/2019; PA E-14/001.049067/2019) não estão devidamente instruídos. Faltam: (i) exposição de motivos, (ii) notas explicativas e (iii) justificativas para a edição do ato, bem como (iv) a indicação de prévia dotação orçamentária para cobrir as despesas iniciais de custeio do órgão. Desse modo, friso a necessidade de

²Art. 4.º Incumbe aos Secretários de Estado e aos titulares dos demais órgãos diretamente subordinados ao Governador do Estado, observadas as suas respectivas competências, oferecer a exame final do Gabinete Civil proposta para a elaboração de atos normativos ou regulamentares que considerem necessário editar, referidos nos arts. 110, I, II, III e IV, 145, IV e VI, 148, II, e 211, § 3.º, da Constituição do Estado, à qual constituirá processo no órgão proponente em que serão anexados obrigatoriamente:

I – a exposição de motivos, as notas explicativas e as justificativas para a edição do ato;

II – o projeto do ato normativo;

III - o parecer conclusivo do órgão de assessoramento jurídico da respectiva Secretaria de Estado, quanto à constitucionalidade e à juridicidade da proposição, bem como sobre a forma do ato a ser editado.

§ 1º O ato proposto por mais de uma autoridade deverá estar acompanhado dos pareceres a que se refere o inciso III, elaborados pelos órgãos de assessoramento jurídico de todas as autoridades proponentes.

§ 2º Os projetos que tratem de assunto relacionado a mais de uma Secretaria ou órgão da estrutura do Poder Executivo Estadual deverão obrigatoriamente contar com a participação de cada um desses órgãos na sua elaboração.

§ 3º Quando o projeto demandar despesas, deverá ser indicada a existência de prévia dotação orçamentária.

§ 4º Quando o projeto modificar, revogar ou ratificar dispositivos legais em vigor ou referir-se ao exercício de competência legislativa comum ou concorrente, somente será recebido quando acompanhado da legislação citada.

³Art. 30 Fica o Poder Executivo autorizado a promover as alterações orçamentárias necessárias à instalação do Instituto Rio Metrópole.

providenciar a instrução dos respectivos P As de modo a dar cumprimento ao já mencionado art. 4º do Decreto nº 31 .896/2002.

Feitas estas considerações iniciais, prossigo com a análise das questões jurídicas levantadas.

2. A viabilidade jurídica da vinculação da autarquia estadual Instituto Rio Metr pole   Região Metropolitana.

  juridicamente válido o desenho institucional conferido ao Instituto Rio Metr pole pelo artigo 13, *caput*, da LC Estadual 184/2018, no qual o Instituto, com natureza jurídica de autarquia especial, vincula-se, (i) de um lado,   Administra o do Estado do Rio de Janeiro para fins organizacionais, e, (ii) de outro lado, quanto às suas decisões finalísticas, aos comandos do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana. O Instituto não perde sua natureza de autarquia estadual pelo simples fato de estar vinculado às decisões da Região Metropolitana. Trata-se de novo desenho institucional que se insere no âmbito da discricionariedade legislativa capaz de aglutinar interesses regionais na forma do art. 23, parágrafo único da Constitui o da República.

Já me manifestei a respeito da questão por meio do Parecer n  03 /2019 ARCY/PG-17, motivo pelo qual não me alongarei na análise desse quesito. De todo modo, para fins de clareza, transcrevo trecho do referido parecer acerca da temática:

  com esse desenho que se estabelece um regime de autonomia reforçada típica daquilo que se denomina, na prática, de autarquia especial; um modelo que se insere na esfera de discricionariedade legislativa e que pode promover maior estabilidade institucional. **Tal modelo   viável em qualquer nível federativo; inclusive no nível metropolitano** (onde pode haver ainda maior demanda por autonomia, para fins de garantir maior estabilidade ao organismo que congrega tantos atores, bem como um maior distanciamento da Chefia do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro), observados os parâmetros definidos pelo STF (fl.5).

(...) Em resumo, **por mais que o  rg o Executivo (Instituto Rio Metr pole) integre exclusivamente a Administra o Pública estadual, a pluralidade decisória e a autonomia dos entes federativos foram respeitados, uma vez que a autarquia não possui poderes deliberativos, limitando-se a executar as ordens do Conselho Deliberativo** (art. 139), do qual os municípios integrantes participam ativamente, segundo um peso definido consoante o tamanho da popula o. **Nesse desenho, o modelo de autarquia especial, cf. a Lei Complementar n  184/2018, longe de inviável, promove o equilíbrio interfederativo, por diminuir a ingerência do Governador no seu funcionamento** (fl. 6). (*destacou-se*)

Também nesse sentido, vale colacionar o seguinte trecho do Parecer n  02/2015 RTAM/PG-02, lavrado pelo então Subprocurador-Geral do Estado, Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, que trata da modelagem regulatória da Região Metropolitana do Rio de Janeiro adotada pelo projeto de lei que veio a se tornar posteriormente LC 184/2018:

Certamente a governança da RM   a questão mais delicada do ponto de vista constitucional. Há que se estabelecer um órgão mais político com caráter deliberativo e outro com caráter mais executivo. Este esquema, a rigor,   o

atualmente previsto pela Constituição do Estado e pela LC 87 (fl. 4/§ 17).

O que o STF considerou inconstitucional, na verdade, foi o fato de o Estado ter completo domínio de ambos os órgãos. (fl. 4/§ 18).

Para evitar essa inconstitucionalidade manteve-se um órgão deliberativo, denominado Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, doravante "CD", colegiado, formado pelo governador e pelos prefeitos dos municípios integrantes da Região Metropolitana (fl. 4/§ 19).

(...) Assim, a partir da sugestão - que nos pareceu bastante inovadora – do Procurador Emerson Barbosa, concebemos que o **órgão executivo seria uma autarquia estadual (...). “Estadual”, mas formal e expressamente vinculada ao CD. Ou seja, uma autarquia que integra a administração pública do Estado apenas para fins organizacionais e administrativos, mas que recebe ordens do CD e que, na verdade, tem como única função institucional "executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como prestar-lhe todo o suporte necessário ao exercício de suas atribuições” (...)** (fl.5/§ 27). (*destacou-se*)

Em suma: é viável a vinculação finalística do Instituto *Rio Metr pole* à Região Metropolitana, órgão de natureza interfederativa. Tal vinculação não gera, em abstrato, incompatibilidade com a natureza do Instituto de autarquia especial estadual para fins organizacionais.

3. A viabilidade jurídica das minutas de Regulamento dos Organismos e do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana

As minutas me parecem adequadas do ponto de vista formal, tendo em vista que apresentam a forma prescrita em lei. Os Regimentos Internos do Conselho Deliberativo e Consultivo e o Regulamento do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana assumem forma de resolução, que devem ser aprovadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (art. 11, V c/c § 1º c/c 22 da LC 184/2018⁴). E o Regulamento do Instituto Rio Metr pole, por sua vez, é instituído como anexo ao Decreto de instalação da autarquia, ambas as minutas de competência do Governador do Estado (art. 24, *caput* e § 1º, da LC 184/2018⁵).

Feitas essas considerações, passo à análise dos dispositivos das respectivas minutas.

⁴Art. 11 São atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro:

V – elaborar e aprovar seu regimento interno, bem como o regimento interno do Conselho Consultivo da Região Metropolitana, que deverão ser disponibilizados em sítio eletrônico;

§ 1º 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.

Art. 22 O funcionamento e gestão do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana serão regulamentados pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, observadas as diretrizes e os princípios que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro vier a disciplinar por lei.

⁵Art. 24 Caberá ao Poder Executivo do Estado instalar o Instituto da Região Metropolitana do Rio de Janeiro – Instituto Rio Metr pole, por Decreto em prazo de até 1 (um) ano da data da promulgação da presente lei, devendo o seu regulamento, fixar-lhe a estrutura organizacional.

§ 1º A publicação do regulamento no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro demarcará a instalação do Instituto, investindo-o automaticamente no exercício de suas atribuições, com a transferência ao Instituto de todo o acervo técnico e patrimonial, bem como de todos os cargos em comissão e funções gratificadas do Grupo Executivo de Gestão Metropolitana e da Câmara Metropolitana de Integração Governamental da Secretaria de Estado de Governo.

3.1. Decreto nº 000/2019 e Anexo I – Regulamento do Instituto Rio Metr pole (P A E-14/001.049122/2019).

Parece-me que o conteúdo do Decreto de instala o e do Regulamento do Instituto Rio Metr pole cumpre com os parâmetros e recomenda es estabelecidos em sede do Parecer n  03 /2019 ARCY/PG-17, exarado por este mesmo Procurador.

Naquela ocasião, um dos quesitos respondidos dizia respeito   possibilidade de defini o do Regimento Interno do Instituto Rio Metr pole por Decreto do Governador do Estado ou se deveria, necessariamente, ser fixado por ato interno de seu próprio Conselho Deliberativo.

Em interpreta o sistemática das disposi es da LC 184/2018, manifeste-o no sentido de que o Regimento Interno do Instituto Rio Metr pole deveria ser fixado pelo Conselho Deliberativo da própria autarquia, de forma a preservar sua plena autonomia administrativa e financeira legalmente assegurada no art. 13,   3 ⁶

Frisei, ainda, que a competência do Conselho Deliberativo da autarquia para fixar seu próprio regimento interno foi expressamente fixada no art. 13, V, da LC 184⁷ e não se confunde com a competência conferida ao Governador do Estado para editar Decreto de instala o e Regulamento fixando a estrutura organizacional, em especial, órgãos de funcionamento interno da entidade, com a transferência de todo o acervo técnico; patrimonial e de pessoal (art. 24, *caput* e   1 ⁸).

Ressalvei que o decreto e o regulamento devem ter o cuidado de não esvaziar a capacidade de organiza o regimental da autarquia, em linha com a autonomia que se lhe atribuiu na Lei Complementar n  184/2018 e a preocupa o do STP de necessidade de equilíbrio na participa o do organismo metropolitano.

A esse respeito, as minutas em análise cumpriram, em abstrato, com a recomenda o do Parecer n  03 /2019 ARCY/PG-17, tendo em vista que focam em fixar as atribui es de cada órgão interno da autarquia, sem se imiscuir a fundo em aspectos relativos a processos decisórios.

Ademais, vale observar que nada impede de o Conselho Deliberativo do Instituto Rio Metr pole futuramente venha a alterar as disposi es do regulamento por ato normativo próprio, já que o art. 13, IV, da LC n  184/2018⁹, lhe confere esta competência, até como medida de preserva o de sua autonomia.

⁶Art. 13   3  A natureza de autarquia especial conferida ao Instituto   caracterizada por plena autonomia administrativa e financeira, respeitadas as atribui es do Conselho Deliberativo, ficando-lhe asseguradas, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

⁷Art. 13 Fica criado o Instituto da Região Metropolitana do Rio de Janeiro -Instituto Rio Metr pole, entidade integrante, para fins organizacionais, da Administra o Pública Estadual indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada, para fins organizacionais, ao Governo do Estado, com a fun o de executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como de assegurar suporte necessário ao exercício de suas atribui es, em especial quanto ao detalhamento das diretrizes gerais, planos e normas metropolitanas, definidas pelo próprio Conselho Deliberativo.

V – aprovar seu regimento interno;

⁸Art. 24 Caberá ao Poder Executivo do Estado instalar o Instituto da Região Metropolitana do Rio de Janeiro – Instituto Rio Metr pole, por Decreto em prazo de até 1 (um) ano da data da promulga o da presente lei, devendo o seu regulamento, fixar-lhe a estrutura organizacional.

  1  A publica o do regulamento no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro demarcar  a instala o do Instituto, investindo-o automaticamente no exercício de suas atribui es, com a transferência ao Instituto de todo o acervo técnico e patrimonial, bem como de todos os cargos em comissão e fun es gratificadas do Grupo Executivo de Gestão Metropolitana e da Câmara Metropolitana de Integra o Governamental da Secretaria de Estado de Governo.

⁹Art. 13 Fica criado o Instituto da Região Metropolitana do Rio de Janeiro -Instituto Rio Metr pole, entidade integrante, para fins organizacionais, da Administra o Pública Estadual indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada, para fins organizacionais, ao Governo do Estado, com a fun o de executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como de assegurar suporte necessário ao exercício de suas atribui es, em especial quanto ao detalhamento das diretrizes gerais, planos e normas metropolitanas, definidas pelo próprio Conselho Deliberativo.

IV – submeter ao Conselho Deliberativo as modifica es do seu regulamento:

a) Decreto nº 000/2019 (fls.149/1S0, do PA E-14/001.049122/2019)

Tenho algumas observações sobre a minuta em questão. Em primeiro lugar, o artigo 2º da minuta de Decreto e o artigo 1º da minuta de regulamento (Anexo I) aparentam uma contradição quanto à vinculação do Instituto Rio Metrópole. O primeiro menciona a Secretaria de Estado da Casa Civil e Governança (art. 2º da minuta de decreto) e o segundo se refere ao Gabinete do Governador (art. 1º da minuta do Regulamento). Penso que, por clareza, deva-se optar pela mesma designação do órgão a que se vinculará a autarquia.

Em segundo lugar, o art. 2º, § 4º do Decreto emprega a expressão “próprio Conselho Deliberativo” para se referir ao CD do Instituto Rio Metrópole, distinguindo-o do “Conselho Deliberativo da Região Metropolitana”, em atendimento à LC 184/2018 que prevê a existência de ambos os órgãos¹⁰. Contudo, ao longo das minutas de Decreto e de Regulamento do Instituto Rio Metrópole a expressão "Conselho Deliberativo" é empregada, por vezes, com acepções diversas sem ficar claro à qual dos dois Conselhos Deliberativos esteja se referindo o que poderia dar causa à ambiguidade e a problemas de interpretação das normas infralegais.

Um exemplo disso é a redação do parágrafo único do artigo 3º, do Decreto que emprega a expressão “deliberação do Conselho Deliberativo”. Sugiro, nesse caso específico, para fins de clarificação do sentido do texto a substituição pela expressão “deliberação do seu Conselho Deliberativo”. Para os demais casos, recomendável que seja realizada uma revisão geral da redação das minutas de forma a se identificar os casos em que poderia dar azo à ambiguidade, para que se promova as alterações necessárias à redação do texto.

Em terceiro lugar, verifica-se que o art. 3º, *caput*, do Decreto, emprega o vocábulo “jurisdição” para se referir ao âmbito de competência do Instituto Rio Metrópole. Do ponto de vista técnico, apenas o Poder Judiciário exerce jurisdição (princípio da unicidade de jurisdição). Logo, recomendo que o vocábulo “jurisdição” seja substituído por “competência”.

Por fim, recomendo a retificação da redação do art. 6º, do Decreto, quanto à expressão “cargos e comissões [SIC] referidas no art. 5º”. Verifica-se que o art. 5º da minuta emprega a expressão “cargos em comissão e funções gratificadas”, logo sugiro que a mesma expressão utilizada no art. 5º seja empregada também no artigo 6º, para fins de uniformização da redação.

b) Anexo I – Regulamento do Instituto Rio Metrópole (fls, 130/142, do PA E-14/001.049122/2019)

Quanto à minuta de regulamento do Instituto Rio Metrópole, em primeiro lugar, recomenda-se a substituição do vocábulo “*jurisdição*”, empregado no título: “*CAPITULO I – DA NATUREZA JURÍDICA, SEDE E JURISDIÇÃO*” e no art. 2º, pelo vocábulo “*competência*”, pelas razões apresentadas acima.

Em segundo lugar, recomendável que, para fins de uniformização e coerência das minutas, o parágrafo único do art. 2º, da minuta de regulamento tenha a mesma redação do parágrafo único do art. 3º da minuta de decreto. Sugiro a seguinte redação (ver: observações feitas no item a sobre o artigo 3, parágrafo único da minuta de decreto):

“Art. 2º, parágrafo único – Sempre que o interesse social o exigir, o Instituto Rio Metrópole poderá, por decisão do seu Conselho Deliberativo, criar

¹⁰O Conselho Deliberativo da Região Metropolitana é regulamentado nos artigos 10 a 12 da LC 184/2018, ao passo que o Conselho Deliberativo do Instituto Rio Metrópole encontra previsão no artigo 13 do mesmo diploma legal.

superintendências, escritórios, representações ou quaisquer outros estabelecimentos na Região Metropolitana do Rio de Janeiro e na Capital Federal”

Em terceiro lugar, assim como já comentei em relação à minuta de Decreto (item a), tanto a minuta de regulamento quanto a de decreto pecam pela ausência de sistematização em relação ao emprego da expressão “Conselho Deliberativo”, de modo que em diversas situações não fica claro se a redação se refere ao “Conselho Deliberativo da Região Metropolitana” ou se se refere “ao próprio Conselho Deliberativo” do Instituto Rio Metr pole.

Fato   que, conforme já exposto nos comentários acerca da minuta de Decreto, a existência do Conselho Deliberativo do Instituto Rio Metr pole (que não se confunde com o da Região Metropolitana)   reconhecida tanto pela LC 184/2018 (art. 13), quanto pelo artigo 2,   4, da minuta de Decreto e pelo artigo 1   da resolu o (“pelo próprio Conselho Deliberativo”).

Entretanto, a existência do referido órgão da autarquia não encontra previsão no art. 5   do “*Capitulo III do Título I – Da Estrutura Organizacional*”, nem sequer no restante da minuta de regulamento. Ao invés, o art. 5   e o Capítulo Ir do Título Ir preveem a existência de um órgão de c pula chamado apenas de “Diretoria”, concomitantemente   existência de outras subdiretorias a ela vinculadas. Tal escolha da minuta pode gerar ambiguidades por não ficar claro se, quando se emprega o vocábulo “Diretoria” está-se remetendo ao órgão de c pula ou se está-se referindo   subdiretoria (eg.: art. 22,   1  ; art. 24, parágrafo único; art. 25, parágrafo  nico). Assim, sugiro a troca de nomenclatura adotada para o órgão de c pula que deixaria de se chamar “Diretoria” e passaria a se chamar de “Conselho Deliberativo”.

Adicionalmente, noto dois problemas com a reda o do artigo 5   da minuta de regulamento; um de (i) ordem numérica quanto aos seus incisos e outro de (ii) ordem topográfica.

(i) Quanto   numera o dos incisos do art. 5  , observa-se que esta não corresponde com as se es e subse es do Regulamento, o que   um problema para um dispositivo que pretende exercer fun o de  ndice (está inserido no Capítulo III - Da Estrutura Organizacional). A numera o não segue um padrão único e claro e deixa de fora por exemplo o órgão de Auditoria Interna (Se o V).

(ii) Quanto   topografia, sugiro uma inversão entre os capítulos III (Da Estrutura Organizacional) e IV (Do Patrimônio e das Receitas) do Título I, de modo que o Capítulo III (art. 5, que cont m  ndice da estrutura organizacional) seja seguido imediatamente pelo Título Ir, que cont m as competências de cada um dos órgãos elencados no artigo 5. Com essa inversão, os atuais artigos 6  , 7   e 8  , seriam renumerados para artigos 5  , 6   e 7   e o atual artigo 5   passaria a ser o artigo 8  .

Levando em conta todas essas observa es, sugiro a seguinte reda o para os referidos dispositivos (se es acrescidas destacadas em negrito):

“CAPITULO III – DO PATRIMÔNIO E DAS RECEITAS”

Art. 5 + 6 + 7 - com a mesma ordem e reda o de antes [antigos arts. 6, 7 e 8]

“CAPITULO IV – DA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL”

“Art. 8 - O Instituto Rio Metr pole tem a seguinte estrutura organizacional:

I – PRESIDÊNCIA

Se o I – Do Presidente

Se o II – Da Chefia de Gabinete

Subse o I – Da Secretaria Executiva dos Conselhos

Seção III – Da Procuradoria

Seção IV – Da Auditoria Interna

Seção IV – Da Assessoria Executiva

Seção V – Da Auditoria Interna

II - DA DIRETORIA

Seção I – Do Conselho Deliberativo

Seção II – Da Diretoria de Gestão Interna

Seção III – Da Diretoria de Planejamento e projetos

Seção IV – Da Diretoria de Desenvolvimento Metropolitano Integrado

Seção V – Da Diretoria de Saneamento Metropolitano Integrado

Seção VI – Da Diretoria de Mobilidade Metropolitana Integrada”

Para fins de uniformização, também sugiro que, onde consta o título “Capítulo II - Da Diretoria” (fls. 12 da minuta) seja acrescido abaixo o título “Seção I – Do Conselho Deliberativo”.

Recomendo, sobretudo, uma revisão geral da minuta para adequação das nomenclaturas, substituindo as referências à “Diretoria” por “Conselho Deliberativo do Instituto Rio Metr pole”, onde for cabível, em especial nos artigos 17 a 20, da minuta. Aliás, seria pertinente uma revisão geral da minuta para a correção de ambiguidades no emprego dos termos “Diretoria” (qual diretoria?) e “Conselho Deliberativo” (da região metropolitana ou do instituto Rio Metr pole?), com destaque para os seguintes dispositivos: art. 14, caput; art. 21, § 1; art. 22, § 1º; art. 24, parágrafo único; art. 25, parágrafo único; art. 26.

Em quarto lugar, recomendável que os nomes das siglas utilizadas nos incisos III (“PEDUI”) e VI (“FDRM”) do artigo 18, da minuta de regulamento sejam escritas também por extenso para permitir a identifica o, pois, salvo engano, estão sendo mencionadas pela primeira vez na minuta.

Por fim, cumpre tecer breves observa es acerca da previsão dos incisos II e VIII, do artigo 14 da minuta de Regulamento, a seguir colacionados:

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:

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;**

VIII – **Submeter   aprova o do Procurador Geral do Estado** todas as manifesta es da Procuradoria que:

a – **Contrariarem orienta es já consolidadas** nos enunciados e em pareceres da Procuradoria-Geral do Estado **em matéria de agentes públicos, licita es e contratos administrativos e direito financeiro** aos quais se tenha atribuído eficácia normativa, devendo essa divergência ser explicitada no pronunciamento;

b – **Concluam pela inconstitucionalidade de lei ou decreto, ou pela ilegalidade de decreto em matéria de agentes públicos, licita es e**

contratos administrativos e direito financeiro. (destacou-se)

Ambos os incisos têm em comum a regra de submissão de minutas e manifestações do Instituto Rio Metrópole ao crivo da PGE-RJ, órgão central de representação judicial e consultoria jurídica do Estado do Rio de Janeiro (art. 176, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro¹¹).

Em uma primeira leitura, pode parecer que tais previsões violariam a autonomia federativa dos municípios integrantes da Região Metropolitana, já que não só O artigo 16 da LC 184/2018¹² designou à Procuradoria do Instituto Rio. Metrópole a competência para representação judicial e consultoria jurídica do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, como também está o Instituto *Rio Metrópole* no seu aspecto finalístico vinculado não ao Estado do *Rio* de Janeiro, mas à Região Metropolitana (art. 13, *caput*, da LC 184/2018¹³), isto é, o colegiado que engloba Estado e Municípios.

Contudo, observa-se que não é o caso, tendo em vista que as matérias submetidas à PGERJ, pelos incisos TI e VIII, são aquelas estritamente de cunho organizacional (pessoal, licitações, contratos administrativos, acordos no geral e direito financeiro). Como já exposto no Tópico TI, o Instituto *Rio Metrópole*, enquanto autarquia especial estadual, vincula-se à Administração Direta do Estado do *Rio* de Janeiro (PGE-RJ incluso), apenas quanto aos aspectos organizacionais, como prevê o artigo 13, *caput*, da LC 184/2018. Assim, não há óbice jurídico de submissão de tais matérias de cunho organizacional à supervisão da PGE-RJ.

Por outro lado, cumpre ressaltar que todas as demais matérias que não forem de cunho organizacional da autarquia não devem se submeter a minutas-padrão e supervisão da PGE-RJ, por estarem abrangidas na competência decisória do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (*e.g.*: criação de novos serviços públicos metropolitanos). Do contrário, incorrer-se-ia em violação da autonomia federativa dos municípios integrantes da RM.

3.2. Resolução nº 001/2019 - Regimento Interno do Conselho Deliberativo (fls. 94/107 do P A E-14/001.049123/2019).

Em primeiro lugar, destacam-se três dispositivos da minuta de Regimento Interno do Conselho Deliberativo cuja redação diverge daquela adotada pelo dispositivo correspondente na LC nº 184/2018, a ponto de poder causar uma alteração de sentido que contrariaria aquele pretendido pelo legislador.

Um desses dispositivos é o art. 2º, VIII, b, da minuta de Regimento Interno ao dispor que compete ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana “determinar a elaboração” do Plano Metropolitano de resíduos sólidos, ao passo que o art. 11, VIII, b, da LC nº 184/2018, para a mesma competência, utiliza o vocábulo “elaborar”.

Ora, “determinar a elaboração” e “elaborar” possuem sentidos diversos; diferentemente de “elaborar”, “determinar a elaboração” passa a ideia de que não é o próprio Conselho Deliberativo que

¹¹Art. 176 – A representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, ressalvados o disposto nos artigos 121 e 133, parágrafo único, são exercidas pelos Procuradores do Estado, membros da Procuradoria Geral, instituirão essencial à Justiça, diretamente vinculada ao Governador, com funções, como órgão central do sistema de supervisão dos serviços jurídicos da administração direta e indireta no âmbito do Poder Executivo.

¹²Art. 16 O Instituto Rio Metrópole contará com uma Procuradoria, incumbida da representação 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.

¹³Art. 13 Fica criado o Instituto da Região Metropolitana do Rio de Janeiro – Instituto Rio Metrópole, entidade integrante, para fins organizacionais, da Administração Pública Estadual indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada, para fins organizacionais, ao Governo do Estado com a função de executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como de assegurar suporte necessário ao exercício de suas atribuições, em especial quanto ao detalhamento das diretrizes gerais, planos e metropolitanas, definidas pelo próprio Conselho Deliberativo. (*grifou-se*)

irá elaborar. Por esse motivo, de modo a que se evitem questionamentos, recomendável a alteração da redação da minuta do Regimento Interno de modo a substituir a expressão “determinar a elaboração” por “elaborar”. Ou, ao menos, que se estabeleça que o Conselho poderá determinar que algum órgão consultivo elabore minuta a qual será, posteriormente, apreciada por ele.

O outro dispositivo que aparentemente altera a competência fixada em lei é o artigo 2º, X, a, do Regimento Interno, ao dizer que cabe ao Conselho Deliberativo “aprovar e fiscalizar a implementação do Plano Metropolitano de Mobilidade Urbana”, enquanto que a o art. 11, X, a, da LC 184/2018, determina que cabe ao Conselho Deliberativo “colaborar com a área competente na elaboração, aprovação e fiscalização da implantação do Plano Metropolitano de Mobilidade Urbana”.

A despeito da diferença na redação, nesse segundo caso, não se vislumbra risco de alegação de que haja violação à lei, tendo em vista que esta não fixa competência para a elaboração, aprovação e fiscalização do Plano Metropolitano de Mobilidade Urbana, havendo espaço para exercício do poder regulamentar.

O último dispositivo cuja redação diverge daquela adotada em lei é o art. 14, I da minuta de regimento interno, cuja redação contrasta com aquela adotada pelo art. 11, § 3º, I, da LC 184/2018, conforme destacado a seguir:

Art. 11 § 3º O Conselho Deliberativo disporá de uma Secretaria Executiva, dentro

da estrutura do Órgão Executivo de que trata o art. 9º, com as seguintes competências:

I – por determinação do presidente do Órgão Executivo, agendar, convocar, organizar e secretariar as reuniões do Conselho Deliberativo; [LC 184/2018]

Art. 14 – O Conselho Deliberativo – Câmara Metropolitana disporá de uma Secretaria Executiva, dentro da estrutura do Instituto Rio MetrÓpole, com as seguintes competências:

I – por determinação do presidente do Conselho, agendar, convocar, organizar e secretariar as reuniões do Conselho Deliberativo – Câmara Metropolitana [Regimento Interno do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana]

Veja-se que “por determinação do presidente do Conselho” (isto é, do Governador do Estado, cf. art. 10, da LC 184/2018¹⁴) é diferente de “por determinação do presidente do Órgão Executivo” (isto é, do Presidente do Instituto Rio MetrÓpole, cf. art. 14, LC 184/2018¹⁵). Apesar de o Presidente do Instituto Rio MetrÓpole ser nomeado pelo próprio Governador, precisa ser também aprovado pelo Conselho Deliberativo. Desse modo, não só a fixação em regulamento de competência diversa daquela prevista em lei é ilegal, como também, designar tal competência via regulamento para o Governador do Estado violaria a autonomia administrativa da autarquia assegurada pelo art. 13, § 3º, da LC 184/2018¹⁶. Assim, recomenda-se a adequação da redação do dispositivo da minuta à lei.

¹⁴Art. 10 A Região Metropolitana do Rio de Janeiro adotará suas deliberações por meio do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, formado pelo Governador do Estado, que o presidirá, pelos Prefeitos dos municípios que integram a Região Metropolitana e por três segmentos da sociedade civil, indicados pelo Conselho Consultivo, todos com direito a voto, com os pesos especificados a seguir:

¹⁵Art. 14 O Instituto Rio MetrÓpole será administrado por equipe composta de um presidente e cinco diretores, nomeados pelo Governador do Estado e aprovados pelo Conselho Deliberativo, sem aumento de despesa de pessoal, todos de reputação ilibada, portadores de diploma de nível superior e notórios conhecimentos em, no mínimo, uma das áreas de atuação da Região Metropolitana.

¹⁶Art. 13, § 3º A natureza de autarquia especial conferida ao Instituto é caracterizada por plena autonomia administrativa e

Em segundo lugar, quanto ao quórum de votação, nota-se que o art. 15, III, da minuta de Regimento Interno inova em relação ao artigo 12, II, da LC 184/2018, uma vez que adota a mesma redação da lei, com acréscimo do vocábulo “presentes”. Veja-se:

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

II – as sessões do Conselho Deliberativo serão instaladas com a presença de metade de seus integrantes e suas decisões dependerão do voto favorável de 3/5 (três quintos) do total de votos de todos os membros, considerando-se os distintos pesos, **combinado com o voto favorável de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do total de conselheiros contados individualmente;** *(destacou-se)* [LC 184/2018]

Art. 15 O funcionamento do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana – Câmara Metropolitana observará as seguintes regras, conforme Art. 12 da Lei Complementar nº 184/2018:

III – as sessões do Conselho Deliberativo – Câmara Metropolitana serão instaladas com a presença de metade de seus integrantes e suas decisões dependerão do voto favorável de 3/5 (três quintos) do total de votos de todos os membros, considerando-se os distintos pesos, combinado com o voto favorável de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do total de conselheiros presentes contados individualmente; *(destacou-se)* [Regimento Interno do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana]

A esse respeito, à primeira vista, parece haver alteração do quórum fixado em lei, já que “50% do total de conselheiros presentes” pode ser uma quantia inferior à “50% do total de Conselheiros”. Contudo, no caso, não há violação à lei, e sim legítimo exercício de densificação do sentido do texto legal, mediante interpretação lógica¹⁷ de seus termos por parte da Administração Pública, dentro da sistemática normativa em exame. Explica-se.

Conforme se verifica da transcrição acima colacionada, a lei determina, logo na parte inicial do dispositivo, um quórum de instalação das sessões do Conselho Deliberativo de “metade de seus integrantes”; isto é o mesmo que dizer “50% do total de conselheiros”. Paralelamente, ao final do mesmo dispositivo estabelece quórum de aprovação das decisões de, no mínimo, “50% do total de conselheiros”. Uma interpretação literal e apressada do dispositivo resultaria numa interpretação absurda, pela qual se igualariam os quóruns de instalação e de aprovação. Assim, por exemplo, se apenas 50% do total de conselheiros estivessem presentes na sessão, pela interpretação literal do

financeira, respeitadas as atribuições do Conselho Deliberativo, ficando-lhe asseguradas, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

¹⁷Segundo Tércio Sampaio, interpretação lógica: "Trata-se de um instrumento técnico, inicialmente a serviço da identificação de inconsistências. Parte-se do pressuposto de que a conexão de uma expressão normativa com as demais do contexto é importante para a obtenção do significado correto. Não obstante as exigências de compatibilidade lógica, ocorrem, no entanto, inconsistências quando, às vezes, num mesmo diploma legal, usa-se o mesmo termo em normas distintas com consequências diferentes". FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 10ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 241. Eis o caso do art. 12, II, da LC 184/2018, tendo em vista que emprega as expressões a princípio de idêntico sentido, "presença de metade de seus integrantes" e “no mínimo, 50% do total de conselheiros” com acepções distintas.

dispositivo, seria necessário o voto da unanimidade deles para aprovar uma decisão, o que poderia obstruir demasiadamente a atividade decisória do Conselho. Trata-se, portanto, de uma interpretação que contraria a finalidade da lei, vez que vai de encontro ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CRFB).

O regulamento, visando assegurar que seja conferida uma interpretação que atenda à finalidade da lei, esclarece que o quórum de aprovação acerca ao qual a lei se refere é de “50% do total de conselheiros presentes”, ou seja, de maioria simples, não absoluta.

A hipótese envolve aquilo que Karl Larenz denomina de *lacuna de regulação*. Trata-se de espécie de lacuna¹⁸ verificada quando a omissão legislativa, menos explícita do que a de uma lacuna comum, é percebida a partir da finalidade da lei. É o *telos* normativo que permite constatar que o legislador pretendia pronunciar algo sobre um tema que acabou por deixar em aberto.

As lacunas de regulação, explica Karl Larenz, não se confundem com meras falhas na lei, e sobrevêm quando um determinado estatuto:

“(…) não contém nenhuma regra para uma certa questão que, segundo a intenção reguladora subjacente, precisa de uma regulação. (...) Por isso, para chegar a uma resolução juridicamente satisfatória, o juiz precisa preencher a lacuna da regulação legal e, por certo, em concordância com a intenção reguladora a ela subjacente e com a teleologia da lei. (...) O fim da regulação requer, por isso, o preenchimento desta lacuna e o caminho para isso indicam-nos as regras respectivas da lei para os casos, aí regulados, (...)”¹⁹

Como ocorre com outras do seu gênero, a lacuna de regulação precisa ser reconhecida e integrada pelo aplicador do Direito por imperativos de justiça e de igualdade, com base na *teleologia imanente da lei*²⁰. O regulamento, na hipótese, será a forma de o administrador público antecipar o preenchimento da lacuna da lei antes de sua aplicação. Assim, buscará a fiel execução da lei, na forma do art. 84, IV, da Constituição da República²¹. Isto é: ciente de que poderá haver aplicações equivocadas da lei, o regulamento se antecipa e preenche a lacuna a partir da finalidade legislativa.

Só é fiel à lei quem percebe que pode haver vazios normativos que geram insegurança jurídica e merecem atuação regulamentar, tal como, aliás, determina o art. 30 da LINDB²², cuja dicção expressamente reconhece o papel do regulamento para a promoção da certeza e da estabilidade nas

¹⁸Segundo Claus Wilhelm Canaris uma lacuna ocorre normativamente na ausência de uma regulação legal, entendendo-se como parte desta carência os princípios supraleais e também as chamadas ideias legais que decorrem da própria natureza das coisas. Sendo assim, pode-se dizer que uma lacuna decorre de uma incompletude, uma irregularidade no seio do direito positivo, algo medido e perceptível a partir de uma visualização em escala de todo o sistema legal existente (CANARIS, Claus Wilhelm. “*De la maniere de Constater et de combler les lacunes de la loi em droit allemand*”. In: PERELMAN, Chaim. “*Le Problème des Lacunes en Droit*”. Bruxelles: Établissements Emile Bruylant, 1968, p 167).

¹⁹LARENZ, Karl. “*Metodologia da ciência do direito*”. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Trad. José Lamego, 3ª. ed., 1997, pp. 528-529.

²⁰Conforme Karl Larenz: “A ‘teleologia imanente’ da lei não deve, certamente, ser entendida, neste contexto, em sentido demasiado estrito. Não só se hão de considerar os propósitos e as decisões conscientemente tomadas pelo legislador, mas também aqueles fins objetivos do Direito e princípios jurídicos gerais que acharam inserção na lei.

Um princípio que é inerente a toda lei porque e na medida em que pretende ser Direito, é O do tratamento igual daquilo que é igual. Se uma lei regula uma determinada situação de facto A de uma maneira determinada, mas não contém nenhuma regra para o caso B, que é semelhante àquele no sentido da valoração achada, a falta de uma tal regulação deve considerar-se uma lacuna” (LARENZ, Karl. “*Metodologia da ciência do direito*”. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, trad. José Lamego, 3ª. ed., 1997, p. 531).

²¹Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV – Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

²²“Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.”

relações econômicas e sociais.

Enfim, para assegurar ainda mais segurança jurídica na interpretação dada à lei pelo artigo 15, III, da minuta de regimento interno do Conselho Deliberativo, sugiro, em todo caso, a aprimoração da redação do dispositivo, de modo que o quórum de aprovação deixe de ser de “no mínimo 50%”, e passe a ser de “maioria simples”, uma vez que a expressão “no mínimo 50%” pode levar ao equívoco de haver aprovação em caso de empate na votação. Já a expressão “maioria simples” toma claro que o quórum de aprovação é o número inteiro imediatamente superior ao da metade dos presentes, atendendo assim à teleologia da lei.

Ainda a respeito do quórum de votação, o art. 31 da minuta de Regimento Interno do Conselho Deliberativo prevê quórum de maioria absoluta para alterar o Regimento Interno. Porém, tal quórum cria uma situação irracional que pode contrariar o princípio da razoabilidade, tendo em vista ser menos rigoroso que o quórum previsto em lei para as votações ordinárias (art. 12, II, da LC 184/2018), que, conforme já exposto, exige quórum de instalação de metade dos integrantes e voto favorável de 3/5 do total de membros, considerando-se os pesos, e voto favorável “de, no mínimo, 50% do total de conselheiros contados individualmente” (que deve ser interpretado como maioria simples). Sendo a alteração de Regimento Interno evento extraordinário, mais gravoso do que as decisões tomadas em votações ordinárias, razoável se supor que o quórum de deliberação seja, no mínimo, tão ou mais rigoroso do que aquele previsto para as votações ordinárias. Por isso, recomenda-se ajuste da redação do referido dispositivo de forma a se adequar à lei. Nesse sentido, replicam-se as mesmas observações feitas a respeito da interpretação do art. 15, III, da minuta.

Em terceiro lugar, cumpre tecer algumas observações acerca dos §§ 2º a 7º do artigo 6º, da minuta de Regimento Interno do Conselho Deliberativo, os quais visam a regulamentar a previsão do artigo 10, § 3º, da LC 184/2018²³, que trata da possibilidade de alteração do peso dos votos dos entes federativos integrantes da Região Metropolitana, quando estes aportarem recursos.

Já me manifestei anteriormente acerca da interpretação do § 3º do art. 10 da LC 184/2018 em sede do Parecer nº 03/2019 ARCY/PG-17, de forma a harmonizá-lo com a autonomia federativa, bem como com a posição da ADI nº 1.842/RJ²⁴, a qual declarou diversos dispositivos da antiga Lei Complementar da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (LC Estadual nº 87/1997) inconstitucionais por violarem a autonomia municipal pela concentração de poderes decisórios no Estado do Rio de Janeiro. Na ocasião, fixou-se a seguinte orientação:

²³Art. 10, A Região Metropolitana do Rio de Janeiro adotará suas deliberações por meio do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, formado pelo Governador do Estado, que o presidirá, pelos Prefeitos dos municípios que integram a Região Metropolitana e por três segmentos da sociedade civil, indicados pelo Conselho Consultivo, todos com direito a voto, **com os pesos especificados a seguir:**

I – três representantes da sociedade civil, indicados pelo Conselho Consultivo: peso 01 (um) para cada representante;

II – municípios com até 100.000 (cem mil) habitantes: peso 01 (um) para cada município;

III – municípios entre 100.001 (cem mil e um) e 250.000 (duzentos e cinquenta mil) habitantes: peso 02 (dois) para cada município;

IV – municípios entre 250.001 (duzentos e cinquenta mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes: peso 04 (quatro) para cada município;

V – municípios entre 500.001 (quinhentos mil e um) e 1.000.000 (um milhão) habitantes: peso 06 (seis) para cada município;

VI – municípios acima de 1.000.001 (um milhão e um) habitantes, exceto o município do Rio de Janeiro: peso 08 (oito) para cada município;

VII – Município do Rio de Janeiro: peso 15 (quinze).

VIII – Estado do Rio de Janeiro: peso 25 (vinte e cinco).

§ 3º **Quando houver aporte de recursos por parte dos entes elencados por esta Lei, o peso de cada entidade será proporcional ao valor integralizado.** (destacou-se)

²⁴Eis a síntese do entendimento da ADI 1842/RJ: “O parâmetro de aferição de constitucionalidade [de leis complementares estaduais que instituem e regulamentam regiões metropolitanas] 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”. STF, ADI, nº 1.842/RJ, acórdão, fls. 3.

Em suma, o § 3º do art. 10 recomenda interpretação sistemática (que pode ser positivada no Regimento Interno do Conselho Deliberativo), no sentido de que o **aumento do peso relativo** não se dê de forma unilateral, mas **pressuponha autorização do Conselho Deliberativo** (conforme a sistemática de pesos dos incisos do art. 10) **que definirá, fundamentadamente, as condições do aporte e as regras de participação e voto**. Aliás, é recomendável que tais aspectos sejam minimamente antecipados e regulados por norma anterior, para que se preserve a isonomia entre todos que almejem se valer do § 3º citado. (fls. 21 /22) (*destacou-se*)

Esse entendimento é extraído por meio de uma exegese sistêmica e compatível com o julgado do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.842, em que os Ministros definiram *“ser essencial que, quando da criação do agrupamento, a lei complementar estadual, sem se atribuir competência da REGIÃO METROPOLITANA, consiga assegurar, **procedimentalmente, a igualdade relativa das comunidades envolvidas. a evitar que o poder político-econômico local de uma cidade específica possa descaracterizar o tom de representatividade dos demais MUNICÍPIOS**”*.

Assim, o Regimento Interno do Conselho Deliberativo é meio válido e até recomendável, do ponto de vista da segurança jurídica, para regulamentação do §3º do artigo 10 da LC 184/2018. Logo, passa-se a verificar se os §§ 2 a 7, do artigo 6º da minuta observam os parâmetros fixados no Parecer nº 03 /2019 ARCY/PG-17 e na ADI nº 1.842/RJ.

Nesse sentido, destaque positivo a se fazer sobre a regulação conferida foi a decisão do §2º do artigo 6º de condicionar a possibilidade de alteração do peso dos votos por meio de aporte de recursos à *“implementação de projeto específico”* de forma a conferir caráter transitório e pontual à alteração do poder de voto. Trata-se de medida salutar que incentiva o aporte de recursos por parte dos entes que integram a região metropolitana, pois lhes conferem grau maior de autonomia na decisão sobre a destinação a ser dada a esses valores, ao mesmo tempo em que representa relevante proteção contra o risco de concentração de poderes no Conselho Deliberativo por parte dos entes de maior poderio econômico.

Respeita-se, assim, a orientação do STF, na ADI nº 1.842/RJ, no sentido de que: *“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”*.

Observa-se também que a minuta de regimento interno observou a orientação do Parecer nº 03/2019 ARCY/PG-17 de condicionar a alteração dos pesos de votação via aporte de recursos à autorização do Conselho Deliberativo, assim como de fixar condições para o aporte e regras procedimentais para participação e voto. Por outro lado, a orientação do referido parecer de que a fixação de tais parâmetros deva ser fundamentada não foi observada.

Desse modo, frise-se a necessidade de justificação dos critérios adotados nos §§ 2º a 7º do artigo 6º na exposição de motivos do regimento interno do Conselho Deliberativo, cuja apresentação é exigida, inclusive, pelo art. 4º do Decreto nº 31.896/2002, conforme já ressaltado no relatório deste parecer. Devem ser motivados, sobretudo, os critérios de votação eleitos e os quóruns mínimos para proposta e aprovação fixados.

Ressalte-se ser importante, na justificativa, que se demonstre que a fixação do quórum mínimo para aprovação promove **equilíbrio**. Isso quer dizer que se devem criar **meios para que os entes federativos maiores não se imponham sobre os demais, bem como que não impossibilite que entes menores os sobreponham nas votações**. Isso porque, se o quórum mínimo for demasiadamente baixo, corre-se o risco de que os entes com maior peso aniquilem a autonomia dos menores, na contramão da decisão do STF. Por outro lado, se o quórum mínimo for demasiadamente alto, impossibilita-se que os

municípios menores consigam se unir para aprovar sem apoio dos maiores, o que também esvazia a autonomia dos pequenos. Desse modo, há urna margem discricionária do administrador para fixar motivadamente o critério, limitada pelas zonas de certeza negativa²⁵, isto é, quóruns demasiadamente elevados ou diminutos que, indubitavelmente, aniquilem, na prática, a autonomia dos municípios menores.

Especificamente sobre a redação dos parágrafos apresentada, recomendável a alteração da redação dos §§ 3 e 6º do artigo 6º, da minuta. Em primeiro lugar, seria pertinente modificar a redação dos referidos dispositivos para esclarecer, quando se faz referência ao número de votos (para propositura e para aprovação), se tal quantificação é de votos individuais, ou se considera os pesos de cada integrante do Conselho. Nesse sentido, é possível tomar como inspiração a redação do art. 12, III, da LC 184/2018, o qual utiliza ambos os parâmetros, *in verbis*:

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

II – as sessões do Conselho Deliberativo serão instaladas com a presença de metade de seus integrantes e suas decisões dependerão do **voto favorável de 3/5 (três quintos) do total de votos de todos os membros, considerando-se os distintos pesos, combinado com o voto favorável de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do total de conselheiros contados individualmente; (destacou-se)**

Quanto aos quóruns mínimos de propositura (§ 3º) e de aprovação (§ 6º), repete-se a observação feita anteriormente quanto aos artigos 15, III e 31 da minuta: tais quóruns, em observância ao princípio da razoabilidade, devem ser no mínimo tão ou mais rigorosos do que aqueles fixados no art. 12, II, da LC 184/2018 para as votações ordinárias, tendo em vista que a deliberação quanto a alteração de pesos das votações é evento mais gravoso e extraordinário que uma votação ordinária.

Nesse sentido, destaca-se que o quórum mínimo de propositura de 35 votos, fixado no § 3º, respeita o princípio da razoabilidade, desde que os 35 votos sejam contados considerando-se os pesos, eis que é semelhante ao quórum fixado pelo art. 12, III, da LC 184/2018 para reuniões extraordinárias (113 dos votos, que equivale a 35 votos, considerando-se os pesos²⁶).

Por outro lado, o quórum mínimo de aprovação de 60 votos, fixado no § 6º, não observa o princípio da razoabilidade, porquanto inferior e menos rigoroso que o quórum para votações ordinárias. É inferior, porque o art. 12, II, da LC 184 supratranscrito, exige quórum de 3/5 dos votos, considerando-se os pesos, o que equivale a 62; número superior a 60, portanto. E é menos rigoroso, porque a lei prevê

²⁵Zonas de certeza negativa, positiva e cinzenta são expressões empregadas para classificar diferentes interpretações possíveis de se extrair de conceitos jurídicos indeterminados, isto é, termos de baixa densidade normativa. A zona de certeza positiva é a hipótese de incidência que claramente se enquadra nos limites hermenêuticos do texto da norma, já a zona de certeza negativa é a hipótese de incidência que claramente não se enquadra nos limites hermenêuticos do texto da norma. Por gerarem um juízo de certeza, as zonas de certeza positiva e negativa vinculam o intérprete e estão sujeitas a controle jurisdicional. A zona cinzenta, por sua vez, engloba os casos em que há dúvida se se enquadram ou não nos limites do texto da norma. Por isso, estão sujeitas à margem discricionária do administrador público na sua interpretação. V. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª Ed., revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 234-235. No caso concreto, o conceito jurídico indeterminado sob análise é o da **autonomia municipal e sua zona de certeza negativa são os quóruns de votação tão altos ou tão baixos que inviabilizam a aprovação ou reprovação de projetos e decisões pelos municípios menores sem o apoio dos maiores**.

²⁶Para realizar essa conta de conversão de a fração de 1/3 em número de votos, considerou-se o anexo II da minuta de regimento interno do Conselho Deliberativo, que contém uma tabela com os pesos e números de votos de cada integrante do Conselho Deliberativo (fls. 107, do PA E-14/001.049123/2019).

dois quóruns: um considerando os pesos (3/5) e outro considerando a contagem de votos individuais (“no mínimo, 50%”, que, como sugiro, deve ser interpretado como maioria simples). Desse modo, recomendável a adequação da redação do § 3, do artigo 6º da minuta.

Por fim, noto a necessidade de revisão ortográfica geral da minuta, a fim de retificar erros gramaticais e de formatação. Nesse sentido, destaco, e.g., a necessidade de revisão do inciso I do artigo 2º, acrescentando o conectivo “e” entre as orações coordenadas. Sugiro a seguinte redação:

“Art. 2 – Ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do *Rio* de Janeiro – Câmara Metropolitana, compete:

I – determinar a realização de estudos necessários ao exercício de suas atribuições, utilizando-se da estrutura do Instituto Rio Metrópole, Autarquia pública estadual criada pela Lei Complementar nº 184, de 27 de dezembro de 2018 e disponibilizando os resultados para consulta pública em sítio eletrônico específico do Instituto”

3.3. Resolução nº 002/2019 - Regimento Interno do Conselho Consultivo (fls. 155/165 do PA E 14/001.049121/2019).

Em primeiro lugar, merece atenção a redação do § 2º, do artigo 5º, da minuta de regimento interno do Conselho Consultivo, *in verbis*:

Art. 5, § 2º – Os representantes que não possuem processo de indicação expressamente previsto na Lei Complementar nº 184/2018 serão de livre indicação do Presidente do Conselho Deliberativo. (destacou-se)

Os representantes que não possuem processo de indicação previsto na LC 184 são os seguintes:

I. 03 representantes do Poder Legislativo dos demais Municípios que não o *Rio* de Janeiro (art. 18, § 1º, II, c);

II. 09 representantes do setor empresarial (art. 18, § 1º, III);

III. 09 representantes de órgãos de classe, da academia e de organizações não governamentais (Art. 18, § 1º, IV);

IV. 09 representantes de outros segmentos sociais sendo no mínimo 03 representantes da juventude (Art. 18, § 1º, V);

v. 01 representante do Ministério Público Estadual (Art. 18, § 1º, VI); e

vi. 01 representante da Defensoria Pública Estadual (Art. 18, § 1º, VII).

Vale observar que apesar de a LC 184 não prever' modo específico de indicação dos representantes do Poder Legislativo dos demais Municípios que não o *Rio* de Janeiro, a minuta de regimento interno possui previsão específica para essa categoria no art. 5, § 4, II, c (“mediante consenso firmado entre eles”; previsão essa, inclusive que preserva a autonomia federativa dos municípios).

Quanto aos demais representantes sem modo de indicação na lei (29 representantes no total de diversos setores da sociedade civil, do Ministério Público Estadual e da Defensoria Pública Estadual), atribuir o poder de indicação de número tão expressivo ao Presidente do Conselho Deliberativo, isto é,

ao Governador do Estado (art. 10, LC 184/2018²⁷), pode levar a alegação de que o Conselho Consultivo está sob controle desproporcional do Estado do Rio de Janeiro, indo de encontro ao princípio da gestão democrática das cidades, consagrado no art. 8, IV, LC 184/2018²⁸. Isso contrariaria, inclusive, a própria função precípua do Conselho Consultivo de fiscalização das atividades da Região Metropolitana e da tomada de decisão pelo Conselho Deliberativo (art. 18, *caput*, da LC 184/2018²⁹).

Verifico que, caso mantida essa previsão, o Governador do Estado do Rio de Janeiro pode obter o controle indireto das deliberações do Conselho Consultivo, já que possuiria o poder de indicação de 32 dos seus 47 membros (ou cerca de 68% dos membros)³⁰.

Para evitar esse problema, o qual pode implicar incompatibilidade com o decidido pelo STF na ADI 1.842, opino (a despeito de se tratar de órgão consultivo) pela alteração da minuta do Regimento Interno do Conselho Consultivo, de modo a prever algum grau de participação dos membros de cada setor e subsetor da sociedade civil representado, bem como de membros do Ministério Público e Defensoria Pública Estaduais na indicação de seus representantes.

Em segundo lugar, quanto à composição do Conselho Consultivo, a minuta de regimento interno prevê, nos artigos 3º a 7º figura do suplente, inovação em relação à LC 184/2018, que nada prevê a respeito da existência de suplentes. Tal inovação é juridicamente viável se não resultar em aumento de despesas para o Poder Público, a luz do artigo 84, VI, a, da CRFB/88³¹ e do artigo 28, da LC 184/2018³².

Assim, recomenda-se, até mesmo por uma questão de igualdade de tratamento, o acréscimo do suplente à previsão do artigo 3º, da minuta, que trata da vedação de remuneração dos conselheiros. Sugiro a adoção da seguinte redação:

“art. 3º – Os representantes e seus suplentes não serão remunerados e terão as respectivas designações formalizadas por ato do Conselho Deliberativo”.

Ainda quanto aos suplentes, como eles possuem poder de voto (art. 7, parágrafo único da minuta de regimento interno), recomenda-se que a minuta de Regimento Interno preveja expressamente o seu modo de indicação, que deve ser semelhante ao do seu respectivo titular, em respeito ao princípio da isonomia.

Pela redação atual, como os suplentes não possuem modo de indicação previsto nem na lei, nem na minuta de regimento interno, corre-se o risco de recaírem na regra do art. 5º, § 2º, da minuta, pela qual os representantes que não possuem processo de indicação expressamente previsto na LC nº

²⁷Art. 10 A Região Metropolitana do Rio de Janeiro adotará suas deliberações por meio do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, formado pelo Governador do Estado, que o presidirá, pelos Prefeitos dos municípios que integram a Região Metropolitana e por três segmentos da sociedade civil, indicados pelo Conselho Consultivo, todos com direito a voto, com os pesos especificados a seguir:

²⁸Art. 8º São princípios a serem respeitados nas regiões metropolitanas: IV – gestão democrática das cidades;

²⁹Art. 18 Fica instituído o Conselho Consultivo da Região Metropolitana com o objetivo de 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.

³⁰Para chegar a esse número, considerou-se a previsão dos incisos do § 1º, do artigo 18, pelos quais o Governador do Estado indica 03 representantes do Poder Executivo Estadual (inciso I, alínea a), que se somam aos 27 representantes de diversos setores da sociedade civil (incisos III a V), a I representante do Ministério Público Estadual (inciso VI) e a I representante da Defensoria Pública Estadual (inciso VII), os quais, pelos termos do § 2º, do art. 5, da minuta de Regimento Interno do Conselho Consultivo, também seriam indicados pelo Governador do Estado. Além disso, o § 1º, do artigo 18 prevê que o Conselho possui 47 membros no total.

³¹Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

³²Art. 28 As funções dos membros dos Conselhos Deliberativo e Consultivo da Região Metropolitana serão exercidas sem remuneração.

184/2018 serão de livre indicação do Governador do Estado (enquanto, Presidente do Conselho Deliberativo).

Tal previsão é problemática. Parece-me excessivo que o Governador tenha o poder de indicação dos suplentes de todos os membros do Conselho Consultivo, inclusive dos suplentes de representantes do Poder Legislativo Estadual e dos Poderes Legislativo e Executivo de outros Entes Federativos, considerando a autonomia federativa e separação dos poderes, em linha com o STF. Também viola o princípio da isonomia, tendo em vista que está tratando situações iguais (modo de indicação do titular e do suplente) de forma diferente, sem que se apresente justificativa³³ E, por fim, viola o princípio da gestão democrática das cidades (art. 8, VI, da LC 184/2018), pois resulta em desequilíbrio a favor do Estado do Rio de Janeiro, em contradição ao modelo determinado pelo STF no julgamento da ADI nº 1.842.

Em terceiro lugar, quanto aos Comitês Técnicos Intersetoriais do Conselho Deliberativo, ao comparar a redação das previsões da minuta do Regimento Interno do Consultivo com as da minuta do Regimento Interno do Conselho Deliberativo, nota-se a pertinência de aprimoramento da redação do artigo 13 do Regimento Interno do Conselho Consultivo de modo a se harmonizar com a previsão do parágrafo único do artigo 13 do Regimento Interno do Conselho Deliberativo. Segue a redação atual de ambas as previsões, para comparação:

Art. 13 – O Plenário [do Conselho Consultivo] indicará seus representantes para os Comitês Técnicos Intersetoriais criados pelo Conselho Deliberativo e poderá convidar personalidades de notório saber para assessoria técnica, sempre que julgar necessário. [Regimento Interno Conselho Consultivo]

Art. 13, parágrafo único - Para integrar os Comitês Técnicos, poderão ser convidados membros do Conselho Consultivo e/ou personalidades de notório saber assim como universidades, entidades, organismos especializados ou empresas. [Regimento Interno Conselho Deliberativo]

Para fins de sistematização das minutas e coerência entre si, sugiro a seguinte redação para o artigo 13 do Regimento Interno do Conselho Consultivo:

“Art. 13 – Quando Conselho Deliberativo convidar membros do Conselho Consultivo para integrar os Comitês Técnicos Intersetoriais, o Plenário indicará seus representantes e poderá convidar personalidades de notório saber para assessoria técnica, sempre que julgar necessário” [Regimento Interno Conselho Consultivo]

³³Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, para se verificar se determinada norma discriminadora respeita o princípio da isonomia: "tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do desregulador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada. (...). Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou a exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto. Cabe, por isso mesmo, quanto a este aspecto concluir: o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica - a dizer: o fator de discriminação - pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista urna adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 38-39.

Em quarto lugar, recomenda-se que seja realizada uma revisão ortográfica e gramatical geral da minuta a fim de identificar e corrigir erros e sanar ambiguidades. Identifico erro gramatical a ser corrigido no inciso IV do artigo 12, da minuta, na expressão “elaborar parecer sob matéria”. Deve haver, aqui, a substituição do vocábulo “sob” por “sobre”. Constatado também ambiguidade que justifica uma revisão da redação do art. 23, § 1º da minuta, *in verbis*:

Art. 23, § 1º – **Se algum conselheiro tiver dúvidas sobre o resultado da votação poderá requerer verificação de contagem, uma única vez, independentemente da aprovação do Plenário. (destacou-se)**

Recomendável alterar a redação deste dispositivo de forma a esclarecer se a expressão “uma única vez” significa uma única vez por conselheiro ou uma única vez no total, de modo a trazer maior segurança jurídica na interpretação da norma.

Finalmente, verifica-se que o inciso VI do artigo 12, da minuta ao fixar que o quórum de convocação das reuniões extraordinárias do Conselho Consultivo é de 1/3, o que contraria o artigo 18, § 4º, III, da LC 184/2018, que prevê quórum de 1/4 para a mesma situação. Assim recomenda-se a retificação da minuta para não recair em ilegalidade.

3.4. Resolução nº 003/2019 - Regulamento do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana (fls. 79/85 do PA E-14/001.04906712019).

Em princípio, ao que me parece, a minuta de Regulamento do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana é juridicamente viável. Entretanto, como a instituição de Fundo é matéria de direito financeiro e orçamentário, se encontra fora da seara de competência desta Procuradoria Administrativa, conforme dispõe o art. 40-A do Regimento Interno da PGE-RJ³⁴ Logo, nos parece, *s.m.j.*, recomendável a submissão da minuta em questão para análise pela procuradoria especializada competente.

4. Conclusão.

A) Ante o exposto, é possível enumerar as **conclusões e recomendações** alcançadas ao longo do parecer nos seguintes enunciados objetivos:

1. Os processos administrativos E-14/001.049123/2019, E-14/001.049121/2019 e E-14/001.049067/2019, que tratam, respectivamente, das minutas de Regimento Interno dos Conselhos Deliberativo e Consultivo e de Regulamento do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, devem ser instruídos, em atendimento ao art. 4º do Decreto nº 31.896/2002, com minuta contendo: (i) a exposição de motivos, (ii) as notas explicativas e (iii) as justificativas para a edição do ato, bem como (iv) a indicação de prévia dotação orçamentária para cobrir as despesas iniciais de custeio do órgão;

2. Mantenho o posicionamento adotado na ocasião do Parecer nº 03 /2019 ARCY/PG-17, no sentido de que é viável a vinculação finalística do Instituto Rio Metrôpole à Região

³⁴Art. 40-A – À Procuradoria Administrativa compete a elaboração de pareceres em matérias de alta indagação atinentes ao Direito Administrativo e ao Direito Constitucional, desde que não afetas à competência das demais Procuradorias Especializadas, bem como em outras consultas que lhe sejam encaminhadas pelo Procurador Geral do Estado por sua especial relevância, respeitado, em todo caso, o art. 5º do Decreto n. 40.500, de 1º de janeiro de 2007.

Metropolitana, órgão de natureza interfederativa. Tal vinculação não gera incompatibilidade com a natureza do Instituto de autarquia especial estadual para fins organizacionais;

3. As minutas objeto de análise são adequadas do ponto de vista jurídico formal, tendo em vista que apresentam a forma prescrita em lei. Os Regimentos Internos do Conselho Deliberativo e Consultivo e o Regulamento do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana assumem forma de resolução, que devem ser aprovadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (art. 11, V c/c § 1º c/c 22 da LC 184/2018). E o Regulamento do Instituto Rio Metrópole, por sua vez, é instituído como anexo ao Decreto de instalação do Governador do Estado (art. 24, caput e § 1º da LC 184/2018);

4. O conteúdo do Decreto de instalação e do Regulamento do Instituto Rio Metrópole parecem cumprir, em abstrato, com os parâmetros e recomendações estabelecidos em sede do Parecer nº 03/2019 ARCY/PG-17, no sentido de que não promovam o esvaziamento da capacidade de organização regimental da autarquia, em linha com a autonomia que se lhe atribuiu na Lei Complementar nº 184/2018 e a preocupação do STF de necessidade de equilíbrio na participação do organismo metropolitano. A esse respeito, observou-se que as minutas apresentadas focaram em fixar as atribuições de cada órgão interno da autarquia, sem se imiscuir a fundo em aspectos relativos a processos decisórios;

5. Ademais, vale observar que nada impede o Conselho Deliberativo do Instituto Rio Metrópole de futuramente alterar as disposições do regulamento por ato normativo próprio, tendo em vista que o art. 13, IV, da LC nº 184/2018, lhe confere esta competência, como verdadeira medida de preservação de sua autonomia;

6. Por fim, ressalto a importância de realização de uma revisão ortográfica e gramatical geral de todas as minutas de modo a corrigir erros e eliminar eventuais ambiguidades e incoerências na redação. Destaque-se a necessidade de verificação de ocorrência de ambiguidade em relação ao emprego das expressões “Conselho Deliberativo” e “Diretoria” nas minutas de Decreto e Regulamento do Instituto Rio Metrópole, com destaque para os seguintes dispositivos da minuta de regulamento: art. 14, caput; art. 21, § 1º; art. 22, § 1º; art. 24, parágrafo único; art. 25, parágrafo único; art. 26.

B) Acerca do teor da minuta de **Decreto de instalação do Instituto Rio Metrópole** (fls. 149/150 do PA E 14/001.049122/2019), é possível enumerar as conclusões nos seguintes enunciados objetivos:

1. O artigo 2º da minuta de Decreto e o artigo 1º da minuta de regulamento (Anexo I) são contraditórios entre si ao preverem a vinculação do Instituto Rio Metrópole a diferentes órgãos da Administração Direta Estadual. Assim, é preciso sanar a contradição da redação das minutas, harmonizando-as de forma a definir a qual dos órgãos o Instituto Rio Metrópole se vinculará: se à Secretaria de Estado da Casa Civil e Governança (art. 2, da minuta de Decreto) ou se ao Gabinete do Governador (art. 1, do Regulamento);

2. Recomendável a alteração da redação do parágrafo único do artigo 3º da minuta de Decreto para sanar ambiguidade quanto à expressão “deliberação do Conselho Deliberativo”, uma vez que pode ser interpretada tanto como “Conselho Deliberativo da Região Metropolitana”, como “Conselho Deliberativo do próprio Instituto Rio Metrópole”. Sugiro, no lugar, a alteração para “deliberação de seu Conselho Deliberativo”;

3. Recomendo a substituição do vocábulo “jurisdição” empregado no artigo 3º, *caput*, da minuta de Decreto por “competência”;

4. Por fim, recomendo que a retificação da redação do art. 6, do Decreto, quanto a expressão “cargos e comissões [SIC) referidas no art. 5”. Verifica-se que o art. 5 da minuta emprega a expressão “cargos em comissão e funções gratificadas”, logo sugiro que a mesma expressão utilizada no art. 5 seja empregada também no artigo 6, para fins de uniformização da redação.

C) Acerca do teor da minuta de Regulamento do Instituto Rio Metrópole (fls. 130/142, do PA E-14/001.049122/2019), é possível enumerar as conclusões nos seguintes enunciados objetivos:

1. Recomenda-se a substituição do vocábulo “*Jurisdição*”, empregado no título: “*CAPITULO I* –

DA NATUREZA JURÍDICA, SEDE E JURISDIÇÃO” e no art. 2º, da minuta de regulamento, pelo vocábulo “*competência*”;

2. Em segundo lugar, recomendável que, para fins de uniformização e coerência das minutas, o parágrafo único do art. 2, da minuta de regulamento tenha a mesma redação do parágrafo único do art. 3º da minuta de decreto. Sugiro a seguinte redação:

“Art. 2º, parágrafo único - Sempre que o interesse social o exigir, o Instituto Rio Metrópole poderá, **a critério e deliberação de seu Conselho Deliberativo**, criar superintendências, escritórios, representações ou quaisquer outros estabelecimentos na Região Metropolitana do Rio de Janeiro e na Capital Federal”

3. Para fins de adequação da minuta de Regulamento à LC 184/2018, cujo artigo 13 prevê a existência de um Conselho Deliberativo do próprio Instituto Rio Metrópole, e também visando a sanar uma série de ambiguidades causadas pelo emprego do vocábulo “Diretoria” para fazer referência ao órgão de cúpula da autarquia (*e.g.*: art. 22, § 1º; art. 24, parágrafo único; art. 25, parágrafo único). Sugiro a troca de nomenclatura “Diretoria” por “Conselho Deliberativo do Instituto Rio Metrópole”, o que demandaria, inclusive uma revisão geral da minuta, em especial dos artigos 17 a 20. Para fins de uniformização, também sugiro que onde consta o título “Capítulo II – Da Diretoria” (fls. 12 da minuta) seja acrescido abaixo o título “Seção I – Do Conselho Deliberativo”;

4. Sugiro a correção de dois problemas que se verificam da análise do artigo 5º da minuta, que funciona como um índice das seções e subseções da minuta que tratam da estrutura organizacional. O primeiro refere-se à numeração de seus incisos que não segue um padrão único e claro e não corresponde com as seções e subseções do Regulamento, deixando de fora, por exemplo, o órgão de Auditoria Interna (Seção V). O segundo, refere-se à topografia que poderia ser otimizada com a inversão da ordem dos Capítulos III (Da Estrutura Organizacional) e IV (Do Patrimônio e das Receitas) do Título I, de modo que o Capítulo III (art. 5º, que contém índice da estrutura organizacional) seja seguido imediatamente pelo Título II, que contém as competências de cada um dos órgãos elencados no artigo 5º. Com essa inversão, os atuais artigos 6º, 7º e 8º, seriam renumerados para artigos 5º, 6º e 7º e o atual artigo 5º passaria a ser o artigo 8º.

5. Recomendável que os nomes das siglas utilizadas nos incisos III (“PEDUI”) e VI (“FDRM”) do artigo 18, da minuta de regulamento sejam escritas também por extenso para permitir a identificação, eis que, salvo engano, estão sendo mencionadas pela primeira vez na minuta.

6. Os incisos II e VIII do artigo 14 da minuta de regulamento ao submeter ao crivo da PGERJ minutas e manifestações da Procuradoria do Instituto Rio Metrópole, a princípio, não viola a autonomia da autarquia (art. 13, § 3º, LC 184/2018), nem a orientação do STF, na ADI 1.842, no sentido de que a região metropolitana deve preservar a autonomia federativa dos municípios integrantes, uma vez que essa competência da PGE-RJ restringe-se a matérias de cunho organizacional da autarquia (pessoal, licitações, contratos administrativos, acordos no geral e direito financeiro). Importante se atentar, porém, que as demais matérias que não sejam de cunho organizacional, não devem se submeter à supervisão da PGE-RJ por estarem abrangidas na competência decisória do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (*e.g.*: criação de novos serviços públicos metropolitanos).

D) Acerca do teor da minuta de Resolução nº 00112019 – Regimento Interno do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (fls. 94/107 do PA E-14/001.049123/2019), é possível enumerar as conclusões nos seguintes enunciados objetivos:

1. Recomendável a alteração da redação do artigo art. 2, VIII, b, da minuta do Regimento Interno mediante a substituição da expressão “determinar a elaboração” por “elaborar”, de modo a se adequar ao art. II, VIII, b, da LC nº 184/2018, ou, ao menos, que se especifique que, *a posteriori*, o Conselho

apreciará a minuta vinda de órgão consultivo que elaborou o texto;

2. O art. 2, X, a, do Regimento Interno, ao estabelecer que cabe ao Conselho Deliberativo “aprovar e fiscalizar a implementação do Plano Metropolitano de Mobilidade Urbana” também diverge da redação art. 11, X, a, da LC 184/2018, que determina que cabe ao Conselho Deliberativo “colaborar com a área competente na elaboração, aprovação e fiscalização da implantação do Plano Metropolitano de Mobilidade Urbana”. Nesse segundo caso, porém, não se vislumbra violação à lei, tendo em vista que esta não fixa competência para a elaboração, aprovação e fiscalização do Plano Metropolitano de Mobilidade Urbana, havendo espaço de legítima discricionariedade do administrador público para fixar competência;

3. Recomenda-se a alteração da redação do art. 14, I da minuta de regimento interno (“por determinação do presidente do Conselho”, isto é, do Governador do Estado, cf. art. 10, da LC 184/2018) de modo a se adequar à redação adotada pelo art. 11, § 3º, I, da LC 184/2018 (“por determinação do presidente do Órgão Executivo”, isto é, do Presidente do Instituto Rio MetrÓpole, cf. art. 14, LC 184/2018), uma vez que tal alteração de competência por regulamento não só é ilegal, como também viola a autonomia administrativa da autarquia (art. 13, § 1, LC 184/2018);

4. O art. 15, III, da minuta de regimento interno, que regulamenta o artigo 12, II, da LC 184/2018, ao alterar a redação do texto lei de “no mínimo, 50% do total de conselheiros” para “no mínimo, 50% do total de conselheiros presentes”, realiza interpretação lógica e teleológica do texto da lei, preenchendo lacuna de regulação e garantindo segurança jurídica na fiel aplicação da lei, em consonância com o princípio da eficiência e com o artigo 84, IV, da Constituição da República c/c art. 30 da LINDB. Isso porque evita a interpretação absurda que iguala os quóruns de instalação e de votação;

5. Para assegurar ainda mais segurança jurídica na interpretação dada à lei pelo artigo 15, III, da minuta de regimento interno do Conselho Deliberativo, sugiro seja aprimorada a redação do dispositivo, de modo que o quórum de aprovação deixe de ser de “no mínimo 50%”, e passe a ser de “maioria simples”, uma vez que a expressão “no mínimo 50%” pode levar ao equívoco de haveria aprovação em caso de empate na votação. Já a expressão “maioria simples” toma claro que o quórum de aprovação é o número inteiro imediatamente superior ao da metade dos presentes, atendendo assim à teleologia da lei;

6. Recomendo a alteração da redação do artigo 31 da minuta tendo em vista que prevê quórum para alteração do Regimento Interno (maioria absoluta) menos gravoso do que o quórum para votações ordinárias (art. 12, II, da LC 184/2018), de 3/5 do total de membros considerando-se os pesos, o que viola o princípio da razoabilidade, tendo em vista que a alteração de regimento interno é evento extraordinário, mais gravoso do que as decisões tomadas em votações ordinárias. Replicam-se nesse caso, as mesmas observações feitas em relação ao art. 15, III, da minuta;

7. Em relação à regulamentação do § 3º do artigo 10, da LC 184/2018, pelos §§ 2º a 7º, do artigo 6º da minuta de Regimento Interno, destaca-se que o Regimento Interno é meio adequado e até recomendável para regulamentação do procedimento de alteração do peso dos votos dos membros do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana mediante aporte de recursos, conforme orientação fixada no Parecer nº 03 /2019 ARCY/PG-17;

8. Em relação ao § 2º do artigo 6º, da minuta, a previsão de condicionamento da alteração dos pesos à “*implementação de projeto específico*”, de forma a conferir caráter transitório e pontual à alteração do poder de voto, é medida salutar que incentiva o aporte de recursos por parte dos entes que integram a região metropolitana, pois lhes conferem grau maior de autonomia na decisão sobre a destinação a ser dada a esses valores, ao mesmo tempo em que representa relevante proteção contra o risco de concentração de poderes no Conselho Deliberativo por parte dos entes de maior poderio econômico. Assim atende ao espírito da ADI 1.842/RJ, que pugna pelo impedimento de concentração de poder decisório quanto aos rumos da Região Metropolitana;

9. Observa-se também que a minuta de regimento interno observou a orientação do Parecer nº 03

/2019 ARCY/PG-17 de condicionar a alteração dos pesos de votação via aporte de recursos à autorização do Conselho Deliberativo, assim como de fixar condições para o aporte e regras procedimentais para participação e voto.

10. **Importante ressaltar que a fixação de tais parâmetros deve ser fundamentada na exposição de motivos do Regimento Interno do Conselho Deliberativo**, orientação do Parecer nº 03 /2019 ARCY/PG-17 ainda pendente de cumprimento. **Devem ser motivados, sobretudo, os critérios de votação eleitos e os quóruns mínimos para proposta e aprovação fixados;**

11. Ressalte-se que é importante, na justificativa, demonstrar que a fixação do quórum mínimo para aprovação é um **montante que equilibra a dificuldade de os entes federativos maiores se imporem sobre os demais, mas que ao mesmo tempo não impossibilite que entes menores tenham chance de se imporem nas votações;**

12. A fim de evitar ambiguidade, recomendável a alteração da redação dos §§ 3 e 6º do artigo

6º, da minuta para esclarecer que, quando se referem ao número de votos (para propositura e para aprovação) se a quantificação é de votos individuais ou se considera os pesos de cada integrante do Conselho;

13. Quanto aos quóruns mínimos de propositura (§ 3º) e de aprovação (§ 6º), repete-se a observação feita anteriormente quanto aos artigos 15, III e 31 da minuta: tais quóruns, em observância ao princípio da razoabilidade, devem ser no mínimo tão ou mais rigorosos do que aqueles fixados no art. 12, II, da LC 184/2018 para as votações ordinárias, tendo em vista que a deliberação quanto a alteração de pesos das votações é evento mais gravoso e extraordinário que uma votação ordinária.

14. Nesse sentido, destaca-se que o quórum mínimo de propositura de 35 votos, fixado no § 3º, respeita o princípio da razoabilidade, desde que os 35 votos sejam contados considerando-se os pesos, eis que é semelhante ao quórum fixado pelo art. 12, UI, da LC 184/2018 para reuniões extraordinárias (1/3 dos votos, que equivale a 35 votos, considerando-se os pesos³⁵).

15. Por outro lado, o quórum mínimo de aprovação de 60 votos, fixado no § 6º, não observa o princípio da razoabilidade, pois inferior e menos rigoroso que o quórum para votações ordinárias. É inferior, porque o art. 12, II, da LC 184 supratranscrito, exige quórum de 3/5 dos votos, considerando-se os pesos, o que equivale a 62; número superior a 60, portanto. E é menos rigoroso, porque a lei prevê dois quóruns: um considerando os pesos (3/5) e outro considerando a contagem de votos individuais (“no mínimo, 50%”, que, como sugiro, deve ser interpretado como maioria simples). Desse modo, recomendável a adequação da redação do § 3, do artigo 6º da minuta;

16. Por fim, noto a necessidade de realização de uma revisão ortográfica geral da minuta, a fim de retificar erros gramaticais e de formatação. Destaco, *e.g.*, a necessidade de revisão da redação do inciso I do artigo 2º, I, acrescentando-se o conectivo "e" entre as orações coordenadas. Sugiro a seguinte redação:

“Art. 2º – Ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro – Câmara Metropolitana, compete:

I – determinar a realização de estudos necessários ao exercício de suas atribuições, utilizando-se da estrutura do Instituto Rio MetrÓpole, Autarquia pública estadual criada pela Lei Complementar nº 184, de 27 de dezembro de 2018 e disponibilizando os resultados para consulta pública em sítio eletrônico específico do Instituto”

³⁵Para realizar essa conta de conversão de a fração de 1/3 em número de votos, considerou-se o anexo II da minuta de regimento interno do Conselho Deliberativo, que contém uma tabela com os pesos e números de votos de cada integrante do Conselho Deliberativo (fls. 107, do PA E-14/001.049123/2019).

E) Acerca do teor da minuta de **Resolução nº 002/2019 - Regimento Interno do Conselho Consultivo da Região Metropolitana** (fls. 155/165 do PA E-14/001.04912112019), é possível enumerar as conclusões nos seguintes enunciados objetivos:

1. Opino pela alteração da redação do § 2º, do artigo 5º, da minuta que prevê que os membros do Conselho Consultivo que não possuem processo de indicação expressamente previsto na LC 184/2018 (isto é, representantes de diversos setores da sociedade civil e representantes do Ministério Público e Defensoria Pública Estaduais) seriam de livre indicação do Presidente do Conselho Deliberativo, isto é do Governador do Estado (art. 10, LC 184/2018). Tal previsão, na prática, pode ferir o princípio da gestão democrática das cidades (art. 8º, IV, LC 184/2018), e implicar desequilíbrio em favor do Estado.

Tal estado de coisas pode ir de encontro ao que decidiu o STF na ADI nº 1.842. Assim, ainda que se trate de órgão consultivo, de modo a se evitarem questionamentos, recomenda-se alteração da minuta de modo a prever algum grau de participação dos membros de cada setor e subsetor da sociedade civil representado, bem como de membros do Ministério Público e Defensoria Pública Estaduais na indicação de seus respectivos representantes;

2. Recomenda-se a alteração da redação do artigo 3º, da minuta, de modo a acrescentar os suplentes na previsão de que tal função não será remunerada, de modo que a minuta observe artigo 84, VI, a, da CRFB/88 e do artigo 28, da LC 184/2018;

3. Ainda quanto aos suplentes, como eles possuem poder de voto (art. 7º, parágrafo único da minuta de regimento interno), recomenda-se que a minuta de Regimento Interno preveja expressamente que o seu modo de indicação, que deve ser semelhante ao do seu respectivo titular, em respeito ao princípio da isonomia;

4. Para fins de conferir maior coerência e sistematicidade na redação das minutas de Regimento Interno dos Conselhos Deliberativo e Consultivo, recomenda-se a seguinte redação para o artigo 13 do Regimento Interno do Conselho Deliberativo:

“Art. 13 – Quando Conselho Deliberativo convidar membros do Conselho Consultivo para integrar os Comitês Técnicos Intersetoriais, o Plenário indicará seus representantes e poderá convidar personalidades de notório saber para assessoria técnica, sempre que julgar necessário” [Regimento Interno Conselho Consultivo]

5. Identifiquei erro gramatical a ser corrigido no inciso IV do artigo 12, da minuta, na expressão “elaborar parecer sob matéria”. O caso é de substituição do vocábulo “sob” por “sobre”.

6. Recomendável alterar a redação do artigo 23, § 1º da minuta a fim de esclarecer se a expressão “uma única vez” significa uma única vez por conselheiro ou uma única vez no total, de modo a trazer maior segurança jurídica na interpretação da norma;

7. Enfim, verifica-se que o inciso VI do artigo 12, da minuta ao estabelecer que o quórum de convocação das reuniões extraordinárias do Conselho Consultivo é de 113, contraria expressamente o artigo 18, § 4º, III, da LC 184/2018, que prevê quórum de 114 para a mesma situação. Assim recomenda-se a retificação da minuta para não recair em ilegalidade.

Acerca do teor da minuta de Resolução nº 003/2019 - Regulamento do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana (fls. 79/85 do PA E-14/001.049067/2019), em abstrato, não vislumbro óbice jurídico. Entretanto, como a instituição de Fundo envolve exame de direito financeiro e orçamentário, penso ser recomendável a submissão da minuta em questão para análise pela procuradoria especializada competente na matéria.

Também recomendável o encaminhamento da minuta de Exposição de Motivos do Decreto e Regulamento do Instituto Rio Metrópole (às fls. 126/127, do P A E-14/001-049122/2019) para análise

por parte da procuradoria especializada competente em matéria de direito financeiro e orçamentário, para que esta avalie a necessidade ou não de prévia previsão de dotação orçamentária específica para a instalação do Instituto Rio Metrópole ou se bastaria a autorização genérica prevista no artigo 30, da LC.184/2018, tendo em consideração, inclusive, os limites e condições, estabelecidos pelo Regime de Recuperação Fiscal, para aumento de despesas públicas do Estado do Rio de Janeiro.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 11 de outubro de 2019.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17)

VISTO

Ref. Processos Administrativos:

E-14/001.049122/2019 - Regulamento do Instituto Rio Metrópole

E-14/001.049123/2019 - Regimento Interno do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana

E-14/001.04912112019 - Regimento Interno do Conselho Consultivo da Região Metropolitana;

E-14/001.049067/2019 - Regulamento Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana

Visto. **Aprovo, com ressalvas**, o Parecer nº 08.2019/ARCY/PG-17, da lavra do Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17) **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO**, que analisou, à luz da Lei Complementar nº 184/2018 e de considerações jurídicas complementares, a possibilidade de (i) vinculação do Instituto Rio Metrópole à Região Metropolitana, bem como a viabilidade jurídica (ii) da minuta de Regulamento do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, (iii) da minuta de Regulamento do Conselho Consultivo da Região Metropolitana e (iv) da minuta de Regulamento do Fundo de Desenvolvimento Metropolitano.

O Regulamento do Instituto Rio Metrópole pode ser aprovado como anexo ao Decreto de instalação da Autarquia (cf. art. 24, *caput*, e § 1º da LC 1854/2018), ao passo que os regimentos internos dos conselhos Deliberativo e Consultivo da Região Metropolitana, bem como o regulamento do Fundo de Desenvolvimento, devem ser aprovados por resolução do Conselho Deliberativo (art. 11, V c/c 22 da LC 184/2018), de forma a assegurar a autonomia funcional da Região Metropolitana, como entidade interfederativa.

O Parecerista concluiu pela viabilidade jurídica da vinculação finalística do Instituto Rio Metrópole à Região Metropolitana, órgão de natureza interfederativa, com base no artigo 13, *caput*, da LC 184/2018, pois tal vinculação não desnatura o Instituto como autarquia especial estadual para fins organizacionais. Tal vinculação finalística é relevante para que o Instituto possa desempenhar a atribuição de órgão executivo da Região Metropolitana.¹

Quanto às minutas de Regulamento, o parecerista concluiu que, em linhas gerais, estão formalmente adequadas, mas carecem de correções de redação, especificadas no bojo do Parecer, que deixamos de sintetizar nesse visto, para preservar a redação original das recomendações, salvo quanto às menções, constantes das minutas, ao "Conselho Deliberativo", ponto em relação ao qual cabe uma ressalva ao opinamento do i. Procurador.

Verifica-se no artigo 9º, I da Lei Complementar nº 184/2018 que o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana é órgão de governança da Região Metropolitana, com composição definida no artigo 10 e atribuições definidas no art. 11, ambos da LC 184/2018.

Já o Instituto Rio Metrópole é *órgão executivo* da Região Metropolitana, é disciplinado os artigos 13 a 17 da LC 184/2018. Nesses dispositivos, há diversas menções ao *Conselho Deliberativo da Região Metropolitana*, ou simplesmente ao "*Conselho Deliberativo*". Parece-nos que a expressão "*Conselho Deliberativo*" se refere ao *Conselho Deliberativo da Região Metropolitana*, não existindo um "Conselho Deliberativo do Instituto Rio Metrópole".

Esse entendimento é reforçado pela redação do *caput* do artigo 13, no sentido de que o Instituto

¹Essa vinculação híbrida de órgãos públicos não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. As juntas comerciais, por exemplo, também se sujeitam a dupla vinculação, no caso técnica e administrativa, como previsto no artigo 6º da Lei nº 8934/94: "Art. 6.: Art. 6º: *As juntas comerciais subordinam-se, administrativamente, ao governo do respectivo ente federativo e, tecnicamente, ao Departamento Nacional de Registra Empresarial e Integração, nos termos desta Lei*".

Rio Metr pole tem a “*fun o de executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como de assegurar suporte necessário ao exercício de suas atribui es* e pela reda o do *caput* do artigo 14, no sentido de que “o Instituto Rio Metr pole será administrado por equipe composta de um presidente e cinco diretores, nomeados pelo Governador do Estado e aprovados pelo Conselho Deliberativo”, que   o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana.

Portanto, diferentemente do proposto pelo i. Procurador parecerista², em todas as oportunidades que as minutas de decreto e regulamentos se referem ao “Conselho Deliberativo”, deverá ser entendido que se trata do *Conselho Deliberativo da Região Metropolitana*, não havendo que se alterar as referidas minutas para referência a um conselho deliberativo do Instituto Rio Metr pole, por falta de previsão na Lei Complementar n  184/2018.

Em rela o   forma o do Conselho Consultivo da Região Metropolitana, a minuta de Regimento Interno desse  rg o (Resolu o n  002/2019 – fls. 155/165 do P.A. E- 14/001.049121/2019), bem observa o i. Procurador parecerista (fl. 23 e segs. do parecer) que o   2  do artigo 5  da minuta dispõe que “os representantes que não possuem processo de indica o expressamente previsto na Lei Complementar n  184/2018 serão de livre indica o do Presidente do Conselho Deliberativo” e que tal previsão pode gerar críticas em rela o ao poder do Estado na indica o desses representantes.

Em vista disso, para sanar o problema apontado pelo i. Procurador parecerista, recomenda-se, de forma diversa da sugestão do i. Procurador (1  parágrafo de fl. 25 do Parecer), que a fim de preservar o caráter interfederativo da Região Metropolitana, que a reda o do   5  do artigo 5  da minuta de regulamento do Conselho Deliberativo seja reformulada, passando a prever que “os representantes que não possuem processo de indica o expressamente previsto na Lei Complementar n 184/2018 serão indicados pelo Presidente do Conselho Deliberativo e aprovados por delibera o desse Conselho”, o que supre o déficit democrático apontado.

Essa soluço nos parece, a um só tempo, condizente com a teleologia da LC 184/2018, de garantir o caráter interfederativo da Região Metropolitana e com a eficiência necessária para a composi o do seu Conselho Consultivo.

O Parecerista destaca que, apesar de o artigo 30 da LC 184/2018 autorizar o Poder Executivo a promover as altera es orçamentárias necessárias   instala o do Instituto,   recomendável que os dados da realoca o orçamentária já constem da minuta de decreto relativa ao instituto, entendimento que ratificamos. Caso seja identificada pelos órgãos estaduais competentes d vida jurídica específica sobre as altera es orçamentárias pertinentes, poderá ser formulada nova consulta jurídica a esta PGE.

Também em rela o   institui o do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana   necessário que seja promovida a aloca o dos recursos orçamentários necessários, podendo ser formulada consulta jurídica a esta PGE quanto a questões específicas sobre as quais haja necessidade de especial exame.

No que tange a instru o, o Parecerista recomendou que os processos administrativos E-14/001.049123/2019, E-14/001.049121/2019 e E-14/001.049067/2019, tenham a sua instru o robustecida, incluindo-se (i) exposi o de motivos, (ii) notas explicativas, (iii) justificativa para a edi o dos atos e (iv) indica o de prévia dota o orçamentária para cobrir as despesas iniciais de custeio do órgão.

  Secretaria de Estado de Governo e Rela es Institucionais, em devolu o, para efetiva o do cumprimento de todas as recomenda es formuladas no Parecer, com as ressalvas constantes desse Visto, recomendando-se o encaminhamento de cópia do Parecer e de fls. 79/85, do PA E-14/001.049064/2019 e fls. 126/127, do PA E-14/001.049122/2019, ao Núcleo de Monitoramento do Regime de Recupera o Fiscal, com vistas ao exame de eventuais reflexos no Regime de Recupera o

²O Procurador faz referência a um suposto Conselho Deliberativo do Instituto Rio Metr pole nos seguintes parágrafos do parecer: 1  parágrafo da página 7; 2  e 3  parágrafos da página 8; 4  e 5  parágrafos da página 9; 1  e 2  parágrafos da página 10; 1 , 2  e 3  parágrafos da página 11.

Fiscal.

Rio de Janeiro, 21 de outubro de 2019.

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES
Subprocurador-Geral do Estado.

Ementa. Saneamento Básico. CEDAE. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto. Exame da viabilidade jurídica do modelo proposto. Quesitos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.6 da consulta enviada. Competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro. Juridicidade da delegação de competências de gestão do serviço ao Estado do Rio de Janeiro por decisão do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana e dos Municípios que não a integram. Observações quanto à delegação da função de gestão dos contratos de concessão. Adequação do instrumento de Convênio de Cooperação. Possibilidade de previsão de mecanismos para maior estabilização da relação jurídica. Desnecessidade de nova lei autorizativa estadual para viabilizar a gestão associada. Poder de voto no Conselho Deliberativo quanto aos municípios metropolitanos não atendidos pela CEDAE. Considerações sobre a repartição de receita da outorga e/ou produto da alienação da CEDAE com os municípios metropolitanos não atendidos pela estatal. Considerações gerais.

Ao Ilmo. Subprocurador Geral do Estado,
Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves,

1. Considerações iniciais e consulta.

Dada a relevância e a complexidade da matéria, a Chefia desta especializada, em conjunto com seus demais membros, decidiu por distribuir as questões encaminhadas em quatro grupos de indagações. Este parecer volta-se a responder o primeiro grupo (**competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro**). De toda forma, como registrado na promoção de 29.11.19, por questão de economia processual, aproveitarei o relatório apresentado na referida promoção, o qual, para todos os fins, integra esta manifestação.

Assim, passo, de imediato, à resposta aos quesitos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.6, em relação aos quais serão feitos, quando cabíveis, os esclarecimentos preliminares pertinentes. Por vezes, serão feitas sugestões de modificação do projeto, de modo a que se corrijam problemas e, mais importante, se incremente a segurança jurídica.

2. Resposta aos quesitos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.6.

1.1. No que toca aos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário, é viável a atribuição ao ERJ, pelos titulares dos serviços (entendidos aqui como o Rio Metrópole e municípios não metropolitanos), do exercício das funções de organização, regulação, fiscalização, delegação da prestação dos serviços e gestão dos contratos com os operadores de tais serviços, conforme o modelo apresentado nos tópicos anteriores?

A questão jurídica colocada envolve a avaliação sobre os limites e possibilidades do papel do Estado do Rio de Janeiro no bojo de concessão de serviço público do qual não é titular. O problema

surge, porque o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1.842/RJ, fixou entendimento no sentido de que a competência para prestação de serviços públicos de saneamento básico nunca será exclusiva do Estado. Segundo o STF, tal competência, em princípio, é atribuída, pela Constituição, aos Municípios, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, CRFB), mas pode, por aglutinação, pertencer a uma região metropolitana (*i.e.*, o colegiado de Estado e municípios), caso seja essa, eventualmente, criada por lei complementar estadual, na forma do art. 25, § 3º, CRFB¹. Isso significa dizer que a titularidade dos serviços públicos metropolitanos não é nem exclusiva do Estado, nem exclusiva dos municípios; todos os entes federativos integrantes da região metropolitana a compartilham e, por conseguinte, devem ter poder de decisão e direção dos rumos dos serviços compartilhados.

Superou-se, assim, o entendimento pretérito de que, na hipótese de criação de uma região metropolitana por lei complementar estadual, o serviço público de saneamento básico passaria a ser titularizado pelo Estado que a instituiu².

Foi justamente por conta dessa decisão, como adiantado, que foi editada a LC nº 184/2018, a qual reinaugura a região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro. A lei buscou seguir o desenho institucional abraçado pelo STF. Assim, tem-se a instituição de um novo organismo federativo no âmbito do Estado, qual seja: a Região Metropolitana (RM), a qual é a titular dos serviços de saneamento básico nos limites territoriais dos Municípios que a integram.

Como já adiantado, a RM, embora instituída por lei complementar do Estado, é o resultado do somatório de interesses dos Municípios e do Estado do Rio de Janeiro. Assim a capacidade de cada ente federado, inclusive do Estado, de decidir sobre seus rumos deve ser proporcional, por imposição do STF, conforme já destacado em parecer anterior (v. Parecer nº 03/2019 ARCY/PG- 17). De toda forma, a RM, *per se*, é a titular dos serviços de interesse comum, sendo, portanto, a responsável pela sua prestação.

É diante desse quadro que se indaga: ***em que medida o Estado do Rio de Janeiro poderia ser delegatário de funções de organização, regulação, fiscalização, delegação da prestação dos serviços e de gestão dos contratos com os operadores dos serviços de saneamento básico que serão objeto de concessão?*** Em outras palavras: como é possível que, por meio de delegação dos titulares do serviço, o Estado passe a figurar como um ator central na implementação do modelo sem ser o seu titular?

Adianto que me parece lícito que o Estado concentre competências por meio de atos de delegação. A arquitetura institucional elaborada, em que o Estado figura como espécie de agente da Região Metropolitana e dos municípios não metropolitanos na coordenação de interesses comuns, tem

¹Art. 25 (...). § 3º 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.

²Conforme sustentava Luís Roberto Barroso, em período pretérito ao julgamento da ADI nº 1.842/RJ: “A noção de predominância de um interesse sobre os demais implica a idéia de um conceito dinâmico. Isto é: determinada atividade considerada hoje de interesse predominantemente local, com a passagem do tempo e a evolução dos fenômenos sociais, poderá perder tal natureza, passando para a esfera de predominância regional e até mesmo federal. Uma série de fatores pode causar essa alteração: desde a formação de novos conglomerados urbanos, que acabam fundindo municípios limítrofes, até a necessidade técnica de uma ação integrada de vários municípios, para a realização do melhor interesse público. (...). Pode-se concluir, assim, que a competência estadual para os serviços de interesse comum, particularmente no âmbito das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, decorre de uma imposição do interesse público, no que diz respeito à eficiência e qualidade do serviço prestado e, muitas vezes, até mesmo à sua própria possibilidade. (...). [Assim] a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões por uma lei complementar estadual, com a conseqüente assunção, pelo Estado, das competências para os serviços comuns, não representa restrição indevida da autonomia municipal”. BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios, *Revista de Informação Legislativa*, p. 255-270, Brasília, ano 38, n. 153, jan. /mar. 2002, pp. 261 -263.

guardada no art. 241 CRFB³, em linha com a jurisprudência do STF⁴, e com a Lei Geral de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007).

Realmente, trata-se de uma das muitas possíveis formas de cooperação interfederativas⁵. O alargado art. 241 da Constituição prevê a possibilidade, na forma da lei, de “*gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos*”. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro também contém previsão semelhante no parágrafo único do artigo 65⁶.

Nesse mesmo diapasão, o artigo 8º, da Lei Geral de Saneamento Básico (Lei Federal nº 11.445/2007), reconhece a possibilidade de delegação da organização, da regulação, da fiscalização e da prestação de serviços de saneamento. Veja-se:

Art. 8º Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico **poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços**, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 [Lei de Consórcios Públicos]. *(destacou-se)*

Tem-se, assim, uma hipótese de gestão associada de serviços de interesse comum, como é o caso dos serviços de saneamento básico, o que pode envolver delegação. Observe-se que no bojo da ADI nº 1.842/RJ, em mais de uma oportunidade, o STF ratificou os vários caminhos de gestão associada. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho da ementa:

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.⁷ *(destacou-se)*

Já no inteiro teor, o voto do Ministro Nelson Jobim⁸ é ainda mais explícito a respeito da possibilidade, com destaque para o alargado caminho consensual:

³Art. 241. 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

⁴Cumpra observar que o serviço de saneamento básico está previsto no artigo 23, IX, da CRFB/88, cujo parágrafo único prevê que a " lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional". Apesar de tal previsão, conquanto a lei complementar em questão ainda não tenha sido editada, é possível mesmo assim a cooperação, via mecanismos consensuais, entre entes federativos, para a gestão associada do serviço público de saneamento básico com base na cláusula geral de federalismo cooperativo do art. 241, da CRFB/88. Tanto é assim que a própria ADI 1.842/RJ chancela tal possibilidade, consoante trechos que serão transcritos mais adiante.

⁵Conforme bem explana Augusto Zimmermann: "dominante no cenário político, o federalismo cooperativo não dispõe de fronteiras claramente definidas na questão da distribuição de competências dentre os níveis autônomos de poder. O objetivo explícito é, em síntese, a promoção de uma livre cooperação da União com as unidades federadas" *(destacou-se)*. ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 57.

⁶Art. 65, 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.

⁷ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

⁸ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 131. E também:

Na linha do que está no art. 6º, são atividades de competência precípua da REGIÃO METROPOLITANA, e não do ESTADO:

- o planejamento integrado da REGIÃO METROPOLITANA (inc. I)
- a unificação da execução dos serviços comuns (inc. II)
- a coordenação da execução dos programas de interesse metropolitano (inc. III)
- o controle, elaboração, supervisão e avaliação da prestação desses serviços (inc. IV, V e VI); e
- a atuação dos sistemas de cartografia e informações básicas metropolitanas (inc. VII).

Isso não significa que a própria região metropolitana e os municípios que a compõem não possam assinar convênios e acordos de cooperação com o estado para a melhor executar suas funções, inclusive no plano da fiscalização e controle.

Nesse sentido, tomo a lembrar da L. 11.107/2005 que dispõe sobre o CONSÓRCIO PÚBLICO entre entes da federação para atingir objetivos comuns. **Isso não só é possível como recomendável.** (*destacou-se*)

No mesmo sentido, segue trecho da conclusão do voto⁹:

“(1.10). Caberá aos municípios integrantes da região decidir, no âmbito do conselho deliberativo, a forma como prestarão os serviços de natureza metropolitana, especialmente aqueles referentes a saneamento básico. (...) **tais municípios, por acordo ou consenso, poderão decidir se prestam o serviço por meio:** (...) (b) **de administração do estado**; (...) (d) da companhia estadual (...). (1 .1 2) A decisão do Supremo, nessa matéria, deve viabilizar soluções flexíveis”. (*destacou-se*)

Vale mencionar também, o voto do redator do Acórdão, Ministro Gilmar Mendes¹⁰:

A solução parece residir no reconhecimento de sistema semelhante aos *Kreise* alemães, em que o agrupamento de municípios junto com o estado federado detenha a titularidade e o poder concedente, ou seja, **o colegiado formado pelos municípios mais o estado federado decida como integrar e atender adequadamente à função de saneamento básico.** (*destacou-se*)

Mais explicitamente, o STF consignou a possibilidade de atuação do Estado. Isso seria possível por meio de delegação. Nas palavras da Corte: “*a atuação do estado somente é permitida diante da*

“como já dito, é possível o estabelecimento de convênios e consórcios entre a região metropolitana e o estado que **possibilitem maior eficiência, qualidade e controle na prestação dos serviços de interesse comum**” Cf.: p. 133.

⁹ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 240.

¹⁰ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 181.

autorização da região metropolitana, tomada no âmbito de seus órgãos deliberativos”¹¹, requisito este previsto na modelagem encaminhada.

Mas, mesmo assim, poderia ser questionado: 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.

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 5.427/2009¹²) ou pela Constituição, e não por ato infralegal¹³.

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)¹⁴ é um bom começo. Segundo a letra do dispositivo, a delegação de competências é possível, desde que parcial; vale dizer: é vedada a transferência de todas as funções do ente delegante, sob pena de se caracterizar renúncia de competência¹⁵. Entende-se que não há renúncia, quando “a competência continua nas mãos da Administração Pública se esta permanece com o comando da atividade administrativa, como por exemplo, com os poderes de atuar ou não, de revisar, de desistir, etc”¹⁶.

A delegação proposta no projeto, em primeira análise, não implica renúncia. Trata-se de transferência pontual de competências, as quais podem ser retomadas. Isto é: o titular continua com a possibilidade de recuperar o serviço, sabendo-se que é revogável o instrumento negociado (i. e. o convênio de cooperação), ainda que seja necessário indenizar eventuais prejuízos.

Assim, de modo geral, a modelagem institucional proposta, com delegação ao Estado de uma série de atribuições é viável. Nada obstante, faço algumas observações, a fim de mitigar riscos evitáveis. Minha preocupação é que o Estado seja colocado numa posição incompatível com aquela determinada pelo STF. Recorde-se que o Acórdão da ADI nº 1.842/RJ rechaça a concentração do poder concedente do serviço em um único ente federativo. Conforme a Corte Constitucional:

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**

¹¹ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 130.

¹²Art. 2º § 1º Nos processos administrativos serão observadas, entre outras, as seguintes normas: (...) III- atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes, salvo autorização em Lei.

¹³Nesse sentido, se posiciona o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, na ADI na 1.842/RJ: “a transferência da titularidade de certo serviço público para entidade estatal deve ocorrer por lei (...). É assim que são atribuídos, sem necessidade de contrato de concessão ou permissão, serviços públicos a entidades estatais descentralizadas (...)”. Em suma, a própria lei complementar que institui a entidade regional poderá lhe conferir personalidade jurídica (...), transferindo àquela a titularidade dos serviços públicos reputados de interesse comum” (*grifou-se*). ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, pp. 258/259.

¹⁴**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. (*grifou-se*)

¹⁵Nesse sentido: “nos parece jurídica e logicamente inviável a transferência de *todas as funções* do delegante para o órgão delegado. Delegação total chega às raias de uma renúncia aos poderes administrativos, o que, como vimos, é inaceitável para os administradores públicos”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999, 5ª ed. rev., ampl. e atual*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 125.

¹⁶HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscila; MAFFINI, Rafael. *Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 129.

ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios.¹⁷ (*destacou-se*)

Segue a mesma linha o voto do Ministro Joaquim Barbosa:

Assim, a criação de uma região metropolitana não pode, em hipótese alguma, significar o amesquinamento da autonomia política dos municípios dela integrantes, materializado no controle e na gestão solitária pelo estado. Vale dizer, a titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa a ser da nova entidade público-territorial-administrativa, de caráter intergovenamental, que nasce em consequência da criação da região metropolitana.¹⁸ (*grifou-se*)

Os municípios devem possuir algum poder de decisão, seja diretamente, seja pelo Conselho Deliberativo da região metropolitana de cuja composição participam representantes seus. (...). Considero, portanto, inconstitucional esse dispositivo, pois ele alija completamente o município do processo decisório relativo à concessão e permissão de serviços de interesse comum dos entes integrantes da região metropolitana, reservando O poder de outorga exclusivamente ao estado.¹⁹ (*grifou-se*)

Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski²⁰: “*a autonomia municipal assegurada pela Lei Maior não pode ser esvaziada mediante a transferência integral da titularidade das funções públicas de interesse comum ao Estado instituidor da entidade territorial*” (*grifou-se*).

Assim, **recomendo que fique claro que a competência para firmar os contratos de concessão permaneça com os titulares do serviço público (Le.: 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*²¹, 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.

Sublinho, por outro lado, que 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. Também não há obstáculo jurídico a que a AGENERSA, por sua vez, seja responsável pela regulação e fiscalização da prestação do serviço. Aliás, destaco que a delegação das funções de regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico pelos titulares a uma agência reguladora pertencente à estrutura de outro ente

¹⁷ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

¹⁸ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 46.

¹⁹ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, pp. 47-48.

²⁰ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 247.

²¹Sobre a figura do mandato sem representação: “Cabe lembrar que a representação pode ser legal (...) ou voluntária (caso da procuração). Já o mandato pode ser com ou sem representação: se o mandatário atua em nome do mandante, há representação; se só atua por conta do mandante, não o representa”. Cf.: WALD, Arnoldo. *Direito Civil: contratos em espécie*, vol. 3, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 248. Na mesma linha: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*, tomo 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 80. GOMES, Orlando. *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 424-425.

federativo (no caso, a agência reguladora estadual AGENERSA), é viável a luz da lei e da jurisprudência do STF.

A previsão legal é suprida pela Lei nº 4.556/2005, que criou a AGENERSA. De fato, se, de um lado, o art. 2º, II, da Lei nº 4.556/2005 fixa a competência da AGENERSA para regulação e fiscalização das concessões de serviço público de saneamento básico nas quais o Estado figure como Poder Concedente²², de outro lado, o §1º do artigo 4º dispõe que **“poderá a AGENERSA aceitar, parcial ou integralmente, a delegação de atribuições compatíveis com a sua esfera de competência”** (*destacou-se*). A esfera de competência a qual o § 1º se refere, por sua vez, está delimitada nos incisos I a XVII, do mesmo art. 4º. Merecem menção os incisos IV e V, os quais tratam essencialmente de atividades de fiscalização e regulação, respectivamente²³.

²²Art. 2º – 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. (*destacou-se*)

²³ Art. 4º – **Compete à AGENERSA**, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

I – zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições;

II – **dirimir, como instância administrativa definitiva, conflitos envolvendo o Poder Concedente ou Permitente, os concessionários ou permissionários de serviços públicos na área de energia e saneamento básico e 0\$ respectivos usuários;**

III – decidir, como instância administrativa definitiva, os pedidos de revisão de tarifas de serviços públicos concedidos ou permitidos, mediante apresentação, quando for o caso, de planilhas de custos elaboradas de forma detalhada pelos concessionários ou permissionários;

IV – **fiscalizar, diretamente ou mediante delegação**, os aspectos técnico, econômico, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis;

V – **expedir deliberações e instruções tendo por objeto os contratos submetidos a sua competência**, inclusive fixando prazos para cumprimento de obrigações por parte das concessionárias e permissionárias, de ofício ou quando instada por conflito de interesses;

VI – determinar diligências junto ao Poder Concedente, concessionários, permissionários e usuários dos serviços, podendo para tanto ter amplo acesso aos dados e informações relativos aos contratos de sua competência;

VII – promover, com auxílio de entidades públicas e privadas, estudos sobre a qualidade dos serviços públicos concedidos e permitidos com vistas à sua maior eficiência;

VIII – contratar serviços técnicos, vistorias, estudos, auditorias ou exames necessários ao exercício das atividades de sua competência com entes públicos ou privados;

IX – dar publicidade às suas decisões;

X – aprovar seu regimento interno, bem assim a proposta de seu orçamento, a ser incluída no Orçamento Geral do Poder Executivo;

XI – receber, por intermédio da Ouvidoria, sugestões e reclamações de usuários de serviços públicos concedidos ou permitidos sob seu controle, para submissão à apreciação do Conselho-Diretor, com vistas à adoção e julgamento das medidas que entender cabíveis;

XII – respeitar integralmente os prazos legais quanto à apreciação dos pedidos das concessionárias de retomada de equilíbrio físico-financeiro, reajuste tarifário e revisão contratual;

XIII – exigir, conforme previsto nos contratos de concessão ou permissão, a expansão e a modernização dos serviços delegados, de modo a buscar a sua universalização e a melhoria dos padrões de qualidade, ressalvada a competência do Estado quanto a definição das políticas setoriais;

XIV – estabelecer padrões de serviço adequado, garantindo ao usuário regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas;

XV – deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação das normas legais e contratuais, no que se refere a serviços públicos de energia e saneamento básico, fixando a orientação a ser adotada nos casos omissos;

XVI – interagir com as autoridades federais, estaduais e municipais responsáveis pela regulamentação e fiscalização dos serviços públicos de energia e saneamento básico, bem como por outras atividades que afetem esses serviços; XVII – resguardar os direitos garantidos pela Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

§ 1º – Poderá a AGENERSA aceitar, parcial ou integralmente, a delegação de atribuições compatíveis com a sua esfera de competência. (*destacou-se*)

Registre-se, ainda, que o STF já apreciou a validade de delegações de competências regulatórias municipais a entidades reguladoras estaduais. No ano de 2000, o STF julgou a Medida Cautelar na ADI nº 2.095²⁴, em que se questionava a constitucionalidade, dentre outros dispositivos, do art. 3º, parágrafo único, “a” da Lei nº 10.931/1997 do Estado Rio Grande do Sul, com redação dada pela Lei nº 11.292/98²⁵, que previa que a competência da Agência Reguladora Estadual (AGERGS) para regular e fiscalizar os serviços de saneamento básico delegados ao Estado por outros entes federativos via convênio. Na ocasião, os Ministros entenderam que não violava a autonomia municipal a designação por lei de competências de regulação e fiscalização de serviço de titularidade municipal à agência reguladora estadual.

Posteriormente, najá citada ADI nº 1.842/RJ, a possibilidade de delegação das competências de regulação e fiscalização do serviço de saneamento básico à agência reguladora estadual foi cogitada e chancelada, conforme consta do voto do Ministro Gilmar Mendes²⁶:

Frise-se que não se veda a concessão de serviço por meio de lei estadual ou o **controle de sua execução por meio de agência reguladora no âmbito estadual**, mas estas providências devem ser dirigidas **a partir de decisão em que os municípios e o estado federado tenham participado conjuntamente.**
(destacou-se)

Inclusive, o art. 15, I c/c art. 23, § 1º da Lei Geral de Saneamento Básico (Lei Federal 11.445/2007)²⁷ também preveem expressamente a possibilidade de delegação de atividades de regulação e fiscalização do titular do serviço de saneamento básico à entidade reguladora de outro ente federativo que atue dentro dos limites do respectivo Estado, desde que o ato de delegação especifique a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas. Isto é: é lícito delegar, desde que tal transferência não seja um cheque em branco.

Aliás, a delegação de competências à agência reguladora estadual vai ao encontro dos princípios da economicidade e da eficiência, este último previsto expressamente tanto no artigo 37, *caput* da Constituição da República²⁸, quanto no art. 2, VII, da Lei Geral de Saneamento Básico (Lei Federal 11.445/2007)²⁹. De fato, a estratégia aproveita a estrutura de órgão regulador estadual já existente, equipado e preparado para exercer a função e concentra seu exercício nele, ao invés de promover dispêndios de recursos públicos escassos na criação de novas agências reguladoras metropolitana e municipais.

²⁴ADI 2095 MC, Rel. Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, j. 22/03/2000.

²⁵Art. 3º – Compete à AGERGS, a regulação dos serviços públicos delegados prestados no Estado do Rio Grande do Sul e de sua competência ou a ele delegados por outros entes federados, em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convencional ou contratual (Redação dada pela Lei nº 11.292/98).

Parágrafo único. A atividade reguladora da AGERGS será exercida, em especial, nas seguintes áreas: (Redação dada pela Lei nº 11.292/98)

a) saneamento; (Redação dada pela Lei nº 11.292/98)

²⁶ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 186.

²⁷**Art. 15.** Na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, **as atividades de regulação e fiscalização poderão ser exercidas:**

I – por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal.

Art. 23. § 1º A **regulação** de serviços públicos de saneamento básico poderá ser **delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades** a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.

²⁸Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

²⁹Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: (...) VII – eficiência e sustentabilidade econômica.

Por fim, observe-se que, pela modelagem proposta por este parecer, embora não seja imprescindível, sugerimos, para fins de clareza e incremento da segurança jurídica, que, assim como a AGENERSA, o Estado do Rio de Janeiro figure como interveniente anuente nos contratos de concessão e de interdependência a serem celebrados.

Chama a atenção, inclusive, a previsão do projeto de fls. 24/54 de que a AGENERSA deveria figurar como interveniente anuente apenas nos contratos de concessão e nos contratos de interdependência. Importante ressaltar, no entanto, que a AGERNSA, enquanto delegatária das atividades de regulação e fiscalização, também deve figurar como interveniente anuente ou como participe nos Convênios de Cooperação celebrados entre os titulares do serviço e o Estado do Rio de Janeiro.

1.2. O convênio de cooperação a ser celebrado entre o ERJ e os titulares dos serviços é um instrumento apto para constituir uma relação jurídica com o conteúdo acima pretendido?

O convênio de cooperação a ser celebrado entre Estado do Rio de Janeiro e os titulares do serviço é instrumento viável para a delegação de competências específicas relativas à gestão da concessão de serviço público, observadas as recomendações feitas acima.

Em primeiro lugar, o STF, no Acórdão da ADI nº 1.842/RJ chancelou a possibilidade de celebração de convênios de cooperação como instrumento para gestão associada de serviços públicos de saneamento básico³⁰. Confira-se:

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.**³¹ (*destacou-se*)

Ora, se o STF entende que tanto a celebração de convênios de cooperação quanto a instituição de Região Metropolitana são formas válidas de se promover a gestão associada de serviços públicos, quanto mais a soma dessas duas vias; isto é: 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 cooperação³². Tal arranjo além de se adequar à jurisprudência do

³⁰A fim de evitar repetições, nos remetemos aos trechos do inteiro teor da ADI nº 1.842/RJ colacionados no *item 1.1* do presente Parecer, os quais também validam a possibilidade de delegação de competências relativas ao serviço de saneamento básico ao Estado, mediante convênio de cooperação.

³¹ADI 1842; Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

³²“Esse quadro de interações entre os entes federativos acentua-se consideravelmente tendo em conta os modelos contemporâneos de federalismo cooperativo – do qual a Constituição de 1988 é um exemplo –, em que as competências dos entes não são estanques, mas se comunicam sob variadas formas. No vaso brasileiro, como se sabe, há competências concorrentes ou comuns tanto em matéria legislativa, como no que diz respeito à atuação político-administrativa e à prestação de serviços. Nesse contexto, o relacionamento entre os entes é indispensável” (*grifou-se*) BARROSO, Luís Roberto. Parecer nº 02/2007. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, nº 62, p. 360-382, 2007, p. 365. A esse respeito, apesar de o Estado não ser o titular do serviço de saneamento básico, o artigo 23, IX, da CRFB/88 lhe gera o dever de cooperar com os Municípios para a melhoria na prestação do referido serviço público. Nesse sentido, como bem explica Luís Roberto Barroso: “O art. 23 da Carta em vigor enuncia as competências comuns da União, Estados e Municípios, entre as quais se encontra a promoção da melhoria das condições de saneamento básico. (...) A norma não se refere à titularidade

STF, também encontra respaldo na doutrina.

Os convênios são tradicionalmente conceituados, por Hely Lopes de Meirelles³³, como “*acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes*”. Logo, trata-se de instrumentos de consensualidade administrativa que, pela sua própria essência, quando celebrados entre entes federativos, envolvem o compartilhamento ou delegação de competências administrativas entre eles.

Odete Medauar³⁴, inclusive, designa tais tipos de convênios por “convênios de delegação”, pelos quais há a “*transferência, de um nível federativo a outro, de atividades e serviços públicos suscetíveis de delegação, como acontece em matéria de administração e exploração de rodovias e portos federais*”. Na mesma linha, José do Santos Carvalho Filho³⁵ sustenta que:

A constituição vigente não se refere expressamente aos convênios no conjunto de regras que tratam da **partilha de competências**, mas deixa implícita a possibilidade de serem ajustados. (...) **não há qualquer vedação constitucional para tais ajustes; ao contrário, o sistema adotado conduz normalmente a esse desiderato, emanando de várias de suas disposições o sentido de se volverem as entidades federativas a objetivos comuns.** A despeito dessa admissibilidade implícita, a vigente Constituição passou a prevê-la [expressamente], no **artigo 241**, com redação dada pela EC n' 19/98 (...). O dispositivo constitucional teve claro intuito, qual seja, o de prever atividades de cooperação entre as pessoas políticas. (*destacou-se*)

Como bem explanado no trecho transcrito, a delegação de competências administrativas entre entes federativos via convênio encontra fundamento de validade diretamente no artigo 241, da CRFB e no parágrafo único do art. 65, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Mesmo antes de a EC n° 19/1998 incluir tal previsão na Constituição da República, a celebração de convênios de cooperação já era implicitamente admitida por esta, dada a previsão de compartilhamento entre os entes federados de competências comuns ou concorrentes, típicas do federalismo de cooperação³⁶.

A legislação infraconstitucional também é rica em previsões a respeito. A própria Lei Geral de Saneamento Básico (Lei Federal na 11.445/2007), prevê a possibilidade de delegação de competências de organização, regulação, fiscalização e prestação dos serviços, mediante convênio de cooperação (art. 3, II c/c art. 8)³⁷.

Destaque-se também a previsão do artigo 15, I c/c artigo 23, § I ° da mesma lei³⁸ que permite a

do serviço, mas à possibilidade de uma ação de quaisquer dos entes estatais visando ao melhor resultado na matéria. **A finalidade constitucional é a cooperação produtiva entre eles, e não, evidentemente, uma superposição inútil e dispendiosa.** (...) Em suma: (...) **o constituinte previu a possibilidade de ação conjunta em tema de saneamento básico.**” (*destacou-se*) BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios, *Revista de Informação Legislativa*, p. 255-270, Brasília, ano 38, n. 153, jan./mar. 2002, p. 260.

³³MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 334.

³⁴MEDAUR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 20ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 283.

³⁵CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 30ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2016, p. 235.

³⁶FERRARI, Sérgio. *Constituição Estadual e Federação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 70.

³⁷Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...) II – gestão associada: associação voluntária de entes federados, por convênio de cooperação ou consórcio público, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal.

Art. 8º. Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

³⁸Art. 15. Na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, as atividades de regulação e fiscalização poderão ser exercidas:

delegação, por meio de convênio de cooperação, de atividades de regulação e fiscalização do titular do serviço de saneamento básico à entidade reguladora de outro ente federativo que atue dentro dos limites do respectivo Estado, desde que o ato de delegação (no caso, o convênio de cooperação) especifique a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.

Ademais, a delegação de competências administrativas, via Convênio de Cooperação, pela Região Metropolitana ao Estado do Rio de Janeiro, funda-se no artigo 9º, VII, da Lei nº 13.089/2015 (Estatuto da MetrÓpole)³⁹ e no art. 11, § 4º, da LC Estadual na 184/2018 (lei que institui a Região Metropolitana do Rio de Janeiro), *in verbis*:

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. (destacou-se)

Pela leitura do dispositivo acima, já se extraem, de pronto, os seguintes requisitos para celebração, pela Região Metropolitana do Rio de Janeiro, de Convênios de Cooperação em que haja a delegação de competências “específicas e determinadas”: (i) a decisão deve ser tomada, via votação proporcional, no âmbito do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, observando-se os trâmites para tal estabelecidos na lei e no regulamento aplicável; e (ii) subsequente submissão da questão ao TCE-RJ.

Por fim, recorde-se que nem todos os municípios metropolitanos delegariam as competências relativas aos serviços de saneamento básico ao Estado do Rio de Janeiro. Conforme preconizado no projeto de desestatização sob análise, os municípios metropolitanos que atualmente já não são atendidos pela CEDAE (Niterói, Guapimirim e Petrópolis), mesmo após a celebração do Convênio de Cooperação, manteriam os respectivos contratos de concessão com outros operadores, não sendo abrangidos pela delegação de competências proposta no projeto. Assim, (iii) importante que haja previsão no referido instrumento indicando quais municípios metropolitanos fariam parte da delegação de competências relativas aos serviços de saneamento básico ao Estado do Rio de Janeiro, ressaltando os demais municípios que não se vinculariam aos termos do Convênio de Cooperação.

1.3. Os vínculos jurídicos a serem formatados entre o ERJ-Rio MetrÓpole e ERJ-municípios não metropolitanos, por meio dos convênios de cooperação, será estável? Tendo em vista a importância da estabilização da relação jurídica, diante do interesse de terceiros (operadores privados, usuários, etc.) e da necessidade de execução de investimentos de longo prazo, quais medidas jurídicas podem ser manejadas para a finalidade de estabilizar e perenizar as relações jurídicas em tela?

I – por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal;

Art. 23. § 1º A regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas. (grifou-se)

³⁹Art. 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: (...) VII – convênios de cooperação.

Os Convênios de Cooperação celebrados entre Estado do Rio de Janeiro e os titulares do serviço (Região Metropolitana e municípios não metropolitanos) são estáveis. Ademais, é plenamente viável a previsão de mais mecanismos e instrumentos de incremento de tal estabilidade.

Numa primeira análise, sustentar que o vínculo convencional é estável pode parecer contraditório, tendo em vista que, tradicionalmente⁴⁰, considera-se que dos convênios não decorreriam obrigações recíprocas, sendo, assim, vínculos precários, denunciáveis a qualquer tempo, sem possibilidade de previsão de pagamento de indenização pela denúncia imotivada e de previsão de penalidades pelo descumprimento do acordado. Até existe uma parcela da doutrina⁴¹ que defende que os convênios seriam espécie de contratos dos quais decorreriam obrigações recíprocas, sendo possível a estabilização do vínculo com previsão de penalidades e indenizações.

Independentemente desse teor contratual (ou não), o fato é que o caráter estável dos Convênios de Cooperação objeto da consulta decorre de um conjunto de fatores. Apresentarei cada um deles considerando dois cenários. O **1º cenário**, insere-se no âmbito **da Proposta do Projeto de Desestatização exatamente nos termos constantes de fls. 24/54**. Isto é: Convênio de Cooperação **com** delegação de competências para que o Estado do Rio de Janeiro figure como poder concedente nos contratos de concessão. O **2º cenário** decorre da **recomendação constante do item 1.1 deste Parecer**: Convênio de Cooperação **sem** a delegação de competências para que o Estado assine como concedente. Nesse cenário, o Estado ser limitaria a ser um coordenador e intermediador, que assinaria os contratos de concessão como interveniente anuente.

No 1º Cenário, o Convênio de Cooperação é estável, porque se insere em um sistema de negócios jurídicos coligados⁴², interdependentes entre si. O contrato de concessão só existe, porque o Estado figura como concedente. Logo, a denúncia do Convênio de Cooperação implicaria necessariamente a extinção do Contrato de Concessão dele decorrente. De fato, como o Estado do Rio de Janeiro representa os titulares do serviço na qualidade de Poder Concedente nos contratos de concessão (figura como parte nos contratos no lugar deles), tem-se que o convênio é seu pressuposto lógico. Sem ele, o Estado perderia o poder de representação que lhe confere legitimidade para tal.

Assim, considero, nesse cenário, que a estabilidade do vínculo convencional decorre de sua vinculação ao prazo do contrato de concessão de modo que não seria possível sua livre denúncia antes de tal prazo. Na verdade, a denúncia configuraria hipótese de extinção (ainda que parcial) da própria concessão. Seria o caso de encampação do serviço público. E, como se sabe, a encampação deve se submeter ao regramento legal que a condiciona. Destaque-se a exigência de edição de lei autorizativa para a retomada do serviço, além de pagamento de prévia indenização referente aos investimentos ainda não amortizados das concessionárias (art. 35, II, §4º c/c 36 e 37, da Lei Federal nº 8.987/1995⁴³

⁴⁰Cf.: RESENDE, Maria Leticia Rodrigues Guimarães Araújo. Convênio de cooperação: sinônimo de convênio administrativo? *Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 8, n. 14, p. 111-130, jan./jun. 2016, p. 113.

⁴¹MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20ª Ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 283. V., ainda: NOGUEIRA, Erico Ferrari. Convênio administrativo: espécie de contrato? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 258, p. 81-113, set. 2011, p. 92.

⁴²Conforme bem explica Carlos Nelson Konder: “São **contratos coligados** aqueles contratos conexos cujas vicissitudes de um, como a validade ou a ineficácia por causa superveniente, afetam o outro. Há certa controvérsia sobre o título jurídico que autoriza a contaminação, mas no nosso ordenamento **a extinção de um dos negócios pode privar O outro de proteção por conta do esvaziamento de sua função social**” (*destacou-se*) KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: grupos contratuais, redes contratuais e contratos coligados*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 278. Segundo o jurista, ainda: “**a extinção de um dos negócios componentes do regulamento de interesses instituído pelas partes plurinegocialmente pode fazer com que reste prejudicada a função comum desempenhada pela coligação negocial e, assim, que os demais negócios componentes dessa função comum percam sua razão de existir** – a função social em razão da qual são tutelados.” (*destacou-se*) Ibidem, pp. 228-229.

⁴³Art. 35. Extingue-se a concessão por: (...) 11 - encampação;

§ 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.

e arts. 40, II, § 4º c/c 42 da Lei Estadual nº 2.831 /1997⁴⁴).

Por outro lado, **no 2º Cenário (modelagem recomendada por este parecer)**, nota-se que a preocupação com a estabilização do vínculo perde bastante (ainda que não totalmente) a relevância, pois, a despeito de o Convênio de Cooperação e de o contrato de concessão serem negócios jurídicos coligados, um não depende do outro para subsistir; a denúncia do Convênio de Cooperação não implica necessariamente a extinção do contrato de concessão. Isso porque, neste cenário, o Estado do Rio de Janeiro, como explicado no **item 1.1**, seria um mandatário sem poderes de representação, logo não figuraria como parte nos contratos, mas, no máximo, como interveniente anuente. Assim, a denúncia do convênio, de forma isolada, aqui não implicaria encampação do serviço, cuja continuidade sequer é prejudicada.

Desse modo, nota-se que, a bem da verdade, a modelagem do 2º cenário - a proposta por mim no item 1.1 – promove mais segurança jurídica que a do 1º cenário, o que reforça a recomendação acima, no sentido de que os próprios titulares do serviço figurem como poder concedente nos respectivos contratos de concessão, sendo delegado ao Estado do Rio de Janeiro apenas as funções de organização e promoção da licitação e também, por meio da Agência Reguladora Estadual AGENERSA, de regulação e fiscalização do serviço.

Vale observar que, mesmo no 2º cenário, pode ser interessante a previsão de mecanismos de incremento da estabilização do vínculo, como a estipulação de penalidades e indenizações. Isso porque tanto no 1º, quanto no 2º cenário, a extinção do vínculo convencional durante a fase externa da licitação (em ambos os casos, organizada e promovida pelo Estado do Rio de Janeiro), poderia gerar prejuízos com a sua eventual paralisação.

Uma das medidas possíveis para conferir maior estabilidade ao vínculo é a previsão, em atos normativos internos que regulem o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, de quóruns de votação mais rígidos para a denúncia de Convênios de Cooperação envolvendo a delegação de competências administrativas relativas à prestação do serviço de saneamento básico.

Ademais, entendo que tanto no 1º Cenário, quanto no 2º Cenário, seria possível inserir cláusula, no Convênio de Cooperação, prevendo a assinatura de Termo de Responsabilidade por todos os partícipes, no qual estes se comprometeriam a indenizar prejuízos causados pela denúncia imotivada do acordo. Também seria viável a previsão de cláusulas impondo penalidades em caso de inadimplemento dos termos do convênio.

Noutro giro, ainda que se entenda pela impossibilidade de estipulação de tais cláusulas em convênios, é possível, em ambos os cenários, se alcançar a estabilização do vínculo entre os partícipes, mediante a celebração de contratos de programa⁴⁵ associados aos Convênios de Cooperação.

O contrato de programa trata-se de instrumento previsto na Lei de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005) e foi pensado justamente para conferir estabilidade aos Consórcios Públicos e aos Convênios de Cooperação que envolvam a delegação de competências administrativas para fins de gestão associada de serviços públicos. Sua celebração, inclusive, é obrigatória no caso dos Convênios de Cooperação⁴⁶ e dos Consórcios Públicos que envolvam ônus, inclusive financeiros, aos partícipes.

⁴⁴Art. 40 - Extingue-se a concessão por: (...) 11 - encampação.

§ 4º – Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o Poder Concedente, desde que haja lei autorizativa a antecipar a extinção da concessão, procederá o levantamento e avaliações necessárias à determinação da indenização que será devida à concessionária, na forma dos artigos 41 e 42, a ela assegurado o devido processo legal.

Art. 42 - Considera-se encampação a retomada do serviço pelo Poder Concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público e mediante lei autorizativa, e após prévios e justo pagamento da indenização, em dinheiro, na forma do artigo anterior.

⁴⁵Vale registrar que o art. 24, XXVI, da Lei nº 8666/93, prevê a celebração de contrato de programa como hipótese de dispensa de licitação, *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”.

⁴⁶Apesar de o art. 13 *caput* e § 7º não mencionarem o Convênio de Cooperação expressamente, extrai-se a aplicação de

Confira-se:

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

§ 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.** (*destacou-se*)

Cumpra-se observar que, apesar de o *caput* e o § 7º referirem-se à possibilidade de celebração de contrato de programa apenas quando isso envolver "ente da federação" ou "consórcio público", também é possível sua celebração no caso de Convênios de Cooperação que abranjam a Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Entendo que a expressão "consórcio público" empregada pela lei deve ser interpretada extensivamente para também abarcá-la, uma vez que a RM, assim como o consórcio público, trata-se de forma de associação pública interfederativa.

Registre-se, inclusive, que, apesar de, no Projeto de Desestatização de fls. 24/54, só haver a previsão de celebração de contrato de programa entre Estado do Rio de Janeiro e municípios não metropolitanos, também é viável a celebração entre Estado do Rio de Janeiro e Região Metropolitana. Em ambos os casos, trata-se de mecanismo que confere estabilização ao vínculo.

Ademais, conforme prevê o § 5º do artigo 13, é possível a celebração de contrato de programa com "entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados"⁴⁷. Em outras palavras, é possível, inclusive, a celebração de contrato de programa diretamente entre os titulares do serviço de saneamento e a agência reguladora estadual AGENERSA para tratar da delegação das competências de regulação e fiscalização do serviço de saneamento básico das quais a agência ficaria encarregada.

É também relevante para fins de estabilização do vínculo convenial a previsão contida no § 2º do artigo 13, da Lei nº 11.107/2005, de cláusulas obrigatórias para contratos de programa cuja extinção possa acarretar prejuízo à continuidade do serviço público. Destaque-se a exigência do inciso II de previsão de penalidades em caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos⁴⁸, o que envolve, por tabela, a possibilidade de previsão de pagamento de indenização em função da denúncia imotivada.

A previsão mais relevante, porém, para fins de estabilização do vínculo é a do § 4º do artigo 13, *in verbis*:

Art. 13, § 4º O contrato de programa continuará vigente mesmo quando

suas previsões a ele, mediante interpretação conjugada com o §5º, do mesmo artigo 13, *in verbis*: "art. 13. § 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado (...)" (*grifou-se*).

⁴⁷§ 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

⁴⁸**Art. 13. § 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: (...) II – as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos.** (*destacou-se*)

extinto O consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos.

Assim, em síntese, vislumbro como possíveis mecanismos de estabilização do vínculo, dentre outros: (i) estipulação no regimento interno do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de quóruns mais rígidos para aprovação da denúncia do Convênio de Cooperação; (ii) a previsão de pagamento de indenização e/ou estipulação de penalidades pelo descumprimento do acordo, via assinatura de Termo de Responsabilidade; (iii) celebração de contratos de programa pelos partícipes (Estado, Região Metropolitana, municípios não metropolitanos e AGENERSA), associados aos respectivos Convênios de Cooperação. É possível o emprego conjunto destes e de outros mecanismos.

1.4. Tendo em vista o art. 3º, da Lei Estadual nº 6.398, de 05 de março de 2013, há necessidade de edição de nova lei autorizativa estadual com vistas a viabilizar a gestão associada entre o ERJ e (a) o Rio MetrÓpole e (b) os municípios não integrantes do Rio MetrÓpole?

Não é necessária a edição de nova lei autorizativa estadual para viabilizar a gestão associada de serviços públicos entre Estado do Rio de Janeiro e municípios não metropolitanos e entre Estado do Rio de Janeiro e Região Metropolitana. Em harmonia com art. 241 da CRFB c/c parágrafo único do art. 65, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que preveem a possibilidade de celebração de convênios, pelos entes federativos, para a gestão associada de serviços públicos, o Estado do Rio de Janeiro possui normas gerais suficientes para abarcar o caminho da consensualidade interfederativa.

A autorização legislativa para a celebração de Convênios de Cooperação para a gestão associada do serviço de saneamento básico pelo Estado está abrangida pelo art. 2º, IV, da Lei Estadual nº 5.576/2009⁴⁹, que contém autorização genérica para tal, e pelo art. 3º da Lei Estadual Nº 6.398/2013⁵⁰, do qual se extrai autorização específica⁵¹ quanto ao serviço de saneamento básico. Entendo que ambos os diplomas legislativos legitimam a celebração de convênios de cooperação tanto entre Estado do Rio de Janeiro e Região Metropolitana, quanto entre Estado do Rio de Janeiro e municípios não metropolitanos.

A esse respeito, cabe pontuar que, apesar de o artigo 3º da Lei Estadual nº 6.398/2013 e do artigo 2º, IV, da Lei Estadual nº 5.576/2009 não mencionarem expressamente a possibilidade de celebração de convênios de cooperação pelo Estado do Rio de Janeiro com a Região Metropolitana, as expressões neles empregadas “consórcios intermunicipais” e “municípios consorciados” são amplas o suficiente para abranger a RM. Entendo que apesar de o modelo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro não ser de consórcio público, no fundo, trata-se igualmente de forma de associação pública interfederativa, que segue uma lógica semelhante.

⁴⁹Art. 2º A Política a que se refere esta Lei compreende: IV – celebração de convênios entre os Municípios consorciados e o Estado do Rio de Janeiro visando à execução de ações em regime de interesse mútuo.

⁵⁰Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a celebrar, na forma do art. 241 da Constituição Federal, Convênio de Cooperação com o Município de Paraty, para a gestão associada do serviço público de saneamento básico municipal, a ser prestado na forma de Parceria Público-Privada – PPP.

Art. 3º Fica o Estado do Rio de Janeiro autorizado a firmar o convênio de que trata o Art. 1º desta Lei com os demais municípios ou consórcios intermunicipais.

⁵¹A despeito de o art. 3 da Lei Estadual nº 6.398/2013 conter autorização específica para a gestão associada do serviço de saneamento básico, para esta ser possível bastaria a autorização genérica contida no art. 2, IV da Lei Estadual nº 5.576/2009. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho entende que a previsão do art. 241 de previsão em lei regulamentadora se refere à necessidade de lei autorizativa genérica no âmbito de cada ente federativo, a qual já seria suficiente para permitir a celebração de convênios de cooperação. Veja-se: “O art. 241, com sua nova redação, prevê a edição de lei reguladora dos convênios e consórcios com vistas à transferência de serviços (na verdade deverá haver leis reguladoras a serem editadas pelas diversas pessoas federativas). Tais leis, contudo, apresentarão caráter genérico no que toca a esse objetivo específico” (grifou-se) CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 30ª ed., rev. ampl. e atual., São Paulo: Atlas, 2016, p. 235.

1.6. Os municípios Niterói, Petrópolis e Guapimirim não são atendidos pela CEDAE, mas integram o Rio Metr pole. Ao que se infere, tais municípios têm interesse no uso dos recursos hídricos, havendo ainda outros fatores ensejadores de interesse comum que, teoricamente, justificariam o interesse jurídico desses municípios no Projeto, ainda que não tenham os seus serviços por ele abrangidos. Nesse sentido, indaga-se: tais municípios devem ter direito   voto nas delibera es sobre a hipótese de transferência de competências metropolitanas ao ERJ para serviços de saneamento básico? Em caso de resposta positiva, há eventual necessidade de o ERJ repartir com eles a receita proveniente da outorga e/ou produto da aliena o das a es da CEDAE?

Os municípios que não são (nem seriam) atendidos pela CEDAE, mas que integram a Região Metropolitana possuem sim poder de voto no Conselho Deliberativo quanto   decisão a respeito da transferência de competências metropolitanas ao Estado do Rio de Janeiro relativas ao serviço de saneamento básico, bem como quanto às demais questões atinentes   presta o desse serviço no âmbito metropolitano.

Primeiro, porque a LC n  184/2018 não estabeleceu qualquer exce o a esse poder. Pelo contrário, a lei permitiu, no máximo, a altera o circunstancial do peso dos votos mediante aporte de recursos (art. 10,   3 )⁵², com a conseqüente diminui o do peso de voto de uns e aumento do peso de outros. Jamais seria possível a supressão desse direito.

Em tese, pode-se até cogitar da possibilidade de altera o da lei para cria o de exce es em hipóteses em que não haveria prejuízo   autonomia federativa dos entes excluídos (como, por exemplo, vota o a respeito de questões fáticas que são envolvam parte dos municípios metropolitanos). Sem embargo, fato   que, na conjuntura atual, a lei não trouxe essa previsão. Logo, se a própria lei não estabeleceu exce es ao poder de voto dos integrantes do Conselho Deliberativo, não cabe ao intérprete criar uma distin o onde não existe.

Ademais, por mais que os municípios metropolitanos em questão não sejam atendidos pela CEDAE e sequer estejam inseridos no projeto de desestatiza o sob consulta (conforme explanado no relatório), o interesse de tais municípios nas vota es sobre questões atinentes   presta o dos serviços de saneamento básico pode estar configurado pelo simples fato de os mesmos se inserirem na zona de conurba o que motivou a cria o de uma região metropolitana. Afinal, existe um provável compartilhamento de riscos e de interesses entre os municípios envolvidos⁵³ Tais municípios, mesmo que atendidos por outros prestadores que não a CEDAE, podem, em fun o do compartilhamento de bacias hidrogr ficas⁵⁴, ser indiretamente afetados.

⁵²Art. 10 A Região Metropolitana do Rio de Janeiro adotará suas delibera es por meio do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, formado pelo Governador do Estado, que o presidirá, pelos Prefeitos dos municípios que integram a Região Metropolitana e por tr s segmentos da sociedade civil, indicados pelo Conselho Consultivo, todos com direito a voto, com os pesos especificados a seguir: (...)   3  Quando houver aporte de recursos por parte dos entes elencados por esta Lei, o peso de cada entidade será proporcional ao valor integralizado.

⁵³Nessa linha: “somente   possível a cria o de agrupamento municipal quando exista a necessidade de ‘integrar a organiza o, o planejamento e a execu o de atividades de interesse comum’; (...) essa necessidade de integra o não pode ser uma fic o jurídica, uma necessidade criada pela própria lei complementar, mas   preciso que elementos fáticos tomem clara essa necessidade e a subsidiem” ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, inteiro teor, p. 31.

⁵⁴Conforme consta de resolu o do Conselho Estadual de Recursos Hídricos – CERHI, os municípios metropolitanos de Niterói, Guapimirim e Petrópolis (que não são atendidos pela CEDAE), são abrangidos total ou parcialmente pela Região Hidrográfica da Baia de Guanabara. Do mesmo modo, outros municípios integrantes da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, quais sejam, São Gonçalo, Itaboraí, Tanguá, Duque de Caxias, Belford Roxo, Maricá, Rio Bonito, Cachoeira de Macacu, Nova Iguaçu e Rio de Janeiro, têm são abrangidos total ou parcialmente pela Região Hidrográfica da Baia de Guanabara. Em outras palavras, os municípios metropolitanos não atendidos pela CEDAE compartilham o plexo de bacias hidrográficas correspondentes   Região Hidrográfica da Baia de Guanabara com os municípios metropolitanos atendidos pela CEDAE de modo que possuem interesse em delibera es que digam respeito aos serviços por ela prestados. Vide:

Quanto à segunda questão, atinente à necessidade de o Estado do Rio de Janeiro repartir as receitas provenientes da outorga e/ou produto da alienação das ações da CEDAE com os municípios integrantes da Região Metropolitana que não são (nem seriam) atendidos pela CEDAE, entendo que não há qualquer compulsoriedade na referida repartição, visto que tais municípios não possuem, a princípio, direito subjetivo a tais receitas. Não existe tal direito, porque os valores a serem recebidos por cada município metropolitano deve ser proporcional ao dimensionamento da própria titularidade sobre o serviço de saneamento básico a ser delegado. E, no caso dos municípios que não são atendidos pela CEDAE, estes já possuem as próprias concessões de serviço público com outros operadores as quais serão mantidas. Concessões para as quais houve pagamento de outorga, inclusive. Logo, não há que se falar em direito a recebimento de valores relativos às novas concessões. Esses municípios já foram remunerados pelas respectivas delegações.

Por outro lado, pode-se cogitar que os integrantes da Região Metropolitana decidam justificadamente e voluntariamente, em votação no Conselho Deliberativo, pela repartição de tais receitas com os municípios não contemplados no projeto de desestatização. A justificativa – o que merece motivação técnica – seria o compartilhamento de riscos hidrográficos e de impacto na prestação do serviço em toda a região.

Por fim, a respeito da repartição de receitas da outorga/alienação de ações da CEDAE, se discorrerá de forma mais aprofundada na resposta ao **item 2.1** (contida no Parecer do Procurador do Estado José Vicente de Mendonça).

3. Conclusão

Ante o exposto, é possível sintetizar as respostas apresentadas ao longo do parecer da seguinte forma:

1.1. No que toca aos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário, é viável a atribuição ao ERJ, pelos titulares dos serviços (entendidos aqui como o Rio Metrópole e municípios não metropolitanos), do exercício das funções de organização, regulação, fiscalização, delegação da prestação dos serviços e gestão dos contratos com os operadores de tais serviços, conforme o modelo apresentado nos tópicos anteriores?

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

A princípio a modelagem proposta atende aos requisitos para uma delegação de competências administrativas. Afinal: (i) o Estado, enquanto delegatário, atuaria nos limites da prévia autorização concedida pelos titulares do serviço; (ii) o projeto de desestatização propõe uma delegação apenas parcial de competências administrativas, em observância ao art. 11 da lei de processo administrativo estadual (Lei nº 5.427/2009); (iii) a delegação proposta, via mecanismos consensuais, seria revogável a qualquer tempo (ainda que ensejando pagamento de indenização).

Diferentemente do modelo encaminhado, recomendo que fique claro que a competência para firmar os contratos de concessão permaneça com os titulares do serviço público (*i. e.*: Região Metropolitana e municípios não metropolitanos), ainda que haja a delegação de determinadas

Resolução CERHI-RJ nº 107 de 22 de maio de 2013, Anexo I – Divisão territorial em Regiões Hidrográficas do Estado do Rio de Janeiro, publicada no DOERJ de 12/06/2013, pág. 35/36. Já os municípios integrantes da Região Metropolitana do Rio de Janeiro estão elencados no art. 1º, da LC Estadual nº184/2018.

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.

Sublinho, por outro lado, que 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. Também 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 Estado.

Recomento, ainda, que o Estado do Rio de Janeiro figure como interveniente anuente nos contratos de concessão e de interdependência a serem celebrados. A mesma lógica serve para a AGENERSA. A AGENERSA deve ser interveniente anuente nos contratos de concessão e de interdependência, como, também nos Convênios de Cooperação celebrados entre os titulares do serviço e o Estado do Rio de Janeiro.

1.2. O convênio de cooperação a ser celebrado entre o ERJ e os titulares dos serviços é um instrumento apto para constituir uma relação jurídica com o conteúdo acima pretendido?

O convênio de cooperação, a ser celebrado entre Estado do Rio de Janeiro e os titulares do serviço, é instrumento viável, a luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, para a delegação de competências específicas relativas à gestão da concessão de serviço público, observadas as recomendações feitas acima.

Tal possibilidade consta do art. 3, II c/c art. 8, da Lei Geral de Saneamento Básico (Lei Federal nº 11.445/2007). Já a possibilidade de delegação, via Convênio de Cooperação, de competências de regulação e fiscalização do serviço à entidade reguladora pertencente à estrutura de outro ente federativo (no caso, à Agência Reguladora Estadual AGENERSA) consta do art. 15, I c/c art. 23, § 1º da mesma lei.

Ademais, a delegação de competências administrativas, via Convênio de Cooperação, pela Região Metropolitana ao Estado do Rio de Janeiro, funda-se no artigo 9º, VII, da Lei Federal nº 13.089/2015 (Estatuto da Metrôpole) e no art. 11, § 4º, da LC Estadual nº 184/2018 (lei que institui a Região Metropolitana do Rio de Janeiro).

Registre-se os seguintes requisitos para celebração, pela Região Metropolitana do Rio de Janeiro, de Convênios de Cooperação em que há delegação de competências “específicas e determinadas”: (i) a decisão deve ser tomada, via votação, no âmbito do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, observando-se os trâmites para tal estabelecidos na lei e no regulamento aplicável; com (ii) subsequente submissão da questão ao TCE-RJ; e (iii) bem como com que indique quais os municípios metropolitanos que fariam parte da delegação de competências relativas aos serviços de saneamento básico ao Estado do Rio de Janeiro, com a ressalva dos demais municípios que não se vinculariam aos termos do Convênio de Cooperação. Como se viu, Petrópolis, Guapimirim e Niterói, a despeito de integrem a Região Metropolitana, manterão as respectivas concessões de serviço de saneamento

básico com outros operadores privados, ficando de fora do projeto de desestatização e não se vinculando, por conseguinte, aos termos do Convênio de Cooperação.

Reitero a recomendação feita acima quanto à necessidade de a AGENERSA figurar como interveniente anuente ou partícipe nos Convênios de Cooperação a serem celebrados com a Região Metropolitana e com os municípios não metropolitanos, caso a referida agência reguladora fique mesmo encarregada pela regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico.

1.3. Os vínculos jurídicos a serem formatados entre o ERJ-Rio Metr pole e ERJ-municípios n  metropolitanos, por meio dos convênios de coopera o, será estável? Tendo em vista a importância da estabiliza o da rela o jurídica, diante do interesse de terceiros (operadores privados, usuários, etc.) e da necessidade de execu o de investimentos de longo prazo, quais medidas jurídicas podem ser manejadas para a finalidade de estabilizar e perenizar as rela es jurídicas em tela?

Os Convênios de Coopera o celebrados entre Estado do Rio de Janeiro e os titulares do serviço (Região Metropolitana e municípios n  metropolitanos) são estáveis. Ademais,  

plenamente viável juridicamente a previsão de mecanismos e instrumentos de estabiliza o do vínculo entre os partícipes.

Essa estabilidade há tanto no **primeiro cenário**, o qual foi proposto no desenho enviado pelo BNDES (fls. 24/54), isto  : Convênio de Coopera o com delega o de competências ao Estado do Rio de Janeiro para que este assine como poder concedente; quanto, num segundo cenário, conforme recomendado no item 1.1 acima, no qual o ERJ não figurará como titular (concedente) dos serviços, mas como interveniente anuente.

No 1  Cenário, a estabilidade do ajuste decorre de sua vincula o ao prazo do contrato de concessão, ao qual encontra-se coligado. Não seria possível sua livre denúncia antes de tal prazo, sob pena de configurar a **encampa o** do serviço público. **No 2  Cenário**, nota-se que a preocupa o com a estabiliza o do vínculo perde bastante (ainda que não totalmente) a relevância, pois, a despeito de o Convênio de Coopera o e o contrato de concessão configurarem negócios jurídicos coligados, um não depende do outro para subsistir. Assim, a denúncia do convênio aqui não implica encampa o do serviço, cuja continuidade sequer   passível de questionamento.

A despeito da estabilidade, podem ser consideradas outras estratégias aptas a incrementar a segurança jurídica dos vínculos. São elas: (i) a estipula o no regimento interno do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de quóruns mais rígidos para aprova o da denúncia do Convênio de Coopera o; (ii) a previsão de pagamento de indeniza o e/ou estipula o de penalidades pelo descumprimento do acordo, via assinatura de Termo de Responsabilidade; (iii) a celebra o de contratos de programa pelos partícipes (Estado, Região Metropolitana, municípios não metropolitanos e AGENERSA), associados aos respectivos Convênios de Coopera o.

1.4. Tendo em vista o art. 3 , da Lei Estadual n  6.398, de 05 de março de 2013, há necessidade de edi o de nova lei autorizativa estadual com vistas a viabilizar a gestão associada entre o ERJ e (a) o Rio Metr pole e (b) os municípios não integrantes do Rio Metr pole?

Não   necessária a edi o de nova lei autorizativa estadual para viabilizar a gestão associada de serviços públicos entre Estado do Rio de Janeiro e municípios não metropolitanos e entre Estado do Rio de Janeiro e Região Metropolitana.

Em harmonia com art. 241 da CRFB c/c parágrafo único do art. 65, da Constitui o do Estado

do Rio de Janeiro, que preveem a possibilidade de celebração de convênios pelos entes federativos para a gestão associada de serviços públicos, a autorização legislativa para tal está contida no art. 2º, IV, da Lei Estadual nº 5.576/2009 e no art. 3º da Lei Estadual nº 6.398/2013.

Ambos os diplomas legislativos autorizam a celebração de convênios de cooperação tanto entre Estado do Rio de Janeiro e Região Metropolitana, quanto entre Estado do Rio de Janeiro e municípios não metropolitanos.

1.6. Os municípios Niterói, Petrópolis e Guapimirim não são atendidos pela CEDAE, mas integram o Rio Metrópole. Ao que se infere, tais municípios têm interesse no uso dos recursos hídricos, havendo ainda outros fatores ensejadores de interesse comum que, teoricamente, justificariam o interesse jurídico desses municípios no Projeto, ainda que não tenham os seus serviços por ele abrangidos. Nesse sentido, indaga-se: tais municípios devem ter direito à voto nas deliberações sobre a hipótese de transferência de competências metropolitanas ao ERJ para serviços de saneamento básico? Em caso de resposta positiva, há eventual necessidade de o ERJ repartir com eles a receita proveniente da outorga e/ou produto da alienação das ações da CEDAE?

Os municípios que não são (nem seriam) atendidos pela CEDAE, mas que integram a Região Metropolitana possuem sim poder de voto no Conselho Deliberativo quanto à decisão a respeito da transferência de competências metropolitanas ao Estado do Rio de Janeiro relativas ao serviço de saneamento básico, bem como quanto às demais questões atinentes à prestação desse serviço no âmbito metropolitano.

Em primeiro lugar, porque a LC nº 184/2018 não estabeleceu qualquer exceção a esse poder. Ademais, o interesse de tais municípios nas votações sobre questões atinentes à prestação dos serviços de saneamento básico está configurado pelo simples fato de eles poderem ser indiretamente afetados, em função do compartilhamento de bacias hidrográficas.

Quanto à segunda questão, entende-se que não há qualquer compulsoriedade na repartição de receitas proveniente da outorga e/ou produto da alienação das ações da CEDAE com os municípios integrantes da Região Metropolitana que não são (nem seriam) atendidos pela CEDAE, visto que tais municípios não possuem, a princípio, direito subjetivo a tais receitas. Tais municípios já promoveram as próprias concessões de serviço público, com o respectivo recebimento da outorga, sabendo-se, ainda, que tais contratos serão mantidos.

Por outro lado, é possível que os integrantes da Região Metropolitana decidam voluntária e justificadamente, em votação no Conselho Deliberativo, pela repartição de tais receitas com os municípios não contemplados no projeto de desestatização. A justificativa – o que merece motivação técnica – seria o compartilhamento de riscos hidrográficos e de impacto na prestação do serviço em toda a região.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2019.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17)

VISTO

Visto nº 11/2019 – PGE/PG-17/ARCY

Processo Administrativo E-14/001.053834/2019

VISTO. Por estar de acordo, aprovo, com alguns acréscimos, os seguintes pareceres: Parecer nº 03/2019 – GUB; Parecer nº 07/2019 NSM/PG-17; e Parecer nº 07/2019 – ASA, da lavra, respectivamente, dos i. Procuradores do Estado, Gustavo Binenbojm, José Vicente dos Santos de Mendonça e Alexandre dos Santos Aragão. Os referidos pareceres analisam, cada qual, diferentes quesitos a respeito da consulta acerca de aspectos jurídicos relativos à privatização da CEDAE, encaminhada pelo i. Subprocurador do Estado, Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves.

Na Promoção nº 02/2019 – PGE/PG-17/ARCY, de 29 de outubro de 2019, que inaugura os trabalhos desta especializada, dividi os quesitos formulados em quatro grupos de indagações (de forma similar à separação proposta pelo BNDES), vinculando cada um deles a um procurador. Conforme o modelo da promoção, apresenta-se a seguinte divisão:

1) **Primeiro grupo: a competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro.** Quesitos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.6, os quais foram respondidos por mim no **Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17;**

2) **Segundo grupo: a questão federativa em face das leis locais e legislação estadual.** Quesitos 1.5, 1.7, 1.8 e 1.9, os quais foram respondidos pelo Procurador Gustavo Binenbojm, no **Parecer nº 03/2019 – GUB;**

3) **Terceiro grupo: pagamentos ao Estado do Rio de Janeiro e indenizações.** Quesitos: 2.1 e 3.1, os quais foram respondidos pelo Procurador José Vicente Santos de Mendonça, **no Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17;**

4) **Quarto grupo: privatização da CEDAE *up stream* e suas implicações.** Quesitos: 1.10 e 4.1, os quais foram respondidos pelo Procurador Alexandre Santos de Aragão, no **Parecer nº 07/2019 – ASA.**

Por questões de economia processual, decidi apreciar os Pareceres dos i. Procuradores do Estado, acima elencados em **Visto Conjunto.** Para fins de clareza, tratarei de cada parecer na ordem apresentada acima, a partir de cada quesito encaminhado, com os acréscimos que esta Chefia entendeu necessários:

2) **Parecer nº 03/2019 – GUB.** A questão federativa em face das leis locais e legislação estadual. Quesitos 1.5, 1.7, 1.8 e 1.9:

1.5. Considerando que o Rio Metrópole ou os municípios não incluídos na Região Metropolitana são os titulares dos serviços públicos de saneamento, há necessidade de edição de lei autorizativa estadual com vistas a autorizar a concessão dos serviços públicos de água e esgoto pelo ERJ a operadores privados?

Em resposta ao quesito 1.5., o Parecer nº 03/2019 – GUB concluiu:

1. Não é necessária a edição de lei autorizativa estadual, ante o disposto no art. 2º da lei federal

nº 9.074/1995, que expressamente a dispensa nos casos de concessão do serviço de saneamento básico. Referida lei trata de normas gerais aplicáveis a todos os entes da Federação.

2. Há, todavia, Municípios da região metropolitana (destacados no anexo ao Parecer nº 03 /2019 – GUB) que exigem lei autorizativa para a concessão dos serviços de saneamento ou, de forma genérica, para todos os serviços públicos que vierem a ser concedidos, sendo recomendado, nessas hipóteses:

(i) se forem referentes à concessão dos serviços de saneamento básico:

(i. 1) a revogação de tais dispositivos pelas Câmaras Municipais; ou

(i.2) a emissão de parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República e com a legislação federal de regência;

(ii) se forem referentes à prestação de serviços públicos em geral, seja acrescentada ressalva quanto à concessão dos serviços de saneamento básico, em consonância com o art. 2º da Lei federal nº 9.074/1995.

1.7. As Leis Orgânicas de Maricá (art. 41), São Gonçalo (art. 16, XVI c/c art. 10, parágrafo único) Tanguá (art. 14, § 1º) e Rio de Janeiro (art. 22, § 1º) estabelecem que a sua participação na região metropolitana deverá ser precedida de autorização legislativa. Considerando esse contexto, é viável que tais municípios participem do Rio Metrôpole e exerçam seu direito de voto no Conselho Deliberativo sem a respectiva autorização legislativa municipal?

Em resposta ao quesito 1.7., o Parecer nº 03/2019 – GUB concluiu:

1. A criação de regiões metropolitanas não viola a autonomia municipal. A mesma Constituição que confere aos Municípios autonomia, prevê a possibilidade de criação de regiões metropolitanas por meio de lei complementar estadual, sem exigir para tanto a qualquer tipo de autorização legislativa dos Municípios envolvidos (art. 25 § 3º da Constituição da República).

2. Nesse cenário, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei complementar nº 184/2018, que instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, composta por 22 municípios, dentre os quais se incluem os Municípios de Maricá, São Gonçalo, Tanguá e Rio de Janeiro (art. 1º). A referida lei instituidora assegurou a todos eles direito de participação e de voto no Conselho Deliberativo.

3. É, portanto, possível que tais Municípios participem do Rio Metrôpole e exerçam seu direito de voto no Conselho Deliberativo, sendo vedada a exigência autorização legislativa municipal. Os dispositivos que condicionam a participação de tais Municípios na região metropolitana à lei autorizativa municipal não se mostram compatíveis com uma interpretação sistemática da Constituição da República.

1.8. As leis Orgânicas de alguns municípios vedam a concessão dos serviços de saneamento básico para a iniciativa privada ou estabelecem restrições relevantes. Considerando esse contexto, indaga-se: caso tais municípios estejam inseridos no Rio Metrôpole, é viável que eles participem das deliberações do Conselho Deliberativo do Rio Metrôpole com direito à voto?

Em resposta ao quesito 1.8., o Parecer nº 03/2019 – GUB concluiu:

1. É viável a participação desses Municípios nas deliberações do Conselho Deliberativo da RM, considerando a Lei complementar que a instituiu e a decisão do STF quanto à integração compulsória dos municípios integrantes.

2. Será competente a Região Metropolitana, por meio de seu Conselho Deliberativo, e não os Municípios dela integrantes, para dispor sobre a forma de prestação do serviço de saneamento, a qual

não se encontra mais circunscrita à esfera municipal.

3. Assim, diante da existência de dispositivos em Leis Orgânicas que vedam a concessão dos serviços de saneamento básico para a iniciativa privada ou que estabelecem restrições relevantes em alguns dos Municípios integrantes da Região Metropolitana, o parecer recomendou:

(i) se forem referentes à concessão dos serviços de saneamento básico:

(i.1.) a revogação de tais dispositivos pelas Câmaras Municipais; ou

(i.2.) a emissão de parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República e com a legislação federal de regência;

(ii) se forem referentes à prestação de serviços públicos em geral, seja acrescentada ressalva quanto à concessão dos serviços de saneamento básico, em consonância com o art. 2º da Lei federal nº 9.074/1995.

1.9. Se o ERJ proceder com a concessão regionalizada dos serviços, há incidência do art. 31, da Lei Estadual nº 2.831, de 13 de novembro de 1997 (lei estadual de concessões), no que tange à proibição implícita de subconcessão integral?

Em resposta ao quesito 1.9., o Parecer nº 03/2019 – GUB concluiu que:

1. A titularidade dos serviços de saneamento não será transferida ao Estado do Rio de Janeiro, mas à Região Metropolitana, o que significa que ele não pode conceder tais serviços, muito menos disciplinar a possibilidade ou não de subconcedê-los.

2. O Estado só pode subconceder os serviços dos quais é concessionário. Logo, entende-se que o disposto no artigo 31 da Lei estadual nº 2.831/1997, que disciplina a possibilidade de subconcessão no âmbito de concessões de serviços públicos realizadas pelo Estado do Rio de Janeiro, não incide sobre os serviços titularizados pela Região Metropolitana e pelos municípios não metropolitanos e, portanto, não se aplica no presente caso.

Em suma: não é necessária a edição de lei autorizativa estadual para possibilitar a concessão dos serviços de saneamento básico, uma vez que a Lei Nacional nº 9.074/1995 a dispensa (1.5). As leis de municípios metropolitanos que proíbem ou restringem a concessão do serviço público de saneamento básico (1.8) ou que condicionam a participação de municípios na RM à autorização legislativa (1.7) não se mostram compatíveis com a interpretação sistemática da CRFB. E a previsão de lei estadual disciplinando subconcessão não incide sobre serviços que não são titularizados pelo Estado do Rio de Janeiro, como é o caso do saneamento básico, a luz da jurisprudência do STF (1.9).

Registro, por fim, que, em acréscimo ao **Parecer nº 03/2019 – GUB**, entendo que deve se estender ao **quesito 1.7** a recomendação feita nos **quesitos 1.5 e 1.8**, no sentido de que as previsões de Leis Orgânicas que condicionam a participação de municípios na RM à autorização legislativa, para fins de segurança jurídica, devam ser objeto de:

(i. 1) revogação pelas respectivas Câmaras Municipais;

(i.2) parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República;

Meus acréscimos:

Entendo que tais recomendações devem se aplicar também ao quesito 1.7., tendo em vista que, a despeito de já existir vasta jurisprudência do STF declarando normas do gênero inconstitucionais, os dispositivos das leis orgânicas objeto da presente consulta não foram especificamente objeto de invalidação.

Adicionalmente, quanto solução apresentada no item (i.2) dos quesitos 1.5 e 1.8 (e também recomendada por mim para o quesito 1.7), recomendo que se verifique, em cada município com legislação contrária ao projeto, o itinerário para que sejam atribuídos efeitos vinculantes aos respectivos pareceres. Isto é: não basta que haja um parecer do Procurador Geral. É preciso que se lhe atribua efeitos vinculantes, o que só será possível na forma da legislação local.

Acrescento, por fim, que também seria interessante **se considerar o ajuizamento da devida ação de controle concentrado de constitucionalidade para impugnar os dispositivos das legislações municipais em análise**, a exemplo da propositura de Representação de Inconstitucionalidade pelo Governador do Estado ou pelo Procurador Geral do Estado, conforme previsto no art. 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

3) Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17. Terceiro grupo: pagamentos ao Estado do Rio de Janeiro e indenizações. Quesitos: 2.1 e 3.1:

2.1. Considerando a disciplina a ser estabelecida com base nas deliberações dos titulares dos serviços de água e esgoto e nos instrumentos de gestão associada a serem celebrados, o ERJ poderá figurar como beneficiário dos pagamentos de outorga a serem efetuados pelos adjudicatários dos contratos de concessão? E dos valores decorrentes da alienação do controle da CEDAE?

Em resposta ao quesito 2.1., o Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17 concluiu:

1. O ERJ poderá figurar como beneficiário dos valores decorrentes de alienação do controle acionário da CEDAE, tendo em vista ser o titular do direito de propriedade das ações, motivo pelo qual os referidos valores devem ser revertidos ao Estado;

2. O ERJ também pode figurar como beneficiário do pagamento das outorgas a serem feitas pelos adjudicatários dos contratos de concessão. Tal conclusão decorre: (i) de leitura adequada do princípio da indisponibilidade do interesse público – em que não há relação necessária entre indisponibilidade do interesse público e indisponibilidade de interesses patrimoniais –, (ii) de se buscar realizar o interesse público em concreto, sem se deixar levar por fantasmagorias abstratas, e (iii) de se reconhecer a tendência legislativa atual, em prol da consensualidade e dos acordos administrativos.

3. Concretamente, o recebimento de parcela dos recursos relativos às outorgas dependerá de acordo a ser celebrado entre o ERJ e os municípios, exigindo-se que tal acordo seja motivado e possua causa econômica.

3.1. A extinção dos contratos de programa vigentes entre a CEDAE e os municípios incluídos no projeto, com a consequente limitação de escopo incumbido a tal companhia, enseja o direito desta a perceber indenização pelos investimentos em ativos não completamente amortizados?

Em resposta ao quesito 3,1., o Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17 concluiu:

1. Por força da previsão do art. 36 da Lei nº 8.987/95, a CEDAE possui direito à indenização pelos investimentos não amortizados do serviço público de saneamento básico. Tal indenização se destina à compensação pela perda dos benefícios decorrentes da exploração, e que resultariam da continuação desta;

2. O documento do BNDES leva em consideração duas alternativas: (i) repassar o ônus das indenizações aos concessionários, com base no risco de inadimplência dos municípios; ou (ii) a CEDAE abrir mão das indenizações que lhe seriam devidas, a fim de evitar risco de circulação ineficiente de recursos, já que, se a CEDAE assim procedesse, poderia haver um aumento do valor a ser recebido pelas outorgas pagas pelos concessionários. Quanto à opção (ii), o BNDES partiu da

premissa de que o ERJ, na qualidade de acionista controlador da sociedade de economia mista, poderia abrir mão das indenizações para tomar a licitação das concessões mais atraente;

3. Quanto a tais afirmações, se mostra necessário identificar, de modo concreto e específico, quais são os valores devidos, por cada município, a título de indenização por investimentos realizados pela CEDAE. Em outras palavras, faz-se mister realizar levantamento dos investimentos, preferencialmente por auditoria independente ou por acordo entre as partes;

4. Depois, interessante que sejam realizadas negociações entre a CEDAE e os municípios, com vistas ao recebimento de recursos (o que pode incluir parcelamentos e descontos). Não se deve assumir, sem maiores detalhamentos e tentativas, que todos os municípios sejam incapazes de pagar as indenizações devidas à CEDAE e, ato seguinte, o Estado impor à sua controlada que abra mão de recursos;

5. Nos casos em que efetivamente as indenizações não sejam possíveis pela via negociada, sugeriu-se, em princípio, que o ônus de seu pagamento seja deslocado para as futuras concessionárias, uma vez que não há certeza de que as licitações refletirão o possível “desconto” a decorrer de se abrir mão das indenizações devidas à estatal estadual (sequer se há certeza de que as licitações terão êxito);

6. Além disso, a CEDAE e o ERJ são entes distintos, logo o ERJ não pode desconsiderar as regras de governança e interesses descoincidentes de sua controlada para forçar que ela abra mão de recursos próprios, ainda que futuros. Tal postura, inclusive, corre o risco de ser tomada como abuso do poder de controle, considerando que pode ir de encontro com interesses legítimos de seus empregados, fornecedores e demais acionistas.

Em suma: (2.1) O ERJ poderá figurar como beneficiário dos valores decorrentes de alienação do controle acionário da CEDAE, tendo em vista ser o titular do direito de propriedade das ações. O ERJ também pode figurar como beneficiário do pagamento das outorgas, com base em uma leitura adequada do princípio da indisponibilidade do interesse público. Para o ERJ receber as outorgas, deverá, a luz da consensualidade administrativa, celebrar acordo com os municípios, o que depende de motivação que demonstre a existência de causa econômica. (3.1) Por força da previsão do art. 36 da Lei 8987/95, a CEDAE possui direito à indenização pelos investimentos não amortizados do serviço público de saneamento básico. Nos casos em que efetivamente as indenizações não sejam alcançáveis pela via comercial, sugeriu-se, em princípio, que o ônus de seu pagamento seja deslocado para as concessionárias. Desaconselhou-se a hipótese de a CEDAE abrir mão dos valores devidos.

Um único acréscimo:

Quanto à resposta ao **quesito 3.1**, vale acrescentar que a própria Lei de Relicitação (Lei na 13.448/2017), mencionada no Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17, prevê, no seu art. 15, § 1º, I, a possibilidade de o novo concessionário ser o responsável pela indenização ao concessionário anterior. Confira-se:

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

§ 1º Também poderão constar do termo aditivo de que trata o caput deste artigo e do futuro contrato de parceria a ser celebrado pelo órgão ou pela entidade competente:

I – a previsão de que as indenizações apuradas nos termos do inciso VII do § 1º do art. 17 desta Lei serão pagas pelo novo contratado, nos termos e limites previstos no edital da relicitação;

4) Parecer nº 07/2019 – ASA. Quarto grupo: privatização da CEDAE *up stream* e suas implicações. Quesitos: 1.10 e 4.1:

1.10. Qual instrumento jurídico pode ser utilizado, considerando a base legal vigente para viabilizar a delegação de serviços *upstream* à CEDAE?

Em resposta ao quesito 1.10., o Parecer nº 07/2019 – ASA concluiu:

1. O instrumento jurídico adequado para viabilizar a delegação de serviços *upstream* à CEDAE varia conforme a ocorrência ou não de sua privatização;

2. Se não houver privatização, isto é, caso a Companhia continue com natureza de pessoa jurídica integrante da Administração Pública Indireta, o instrumento jurídico pertinente para viabilizar a delegação de serviços *upstream* à CEDAE é o contrato de programa, na forma do art. 13, § 5º da Lei nº 11.107/2005;

3. Já na hipótese de efetiva privatização da CEDAE *upstream*, ou seja, caso o Estado deixe de ter mais de 50% das ações com direito a voto, o instrumento jurídico adequado para viabilizar a delegação é o contrato de concessão, com licitação prévia na modalidade de concorrência, na forma do artigo 175 da CRFB, da Lei nº 8.987/1995, e com aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993;

4. Ressalta-se que, para formular esta resposta, o parecerista partiu da pressuposição de que as operações referentes à alienação das ações e à delegação dos serviços públicos seriam feitas concomitantemente, resguardando-se diante de situação distinta. Logo, caso o consulente pretenda realizar as referidas operações de forma não concomitante, sugeriu-se que se proceda nova consulta a esta Procuradoria.

Em resposta ao quesito 4.1., o Parecer nº 07/2019 – ASA concluiu:

1. Entendeu-se que a adoção de uma estrutura pulverizada de controle da concessão resta impossibilitada devido ao caráter de prestadora de serviços públicos da CEDAE. Por tal razão, a companhia deve se submeter aos critérios da Lei nº 8.987/1995, tais como a exigência de qualitativos técnicos (arts. 15, VII; 23, III; 29 VII e X; 38, § 1º) e a requisição de prévia anuência do Poder Concedente para realização da transferência do controle da concessionária, sob pena de caducidade da concessão (art. 27);

2. Assim, há uma *ratio legis* que privilegia a necessidade de qualitativos técnicos e a atuação do poder concedente quanto ao controle societário da concessionária, baseadas em uma matriz axiológica que consagra os princípios da continuidade do serviço público e da eficiência;

3. Em última análise, a verificação quanto ao cumprimento destes requisitos legais quedaria prejudicada diante da ausência de um controle definido ou de ampla fluidez dele. Desse modo, se tomaria inviável a proposta apresentada na consulta, que alvitra uma estrutura pulverizada de controle quando da concessão;

4. Ademais, cumpre ressaltar que, para além das respostas aos quesitos, o parecer em questão ainda recomendou o seguinte:

(i) Independentemente do modelo escolhido para viabilizar a delegação dos serviços e/ou a alienação das ações da CEDAE *upstream*, deve-se realizar uma análise econômico-mercadológica prévia, quanto à pertinência da manutenção do controle acionário e quanto ao momento mais adequado para a venda dos serviços;

(ii) É fundamental para a segurança jurídica e para a otimização das licitações dos serviços que os critérios de fixação do preço da água sejam balizados de forma contundente e prévia, bem como seus respectivos reflexos, de forma exata, visto que a água é o insumo mais relevante para a atividade de saneamento básico *upstream*;

Em suma: (1.10) para avaliar qual o instrumento jurídico adequado à delegação de serviços

upstream à CEDAE deve-se levar em conta a ocorrência ou não de sua privatização. Caso a CEDAE permaneça como pessoa jurídica integrante da Administração Pública Indireta, o instrumento jurídico adequado à delegação de serviços é o contrato de programa. Por outro lado, caso se efetive sua privatização, é o contrato de concessão, precedido por licitação na modalidade concorrência. (4.1) Além disso, entende-se pela impossibilidade de alienação por meio de pulverização de ações da CEDAE, devido a seu caráter de prestadora de serviços públicos.

Não tenho acréscimos ao parecer nº 07/2019 – ASA.

À PG-2, para superior consideração.

Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2019.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17)

VISTO

P.A. nº E-14/001/053834/2019

Visto. Aprovo os Pareceres nº 09/2019 ARCY/PG-17, 03/2019 GUB, 07/2019, JVSM/PG-17 e 07/2019 ASA/PG-17, da lavra, respectivamente, dos Procuradores do Estado **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO, GUSTAVO BINENBOJM, JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA** e **ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO**, com os acréscimos sugeridos no Visto nº 11 /19 da lavra do Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17) **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO** (fls. 202/213).

Os opinamentos examinaram consulta formulada pelo Diretor Presidente da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro – CEDAE indagando acerca da viabilidade jurídica do Projeto de Desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela CEDAE, a fim de dar cumprimento ao Plano de Recuperação Fiscal acordado entre o Estado do Rio de Janeiro e a União Federal, com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDS tendo sido o responsável pelo modelagem do projeto.

Os pareceres examinaram **quatro blocos de complexas questões jurídicas**, a saber: (i) a competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro na formatação institucional do modelo; (ii) a questão federativa em face das leis locais e da legislação estadual; (iii) os pagamentos devidos ao Estado do Rio de Janeiro e as indenizações; (iv) a privatização da CEDAE *upstream* e suas implicações.

Importante referir que **as conclusões dos Pareceres 03/2019 GUB, 07/2019 JVSM/PG-17 e 07/2019 ASA/PG-17 foram compendiadas no Visto nº 11/19 – PGE/PG-17 da lavra do Procurador Chefe da Procuradoria Administrativa (fls. 202/213).**

Em relação ao **Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17**, os quesitos foram, igualmente, respondidos de forma bastante objetiva, com as suas conclusões sendo integralmente aprovadas no presente Visto.

À CEDAE, em devolução.

Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2019.

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES
Subprocurador-Geral do Estado

Lei Complementar estadual nº 184/2018. Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro. Implicações da Implementação da lei. Contratos de concessão metropolitanos. Art. 10, *caput* c/c art. 11, § 2º. Assinatura pelo Governador do Estado na qualidade de Presidente do Conselho Deliberativo após aprovação, em votação, pelo referido Conselho. Situação dos municípios metropolitanos de Petrópolis, Niterói e Guapimirim. Art. 5, XXXVI, da CRFB c/c Art. 6, § 1º da LINDB c/c Art. 27, da LCE 184/2018. Segurança jurídica. Ato jurídico perfeito. Incorporação dos serviços pelas concessionárias metropolitanas a partir do termo final dos respectivos contratos em curso. Considerações.

Ao Ilmo. Subprocurador Geral do Estado,

Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves,

1. Relatório e consulta

Trata-se de solicitação, por parte do limo. Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves, de análise acerca de alguns desdobramentos da instituição da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ), conforme a Lei Complementar estadual nº 184/2018. Especificamente, indaga-se sobre impactos da implementação dos serviços de saneamento básico de titularidade da RMRJ em face dos contratos de concessão em curso celebrados pelos municípios metropolitanos de Petrópolis, Niterói e Guapimirim. Como se sabe, a luz da jurisprudência do STF, tais municípios metropolitanos não detêm mais a titularidade do serviço público de saneamento básico. Logo, questiona-se o que ocorrerá com os contratos de concessão de saneamento já em vigor¹.

Conforme relatado na Promoção nº 02/2019 – PGE/PG-17/ARCY (*cf.* PA E-14/001.053834/2019), tais municípios foram deixados de fora do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto elaborado pelo BNDES, uma vez que já possuem contratos de concessão em curso com outras concessionárias privadas que não a CEDAE.

Por outro lado, o STF, no julgamento da ADI nº 1.842/RJ², fixou entendimento no sentido de que a titularidade do serviço de saneamento básico (em princípio municipal) será da Região Metropolitana uma vez que instituída por lei complementar estadual. Como a adesão dos municípios à

¹ Observe-se que não tive acesso aos referidos contratos. De todo modo, parto da premissa de que se trata, basicamente, de serviços *downstream* de saneamento básico. O parecer partirá de tal lógica. Nada obstante, *mutatis mutandis*, aplicam-se aos serviços *upstream* as mesmas conclusões, se for o caso.

² Conforme consta do Acórdão: “O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. (...) 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 (...). (...) Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado”. (grifou-se) ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

Região Metropolitana é compulsória, com a sua instituição, a titularidade dos serviços deixa de ser dos municípios metropolitanos e passa a ser da Região Metropolitana, *i.e.*, o colegiado de Estado e municípios.

Daí surge o questionamento sobre os efeitos do advento da RMRJ sobre os contratos de concessão em curso celebrados pelos referidos municípios metropolitanos. Deve-se aguardar o termo final dos contratos vigentes ou incluí-los em novos contratos? Indaga-se também se a futura absorção dos serviços prestados nos municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim deveria estar prevista nos contratos a serem celebrados com as concessionárias metropolitanas, dado o impacto que teria no valor da outorga.

Nesse diapasão, questiona-se qual o instrumento adequado para regular a situação e quais pessoas devem figurar como seus signatários. Também foi solicitada a apreciação de outros aspectos relevantes envolvidos no exame da questão que fossem, por mim, vislumbrados.

Outro questionamento suscitado - o qual examinarei primeiro por ser menos complexo – é se cada município metropolitano precisa assinar os contratos de concessão dos serviços metropolitanos ou se já estariam bastante representados pela própria Região Metropolitana.

Especificamente, formularam-se os seguintes quesitos:

1. Que procedimento deve ser adotado em relação às concessões já celebradas pelos Municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, que já haviam licitado as suas respectivas concessões antes da implementação a Região Metropolitana?
2. Os contratos de concessão a serem celebrados pela região metropolitana, envolvendo serviços municipais, deverão ser assinados, indubitavelmente, pelas concessionárias, pelo Estado e pela Região Metropolitana? Os municípios têm de figurar como seus signatários ou já estão bastante representados?

É o relatório.

2. A competência para assinatura dos contratos metropolitanos

A competência para a celebração dos contratos celebrados em nome da Região Metropolitana do Rio de Janeiro é do Presidente de seu Conselho Deliberativo, nos termos do art. 10, *caput* c/c art. 11, §2º, da LC Estadual nº 184/2018³. Assim, não há necessidade de que os municípios metropolitanos figurem como partes signatárias do contrato, porque já se encontram bastante representados na figura do Presidente.

De acordo com a lei, o Presidente do Conselho Deliberativo é o Governador do Estado do Rio de Janeiro. Contudo, o Governador, em princípio, não assina em nome do Estado, e sim na qualidade de Presidente do CDRM, o que significa também que só poderá assinar os contratos em nome da RMRJ

³ Art. 10 A Região Metropolitana do Rio de Janeiro adotará suas deliberações por meio do **Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, formado pelo Governador do Estado, que o presidirá**, pelos Prefeitos dos municípios que integram a Região Metropolitana e por três segmentos da sociedade civil, indicados pelo Conselho Consultivo, todos com direito a voto (...).

Art. 11 § 2º **Compete ao Presidente do Conselho Deliberativo assinar, após a aprovação do referido colegiado, os contratos de concessão** que sejam de responsabilidade da Região Metropolitana. (destacou-se)

após a aprovação em votação pelos demais membros do CDRM, consoante procedimento previsto na LC 184 e no regimento interno do Conselho.

A esse respeito, relevante ressaltar que, no dia 12/02/2020, foi aprovada pelo CDRM, a Resolução nº OS/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (pendente de publicação no DOERJ), cujo art. 7º autoriza o “Estado do Rio de Janeiro a celebrar contratos para delegação da prestação dos serviços de água e esgoto nas áreas urbanas dos municípios descritos no Anexo I da Resolução”.

Vale lembrar que tal delegação de competência ao Estado do Rio de Janeiro é uma solução possível, embora possua riscos jurídicos (v. Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17). Diante desse cenário, o Governador não assinará os contratos enquanto Presidente do CDRM, mas como Chefe do Poder Executivo do Estado.

3. A manutenção dos contratos de concessão em curso celebrados pelos municípios metropolitanos de Petrópolis, Niterói e Guapimirim

Parece-me que os contratos de concessão em curso celebrados pelos municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim devem ser mantidos até o advento de seus respectivos termos finais ou de outra causa extintiva. A razão para isso é simples: trata-se de atos jurídicos perfeitos protegidos pelo artigo 5º, XXXVI, da CRFB⁴, que constitui cláusula pétrea. O ato jurídico perfeito é o ato consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (*cf.* art. 6, § 1º, da LINDB⁵). Entende-se por ato consumado aquele que já começou a produzir os seus efeitos antes do advento de alteração normativa ou jurisprudencial⁶. No caso em exame, os contratos de concessão celebrados pelos municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, têm-se atos consumados, porque celebrados antes do advento da LC 184/2018, a qual repassou o poder concedente que, até então, era dos municípios para a Região Metropolitana.

Assim, merece interpretação cuidadosa o dispositivo do Acórdão da ADI nº 1.842/RJ⁷ que modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma série de disposições da LC nº 87/1997 (a antecessora da LC nº 184/2018) “*pelo prazo de 24 meses, a contar da data de conclusão do julgamento*”. Uma leitura apressada poderia levar à interpretação equivocada no sentido de que os contratos em curso celebrados pelos municípios metropolitanos teriam sido atingidos por essa modulação, o que não ocorreu.

Em primeiro lugar, os contratos em curso celebrados pelos municípios metropolitanos não foram atingidos pela modulação de efeitos da ADI nº 1.842/RJ, porque o dispositivo da referida ADI não se aplica a eles, e sim aos contratos de concessão celebrados pelo ERJ, em nome da antiga Região Metropolitana, com base na lei complementar declarada inconstitucional. O STF entendeu, na ocasião,

⁴ Art. 5º 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. (*destacou-se*)

⁵ **Art. 6º 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. (*destacou-se*)

⁶ “Seja como for, nos termos em que é formulada na Constituição Federal e na Lei de Introdução ao Código Civil, a proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido refere-se com igual força aos *facta praeterita* e aos *facta pendentia*. Nos termos do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, ‘a lei em vigor tem efeito imediato e geral, respeitado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada’. Em outras palavras, não é possível a eficácia imediata de lei nova, quando contrarie o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, de modo que, no tocante às situações jurídicas surgidas sob o domínio da lei anterior não pode ser aplicada aos fatos que devam ocorrer em sua vigência, quando essa aplicação for inconciliável com a proteção constitucional”. ADIn nº 493 -DF, Rel. Min. Moreira Alves., Plenário, j. 25/06/1992, DJU 04/09/1992, pp. 296-297.

⁷ ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

que, em nenhuma circunstância, o Estado possui o poder concedente do serviço, nem mesmo com a instituição de uma região metropolitana⁸. Superou-se, assim, o entendimento pretérito de que, na hipótese de criação de uma região metropolitana por lei complementar estadual, o serviço público de saneamento básico passaria a ser titularizado pelo Estado que a instituiu⁹.

Assim, com a declaração de inconstitucionalidade do modelo de 2013, o poder concedente foi retomado pelos municípios que a integravam. Logo, os contratos por eles celebrados são válidos a luz da ADI nº 1.842/RJ. Ademais, a Suprema Corte na ocasião da modulação de efeitos da AD nº 1.842/RJ previu apenas um prazo para instalação de uma nova região metropolitana, mas não se manifestou sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre os contratos de concessão em curso, o que se espera que venha a ser definido em decisão futura. Por ora, estão pendentes de julgamento embargos de declaração¹⁰ visando sanar, dentre outras, a omissão, de modo que a AD! ainda não transitou em julgado. Logo, nem mesmo os contratos em curso celebrados pelo Estado estão, em princípio, abrangidos pela modulação de efeitos prevista no Acórdão da ADI nº 1.842/RJ.

De qualquer forma, o art. 24 da LINDB¹¹ veda que situações plenamente constituídas (no caso, os contratos em curso) sejam invalidadas com base em alteração de orientação geral pelo STF. Logo, ainda que se considerasse que os contratos de concessão dos municípios metropolitanos estariam abarcados pela modulação de efeitos da ADI, sua continuidade está protegida pelo ordenamento jurídico. Não só pela LINDB, mas pela Constituição (em cláusula pétrea).

Em linha com a CRFB e com a LINDB, o art. 27 da LC Estadual nº 184/2018¹² vai além e prevê a possibilidade de o CDRM decidir pela manutenção de contratos de concessão celebrados pelos municípios metropolitanos mesmo após o advento da LC e a instalação do CDRM.

Cumpra observar que, a despeito de a redação do dispositivo dar a entender que o prazo máximo para a manutenção dos contratos vigentes celebrados pelos municípios metropolitanos seja de 4 anos a contar da entrada em vigor da lei, uma leitura mais atenta (e conforme à Constituição) da parte [mal do

⁸ “O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. (...) O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado”. AO! 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

⁹ Conforme sustentava Luís Roberto Barroso, em período pretérito ao julgamento da AO! nº 1.842/RI: “A noção de predominância de um interesse sobre os demais implica a ideia de um conceito dinâmico. Isto é: determinada atividade considerada hoje de interesse predominantemente local, com a passagem do tempo e a evolução dos fenômenos sociais, poderá perder tal natureza, passando para a esfera de predominância regional e até mesmo federal. Uma série de fatores pode causar essa alteração: desde a formação de novos conglomerados urbanos, que acabam fundindo municípios limítrofes, até a necessidade técnica de uma ação integrada de vários municípios, para a realização do melhor interesse público. (...) Pode-se concluir, assim, que a competência estadual para os serviços de interesse comum, particularmente no âmbito das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, decorre de uma imposição do interesse público, no que diz respeito à eficiência e qualidade do serviço prestado e, muitas vezes, até mesmo à sua própria possibilidade. (...) [Assim] a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões por uma lei complementar estadual, com a conseqüente assunção, pelo Estado, das competências para os serviços comuns, não representa restrição indevida da autonomia municipal”. BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios, *Revista de Informação Legislativa*, p. 255-270, Brasília, ano 38, n. 153, jan./mar. 2002, pp. 261-263.

¹⁰ Os Embargos de Declaração no bojo da AO! nOI.842/RJ podem ser acessados no PJe. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consuharorocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1714588>>. Acesso em: 18/02/2020.

¹¹ Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo **vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.** (*destacou-se*)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

¹² **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.** (*destacou-se*)

dispositivo (“*observados (...) o ato administrativo perfeito (...), nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República*”), indica que tal prazo pode ser superado no caso dos contratos celebrados antes do advento da LC nº 184/2018. Em outras palavras, o limite temporal de 4 anos para a duração dos contratos dos municípios metropolitanos mediante autorização do CDRM restringe-se aos contratos (ou termos aditivos de prorrogação de prazo) celebrados após a reinauguração da RMRJ pela LC 184, já que os celebrados anteriormente encontram-se protegidos pela cláusula pética do ato jurídico perfeito até o advento de seus respectivos termos [mais, independentemente de autorização do Conselho.

Naturalmente, a vigência dos contratos em curso está protegida somente até o advento do termo final dos referidos contratos ou de outra causa extintiva, ocasião em que os serviços deverão se submeter plenamente ao regime metropolitano. Penso, ainda, que a partir da data de entrada em vigor da LC nº 184/2018, é vedado aos municípios metropolitanos a prorrogação dos referidos contratos municipais a qualquer título, tendo em vista que tais entes federativos não possuem mais o poder concedente do serviço. Essa vedação vale, inclusive, para as prorrogações com fim de reequilíbrio da equação econômico-financeira. Até mesmo porque, há outras formas possíveis de reequilibrar contratos, sem a necessidade de dilação do prazo¹³.

E o que acontece quando os contratos de Guapimirim, Niterói e Petrópolis chegarem a termo? Como os Municípios não são mais titulares, e como inexiste ato jurídico perfeito a preservar, a RM deverá garantir a prestação do serviço. Isso poderá ser feito quer por meio de nova licitação e concessão metropolitana apenas para tais municípios, quer por meio da absorção da prestação do serviço pelas concessionárias metropolitanas existentes. Se for seguido o segundo caminho, será necessário prever tal absorção nos editais e contratos de concessão a serem celebrados pela RM. Isto é: deverá ser possível precificar, no momento da licitação, a futura assunção da atividade, pelo prazo ainda pendente do contrato de concessão metropolitano. Isso evitará discussões sobre equilíbrio financeiro, como também facilitará a gestão dos contratos.

Ademais, parece-me que a responsabilidade pela indenização de eventuais investimentos não amortizados das concessões municipais quando da extinção dos contratos será da RMRJ, e não dos municípios contratantes, já que os bens afetados ao serviço público não reverterão aos municípios, e sim ao novo titular do saneamento, a RMRJ, que passará a utilizá-los na prestação do serviço¹⁴.

De qualquer modo, o ideal é que a destinação dos bens reversíveis e a responsabilidade pelo pagamento de eventual indenização devida à concessionária municipal sejam objeto de acordo envolvendo os municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, e a RMRJ (presentada pelo Presidente do CDRM - **v. Tópico II**). O acordo poderia detalhar os bens e especificar responsabilidades.

Uma das opções a serem levadas em consideração, a depender de análise técnico-econômica de sua vantajosidade, seria a de repassar às concessionárias metropolitanas o ônus financeiro do pagamento de eventual indenização pelos bens reversíveis dos contratos de concessão celebrados por

¹³ Basicamente, as quatro formas alternativas de recomposição da equação econômico-financeira, além da prorrogação do prazo contratual, são (i) o aumento das contraprestações cobradas dos usuários; (ii) a diminuição dos investimentos a cargo do particular; (iii) a diminuição dos encargos financeiros do contratado (notadamente dos valores recolhidos em favor da Administração a título de outorga fixa ou variável ou mediante subsídio pelo Poder Público do valor da tarifa cobrada dos usuários); e (iv) a indenização do particular com recursos públicos. Cf: SCHWIND, Rafael Wallbach. *Prorrogação dos Contratos de Arrendamento Portuário*. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal. arrendamento e autorização, arbitragem*. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 494-518, p. 512.

¹⁴ Conforme bem explica o Parecer nº 0712019 JVS/M/PG-17, o qual tratou das consequências jurídicas do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto, elaborado pelo BNDES no tocante às indenizações **relativas a bens reversíveis: “A expressão ‘reversão de bens’ e ‘reversibilidade’ levam à falsa percepção de que os bens objeto do fenômeno pertençam ao titular do serviço, e que estejam, no curso da prestação, cedidos à concessionária. Em verdade, a reversão, ao final da concessão, é sempre do serviço público – é como se a prestação retomassem a seu titular –, e para que não haja interrupção (o que é crítico na retórica dos; serviços públicos à francesa, e que é, em boa parte a nossa), o retorno da capacidade jurídico-normativa da prestação do serviço se faz junto aos bens tecnicamente necessários à sua manutenção”** (fls. 3, §3º - destacou-se).

Petrópolis, Niterói e Guapimirim, a luz do art. 15, § 1º, I, da Lei nº 13.448/2017¹⁵ Para isso, seria necessária previsão no edital e nos contratos de concessão metropolitanas.

Por fim, um registro. No Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 (*cf.* PA E- 14/001.053834/2019), manifestei-me no sentido de que os Convênios de Cooperação a serem celebrados entre ERJ, AGENERSA e a RMRJ para delegação de competências administrativas relativas ao serviço de saneamento básico deveriam conter previsão ressaltando os municípios que não estariam vinculados aos seus termos (*i. e.* Petrópolis, Niterói e Guapimirim) por não fazerem parte da referida delegação de competências, uma vez que manteriam os respectivos contratos de concessão com outros operadores¹⁶.

Todavia, na ocasião, não foi tomado em consideração o cenário de incorporação superveniente dos serviços de tais municípios pelas concessionárias metropolitanas na ocasião da extinção dos respectivos contratos de concessão, seja pelo advento do termo final ou outra causa extintiva. Assim, entendo que a orientação anterior merece um adendo.

Diferentemente do que recomendei à época, os Convênios de Cooperação não devem pura e simplesmente ressaltar os municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim da vinculação aos seus termos. Deve-se, na verdade, estabelecer uma condição suspensiva, de modo a que viessem a se vincular apenas por ocasião da extinção dos contratos de concessão municipais vigentes.

Indo além: para fins de segurança jurídica, não só o edital e os contratos a serem celebrados com as concessionárias dos serviços metropolitanos devem conter previsão regulamentando a futura incorporação dos serviços dos municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim pela RMRJ, como também todos os demais negócios jurídicos coligados que eventualmente possam ser impactados (*e.g.* contratos de interdependência a serem celebrados entre a CEDAE *upstream* e as concessionárias *downstream* e os Convênios de Cooperação entre os titulares do serviço e o ERJ e AGENERSA).

Por fim, seria positivo que o CDRM editasse regulamento para dispor sobre a situação dos referidos municípios, o que traria segurança jurídica, tal como indica o art. 30 da LINDB¹⁷.

4. Conclusão

Ante o exposto, é possível sintetizar as respostas apresentadas ao longo do parecer da seguinte forma:

1. Que procedimento deve ser adotado em relação às concessões já celebradas pelos Municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, que

¹⁵ Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

§ 10 Também poderão constar do termo aditivo de que trata o caput deste artigo e do futuro contrato de parceria a ser celebrado pelo órgão ou pela entidade competente:

I - a previsão de que as indenizações apuradas nos termos do inciso VII do § 1º do art. 17 desta Lei serão pagas pelo novo contratado, nos termos e limites previstos no edital da relicitação;

¹⁶ Nos termos do Parecer: “Por fim, recorde-se que nem todos os municípios metropolitanos delegariam as competências relativas aos serviços de saneamento básico ao Estado do Rio de Janeiro. Conforme preconizado no projeto de desestatização sob análise, os municípios metropolitanos que atualmente já não são atendidos pela CEDAE (**Niterói, Guapimirim e Petrópolis**), mesmo após a celebração do Convênio de Cooperação, manteriam os respectivos contratos de concessão com outros operadores, não sendo abrangidos pela delegação de competências proposta no projeto. Assim, (iii) **importante que haja previsão no referido instrumento indicando quais municípios metropolitanos fariam parte da delegação de competências relativas aos serviços de saneamento básico ao Estado do Rio de Janeiro, ressaltando os demais municípios que não se vinculariam aos termos do Convênio de Cooperação**”. (fls. 15, §2 – *destacou-se*)

¹⁷ Art. 30. **As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.**

já haviam licitado as suas respectivas concessões antes da implementação a Região Metropolitana?

Os contratos de concessão em curso celebrados pelos municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim devem ser mantidos até os seus respectivos termos (termos finais ou outra causa extintiva), por se tratar de atos jurídicos perfeitos protegidos pelo artigo 5º, XXXVI, da CRFB e art. 6, §1º, da LINDB e art. 27 da LCE nº 184/2018.

Naturalmente, com o desfazimento dos referidos contratos os serviços deverão se submeter plenamente ao regime metropolitano. Penso, ainda, que a partir da data de entrada em vigor da LC nº 184/2018, é vedado aos municípios metropolitanos a prorrogação dos referidos contratos municipais a qualquer título, tendo em vista que os municípios metropolitanos não possuem mais o poder concedente do serviço.

Assim, no advento da extinção dos contratos vigentes dos municípios de Guapimirim, Niterói e Petrópolis, a RM deverá garantir a prestação do serviço, seja mediante nova licitação e concessão metropolitana apenas para tais municípios, seja mediante a absorção da prestação do serviço pelas concessionárias metropolitanas existentes.

Se for seguido o segundo caminho, será necessário prever tal absorção nos editais e contratos de concessão a serem celebrados pela RM. Isto é: deverá ser possível precificar, no momento da licitação, a futura assunção da atividade, pelo prazo ainda pendente do contrato de concessão metropolitano. Isso evitará discussões sobre equilíbrio financeiro, como também facilitará a gestão dos contratos.

Ademais, parece-me que a responsabilidade pela indenização de eventuais investimentos não amortizados das concessões municipais quando da extinção dos contratos será da RMRJ, e não dos municípios contratantes, já que os bens afetados ao serviço público não reverterão aos municípios, e sim ao novo titular do saneamento, a RMRJ, que passará a utilizá-los na prestação do serviço.

De qualquer modo, o ideal é que a destinação dos bens reversíveis e a responsabilidade pelo pagamento de eventual indenização devida à concessionária municipal sejam objeto de acordo entre os envolvidos. O acordo poderia detalhar os bens e especificar responsabilidades.

Uma das opções a serem levadas em consideração, a depender de análise técnico-econômica de sua vantajosidade, seria a de repassar às concessionárias metropolitanas o ônus financeiro do pagamento de eventual indenização pelos bens reversíveis dos contratos de concessão celebrados por Petrópolis, Niterói e Guapimirim, a luz do art. 15, § I o, I, da Lei nº 13.448/2017. Para isso, seria necessária previsão no edital e nos contratos de concessão metropolitanas.

Por fim, em complemento ao que recomendei no Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 (*cf.* PA E-14/001.053834/2019), os Convênios de Cooperação a serem celebrados entre a RMRJ e o Estado do Rio de Janeiro e a AGENERSA não devem pura e simplesmente ressaltar os municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim da vinculação aos seus termos. Deve-se, na verdade, estabelecer uma condição suspensiva, de modo a que viessem a se vincular apenas por ocasião da extinção dos contratos de concessão municipais vigentes.

Indo além: para fins de segurança jurídica, não só o edital e os contratos a serem celebrados com as concessionárias dos serviços metropolitanos devem conter previsão regulamentando a futura incorporação dos serviços dos municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim pela RMRJ, como também todos os demais negócios jurídicos coligados que eventualmente possam ser impactados (e.g. contratos de interdependência a serem celebrados entre a CEDAE *upstream* e as concessionárias *downstream* e os Convênios de Cooperação entre os titulares do serviço e o ERJ e AGENERSA). Seria interessante considerar, para fins de segurança jurídica, a edição de um regulamento do CDRM para tratar dessa questão.

2. Os contratos de concessão a serem celebrados pela região metropolitana, envolvendo serviços municipais, deverão ser assinados, indubitavelmente, pelas concessionárias, pelo Estado e pela Região Metropolitana? Os municípios têm de figurar como seus signatários ou já estão bastante representados?

A competência para a assinatura dos contratos celebrados em nome da Região Metropolitana do Rio de Janeiro é do Presidente de seu Conselho Deliberativo, nos termos do art. 10, *caput* c/c art. 11, §2º, da LC Estadual nº 184/2018. Assim, não há necessidade de que os municípios metropolitanos figurem como partes signatárias do contrato, porque já se encontram bastante representados na figura do Presidente (*i. e.* Governador do Estado), o qual só poderá assinar os contratos em nome da RMRJ após a aprovação em votação pelos demais membros do CDRM, consoante procedimento previsto na LC 184 e no regimento interno do Conselho.

A delegação pela RMRJ da competência para celebração dos contratos de concessão dos serviços de saneamento básico ao Estado do Rio de Janeiro, autorizada pelo art. 7º da Resolução nº 05/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, é uma solução possível, embora possua riscos jurídicos (v. Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17). Diante desse cenário, em face do referido art. 7º, o Governador não assinará os contratos enquanto Presidente do CDRM, mas como Chefe do Poder Executivo do Estado.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 28 de fevereiro de 2020.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17)

VISTO

P.A. nº E-10/001/003765/2020

Visto. **Aprovo** o Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17, da lavra do Procurador do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17) **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO** que examinou consulta acerca de alguns desdobramentos da constituição da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, conforme a Lei Complementar Estadual nº 184 de 2018.

Concluiu o parecerista que os contratos de concessão em curso celebrados pelo Municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim **devem ser mantidos até seus respectivos termos** (termos finais ou outra causa extintiva), por se tratarem de **atos jurídico perfeitos** protegidos pela cláusula petrificada do artigo 5º, inciso XXXVI, da CRFB e artigo 6º, parágrafo 1º, da LINDB e artigo 27 da LCE nº 184/2018.

A partir desta conclusão, o Parecerista examina os prováveis desdobramentos decorrentes, a seguir sintetizados em razão de sua importância:

- (i) *Naturalmente, com o desfazimento dos referidos contratos os serviços deverão se submeter plenamente ao regime metropolitano;*
- (ii) *A partir da data de entrada em vigor da LC nº 184/2018, é vedado aos Municípios Metropolitanos a prorrogação dos referidos contratos municipais a qualquer título, tendo em vista que os Municípios Metropolitanos não possuem mais o poder concedente do serviço;*
- (iii) *No advento da extinção dos contratos vigentes dos Municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, a Região Metropolitana deverá garantir a prestação do serviço, seja mediante: (a) nova licitação e concessão metropolitana apenas para tais Municípios, ou (b) absorção da prestação do serviço pelas concessionárias metropolitanas existentes;*
- (iv) *No caso de adoção do item (b) supracitado, será necessário prever tal absorção nos editais e contratos de concessão a serem celebrados pela Região Metropolitana. Isto é: deverá ser possível precificar, no momento da licitação, a futura assunção da atividade, pelo prazo ainda pendente do contrato de concessão metropolitano, evitando futuras discussões acerca do equilíbrio econômico financeiro, além de facilitar a gestão dos contratos;*
- (v) *Será da Região Metropolitana a responsabilidade pela indenização de eventuais investimentos não amortizados das concessões municipais quando da extinção dos contratos, já que os bens afetados ao serviço público não reverterão aos Municípios, e sim ao novo titular do saneamento, a Região Metropolitana, que passará a utilizá-los na prestação do serviço;*
- (vi) *Ideal que a destinação dos bens reversíveis e a responsabilidade pelo pagamento de eventual indenização devida à concessionária Municipal sejam objeto de acordo entre os envolvidos. O acordo poderia detalhar os bens e especificar responsabilidades;*
- (vii) *Uma das opções a serem levadas em consideração, a depender de análise técnico-econômica de sua vantajosidade, seria a de repassar às concessionárias metropolitanas o ônus financeiro do pagamento de eventual indenização pelos bens reversíveis dos contratos de concessão celebrados pelos municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, a luz do artigo 15, parágrafo 1º - inciso L da Lei nº 13.448/2017. Para isso, seria necessária previsão no edital e nos contratos de concessão metropolitanas;*

- (viii) *Em complemento a recomendação exarada no Parecer nº 09/2019 ARCY/PG- 17 (cf: PA E-14/001.053834/2019), os Convênios de Cooperação a serem celebrados entre a Região Metropolitana e o Estado do Rio de Janeiro e a AGERNERSA não devem pura e simplesmente ressaltar os Municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim da vinculação aos seus termos. Deve-se, na verdade, estabelecer uma condição suspensiva, de modo a que viessem a se vincular apenas por ocasião da extinção dos contratos de concessão municipais vigentes;*
- (ix) *Para fins de segurança jurídica, não só O edital e os contratos a serem celebrados com as concessionárias dos serviços metropolitanos devem conter previsão regulamentando a fatura incorporação dos serviços dos Municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim pela Região Metropolitana, como também todos os demais negócios jurídicos coligados que eventualmente possam ser impactados (e.g. contratos de interdependência a serem celebrados entre a CEDAE upstream e as concessionárias downstream e os Convênios de Cooperação entre os titulares do serviço e o Estado do Rio de Janeiro e AGERNESA). Seria interessante considerar, para fins de segurança jurídica, a edição de um regulamento do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana para tratar dessa questão;*

Em relação ao segundo questionamento, o Parecerista concluiu que **a competência para assinatura dos contratos celebrados em nome da Região Metropolitana do Rio de Janeiro é do Presidente de seu Conselho Deliberativo**, nos termos do artigo 10, *caput* c/c artigo 11, parágrafo 2º, da Lei Complementar Estadual nº 184/2018.

O Presidente do Conselho Deliberativo é o Governador do Estado do Rio de Janeiro, que, contudo, não assina em nome do Estado, e sim na qualidade de Presidente do CDRM.

Não há necessidade que os Municípios Metropolitanos figurem como partes signatárias do contrato, porque já se encontram bastante representados na figura do Presidente (*i. e.* Governador do Estado), que somente poderá assinar os contratos em nome da Região Metropolitana após a aprovação em votação pelos demais membros do Conselho Deliberativo, consoante procedimento previsto na Lei Complementar nº 184/2018 e no regimento interno do Conselho deliberativo da Região Metropolitana.

A delegação de competência pela Região Metropolitana ao Estado do Rio de Janeiro, conforme autorizado pelo artigo 7º da Resolução nº 05/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, é uma solução possível, embora possua riscos jurídicos, como alertado por ocasião do Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17).

No caso de se optar pela delegação e conforme a exegese do referido artigo 7º, o Governador não assinaria os contratos enquanto Presidente do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, mas como Chefe do Poder Executivo Estadual.

À Secretaria de Estado da Casa Civil e Governança, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 17 de março de 2020.

SERGIO LUIZ BARBOSA NEVES
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

SEI-14000/11058793/2020

Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Gestão associada de serviços públicos (art. 241 da Constituição). Exame da viabilidade jurídica das minutas de Convênios de Cooperação, de Contratos de Gerenciamento e de Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes. Contratação direta da CEDAE e Lei nº 14.026/2020. Assunção de ônus financeiros pelo Estado do Rio de Janeiro e Regime de Recuperação Fiscal. Observância dos requisitos formais e dos precedentes da PGE-RJ. Considerações.

Senhor Procurador-Chefe,

1 – Relatório e Consulta.

O Ilmo. Procurador-Geral do Estado solicitou exame jurídico das minutas de instrumentos negociais elaboradas no âmbito do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, concebido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Especificamente, foram submetidas para a minha análise as minutas relativas à gestão associada dos serviços de saneamento básico, indicadas abaixo, os quais constituem o objeto do presente parecer, elaborado em atendimento ao art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993:

1. Convênio de Cooperação entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro;
2. Convênios de Cooperação entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro;
3. Contrato de Gerenciamento entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro;
4. Contratos de Gerenciamento entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro;
5. Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes entre CEDAE e municípios.

A presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos constantes das últimas versões das minutas indicadas acima que foram fornecidas via *e-mail* até a presente data, os quais foram inseridos ao presente processo administrativo (SEI-140001/058793/2020) por orientação minha. Não se levará em conta o conteúdo dos anexos dessas minutas por não terem sido encaminhadas para análise.

Ressalto, ainda, em cumprimento ao artigo 19, § 1º do Decreto Estadual nº 31.896/2002, que **deve ser instaurado processo administrativo para o exame das respectivas minutas, a ser instruído com:** (i) a minuta de cada negócio jurídico e seus anexos; (ii) a legislação citada; (iii) a exposição de motivos; (iv) as notas explicativas; (v) as **justificativas** e (vi) demais documentos necessários à edição das minutas. No caso específico das minutas de Convênios de Cooperação, o ali.

116, § 1º da Lei nº 8.666/93 exige que o processo seja instruído com os respectivos Planos de Trabalho.

Quanto às **justificativas**, é essencial que os processos administrativos sejam **instruídos com estudos e pareceres técnicos que embasem as escolhas do gestor público**, em especial no que diz respeito à contratação direta da CEDAE, à exclusão dos serviços de esgotamento sanitário do município metropolitano de Maricá da prestação regionalizada, à assunção de ônus financeiros dos titulares dos serviços pelo Estado do Rio de Janeiro e ao compartilhamento de receitas de outorgas fixa e variável com terceiros (*i.e* ERJ e municípios metropolitanos) que não os titulares dos serviços.

Antes de adentrar a análise, cumpre fazer algumas considerações preliminares (**Tópico 2**), além de uma contextualização dos aspectos jurídicos do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto, ante à necessidade de adaptação do projeto, no que diz respeito à contratação direta da CEDAE e da SANEMAR, em razão do advento da Lei nº 14.026/2020 (**Tópico 3**). Após, se seguirá ao exame jurídico das minutas elencadas neste relatório (**Tópico 4**). E, por fim, as recomendações feitas ao longo deste parecer serão sintetizadas na conclusão (**Tópico 5**).

2 – Observações Preliminares sobre a Atividade de Consultoria Jurídica da PG-17.

Conforme o art. 40-A do Regimento Tntel110 da PGE-RJ¹, compete a esta especializada a atividade de consultoria jurídica que envolva a elaboração de pareceres jurídicos em matérias de alta indagação atinentes ao Direito Administrativo e ao Direito Constitucional, bem como em outras matérias de especial relevância encaminhadas pelo Procurador-Geral do Estado.

A luz do art. 176 da Constituição Estadual² e do art. 2º da LCE nº 15/1980³, tal consultoria abrange - entre outras atribuições - a assessoria jurídica da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro no controle interno da legalidade de seus atos, o que inclui a recomendação de medidas jurídicas para aperfeiçoar a prática administrativa e proteger o interesse público.

As manifestações produzidas pela PG-17, 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 sustentação⁴. Isso porque “*o parecer jurídico não reflete o exercício de competência*”

¹ "Art. 40-A – À Procuradoria Administrativa compete a elaboração de pareceres em matérias de alta indagação atinentes ao Direito Administrativo e ao Direito Constitucional, desde que não afetas à competência das demais Procuradorias Especializadas, bem como em outras consultas que lhe sejam encaminhadas pelo Procurador Geral do Estado por sua especial relevância, respeitado, em todo caso, o art. 5º do Decreto n. 40.500, de 1º de janeiro de 2007" (*grifou.se*).

² Art. 176 – A representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, ressalvados o disposto 1105 artigos 121 e 133, parágrafo único, são exercidas pelos Procuradores do Estado, membros da Procuradoria-Geral, instituirão essencial à Justiça, diretamente vinculada ao Governador, com funções, como órgão central do sistema de supervisão dos serviços jurídicos da administração direta e indireta no âmbito do Poder Executivo. § 3º – A Procuradoria Geral oficiará obrigatoriamente no controle interno da legalidade dos atos do Poder Executivo e exercerá a defesa dos interesses legítimos do Estado, incluídos os de natureza financeiro-orçamentária, sem prejuízo das atribuições do Ministério Público.

³ Dentre o rol de atribuições da LCE nº 15/1980, vale destacar as seguintes: "Art. 2º - A Procuradoria Geral do Estado tem autonomia administrativa e financeira, dispondo de dotação orçamentária própria. Suas atribuições são as previstas no art. 176 e parágrafos da Constituição do Estado, competindo-lhe: (...) IV - o exercício de funções de consultoria jurídica da administração direta, no plano superior, inclusive no que respeita às decisões das questões interadministrativas, bem como emitir pareceres, normativos ou não, para fixar a interpretação governamental de leis ou atos administrativos; (...) XII - opinar sobre providência de ordem jurídica aconselhadas pelo interesse público e pela aplicação das leis vigentes; (...) XIV - propor ao Governador, para os órgãos da administração direta ou indireta e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, medidas de caráter jurídico que visem a proteger-lhes o patrimônio, ou aperfeiçoar as práticas administrativas; (...) XIX - examinar as manifestações e expedientes de natureza jurídica dos órgãos autorais ou locais do sistema jurídico do Estado, que lhes sejam submetidos através do Governador"

⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação*, 1ª ed., São Paulo: NDJ, 2012. p. 138.

decisória. O assessor jurídico não é investido de poder para determinar a prática ou a omissão de um ato administrativo. A competência decisória é reservada à autoridade administrativa”⁵.

Naturalmente, esta Procuradoria especializada 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 Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto, 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.

Nas palavras de Marçal Justen Filho⁶:

O parecerista jurídico não responde por ações e omissões imputáveis exclusivamente a outros agentes administrativos. Assim, **não é responsabilizável o assessor jurídico quando os fatos expostos no processado não correspondem à realidade. O parecerista fornece uma manifestação jurídica em vista dos elementos existentes.** Não é cabível a responsabilização pessoal do parecerista nos casos em que a situação real era diferente daquela submetida à sua avaliação, não existindo meio de o parecerista identificar o defeito.

Se o parecer fornecido era compatível com a consulta submetida, a revelação dos defeitos quanto à narrativa deve gerar a responsabilização daquele que forneceu ao consultor jurídico a versão incorreta dos fatos. (*destacou-se*)

Mais: segundo o artigo 28 da LINDB o parecerista somente poderá ser responsabilizado em caso de dolo ou erro grosseiro⁷, considerando-se, ao lado disso, as circunstâncias práticas que “houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (art. 22, § 1º, da LINDB)⁸. No caso em tela, há de ser levado em consideração o exíguo prazo de resposta da consulta em relação ao volume total de páginas a serem analisadas, assim como o ineditismo e o grau de complexidade da operação jurídico-econômica envolvida.

Realizadas tais considerações, passa-se à análise solicitada.

3 – Aspectos Gerais do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico e Contratação Direta da CEDAE.

O Estado do Rio de Janeiro, conforme acordado com a União no âmbito do Regime de Recuperação Fiscal, comprometeu-se a desestatizar o setor de saneamento básico e, no processo, privatizar a Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE), empresa estatal estadual que atualmente presta serviços à maioria dos municípios fluminenses. Diante desse quadro, foi elaborado,

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 8.666/1993, 16ª ed., rev., atual e ampli., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 688.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 8.666/1993, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 691-692.

⁷ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

⁸ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

pelo BNDES, o Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto, o qual traz proposta de modelagem dos aspectos jurídicos e econômicos da operação⁹.

Atualmente, cada município fluminense, metropolitano ou não, delega os serviços de saneamento básico no âmbito de seus respectivos territórios. Alguns optaram por delegá-los à CEDAE, via contratos de programa, os quais prescindem de licitação (art. 24, XXVI, da Lei nº 8.666/1993)¹⁰. E outros optaram por licitá-los e celebrar contratos de concessão com concessionárias privadas.

A proposta do BNDES é integrar a prestação dos serviços de saneamento básico em toda a Região Metropolitana e nos municípios do interior que aderirem ao projeto. Para isso, os contratos em curso celebrados entre esses municípios fluminenses e a CEDAE teriam de ser extintos. Pretende-se formalizar a extinção desses contratos via celebração de **Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes** entre a CEDAE e cada município. Tais termos dispõem, inclusive, sobre as indenizações, eventualmente, devidas à CEDAE pelos investimentos não amortizados.

No caso dos municípios metropolitanos, a celebração do Termo para extinguir os contratos vigentes com a CEDAE se mostra necessária também por causa da reinauguração¹¹ da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ), pela Lei Complementar Estadual nº 184/2018. Isso porque o STF, na ADI nº 1.842/RJ¹², determinou que, com a instituição de uma nova Região Metropolitana, a titularidade do serviço de saneamento básico passa a ser dela (*i.e.* do colegiado de Estado e municípios), e não mais dos municípios que a integram. Assim, a empresa prestadora do serviço, a partir dessa nova lei complementar, passa a ter de celebrar o contrato de delegação de serviço público diretamente com a RMRJ, e não mais com cada município metropolitano.

Conforme consignado no Parecer nº 1-A/2020 ARCY/PG-17, ficam preservados, por serem atos jurídicos perfeitos, os contratos em curso de municípios metropolitanos com outras concessionárias que não a CEDAE até os respectivos termos finais, vedada a prorrogação. Porém, com o término da vigência desses contratos municipais, os serviços passam, como regra, a ser concedidos segundo o formato decidido pela RMRJ.

Pelo modelo de desestatização proposto, os serviços que antes eram prestados unicamente pela CEDAE seriam divididos em duas etapas: a etapa *upstream* (serviços de coleta e tratamento de água) e, subsequentemente, a etapa *downstream* (serviços de distribuição de água tratada ao usuário final e

⁹ Para mais detalhes acerca da modelagem preconizada pelo Projeto elaborado pelo BNDES confira-se: Promoção nº 02/2019 - PGE/PG-17/ARCY e demais pareceres e vistos sobre o projeto, em especial, os mencionados ao longo deste Parecer.

¹⁰ **Contrato de Programa** é uma figura prevista no artigo 13 da Lei de Consórcios Públicos, que permite a delegação de atividades administrativas e serviços públicos a entidade da Administração Pública de outro ente federativo sem necessidade de prévia licitação. No âmbito dos serviços de saneamento básico, é utilizado para que os municípios (titulares do serviço) deleguem-nos, sem licitação, à empresas estatais estaduais, as quais não possuem outorga *ex lege* para prestá-los. Muitos municípios preferem celebrar contratos de programa, mas muitos outros optam por licitar os serviços. Esse cenário mudou, recentemente, com a entrada em vigor, em 16 de julho de 2020, do novo marco regulatório do saneamento básico (Lei nº 14.026/2020), que passou a vedar a delegação da prestação dos serviços de saneamento básico via contrato de programa. Contudo, o projeto do BNDES e os principais pareceres da PGE-RJ sobre ele foram elaborados antes da mudança legislativa. Aprofundarei essa questão mais adiante.

¹¹ Anteriormente à LC 184/2018, a Região Metropolitana do Rio de Janeiro já era regulada pela LC 87/1997. A lei anterior, porém, teve diversos dispositivos declarados inconstitucionais, em 2013, pelo STF, na ADI nº 1.842/RJ, sob o fundamento de que tais previsões concentravam o poder decisório sobre os rumos da Região Metropolitana no Estado do Rio de Janeiro, o que, na visão da Suprema Corte, violaria a autonomia municipal. Apenas no final de 2018 que foi aprovada nova lei complementar, a LC 184/2018, com vistas a se adequar à orientação da Corte. Como a nova lei alterou radicalmente a modelagem institucional da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, exigindo, inclusive, sua instalação (art. 24, caput, §2º c/c art. 30), é possível dizer que, embora a Região Metropolitana já existisse há muito tempo, foi reinaugurada com a aprovação da LC 184/2018. Durante esse período entre a invalidação do modelo de Região Metropolitana anterior e a origem da nova RMRJ, na ausência de uma RMRJ operante, a titularidade dos serviços retornou aos municípios metropolitanos, tendo alguns delegado o serviço à CEDAE e outros delegado a concessionárias privadas.

¹² ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

de coleta e tratamento de esgotos e disposição final de efluentes). Com a CEDAE, permaneceria, apenas a etapa *upstream*. Já a etapa *downstream* seria desestatizada e licitada a concessionárias privadas.

A modelagem proposta para os municípios não metropolitanos (*i.e.* do interior) é um pouco diferente: todas as etapas (*upstream* e *downstream*) seriam delegadas a concessionárias privadas. Assim, a CEDAE continuaria prestando apenas a etapa *upstream*, apenas para a RMRJ.

Por essa modelagem, a CEDAE prestaria, no âmbito da RMRJ, os serviços *upstream* às concessionárias *downstream*, mediante cobrança de tarifa. O projeto prevê que essa relação seria regulada via contrato de interdependência a ser celebrado entre a CEDAE e as concessionárias, figurando a agência reguladora setorial como interveniente anuente.

O projeto concebeu, ainda, uma divisão da área da concessão em 4 blocos de municípios, mesclando, em um mesmo bloco, municípios metropolitanos e não metropolitanos. Cada bloco seria concedido a uma concessionária privada diferente. A ideia é promover um subsídio cruzado: combinar, num mesmo bloco, municípios mais lucrativos com outros menos.

Para contornar os custos de transação¹³ envolvidos na coordenação da delegação conjunta de serviços com múltiplos titulares (RMRJ e municípios do interior abrangidos pelo projeto), o projeto propôs a delegação de diversas funções administrativas ao Estado do Rio de Janeiro. Para isso, cada titular do serviço celebraria com o Estado, um **Convênio de Cooperação**, delegando à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA) as funções de fiscalização e regulação dos serviços e ao ERJ as funções de organização e promoção da licitação dos serviços e de gerenciamento dos contratos de delegação (contratos de concessão e de programa), mais outros coligados. Isso significa que o Estado do Rio de Janeiro, além de licitar os serviços, figuraria como signatário dos contratos, no lugar dos titulares dos serviços, na qualidade de mandatário, assumindo para si direitos e obrigações que seriam deles. Com os titulares remanesceriam as funções de planejamento setorial, de fiscalização (paralelamente à AGENERSA) e de retomada dos serviços.

Noutro giro, importante ressaltar que o Projeto de Desestatização de Águas e Esgotos foi concebido antes das alterações promovidas pelo novo marco regulatório do saneamento básico (Lei nº 14.026/2020). Do mesmo modo, os principais pareceres da PGE-RJ sobre o projeto foram elaborados tendo em vista o cenário legislativo anterior. Assim, nota-se a necessidade de se promoverem adaptações no projeto no tocante à delegação da etapa *upstream* à CEDAE.

A proposta inicial era que, enquanto a CEDAE não fosse privatizada, a etapa *upstream* dos serviços de saneamento básico fosse delegada a ela via celebração de contrato de programa, com dispensa de licitação, conforme autoriza o artigo art. 24, XXVI, da Lei nº 8.666/1993¹⁴. De fato, esse dispositivo continua em vigor, porém não é mais aplicável à contratação direta dos serviços de saneamento básico. O novo marco regulatório do saneamento básico foi bastante enfático ao proibir a delegação dos serviços via contrato de programa, tendo inserido as vedações tanto na lei de diretrizes do saneamento básico (art. 10, da Lei nº 11.445/2007)¹⁵, quanto na lei de consórcios públicos (art. 13, § 8º, da Lei nº 11.107/2005)¹⁶, a qual regula os contratos de programa. Ressalte-se que não foi

¹³ Refere-se a todos os custos inerentes ao processo negociado, formalização de contratos e tomada de decisões necessários à prestação do serviço. A teoria de custos de transação foi originariamente elaborada por Ronald Coase (COASE, Ronald. "The problem of social cost". In: *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, Outubro, 1960, pp. 1/44).

¹⁴ 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.

¹⁵ Art. 10. 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. (*destacou-se*)

¹⁶ Art. 13 § 8º Os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico **deverão observar o art. 175 da Constituição Federal, vedada a formalização de novos contratos de programa** para esse fim. (*destacou-se*)

prevista sequer regra de transição; foram preservados apenas os contratos de programa vigentes até o advento dos respectivos termos finais (art. 17 da Lei nº 14.026/2020)¹⁷.

O espírito da nova lei é tomar obrigatória a licitação da delegação dos serviços de saneamento básico¹⁸. O veto presidencial ao art. 16, *caput* e parágrafo único, do PL nº 4.162/2019 que deu origem à Lei nº 14.026/2020 reforça o argumento. O dispositivo em questão pretendia permitir, até 31 de março de 2022, a renovação de contratos de programa por mais 30 anos¹⁹. Uma das razões para o veto foi o entendimento de que tal previsão “*além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados*”²⁰ (*destacou-se*). Isto é: a intenção clara foi tomar a licitação a regra, com o objetivo de estimular a competitividade e a concorrência no setor (arts. 2, XV c/c 49, XV c/c 50, III da Lei nº 11.445/2007 c/c art. 4-A, §3º, II, da Lei nº 9.984/2000, ambas as leis com redação dada pela Lei nº 14.026/2020).

Assim, a partir da entrada em vigor da Lei nº 14.026/2020, em 16 de julho de 2020, novas delegações da prestação dos serviços, inclusive da etapa *upstream*, como regra, terão de ser realizadas via contrato de concessão de serviço público, na forma do art. 175 da CRFB.

Observe-se que existe controvérsia relevante quanto à possibilidade de contratação direta (seja por inexigibilidade, seja por dispensa de licitação) em caso de concessão de serviços públicos. Isto porque a redação do artigo 175 da Constituição exige que a contratação seja “sempre através de licitação”, o que foi acompanhado do silêncio da Lei nº 8.987/1995 a esse respeito²¹. Entendo, todavia, que o art. 175 deve ser lido com cautela. O art. 37, XX, CRFB, autoriza que a lei, em tese, crie hipótese de contratação direta de serviços. Ademais, as próprias finalidades da prestação do serviço público podem indicar a necessidade de contratação direta. A circunstância, no entanto, até pelo indicativo constitucional, deve ser excepcionalíssima e quicá improvável – mas não impossível. Alexandre Santos de Aragão, nesse exato sentido, sustenta que é possível contratação direta para formalização de concessão. Em suas palavras²²:

Quanto à inexigibilidade, sendo **matéria fática inviabilizadora da competição**, a sua possibilidade não pode ser afastada. **Em relação às**

¹⁷ Art. 17. Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual.

¹⁸ Essa intenção de tornar a licitação obrigatória fica bastante evidenciada no Parecer nº 71, de 2020 - PLEN, exarado pelo relator do projeto de lei que deu origem ao novo marco do saneamento básico (PL nº 4162/2019), o Senador Tasso Jereissati: “Ressalte-se que entre as mudanças mais importantes está a revisão do instituto do contrato de programa, que continua válido para outras situações de natureza cooperativa entre os entes da federação, nos termos da Lei de Consórcios Públicos. Não será mais possível, entretanto, empregá-lo especificamente para a prestação de serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, cuja outorga deverá ser objeto de concessão. Precedida de licitação, como definido no art. 175 da Constituição Federal, caso os serviços não sejam prestados diretamente pelo titular” (p. 8). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140534>>. Acesso em: 17 set. 2020.

¹⁹ Eis a redação do dispositivo vetado do PL nº 4.162/2019: “Art. 16. Os contratos de programa vigentes e as situações de fato de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, assim consideradas aquelas em que tal prestação ocorra sem a assinatura, a qualquer tempo, de contrato de programa, ou cuja vigência esteja expirada, poderão ser reconhecidas como contratos de programa e formalizadas ou renovadas mediante acordo entre as partes, até 31 de março de 2022. Parágrafo único. Os contratos reconhecidos e os renovados terão prazo máximo de vigência de 30 (trinta) anos e deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 10-A e a comprovação prevista no art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, sendo absolutamente vedada nova prorrogação ou adição de vigência contratual.”

²⁰ BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 396 de 15 de julho de 2020*. Diário Oficial da União, nº 135, Seção 1, 16 jul. 2020, p. 10 (Vetos ao Projeto de Lei nº 4.162 de 2019).

²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, 4ª ed., rev. e atual., Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.436.

²² *Ibidem*, p. 436.

dispensas, que pressupõem a possibilidade de licitação, por sua própria natureza **não se aplicam as hipóteses enumeradas no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, salvo nos casos de extrema urgência (art. 24, IV) ou no caso, bastante improvável, de baixo valor econômico do serviço a ser concedido (art. 24, I).** (*destacou-se*)

Em outras palavras, a regra para as contratações públicas, em especial para as concessões de serviço público, é a licitação. A contratação direta deve ser excepcional. Por isso, o enquadramento em alguma das hipóteses da Lei nº 8.666/93 de dispensa (art. 24) ou de inexigibilidade (art. 25) de licitação **precisa de ser tecnicamente motivada pelo gestor público e de observar os demais requisitos e trâmites legais.** Deve-se observar, inclusive, os enunciados da POE-RJ a respeito, com destaque para os seguintes:

Enunciado n.º 18 - PGE: Contratação direta: requisitos

Além dos requisitos previstos no art. 26, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, nas situações de contratação direta é indispensável: a) a manifestação das Assessorias Jurídicas, não exigível nas hipóteses do 311. 24, incisos I e II; e b) o atendimento dos requisitos de habilitação pelas empresas contratadas.

Enunciado n.º 26 - PGE: Inexigibilidade de licitação: justificativa do preço

É obrigatória a justificativa de preço nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, que poderá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com os preços de mercado praticados pela futura Contratada em outros contratos cujo objeto seja semelhante ao que se pretende contratar.

Numa primeira leitura, até pelo próprio espírito da Lei nº 14.026/2020, os serviços de saneamento básico não parecem se enquadrar nas hipóteses de contratação direta, até por conta da dicção do art. 175 da Constituição. Contudo, trata-se de questão complexa a ser averiguada e demonstrada pelo setor técnico com *expertise* para tal. Caso se cogite pela contratação direta da CEDAE via **inexigibilidade de licitação**, ou mesmo a continuidade da prestação, esta **questão merece aprofundamento próprio** (o que **não** é objeto deste parecer), considerando-se, ainda, o §2º do art. 10-A da Lei nº 11.445/2007 (acrescido pela Lei nº 14.026/2020)²³.

De toda forma, registro que as minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento objeto deste parecer – a depender das conclusões do estudo específico mencionada acima – eventualmente precisem de ser adaptadas. Na redação atual, parte-se do pressuposto de que o “Contrato de Produção de Água” que delega a etapa *upstream* será celebrado necessariamente com a CEDAE.

Outro ponto relevante a se ressaltar é que a proibição legal de celebração de contratos de programa restringe-se àqueles que tenham por objeto a delegação da prestação do serviço público de saneamento básico. Isso significa que continua sendo possível a celebração de contrato de programa, com dispensa de licitação, tanto para delegação de outros serviços públicos, quanto para a delegação

²³ Art. 10-A. § 2º As outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida, permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos e a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água.

de atividades administrativas correlatas aos serviços de saneamento básico, que não envolvam a prestação do serviço em si.

Assim, continua sendo possível – e necessária – a celebração dos contratos de programa entre os titulares dos serviços e o Estado do Rio de Janeiro, para fins de estabilização do vínculo dos convênios de cooperação que delegam atividades administrativas ao ERJ e a AGENERSA relativas ao saneamento básico, conforme assentado no Visto da PG-02 ao Parecer nº 3ª/2020 – PGE/PG-17/ARCY. O referido parecer, justamente para evitar confusões entre o contrato de programa que delegaria o serviço público à CEDAE e o celebrado para fins de estabilização do vínculo convencional, sugeriu que as minutas dos dois tipos de contrato de programa adotassem nomenclaturas distintas. Em atendimento a essa orientação, as minutas de contrato de programa que tem por objeto a estabilização dos vínculos convencionais foram denominadas de **Contratos de Gerenciamento**.

A realidade do Município de Maricá merece observações adicionais.

O item 2.5.2. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ²⁴ prevê que o serviço de esgotamento sanitário do município metropolitano de Maricá continuará a ser prestado pela empresa estatal municipal SANEMAR, de acordo com decisão autorizativa do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (CDRM). Ocorre que, conforme a ADI nº 1.842/RJ, a partir da instituição da RMRJ pela LCE nº 184/2018, o município de Maricá não é mais o titular dos serviços de saneamento básico de *interesse comum*, e, por conseguinte, a SANEMAR não detém mais a outorga *ex lege* desses serviços. O artigo 27 da LCE nº 184/2018 até permite que o CDRM autorize que os serviços de saneamento básico de *interesse comum* continuem sendo prestados diretamente pelo município, por intermédio da SANEMAR. Porém, esse dispositivo estabelece um prazo máximo de 4 anos a contar da entrada em vigor da LCE²⁵. Terminado esse prazo legal, não seria mais possível manter os serviços de *interesse comum* com o município de Maricá (prestação direta).

Por outro lado, o mesmo artigo 27 refere-se à “*assunção das atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana em relação a saneamento*”. Quais seriam essas atribuições? São aquelas previstas no art. 11 da LC nº 184/2018, dentre as quais “*exercer sua titularidade em relação aos serviços infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário*” (VII), no que se inclui a decisão “*sobre a forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem*” (alínea b). Ora, a norma indica que o CD pode avaliar a forma e modelagem da delegação do serviço. Partindo-se da premissa de que as competências em questão são, na origem, municipais, parece-me que pode a RM deliberar e decidir, motivadamente, que município permaneça com parcela das atribuições.

Nada obstante, isso não pode ser banalizado. O espírito de regionalização não pode ser esvaziado, assim como o art. 27 não pode perder significado. Nessa toada, opino no sentido de que apenas poderá ser flexibilizada a regionalização se for avaliado que, no caso concreto, inexistente um interesse comum. Colocado de outra forma: o art. 11, VII não implica discricionariedade plena. O CD não decide livremente sobre regionalizar ou não. A regra é a prestação coletiva. Mas, então, não seria possível, em nenhuma hipótese, a devolução do exercício da titularidade ao município? Penso que isso pode até ser possível. Contudo, apenas quando comprovada a inexistência de um *interesse comum*.

²⁴ 2.5.2. O serviço de esgotamento sanitário do município de Maricá continuará a ser prestado pela Companhia de Saneamento de Maricá - SANEMAR, de acordo com a decisão do Conselho Deliberativo publicada por meio da Resolução nº XX/2020, de xx/xx/2020, do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

²⁵ 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. 5ª, XXXVI, da Constituição da República. Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta a possibilidade de imediata assunção dos serviços, quando determinada pela ausência de soluções consensuais ou por manifesta necessidade e interesse público (*grifou-se*).

De fato, a interpretação sistemática das previsões da LCE na 184/2018²⁶, combinadas com o artigo 25, §3º, da CRFB²⁷ revela que as atribuições da RMRJ restringem-se a integrar os serviços de saneamento básico que sejam de *interesse comum*. E o que seria “interesse comum”?

De acordo com a legislação setorial e com a ADI nº 1.842/RJ²⁸ são de interesse comum os serviços de saneamento básico: (i) “*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*” (art. 3º, caput, LCE na 184/2018); (ii) “*cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes*” (art. 2, II, da Lei na 13.089/2015); e (iii) os que **demandam o compartilhamento de instalações operacionais entre dois ou mais municípios** (art. 3º, XIV c/c XV c/c 8, II, da Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020).

No fundo, essas previsões indicam – em linha com ADI nº 1.842/RJ²⁹ e com o novo marco regulatório do saneamento básico³⁰ – que o critério essencial para determinar se há interesse comum é a **inviabilidade técnica e/ou econômica** da prestação isolada dos serviços por algum dos municípios metropolitanos.

A inviabilidade técnica se verifica, sobretudo: (a) caso a infraestrutura e instalações operacionais sejam compartilhadas, isto é, caso as etapas do saneamento básico ultrapassem os limites de um único município, demandando uso de recursos hídricos advindos de outros

²⁶ Art. 1º Dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, (...) **com vistas à organização, ao planejamento e à execução de funções e serviços públicos de interesse metropolitano ou comum**.

Art. 2º Para fins da aplicação desta Lei, consideram-se: (...) III - região metropolitana: unidade regional constituída por agrupamento de municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a **execução de funções públicas de interesse comum**.

Art. 6º São **objetivos** da gestão metropolitana: (...) **IV - garantir a integração**, a sinergia e a compatibilidade das políticas estaduais, municipais e metropolitanas **no que diz respeito às questões de interesse comum**.

Art. 7º Para fins da aplicação desta Lei, deverão ser observadas as seguintes **diretrizes**: (...) **IV – execução compartilhada das funções públicas de interesse comum**, mediante rateio de custos previamente pactuado no âmbito da estrutura de governança. (*destacou-se*)

²⁷ Art. 25. § 3º 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**. (*destacou-se*)

²⁸ Conforme consta do Acórdão: “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**. (...) 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. (...) 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**” (*destacou-se*) ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

²⁹ Conforme consta do Acórdão: “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**”. O inteiro teor é ainda mais claro: “em especial, duas dificuldades agravam-se nessa nova estrutura urbana: (i) **a inviabilidade econômica e técnica de os municípios implementarem isoladamente determinadas funções públicas** e (ii) a possibilidade de um Único município obstar o adequado atendimento dos interesses de várias comunidades (p. 164). (*grifou-se*) ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 90.

³⁰ Inclusive, o novo marco do saneamento também indica que o objetivo da prestação regionalizada é garantir a viabilidade técnica e financeira dos serviços no conjunto de municípios abrangidos: “Art. 20. 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**” [Lei nº 11.445/2007, *destacou-se*].

municípios³¹; ou (b) caso a prestação isolada por um município até seja possível, mas cause impacto nos demais municípios limítrofes. Quanto ao esgotamento sanitário, há de ser verificado, sobretudo, o risco de impacto ambiental e à saúde pública³².

Nessa linha, segregar a prestação dos serviços de esgotamento sanitário do Município de Maricá em relação aos de abastecimento de água, em princípio, contraria um dos **objetivos do novo marco regulatório do saneamento básico** (Lei nº 14.026/2020) que é a **prestação conjunta do abastecimento de água e do esgotamento sanitário** (art. 2º, XVI, da Lei nº 11.445/2007³³ c/c art. 4º-A, §3º, VIII da Lei nº 9.984/2000)³⁴. Por esse motivo, o ônus argumentativo para segregar a prestação das atividades de esgotamento sanitário do município de Maricá toma-se ainda maior.

A **inviabilidade econômica**, por sua vez, se verifica, sobretudo: (a) caso não seja possível custear os serviços prestados naquele município, isoladamente, apenas com base na receita gerada em seu território; (b) caso o custeio da prestação dos serviços nos demais municípios metropolitanos dependa dos recursos excedentes arrecadados em município no qual a prestação isolada seria viável. Desse modo, deve-se verificar se a prestação segregada do esgotamento sanitário no município de Maricá não obstrui o objetivo de promoção de **subsídio cruzado** entre os municípios mais lucrativos e os deficitários, em linha com a ADI nº 1.842/RJ³⁵.

Desse modo, caso se verifique, concretamente, que o serviço de saneamento de determinado município metropolitano é de interesse local, e não comum (*i.e.* atendidos os requisitos de viabilidade técnica e econômica), tal serviço pode ser mantido diretamente com o Município, mesmo após o prazo de 4 anos do artigo 27, da LCE nº 184/2018 visto que não se inclui nas atribuições do CDRM, elencadas no art. 11.

Nessa linha, verifica-se que o art. 11, VII, b, da LCE nº 184/2018³⁶, atento a essa nuance, determina que o CDRM deve, no exercício da titularidade sobre os serviços de saneamento básico,

³¹ Nessa linha: “poucos são os municípios que **por si sós têm condições de atender adequadamente à função pública de saneamento básico**. Normalmente, o próprio **acesso aos recursos hídricos depende da integração das redes de abastecimento entre diversos municípios**. Captação, tratamento, adução, reserva, distribuição e, posteriormente, recolhimento e condução do esgoto, bem como sua disposição final indicam várias **etapas que usualmente ultrapassam os limites territoriais de um dado município**” (p. 171) Em outras palavras: “torna-se indispensável o conceito de bacias hidrográficas. A delimitação política das fronteiras de uma região, aglomerado ou microrregião deverá, necessariamente, respeitar a **lógica da distribuição das bacias hidrográficas dentro de cada estado sob risco de inviabilização na prestação do serviço de abastecimento de água**” (p. 91) ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, *destacou-se*.

³² Como bem aduz o Ministro Gilmar Mendes: “a inadequação na prestação da função pública de saneamento básico enseja problemas ambientais e de saúde pública que afetam comunidades próximas, principalmente nos casos em que se verifica o fenômeno da conturbação. (...) Dessa forma, a função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum” ADI 2340/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, pp. 46-47.

³³ Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes **princípios fundamentais**: (...) XVI - prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. (*destacou-se*)

³⁴ Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. (...) § 3º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico deverão: (...) VIII - **assegurar a prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário**. (*destacou-se*)

³⁵ “Não faz sentido, do ponto de vista econômico, criar-se uma região metropolitana, ou aglomerado ou ainda microrregião a partir do somatório de municípios pobres que não despertem o interesse financeiro mínimo de exploração de serviços públicos ou que a cobrança de tarifas, pelo nível econômico da população, não consiga fazer frente aos custos do sistema. O legislador estadual para criar uma região, aglomerado ou microrregião necessita fazer o que se pode chamar de uma matemática geopolítica. Os municípios que não tenham condição de arcar isoladamente com os custos da implantação e manutenção de um sistema de saneamento fiquem ao lado de municípios mais ricos, que tornem essa prestação viável do ponto de vista financeiro” ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 89.

³⁶ 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

“decidir sobre a forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem”, observando “**a situação operacional específica dos municípios envolvidos**”. Portanto, se for demonstrado que a situação operacional específica dos serviços de esgotamento do Município de Maricá configura serviço de interesse local, e não de interesse comum, cabe ao CDRM decidir, motivadamente, por manter a prestação de tais serviços diretamente com o município de Maricá.

Sublinhe-se que, conforme o espírito do artigo 25, § 3º, da CRFB e a jurisprudência do STF na matéria³⁷, com a instituição de uma Região Metropolitana via Lei Complementar Estadual, há uma **presunção relativa** de que são de interesse comum o rol de serviços e municípios elencados na lei (no caso da LCE nº 184/2018, os serviços e municípios elencados nos artigos 1º e 3º). Do contrário, haveria um risco de esvaziamento da prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico, na contramão dos princípios, objetivos e diretrizes da legislação setorial (art. 7º, IV, da Lei nº 13.089/2015³⁸ c/c art. 2º, XIV, 49, XIV e 50, VII e § 1º da Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020³⁹). Também haveria risco de inviabilização operacional da Região Metropolitana, caso cada município pudesse arbitrariamente se recusar a integrar seus serviços com os demais sob mera alegação de que seriam de interesse local, na contramão da jurisprudência do STF de adesão compulsória à RM⁴⁰.

esgotamento sanitário, observando os Planos Diretores e a legislação urbanística e, principalmente, **a situação operacional específica dos municípios envolvidos**, incluindo: (...) b) **decidir sobre a forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem** (*destacou-se*).

³⁷ Conforme aduz o Ministro Nelson Jobim: “Uma vez criada a região metropolitana, aglomerado urbano ou microrregião pelo estado, passam a estar definidas as relações de dependência decisória e coordenação entre municípios” (p. 96). E conclui: “**No âmbito das aglutinações municipais, será proibida, como regra geral, a exploração individual do serviço pelos municípios isoladamente.** Tal proibição tem por objetivo viabilizar a prestação para os municípios mais carentes por meio de aproximações municipais que possibilitem que a demanda por água seja interligada à oferta de água, permitindo-se, inclusive, a transposição de bacias, a instituição de sistemas integrados com múltiplas fontes hídricas, a divisão de uma mesma bacia entre duas regiões ou municípios, etc. (...) Assim, é claramente responsabilidade do Estado criar condições econômicas e técnicas para que toda a população receba um serviço universal e de qualidade: (a) por meio de aproximações de municípios superavitários e deficitários; e (b) aproximação de municípios com abundância de recursos hídricos com municípios com pouca oferta de água em relação à sua demanda” (p. 141). O Ministro Gilmar Mendes desenvolve o mesmo raciocínio: “De acordo com o ordenamento constitucional, **não é razoável a manutenção do poder concedente em cada município participante, sob pena de esvaziar o conteúdo do art. 25, § 3º, da Constituição Federal e a própria instituição de região metropolitana**, microrregião ou aglomeração urbana, além de inviabilizar a prestação integrada e o adequado atendimento do interesse comum”. (p. 180). ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, *destacou-se*.

³⁸ Art. 7º. 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**: (...) IV – **execução compartilhada das funções públicas de interesse comum**, mediante rateio de custos previamente pactuado no âmbito da estrutura de governança interfederativa. (*destacou-se*)

³⁹ Art. 2º. 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**;

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;

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**. (*destacou-se*)

⁴⁰ ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999. Conforme bem aduz o Ministro Gilmar Mendes, na ADI nº 1842/RJ: “é preciso garantir, por um lado, que um município isoladamente não obstrua todo o esforço comum para viabilidade e adequação da função de saneamento básico em toda região metropolitana, microrregião e aglomerado urbano” (p. 177). E, em debate, com os demais ministros enfatiza que: “**permitir que um município se exclua desse bloco também, na verdade, compromete eventualmente as políticas de**

Em suma, numa interpretação sistemática que considera o art. 25, § 3º da Constituição, o julgado da ADI nº 1.842, bem como as Leis federais de nº 13.089/2015, 11.445/2007 e 14.026/2020, além dos arts. 11, VII e 27 da Lei Complementar estadual nº 184/2018, a regra é a regionalização em benefício de interesses comuns na prestação dos serviços. Assim, para manter a prestação de qualquer etapa dos serviços de saneamento básicos com determinado município, após o prazo máximo de 4 anos (art. 27 citado), ao invés de integrá-la com os demais serviços metropolitanos, **o CDRM deve basear sua decisão em estudos e pareceres técnicos que subsidiem o caráter local dos serviços, e demonstrem a viabilidade técnica e econômica da prestação isolada em determinado município metropolitano. Este Procurador do Estado não teve acesso a essa justificativa, o que precisa ser avaliado pelo gestor e tomador da decisão.**

A **decisão** do CD, ademais, deve ser **excepcional e revogável** a fim de evitar o esvaziamento da RMRJ. Além disso, caso o CDRM decida por excepcionar os serviços prestados em determinado município metropolitano da prestação regionalizada, a decisão – a luz do art. 7, I, da LCE nº 184/2018⁴¹ c/c art. 7, I, da Lei nº 13.089/2015⁴² – **deve fixar um prazo razoável para sua revisão periódica**, haja vista o caráter dinâmico do processo de urbanização e conurbação, que pode transformar, com o tempo, um serviço que, contemporaneamente, é de interesse local, em serviço de interesse comum. Assim, **caso não seja comprovada, periodicamente, a manutenção do caráter local dos serviços, a prestação deve ser reintegrada com os demais municípios metropolitanos.**

Noutro giro, fui informado de que a relação entre o Município de Maricá e a SANEMAR foi contratualizada, havendo contrato de programa vigente que delega a prestação dos serviços de esgotamento sanitário à estatal. Caso não seja comprovado tecnicamente o caráter local dos serviços prestados pela SANEMAR, eles só poderão ser mantidos com a estatal municipal até o advento do termo final do contrato, vedada a prorrogação. Com o advento do termo final, a RMRJ teria de assumir a prestação dos serviços, seja mediante inclusão dos serviços nos contratos metropolitanos em curso, seja delegando-os de forma apartada (via de regra, mediante licitação),

Caso a intenção seja contratar a SANEMAR diretamente, a RMRJ deve motivar a decisão, e demonstrar o enquadramento em alguma das hipóteses de contratação direta. No caso da inexigibilidade (art. 25, Lei 8.666/93) deve ser comprovada, via estudos técnicos, a inviabilidade de competição. Nada impede que a SANEMAR concorra nas licitações dos serviços de esgotamento do município de Maricá.

Caso decida-se por incluí-los na prestação regionalizada, será necessário suprimir o item 2.5.2 da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e alterar a redação das minutas para prever em qual bloco seria incluído o município de Maricá. Caso o item 2.5.2 do Convênio de Cooperação da RMRJ não seja suprimido, cabe introduzir previsão semelhante na minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior.

Feitas essas considerações iniciais sobre o Projeto de Desestatização de Águas e Esgotos, passa-se à efetiva análise das minutas objeto deste parecer.

saneamento básico” (p. 212). ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

⁴¹ Art. 7º. Para fins da aplicação desta Lei, deverão ser observadas as seguintes diretrizes: 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.** (*destacou-se*)

⁴² Art. 7º. 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.** (*destacou-se*)

4 – Análise da Viabilidade Jurídica das Minutas do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto.

Primeiramente, analisarei a viabilidade jurídica da minuta de Termo de rescisão dos contratos de programa vigentes entre CEDAE e municípios, com destaque para a compatibilidade da assunção de dívida alheia pelo Estado do Rio de Janeiro com as limitações impostas pelo Regime de Recuperação Fiscal. Em conjunto, examinarei as cláusulas dos convênios de cooperação e dos contratos de gerenciamento com teor semelhante (**Tópico 4.1**).

Após, analisarei, conjuntamente, as minutas de convênios de cooperação e de contratos de gerenciamento, sobretudo no tocante ao atendimento de requisitos formais e recomendações de pareceres pretéritos da PGE-RJ (**Tópico 4.2**).

4.1 – Minuta de Termos de Rescisão dos Contratos de Programas Vigentes entre CEDAE e Municípios, Assunção de Dívidas dos Titulares dos Serviços pelo Estado e Regime de Recuperação Fiscal.

As minutas dos Termos de Rescisão dos contratos de programa vigentes formalizam a extinção dos contratos de programa pelos quais cada município fluminense delega à CEDAE a prestação dos serviços de saneamento básico (Cláusula Primeira). Para tal, a eficácia do distrato é condicionada à celebração de novo contrato de concessão pelo Estado do Rio de Janeiro, no âmbito da prestação regionalizada do serviço de saneamento básico, sob organização e gerenciamento do Estado (item 4.3)⁴³.

Observa-se que pode ser pertinente acrescentar previsão na minuta de que, embora o contrato vigente seja extinto a partir da celebração do novo contrato, a CEDAE obriga-se a manter a prestação do serviço até a efetiva transferência da execução para a nova concessionária, de forma a garantir a continuidade do serviço durante esse intervalo de tempo. Na mesma linha, pertinente prever a obrigação de a CEDAE transferir para a concessionária, em boas condições de uso, os bens e infraestrutura necessários à prestação do serviço.

A minuta de Termo de Rescisão também repassa ao Estado do Rio de Janeiro os ônus financeiros de: (i) indenizar a CEDAE caso se verifique a existência de investimentos ainda não amortizados na ocasião do término do contrato, “*desonerando o MUNICÍPIO de eventual indenização*” (**item 2.1**); e de (ii) contratar “serviços técnicos especializados que tenham por objeto a realização da identificação de eventuais direitos indenizatórios e a quantificação dos respectivos valores relativos aos referidos contratos de programa, sendo descontados as multas, indenizações e outros valores devidos pela CEDAE” (**item 2.2**)⁴⁴. Por esse motivo, o Estado do Rio de Janeiro e a AGENERSA figuram no instrumento na qualidade de intervenientes anuentes.

Vale observar que o **item 6.2.1** das minutas de Convênios de Cooperação e os **itens 4.3 e 13.2** das minutas de Contratos de Gerenciamento contêm previsões semelhantes. Transcreve-se abaixo, para fins ilustrativos, o item 6.2.1. do Convênio de Cooperação da RMRJ:

⁴³ 4.3. Este TERMO DE RESCISÃO terá sua eficácia condicionada à celebração de contrato de concessão pelo ESTADO, que terá como objeto a delegação da prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico, que englobará a área urbanas do MUNICÍPIO, oportunidade em que a prestação do serviço passará a ser feita por uma concessionária e a organização e o gerenciamento estarão sobre a responsabilidade do ESTADO.

⁴⁴ 2.1. Na hipótese de haver obrigações pendentes entre o MUNICÍPIO e a CEDAE vinculadas aos instrumentos extintos, decorrentes de investimentos realizados pela CEDAE e ainda não amortizados, **o ESTADO obriga-se desde já a assumi-las, desonerando o MUNICÍPIO de eventual indenização.** (*destacou-se*)

2.2. Com vistas a proceder à quantificação dos valores devidos pelo ESTADO à CEDAE, em decorrência da referida sub-rogação ao ESTADO da obrigação do MUNICÍPIO em custear a indenização à CEDAE pelos investimentos ainda não completamente amortizados, **o ESTADO obriga-se a contratar serviços técnicos especializados que tenham por objeto a realização da identificação de eventuais direitos indenizatórios e a quantificação dos respectivos valores relativos aos referidos contratos de programa, sendo descontados as multas, indenizações e outros valores devidos pela CEDAE.** (*destacou-se*)

“Na hipótese de haver obrigações pendentes entre os MUNICÍPIOS METROPOLITANOS e a CEDAE vinculadas a instrumentos extintos, decorrentes de investimentos realizados pela CEDAE e ainda não amortizados, o ESTADO **obriga-se desde já a assumi-las, desonerando o respectivo Município de eventual indenização, conforme termo de rescisão a ser celebrado** entre cada MUNICÍPIO METROPOLITANO e CEDAE, com interveniência da AGÊNCIA REGULADORA e do ESTADO” (grifou-se)

Há também **outras previsões** das referidas minutas que **atribuem ônus financeiros ao ERJ**, no âmbito da gestão associada dos serviços de saneamento básico, que, em princípio, não seriam dele, visto que o Estado não é titular dos serviços. É o caso da previsão das minutas de Convênio de Cooperação da RMRJ (**item 4.2.8**) e dos municípios do interior (**item 4.2.9**) no sentido de que **“a expansão quantitativa e qualitativa dos serviços” pode ser realizada via “investimentos oriundos do orçamento estadual”**⁴⁵. E é também o caso de uma série de previsões da **Cláusula Décima Segunda** das minutas de Contratos de Gerenciamento, que trata do rateio de ônus financeiros e indenizações decorrentes dos contratos coligados assinados pelo ERJ enquanto mandatário dos titulares dos serviços⁴⁶.

Segundo as previsões dessa cláusula, o **ERJ assumiria** para si, total ou parcialmente, **débitos decorrentes** de: (i) **reequilíbrio econômico-financeiro** em favor das delegatárias de serviços públicos (**item 12.1**); (ii) **indenizações** em razão bens reversíveis não amortizados (**item 12.2.1.**), e (**item 12.2.2.**) pagamento de **multas** às de legatárias dos serviços em razão do término antecipado dos contratos de delegação de serviços públicos (**item 12.2.2.**).

Em contrapartida, o **ERJ** também faria jus à **repartição de eventuais créditos decorrentes de indenizações e multas** pagas pelas delegatárias de serviços públicos (**item 12.2.**). E também seria contemplado com o direito de **recebimento de 80% da outorga fixa e 50% da outorga fixa excedente** (**itens 10.11, 10.12, 4.2.7. e 4.2.7.1.** da minuta de convênio de cooperação da RMRJ e **itens 4.2.6. e 4.2.7.** da minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior).

A despeito do maior percentual a ser recebido pelo ERJ, o que justifica que ele assumira alguns riscos, **não há informações se tais créditos em potencial serão aptos a compensar os débitos assumidos**⁴⁷. Seria importante avaliar esse ponto a partir de análise técnica. Em todo caso, entendo pertinente avaliar **se essa assunção ampla de débitos dos municípios e da RMRJ pelo Estado do Rio de Janeiro viola o Regime de Recuperação Fiscal (RRF)**. Se, por um lado, essa assunção de

⁴⁵ As redações de ambas as minutas de Convênio de Cooperação são semelhantes, então, colaciona-se aqui, para fins ilustrativos a previsão do Convênio de Cooperação da RMRJ: “4.2. Constituem atividades inerentes à organização dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário: (...) 4.2.8. Monitorar a priorização da **expansão quantitativa e qualitativa dos serviços** objeto do presente Convênio, **sendo admitida a utilização** de valores obtidos a título de outorga e/ou **de investimentos oriundos do orçamento estadual** e do fundo de desenvolvimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro” (*destacou-se*)

⁴⁶ Analisarei o teor da Cláusula Décima Segunda em detalhes mais adiante (v. **Tópico 1V.2.8**). O mesmo vale para a outorga fixa (v. **Tópico 1V.2.7**).

⁴⁷ Elenquei, neste tópico, apenas o rateio de créditos e débitos previstos nas minutas de gestão associada que foram submetidas para análise deste parecer. **Se houver previsão, em outras minutas de negócios coligados, de repartição com o ERJ de outros débitos ou créditos decorrentes da prestação regionalizada dos serviços de saneamento, é necessário acrescentar, nas minutas de convênio de cooperação c/ou de contrato de gerenciamento, previsão autorizando esse rateio e os critérios de repartição.** Fui informado, por exemplo, de que a minuta de contrato de concessão prevê **a repartição de receitas alternativas com o ERJ**. Porém, **não consta previsão dessa repartição nem nas minutas de convênio, nem nas minutas de contrato de gerenciamento.** Necessário acrescentar.

dívida pode aumentar de forma substancial o endividamento do ERJ⁴⁸, na contramão do objetivo primordial do RRF, por outro lado, ela se daria com o propósito de viabilizar uma das exigências do RRF que é a desestatização da CEDAE (art. 2º, § 1º, I, da LC nº 159/2017)⁴⁹.

Nessa linha, embora seja vedado ao Estado, durante a vigência do RRF, celebrar “convênio, acordo, ajuste ou outros tipos de instrumentos que envolvam a transferência de recursos para outros entes federativos”, a própria lei de regência excepciona da vedação “aqueles necessários para a efetiva recuperação fiscal” e “aqueles destinados a serviços essenciais” (art. 8º, XI, “a” e “d”, da LC nº 159/2017)⁵⁰.

Ora, ainda que se esteja diante de serviço público – por definição essencial – o juízo quanto à violação ao RRF envolve, também, avaliação econômico-financeira, visto que demanda o exame de elementos técnicos que ultrapassam o escopo jurídico. Trata-se de dados aos quais, inclusive, não tenho acesso, pois foram-me fornecidas apenas as minutas dos instrumentos jurídicos, sem o substrato técnico que embasa a decisão de repassar os ônus financeiros ao ERJ.

Por esse motivo, **recomendo que as previsões das minutas de Termo de Rescisão, de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento** que impliquem a assunção, por parte do Estado do Rio de Janeiro, de ônus financeiros dos titulares dos serviços, **sejam submetidas à prévia análise e aprovação por parte do Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal**, por ser o órgão ao qual compete “monitorar o cumprimento do Plano de Recuperação”, com vistas a “recomendar ao Estado a suspensão cautelar de execução de contrato ou de obrigação do Estado quando estiverem em desconformidade com o Plano de Recuperação” e a apontar o risco de descumprimento dele (art. 7º, I e VII LC na 159/2017)⁵¹.

Reforço, portanto, a recomendação do Parecer nº 06/2020 JVSM/PG-17 (ainda pendente de visto da PG-02), que analisou a viabilidade jurídica de versão anterior da minuta de Termo de Rescisão. Além de recomendar a submissão da questão ao Conselho de Supervisão do RRF, o referido parecer também recomendou que “*a proposta deve possuir, por parte do Estado, substrato econômico. A decisão de assumir dívida pertencente a outro ente federativo deve restar justificada de modo consistente*”, **com a efetiva demonstração de que o Estado possui condições de pagar a CEDAE.**

Reitero, aqui, a recomendação do Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17 de que o Estado não deve usar de sua posição de acionista controlador da CEDAE para perdoar a dívida ou simplesmente deixar de cobrá-la. Essa postura poderia, inclusive, ser tomada como abuso do poder de controle.

⁴⁸ Conforme informa o Parecer nº 06/2020 JVSM/PG-17, ainda pendente de visto da PG-02, estima-se que o valor aproximado total das dívidas do conjunto de municípios a serem assumidas pelo Estado **pode chegar a casa dos 5 bilhões de reais.**

⁴⁹ Art. 2º (...) § 1º A lei ou o conjunto de leis de que trata o caput deste artigo deverá implementar as seguintes medidas: I – a autorização de privatização de empresas dos setores financeiro, de energia, de saneamento e outros, na forma do inciso 11 do § 1º do art. 4º, com vistas à utilização dos recursos para quitação de passivos.

⁵⁰ Art. 8º **São vedados ao Estado durante a vigência do Regime de Recuperação Fiscal: (...) XI – a celebração de convênio, acordo, ajuste ou outros tipos de instrumentos que envolvam a transferência de recursos para outros entes federativos** ou para organizações da sociedade civil, ressalvados: a) **aqueles necessários para a efetiva recuperação fiscal**; b) as renovações de instrumentos já vigentes no momento da adesão ao Regime de Recuperação Fiscal; c) aqueles decorrentes de parcerias com organizações sociais e que impliquem redução de despesa, comprovada pelo Conselho de Supervisão de que trata o art. 6º; d) **aqueles destinados a serviços essenciais**, a situações emergenciais, a atividades de assistência social relativas a ações voltadas para pessoas com deficiência, idosos e mulheres jovens em situação de risco e, suplementarmente, ao cumprimento de limites constitucionais. (*destacou-se*)

⁵¹ Art. 7º: São atribuições do Conselho de Supervisão: I - monitorar o cumprimento do Plano de Recuperação e apresentar ao Ministério da Fazenda, mensalmente, relatório simplificado sobre a sua execução e sobre a evolução da situação financeira do Estado, com vistas a apontar os riscos ou a ocorrência de desrespeito às vedações de que trata o art. 8º ou de descumprimento das exigências estabelecidas nos incisos VI e VII do § 1º do art. 2º; (...) VII – recomendar ao Estado a suspensão cautelar de execução de contrato ou de obrigação do Estado quando estiverem em desconformidade com o Plano de Recuperação.

Vale lembrar, ainda, que, no caso das indenizações devidas à CEDAE, um caminho possível para contornar o risco de violação ao RRF seria prever, desde logo, nas minutas de convênio de cooperação, autorização para o ERJ repassar o débito para as futuras concessionárias que assumirão a prestação dos serviços. Inclusive, essa alternativa já foi validada pelo Parecer na 07/2019 JVSM/PG-17, contanto que conste previsão no edital e no contrato de concessão. De todo modo, trata-se de decisão sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade do gestor público, a quem cabe decidir sobre o desenho de políticas públicas.

Uma outra alternativa para mitigar os riscos da assunção de dívidas dos municípios pelo ERJ, é inserir previsão, nas minutas de termo de rescisão e de convênio de cooperação e contrato de gerenciamento, no sentido de que, caso as indenizações devidas pela CEDAE ultrapassem um determinado limite (que pode ser o montante recebido pelo ERJ a título de outorga fixa), o ERJ teria direito de regresso em face dos municípios quanto ao montante excedente. Trata-se de alternativa sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade do gestor público e que, de todo modo, também precisaria de ser submetida ao Conselho de Supervisão do RRF, haja vista haver o risco de os municípios não pagarem o Estado.

Outro ponto relevante tratado no Parecer nº 06/2020 NSM/PG-17 diz respeito ao momento do pagamento das indenizações devidas à CEDAE: se o pagamento deve ocorrer necessariamente antes da transferência dos serviços à nova concessionária ou se pode ocorrer em momento posterior. A redação da versão atual da minuta de Termo de Rescisão é silente a respeito. Como o item 2.2. apenas prevê que o Estado compromete-se a contratar serviço técnico especializado a fim de apurar as indenizações devidas, e o item 4.3. condiciona a eficácia do termo à celebração do novo contrato, deduz-se a intenção da minuta de postergar o pagamento das indenizações. Por outro lado, **vale alertar para os riscos jurídicos da postergação do pagamento, em face do advento do novo marco regulatório do saneamento básico (Lei nº 14.026/2020).**

Conforme explicado no Parecer nº 06/2020 JVSM/PG-17, **há, atualmente, um cenário de incerteza jurídica quanto ao momento do pagamento da indenização, mas com uma clara inclinação pela indenização prévia.** Embora a jurisprudência do STJ preveja, no caso dos contratos de concessão, que a indenização pode ser paga *a posteriori*, no caso específico dos contratos de programa, o Decreto nº 6.017/07, que os regulamenta, contém previsões contraditórias a respeito. Por um lado, o art. 35 prevê que a extinção do contrato de programa dependerá de prévio pagamento das indenizações devidas⁵². Por outro lado, o art. 33, XII e §2º prevê que o não pagamento da indenização devida em razão de bens reversíveis ainda não amortizados não impede o titular de retomar os serviços⁵³. Apesar da aparente contradição entre as previsões, entendeu o referido parecer que a interpretação sistemática delas indica a necessidade de indenização prévia.

Essa lógica de indenização prévia se acentuou com o advento do novo marco regulatório do saneamento básico, pois a legislação setorial passou a prever que “a transferência da prestação dos serviços de um prestador para outro será condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados” (art. 42, §5º, da Lei nº 11.445/2007). Pode-se argumentar que essa previsão não atingiria os contratos atuais por serem atos jurídicos perfeitos, porém a Lei nº 14.026/2020 contém regra de transição para os contratos em curso, que prevê o seguinte:

⁵² Art. 35. A extinção do contrato de programa não prejudicará as obrigações já constituídas e dependerá do prévio pagamento das indenizações eventualmente devidas.

⁵³ Art. 33. Os contratos de programa deverão, no que couber, atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e conter cláusulas que estabeleçam: (...) XII – os critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas ao prestador dos serviços, inclusive quando consórcio público, especialmente do valor dos bens reversíveis que não foram amortizados por tarifas e outras receitas emergentes da prestação dos serviços. (...) § 2º O não pagamento da indenização prevista no inciso XII do caput. inclusive quando houver controvérsia de seu valor, não impede o titular de retomar os serviços ou adotar outras medidas para garantir a continuidade da prestação adequada do serviço público.

Art. 13 – Decreto disporá sobre o apoio técnico e financeiro da União à adaptação dos serviços públicos de saneamento básico às disposições desta Lei, observadas as seguintes etapas:

V - **Alteração dos contratos de programa vigentes com vistas à transição para o novo modelo de prestação;**

§1 – Caso a transição referida no inciso V do caput deste artigo exija a substituição de contratos com **prazos** distintos, estes **poderão ser reduzidos ou prorrogados, de maneira a convergir a data de término com o início do contrato de concessão definitivo**, observando-se que:

I – **na hipótese de redução do prazo, o prestador será indenizado na forma do art. 37 da Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.** (*destacou-se*)

Na verdade, o pagamento *a posteriori* contraria a própria lógica constitucional de proteção da propriedade privada, a qual só pode ser tomada com indenização justa, prévia e em dinheiro (art. 5º, XXIV, CRFB). Ainda que o titular do serviço não seja o atual prestador, a retomada e incorporação dos bens é equiparável a desapropriação. Ignorar isso, pode implicar afronta à própria Constituição.

Assim, **opino no sentido de que a minuta de Termo de Rescisão seja alterada para condicionar expressamente a transferência dos serviços ao prévio pagamento da indenização devida à CEDAE.**

Por fim, do ponto de vista formal, cabe observar que a minuta de Termo de Rescisão não indica as autoridades competentes que irão assiná-la como representantes das partes, do Estado e da AGENERSA, de modo que cabe alterá-la para incluir esse dado. Também deve ser observada a exigência de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente para se promover a rescisão amigável do contrato, conforme prevê o art. 79, § 1º da Lei nº 8.666/1993.

4.2. – Minutas de Gestão Associada.

Analisarei conjuntamente as minutas de Convênios de Cooperação e de Contratos de Gerenciamento.

Primeiro, examinarei os aspectos formais, subdivididos em: atendimento às recomendações da PGE-RJ e aos requisitos legais (**Tópico 4.2.1.**); indicação das autoridades competentes para assinar as minutas (**Tópico 4.2.2.**); e sugestões de melhorias na redação (**Tópico 4.2.3.**).

Na sequência, analisarei os demais aspectos das minutas que me chamaram a atenção, agrupados em: abrangência dos poderes delegados ao ERJ e AGENERSA (**Tópico 4.2.4.**); inclusão superveniente de novos municípios nos contratos em curso (**Tópico 4.2.5.**); vigência e estabilização do vínculo de gestão associada (**Tópico 4.2.6.**); questões relativas às outorgas (**Tópico 4.2.7.**); e, por fim, questões relativas ao rateio de ônus financeiros (**Tópico 4.2.8.**).

4.2.1. – Aspectos formais das minutas: atendimento às recomendações da PGE-RJ e aos requisitos legais.

No que diz respeito aos aspectos formais das minutas, destacam-se as seguintes recomendações do Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17:

1. Os Convênios de Cooperação devem especificar a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas (ERJ, titulares dos serviços e AGENERSA);

2. Para fins de clareza e incremento da segurança jurídica, recomendável que a AGENERSA, na qualidade de delegatária das funções de regulação e fiscalização do serviço de saneamento básico, figure como interveniente anuente nos negócios jurídicos coligados celebrados no âmbito do projeto de desestatização (e.g. contratos de programa e de concessão, contratos de interdependência, Convênios de Cooperação).

As minutas parecem atender, de modo geral, à recomendação (1), pois preveem, em cláusulas específicas, os direitos e obrigações do Estado, da AGENERSA e do titular dos serviços. Quanto à distribuição de atribuições entre eles, tratarei em mais detalhes no **Tópico 4.2.4**. Recomendo, todavia, mais algumas alterações pontuais, em atendimento a recomendação (1).

O item 5.3. das minutas de Convênios prevê que os contratos de delegação de serviços públicos devem dispor sobre as atribuições da agência reguladora. Recomendo acrescentar nesse item que os contratos de gerenciamento também devem dispor sobre o ponto.

O item 5.4. das minutas de convênios de cooperação prevê que os contratos de concessão e de produção de água devem ser elaborados em observância à diretriz de não sobreposição das atribuições do ERJ e da agência reguladora. Vale acrescentar a essa previsão os contratos de gerenciamento. No caso específico do Convênio de Cooperação da RMRJ, também vale acrescentar à previsão do item 5.4., os contratos de interdependência.

Em atendimento a recomendação (2), a AGENERSA consta como interveniente anuente nas minutas de convênios de cooperação e de contrato de gerenciamento. As minutas também preveem poderes para a AGENERSA figurar nos contratos de delegação de serviços públicos e no de interdependência como interveniente anuente (item 5.2.1. das minutas de Convênios de Cooperação). Recomendo que seja inserida previsão semelhante à do item 5.2.1. nas minutas de contrato de gerenciamento. E, no caso das minutas de convênio, recomendo alterar o item 5.2.1 para prever que a AGENERSA deve figurar como interveniente anuente nos contratos de gerenciamento.

Além das recomendações da PGE-RJ, as minutas devem atender aos **requisitos formais previstos em lei** para sua edição. **No caso dos contratos de gerenciamento** (espécie de contrato de programa), o artigo 13, §2º da Lei nº 11.107/2005 prevê o rol de cláusulas obrigatórias (incisos I a VI)⁵⁴. Verifiquei se as minutas atendiam aos requisitos previstos nos incisos.

A análise das minutas demonstra que: (a) “os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu” (inciso I) encontram-se disciplinados nas Cláusulas Segunda, Quarta, Quinta, Nona, Décima e Décima Segunda; (b) “as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos” (inciso II) constam da Cláusula Décima Segunda e nos itens 16.3. a 16.6.; e (c) “o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade” (inciso III) é tratado nas Cláusulas Sétima e Décima Terceira.

Como as minutas de contrato de gerenciamento não preveem transferência de pessoal, me parece que também não precisam de prever quem arcará com esse ônus financeiro (**inciso V**). Por outro lado, não localizei nas minutas previsão com “a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado” (**inciso V**) e “o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que

⁵⁴ Art. 13 § 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. (*grifou-se*)

vierem a ser amortizados” (inciso VI). Encontrei apenas uma previsão no item 16.2.2. das minutas de contrato de gerenciamento, no sentido de que o processo de apuração das indenizações será conduzido pela AGENERSA, porém não há previsão de qual o procedimento a ser observado.

Recomendo, em atendimento ao inciso V, do §2º do art. 13, da Lei nº 11.107/2005, que seja inserida previsão nas minutas de contrato de gerenciamento com a relação de bens vinculados aos serviços, ou, então, que elas se remetam a um anexo que contenha esse dado. Essa relação deve indicar quem está cedendo cada bem vinculado aos serviços de saneamento básico; se está sendo cedido pelo Estado do Rio de Janeiro, pela RMRJ ou pelos municípios integrantes do bloco de prestação regionalizada. E, recomendo, em atendimento ao inciso VI, do §2º do art. 13, da Lei nº 11.107/2005, que seja inserida previsão nas minutas de contrato de gerenciamento, do “procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados”.

No caso dos Convênios de Cooperação, como já adiantado, deve ser elaborado Plano de Trabalho, em atendimento ao artigo 116, § 1º da Lei nº 8.666/93. Além disso, recentemente a Lei nº 14.026/2020 inseriu, na Lei nº 11.107/2005, uma previsão no sentido de que “aplicam-se aos convênios de cooperação, *no que couber*, as disposições desta Lei relativas aos consórcios públicos” (art. 1º, §4º). Como se trata de alteração legislativa recente, ainda é incerto quais dos requisitos formais dos consórcios públicos que se aplicam aos convênios de cooperação. Porém em primeira análise, parece-me que se aplicam, ao caso, os requisitos formais do inciso XI do art. 4º da Lei nº 11.107/2005, por se tratar de requisitos para a gestão associada. Confira-se:

Art. 4º São **cláusulas necessárias** do protocolo de intenções as que estabeleçam:

XI – a **autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:**

- a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;
- b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a arca em que serão prestados;
- c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;
- d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;
- e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e

No geral, as minutas de Convênio de Cooperação parecem atender aos requisitos acima. Identificam as competências delegadas (alínea *a*), nas Cláusulas Segunda, Quarta, Quinta e Sexta. Identificam e especificam os serviços de saneamento básico objeto da gestão associada (alínea *b*), nas Cláusulas Primeira e Segunda. Ademais, conferem-se poderes para o ERJ organizar e promover a licitação e figurar nos contratos de concessão e de produção de água (alínea *c*), nos itens 4.2.5. e 4.2.6. e 4.3. (sugiro alguns ajustes na redação mais adiante). Como não é mais permitida a celebração de contrato de programa para fins de delegação dos serviços de saneamento básico (alt. 10, da Lei nº 11.445/2007 c/c art. 13, § 8º, da Lei nº 11.107/2005), parece-me restar dispensado o cumprimento da alínea *d*.

Não localizei nas minutas de convênio de cooperação previsão dos “critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão” (alínea e). Caso não contenham, recomendável acrescentar previsão.

Também não encontrei nas minutas identificação da área em que os serviços de saneamento básico objeto da gestão associada serão prestados (*alínea a*). **Recomendável que seja inserida previsão de anexo às minutas de Convênio de Cooperação, contendo a área da concessão de cada um dos quatro blocos e os municípios que os integram.**

Nessa linha, notei que a minuta de Contrato de Gerenciamento da RMRJ prevê, no seu rol de anexos, o “ANEXO IV – MUNICÍPIOS METROPOLITANOS DE CADA BLOCO”. Me parece pertinente a inclusão, em todas as minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento, de um anexo contendo a composição de todos os municípios que integram os blocos de prestação regionalizada (área da concessão), e não apenas dos municípios metropolitanos.

Noto, ainda, a necessidade de mais algumas alterações pontuais a serem feitas em atendimento aos requisitos formais do inciso IX do art. 4 da Lei nº 11.107/2005.

O item 4.2.5. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ traz previsão de poderes para ERJ promover licitação para celebrar contratos de concessão dos serviços *downstream*. Mesmo que se pretenda proceder com a contratação direta da CEDAE pode ser pertinente, por precaução, garantir ao ERJ poderes para licitar os serviços *upstream* também (Contrato de Produção de Água).

O Item 4.2.6. do Convênio de Cooperação da RMRJ prevê poderes para ERJ celebrar os contratos de concessão e de produção de água, porém não prevê poderes para licitar e figurar nos demais contratos coligados (e.g. contratos de financiamento). Assim, sugiro acrescentar à minuta da RMRJ previsão semelhante à do item 4.3. da minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior. Sugiro a seguinte redação:

“Além dos CONTRATOS DE CONCESSÃO e de PRODUÇÃO DE ÁGUA, as atividades de organização também compreendem a edição e/ou celebração de outros instrumentos jurídicos, com o objetivo de garantir a atuação interdependente e concertada da prestação dos serviços objetos desse CONVÊNIO, podendo o ESTADO, motivadamente, promover processos licitatórios prévios à celebração de outros instrumentos jurídicos coligados que se façam necessários”

O item 4.5. da minuta de Contrato de Gerenciamento dos municípios do interior autoriza a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico do município signatário do contrato em conjunto a "outros municípios". Recomendo a alteração da redação para acrescentar autorização para a prestação integrada dos serviços também com a RMRJ.

4.2.2. – Aspectos Formais das Minutas: Indicação das Autoridades Competentes para Assinar Representando as Partes e a AGENERSA.

Notei que as minutas de convênios de cooperação e de contratos de gerenciamento não contêm a indicação das autoridades competentes para assinar como representantes do Estado, dos titulares dos serviços e da AGENERSA. **Recomendo indicar nas minutas de convênios de cooperação e de contrato de gerenciamento as autoridades competentes para assinar como representantes das partes e da AGENERSA.**

No caso das minutas da RMRJ, deve-se atentar ao fato de que o Governador do Estado é competente para assinar tanto como representante do Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de Chefe do Poder Executivo Estadual, quanto como representante da RMRJ, na qualidade de Presidente

do Conselho Deliberativo da RMRJ (art. 10, *caput* c/c art. 11, §2º, da LCE nº 184/2018⁵⁵ e art. 4º do Regimento Interno do CDRM⁵⁶). É interessante que isso conste expressamente do teimo. Isto é: que o Governador assina tanto como Presidente do CDRM, quanto como Chefe do Poder Executivo estadual.

4.2.3. – Aspectos Formais das Minutas: Sugestões de Melhorias na Redação e Necessidade de Revisão Ortográfica e Gramatical.

Em primeiro lugar, recomendável a promoção de uma revisão ortográfica e gramatical geral das minutas, em especial das minutas de contratos de gerenciamento. Citem-se alguns casos de erros que notei nas minutas de contrato de gerenciamento. Na definição de “concessão” está escrito: “durante os prazos nos contratos de concessão”, Alterar para “durante os prazos *dos* contratos de concessão”. Na definição de “concessionária” está escrito: “sociedade de propósito *específico a serem constituída*”. Alterar para: “sociedade de propósito *específico a ser constituída*”. Está escrito no item 9.2.(i) das minutas: “previstas nas normas legais de todas as esferas da administração pública, *regulamentares e, ainda, contratuais*”. Para fins de paralelismo, alterar a redação para: “previstas nas normas legais de todas as esferas da Administração Pública, *nas normas regulamentares e nas normas contratuais*”.

Em segundo lugar, notei **remissões equivocadas** nas minutas de convênio de cooperação. São os seguintes casos: (i) os itens 10.8, 10.9 e 10.9.1 das minutas de convênios fazem remissões às subcláusulas 2.2. ou 2.4., quando a intenção era se remeter a subcláusula 2.5; (ii) o item 10.11 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ faz remissão à subcláusula 10.8, quando o correto seria se remeter à subcláusula 10.9; e (iii) o item 10.12 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ faz remissão à subcláusula 10.10, quando o correto seria se remeter à subcláusula 10.11. **Cumprir fazer uma revisão final das minutas para checar se não há outras remissões equivocadas e retificá-las, se for o caso.**

Em terceiro lugar, **recomendo uma revisão geral e sistemática das minutas para verificar se há uniformidade no emprego dos termos e expressões definidos nas cláusulas de definições, de forma a evitar vagueza e ambiguidade.**

Nesse sentido, notei que **as minutas não possuem uniformidade ao se referirem aos serviços de saneamento básico.** Dentre as diferentes expressões empregadas citem-se exemplificativamente: “serviços”, “serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário”, “serviços de saneamento básico”, “serviços de água e esgoto”, “serviços de produção de água”, etc. **Recomendável que haja uma uniformização dos termos empregados, optando-se pela adoção de nomenclaturas que tenham sido conceituadas na cláusula de definições.** Uma ideia é que seja criada uma definição para “serviços” ou então que esse termo seja substituído nas minutas por outros que estejam conceituados na cláusula de definições.

As **minutas da RMRJ** são as que mais sofrem com esse problema, porque **não há uma boa delimitação nelas dos “serviços upstream”.** De fato, existe um conceito na cláusula de definições, porém ele não traz o rol de atividades abrangidas na etapa *upstream*. Além disso, de nada adianta conceituar se o conceito não é empregado. As minutas ao se referirem aos serviços *upstream*, via de

⁵⁵ Art. 10. A Região Metropolitana do Rio de Janeiro adotará suas deliberações por meio do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, formado pelo Governador do Estado que o presidirá, pelos Prefeitos dos municípios que integram a Região Metropolitana e por três segmentos da sociedade civil, indicados pelo Conselho Consultivo, todos com direito a vala, com os pesos especificados a seguir: (...). Art. 11, §2º. § 2º Compete ao Presidente do Conselho Deliberativo assinar, após a aprovação do referido colegiado, os contratos de concessão que sejam de responsabilidade da Região Metropolitana. (*grifou-se*)

⁵⁶ Art. 4º - Compete ao Presidente do Conselho Deliberativo assinar, após a aprovação do referido colegiado, os contratos de concessão que sejam de responsabilidade da Região Metropolitana e outros documentos normativos expedidos pelo Conselho.

regra, ou os chamam de “serviços de produção de água” ou de “serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário”. As duas expressões apresentam problemas.

A expressão “serviços de produção de água”, além de não ser conceituada na cláusula de definições, não engloba todas as atividades abrangidas nos serviços *upstream*. Deixa de fora, por exemplo, a captação de água bruta e o fornecimento de água tratada às concessionárias *downstream*. Aliás, chamar de “produção de água” sequer é preciso tecnicamente, já que, na verdade, a água é produzida pela natureza; o que há é o tratamento da água.

Já o uso indiscriminado da expressão “serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário” apresenta o problema de tratar indistintamente dos serviços das etapas *upstream* e *downstream*. O “esgotamento sanitário” não se inclui nos serviços *upstream* e “abastecimento de água”, conforme definido nas minutas, engloba atividades tanto da etapa *upstream*, quanto da *downstream*.

Desse modo, o ideal seria **criar, na cláusula de definições, conceitos apartados para “serviços *upstream*” e “serviços *downstream*” que arrolassem todas as atividades de cada etapa e usar efetivamente essas expressões nas cláusulas que demandarem uma distinção entre os serviços prestados no bojo do contrato de produção de água e os prestados no bojo dos contratos de concessão. E apenas empregar expressões mais amplas quando for tratar de ambos os contratos indistintamente.**

Nessa linha, sugiro a alteração da redação de algumas cláusulas das minutas. Sugiro trocar, na definição de “contrato de produção de água”, a expressão “prestação de serviços de produção de água” por “prestação de SERVIÇOS UPSTREAM” e, conjuntamente, sugiro a alteração da definição de “serviços *upstream*” para que seja elencada nela o rol de atividades abrangidas na etapa *upstream*. Na mesma linha sugiro a substituição de expressões semelhantes contidas, *e.g.*, no item 10.8 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ e no item 6.1.2 da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ.

Sugiro a alteração do item 2.2. da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ, o qual prevê que as concessionárias *downstream* prestarão serviço de “abastecimento de água e esgotamento sanitário”. Essa previsão dá a entender, pelo conceito adotado na cláusula de definição para “abastecimento de água”, que as concessionárias também fariam a coleta e tratamento da água, sendo que, na verdade, essas atividades integram a etapa *upstream*. No lugar, sugiro que seja previsto que a concessionária prestará “serviços *downstream*” e que seja criado um conceito na cláusula de definições arrolando as atividades abrangidas.

Sugiro, também, a substituição do termo “serviços”, no item 8.1. das minutas de contratos de gerenciamento por “serviços de SANEAMENTO BÁSICO” de modo a esclarecer as atividades que serão remuneradas por tarifa.

Recomendo uma revisão geral das minutas para uniformizar os termos empregados para tratar de serviços e, no caso das minutas da RMRJ, para particularizar quando as previsões estiverem tratando apenas dos serviços *upstream* ou apenas dos *downstream*.

Problema semelhante ocorre com as diversas referências a “*municípios*” nas minutas. Não fica claro de quais municípios se está tratando, se seriam apenas os municípios metropolitanos, municípios, no geral, ou todos os municípios integrantes do bloco de delegação. **Assim, pertinente se promover uma revisão geral nas minutas para substituir o termo “municípios” ou por “municípios metropolitanos” ou por “municípios integrantes do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA”, conforme for o caso. Ao longo do parecer comentarei alguns casos em que ISSO ocorre.** Já recomendo, desde logo, uma revisão geral das minutas para sanar essas ambiguidades.

Em quarto lugar, notei nas minutas algumas **redações truncadas, contraditórias, vagas, ambíguas ou topograficamente mal colocadas**. Comentarei os casos a seguir e farei sugestões para melhorar as redações.

O conceito de outorga fixa na cláusula de definição das minutas de contratos de gerenciamento emprega, ao final, a expressão “nos termos deste CONTRATO DE GERENCIAMENTO”. Ocorre que o item 9.1.(v), ao tratar genericamente da outorga fixa se remete aos termos dos convênios de cooperação. Assim, recomendo alterar o conceito empregado na cláusula de definições para prever, no lugar, que será “nos termos do CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO”.

Na mesma linha, a redação do item 9.1.(vi) da minuta de contrato de gerenciamento dos municípios do interior, que trata da outorga variável é confusa. Sugiro que adote, no lugar, a mesma redação do item 9.1.(vi) da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ que apenas se remete ao teor do Convênio de Cooperação.

A topografia da “Cláusula Segunda – Do objeto” das minutas de Contrato de Gerenciamento ficou pouco intuitiva. Isso porque trata da delegação à AGENERSA das atribuições de fiscalização e regulação apenas no último item da cláusula (item 2.7.), de forma bastante apartada da previsão da delegação ao ERJ das atribuições de organização e gerenciamento (item 2.1.). Assim recomendo que atribuições delegadas sejam tratadas em conjunto no item 2.1. (nesse sentido é possível se espelhar na redação da cláusula de objeto das minutas de convênios de cooperação). Outra ideia seria tratar da delegação da regulação e fiscalização logo em seguida no item 2.2. e renumerar os demais.

O item 2.5. das minutas de contratos de gerenciamento prevê o seguinte:

2.5. As atribuições do ESTADO são transferidas sob condição de que os cumpra com as obrigações que lhe cabem de acordo com O CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO c com este instrumento. [SIC – *destacou-se*]

A redação peca, porque as atribuições não pertencem ao Estado, e sim aos titulares dos serviços. A minuta também não traz previsão semelhante para a AGENERSA. Assim, sugiro a seguinte redação:

2.5. As atribuições de organização e gerenciamento dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO são transferidas ao ESTADO e as atribuições de regulação e fiscalização dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO são transferidas à AGÊNCIA REGULADORA, sob a condição de que o ESTADO e a AGÊNCIA REGULADORA cumpram com as obrigações que o CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO e este CONTRATO DE GERENCIAMENTO lhes atribuem.

A redação do item 4.2. das minutas de contratos de gerenciamento, que trata da vigência dos contratos de programa atuais da CEDAE, está confusa, pois lança mão de período muito longo e excesso de informação. Recomendo que seja reescrita a fim de se tornar mais clara e concisa. Sugiro que tome por modelo a redação do item 6.2. das minutas de Convênios de Cooperação que trata do mesmo tema.

O item 4.4. das minutas de contratos de gerenciamento, ao estipular que o conteúdo dos contratos de concessão e de produção de água não pode conflitar com o disposto no contrato de gerenciamento, choca-se com a previsão do item 17.7 das minutas que prevê que, em caso de conflito entre as disposições desses contratos, prevalecerá o disposto nos contratos de concessão e de produção de água quando tiver “maior relevância na matéria em questão”. Para sanar a contradição,

sugiro que a redação do item 4.4. seja alterada para prever que o conteúdo dos contratos de concessão e de produção de água não poderão conflitar com o contrato de gerenciamento, “salvo quando tiverem maior relevância na matéria em questão”.

O item 5.1.1. das minutas de contratos de gerenciamento prevê que a agência reguladora ao editar normas regulamentares deve observar “o disposto no presente CONTRATO”. Sugiro que seja acrescida à redação a necessidade de se observar também o disposto no convênio de cooperação e na legislação.

O item 5.6. das minutas de Contratos de Gerenciamento prevê o seguinte:

5.6. Caberá à AGÊNCIA REGULADORA, no âmbito das atribuições assumidas no presente CONTRATO, proceder com os processos licitatórios ou de contratação direta sempre que cabíveis, nos termos da legislação.

O texto não esclarece se a agência reguladora se limitaria à proceder a licitação e contratação de serviços prestados à própria agência ou se englobaria qualquer objeto relacionado aos serviços de saneamento básico, inclusive a delegação dos serviços de saneamento em si. A redação atual pode causar um conflito de atribuições entre o Estado e a AGENERSA, já que cabe ao ERJ promover a licitação e celebração de contratos de delegação dos serviços de saneamento básico e de outros contratos coligados. Assim, recomendo a alteração da redação para esclarecer esse ponto.

Prevê o item 9.2.(xiv) da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ:

9.2. São obrigações da REGIÃO METROPOLITANA, por meio dos órgãos e entes que integram a sua estrutura de governança ou mediante atuação dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS:

(xiv) pagar, quando forem usuários os órgãos e entidades da administração municipal. as tarifas referentes à prestação dos serviços;

A redação não prevê obrigação de pagamento quando os usuários forem órgãos e entidades metropolitanas (IRM) e, no caso dos serviços prestados aos órgãos e entidades municipais não deixa claro a quem cabe pagar a tarifa. Ademais, “municipal” é um termo genérico que pode englobar municípios de fora da RMRJ. De todo modo, me parece que deve caber aos próprios municípios metropolitanos o pagamento das tarifas dos serviços que são prestados para seus órgãos e entidades. Assim, **sugiro a remoção do item 9.2.(xiv) e o acréscimo dos itens 9.3 e 9.4. com a seguinte redação:**

9.3. A REGIÃO METROPOLITANA deve pagar as tarifas referentes à prestação dos serviços, quando forem usuários os órgãos e entidades metropolitanos.

9.4. OS MUNICÍPIOS METROPOLITANOS devem pagar as tarifas referentes à prestação dos serviços, quando forem usuários os órgãos e entidades que integram suas respectivas Administrações Públicas.

Notei que a ausência, na minuta de Contrato de Gerenciamento dos municípios do interior de previsão semelhante à do item 9.2.(xiv) da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ que

obrigasse ao município pagar pelos serviços prestados. Assim, **sugiro que seja inserida a seguinte previsão na minuta dos municípios do interior:**

9.2. São obrigações do MUNICÍPIO:

(xiv) pagar as tarifas referentes à prestação dos serviços, quando forem usuários os órgãos e entidades municipais.

A parte final da redação do item 11.3 das minutas de contrato de gerenciamento é repetitiva ao empregar “nas condições estabelecidas nos referidos contratos, observadas as condições estabelecidas no CONTRATO DE CONCESSÃO” [SIC]. Sugiro cortar a expressão “nas condições estabelecidas nos referidos contratos”. Ademais, no caso da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ alterar para: “observadas as condições estabelecidas no CONTRATO DE CONCESSÃO e no CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA”. Na mesma linha, no item 11.3.1. da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ, trocar “CONCESSIONÁRIAS” por “OPERADORES”, de modo a abranger os bens afetos aos serviços *upstream*.

4.2.4. Abrangência dos poderes delegados ao ERJ e à AGENERSA, Conselho de Titulares e Comitê de Monitoramento.

Um dos pontos mais delicados quanto à viabilidade jurídica das minutas de gestão associada é a delimitação da extensão de atribuições delegadas, pelos titulares dos serviços (RMRJ e municípios do interior), ao Estado e à AGENERSA⁵⁷. Isso se deve ao fato de ser defesa a renúncia de competências constitucionais (no caso, renúncia a atribuições inerentes à titularidade dos serviços de saneamento básico). Conforme discorri no Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17, a delegação de competências, via instrumentos de gestão associada, na forma do art. 241, da CRFB, é possível, contanto que não seja tão abrangente a ponto de caracterizar uma renúncia velada (ou delegação “em branco”). Contudo, é difícil identificar a partir de que ponto a delegação passa a ser uma renúncia.

No caso da RMRJ, o STF foi ainda mais enfático, na ADI nº 1.842/RJ, ao invalidar, o modelo anterior de Região Metropolitana que concentrava poderes no Estado do Rio de Janeiro. Conforme consta do acórdão⁵⁸:

“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**”. (*destacou-se*)

Assim, para contornar os riscos jurídicos da delegação de competências administrativas, **o ideal é tomar alguns cuidados para manter as atribuições mais essencialmente ligadas ao poder concedente dos serviços de saneamento básico com os titulares dos serviços**. E quais seriam essas atribuições? Não há como precisar com certeza. Ocorrem-me algumas.

Como adiantado, as minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento preveem a delegação das funções de regulação e fiscalização à AGENERSA e das funções de

⁵⁷ Analisei a questão, a fundo, no Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17. Para evitar repetições, remeto-me às considerações que fiz, na ocasião, sobre a viabilidade jurídica da gestão associada e as diferenças entre delegação e renúncia de competências.

⁵⁸ ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

organização e promoção da licitação e de gestão dos contratos (denominadas nas minutas como atividades de “organização” e “gerenciamento”) ao ERJ.

No Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17, ao analisar a viabilidade jurídica, em abstrato, dessa delegação de atribuições, embora eu tenha me posicionado no sentido de que a modelagem concebida pelo projeto seria possível, alertei para os riscos jurídicos de uma delegação tão ampla de poderes ao Estado do Rio de Janeiro e sugeri que os próprios titulares figurassem como signatários dos contratos, ao invés do ERJ. Nesse caso, o ERJ seria uma espécie de mandatário sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços.

Porém, as minutas prosseguiram com a modelagem inicialmente proposta de delegar poderes para o Estado figurar nos contratos e organizar a prestação dos serviços. **Faço algumas sugestões para incrementar a segurança jurídica dos instrumentos de gestão associada e contornar os riscos jurídicos envolvidos.**

Em primeiro lugar, **não fica perfeitamente claro, nas minutas, a extensão das funções que permanecem com os titulares dos serviços.** A proposta inicial do Projeto de Desestatização de Águas e Esgotos submetida à consulta da PGE-RJ é que permanecessem com os titulares as funções de **planejamento setorial, de fiscalização (paralelamente à AGENERSA) e de retomada dos serviços de saneamento básico.**

Dessas três atribuições, apenas a **função de planejamento setorial** é atribuída de forma clara aos titulares dos serviços, em caráter de exclusividade, conforme prevê a Cláusula Terceira dos Convênios de Cooperação. Senti falta de uma cláusula específica com conteúdo semelhante nas minutas de Contrato de Gerenciamento. Assim, **sugiro que seja inserida nas minutas de contrato de gerenciamento cláusula com teor semelhante ao da Cláusula Terceira dos Convênios de Cooperação.**

A atribuição de **retomada dos serviços de saneamento básico**, ao que parece, seria repassada com exclusividade para o Estado (item 10.7.1 das minutas de Convênios de Cooperação). E a **função de fiscalização** contém previsões contraditórias que ora parecem atribuí-la, com exclusividade, à AGENERSA, e ora parecem admitir que os titulares fiscalizem de forma concorrente. Discorrerei sobre essas previsões relativas à fiscalização e à retomada dos serviços em detalhes – adianto que proporei ajustes.

Antes, cumpre destacar que essa falta de clareza quanto às atribuições dos titulares dos serviços já se evidencia logo na Cláusula Segunda das minutas de convênio de cooperação (**item 2.2.**) e de contrato de gerenciamento (**item 2.1.1.**), que tratam do objeto da gestão associada, as quais contêm redações semelhantes. Colaciono, abaixo, para fins ilustrativos, as redações das minutas de Convênio de Cooperação, mas os comentários e sugestões que a seguir aplicam-se também às minutas de Contrato de Gerenciamento. Seguem as redações:

2.2. As atividades inerentes ao **planejamento, à organização, à regulação e à fiscalização** dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário **permanecerão sob a titularidade a Região Metropolitana nas áreas rurais** dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS. (*destacou-se*)

[minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ]

2.2. As atividades inerentes ao **planejamento, à organização, à regulação e à fiscalização** dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário **permanecerão sob a titularidade do MUNICÍPIO nas áreas rurais.** (*destacou-se*)

[minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior]

Essa redação apresenta problemas. Primeiro, como adiantado, delegação de competências não significa (nem deve significar), transferência de titularidade das competências administrativas. Do contrário, equivaleria à renúncia de competências, vedada constitucionalmente. Ao prever que determinadas atribuições “permanecerão sob a titularidade” dos titulares dos serviços, “nas áreas rurais” essa redação sugere que, nas áreas urbanas a titularidade não permanecerá com eles.

Segundo, ao prever o rol de atividades que permanecem com os titulares nas áreas rurais, a minuta não incluiu a atividade que ela mesma denominou de “gerenciamento”. A redação atual dá a entender que o Estado seria responsável pelo gerenciamento dos serviços de saneamento básico, inclusive nas áreas rurais. Se não é essa a intenção, recomendo que se adicione no rol de atividades elencadas a de “gerenciamento”.

Terceiro, ao prever que a função de planejamento permanece com os titulares nas áreas rurais, o item 2.2. sugere que, nas áreas urbanas essa função seria do Estado. Ocorre que, pela leitura sistemática das minutas, a função de planejamento dos serviços parece permanecer com os titulares dos serviços, inclusive, nas áreas urbanas. É o que parece indicar a Cláusula Terceira das minutas de Convênio de Cooperação, que prevê como competência exclusiva do titular, cabendo ao Estado apenas a função de auxílio técnico. De todo modo, O planejamento dos serviços de saneamento básico é uma das atribuições inerentes à titularidade dos serviços, pois diz respeito à definição do desenho da política pública setorial. Isso se extrai, inclusive, da interpretação sistemática da legislação setorial (Lei nº 11.445/2007), que prevê que: (i) cabe aos titulares elaborar os planos de saneamento básico, cabendo ao Estado a função auxiliar de cooperação técnica (art. 9, I c/c parágrafo único⁵⁹ c/c art. 17, §4º⁶⁰); e que (ii) os planos de saneamento básico serão aprovados por atos dos titulares (art. 19, §1º)⁶¹.

Diante desse quadro, **sugiro que as minutas adotem as seguintes redações (com renumeração das subcláusulas seguintes):**

2.2. As atividades inerentes à **organização, ao gerenciamento, à regulação e à fiscalização** dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO **serão exercidas** pela REGIÃO METROPOLITANA **nas áreas rurais** dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS.

2.3. As atividades inerentes ao **planejamento** dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO prestados **nas áreas rurais e urbanas** dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS serão exercidas pela REGIÃO METROPOLITANA, **nos termos da Cláusula Terceira.** (*destacou-se*)

[minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ]

2.2. As atividades inerentes à **organização, ao gerenciamento, à regulação e à fiscalização** dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO **serão exercidas** pelo MUNICÍPIO **nas áreas rurais.**

2.3. As atividades inerentes ao **planejamento** dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO prestados **nas áreas rurais e urbanas serão**

⁵⁹ Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto: I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei, bem como estabelecer metas e indicadores de desempenho e mecanismos de aferição de resultados, a serem obrigatoriamente observados na execução dos serviços prestados de forma direta ou por concessão; (...) Parágrafo único. No exercício das atividades a que se refere o *caput* deste artigo, o titular poderá receber cooperação técnica do respectivo Estado e basear-se em estudos fornecidos pelos prestadores dos serviços.

⁶⁰ Art. 17 § 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.

⁶¹ Art. 19. § 1º Os planos de saneamento básico serão aprovados por atos dos titulares e poderão ser elaborados com base em estudos fornecidos pelos prestadores de cada serviço.

exercidas pelo MUNICÍPIO, nos termos da Cláusula Terceira. (*destacou-se*)

[minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior]

Sugiro, inclusive, que essa redação seja replicada às minutas de Contratos de Gerenciamento, com as devidas adaptações.

Noutro giro, no que diz respeito à função de fiscalização dos serviços, conforme adiantado, as minutas possuem previsões contraditórias, que deixam pouco claro se seria mantido com os titulares algum poder de fiscalização.

Se por um lado, as minutas de contrato de gerenciamento preveem que os titulares dos serviços possuem a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato e aplicar sanções “por intermédio da AGÊNCIA REGULADORA” (item 17.3.2.), por outro lado, preveem, como direito do titular dos serviços, integrar o Comitê de Gerenciamento, “com a finalidade de fiscalizar a execução dos serviços no sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário” (item 9.1.vii) e, como dever do titular, “monitorar a prestação dos serviços através do COMITÊ DE MONITORAMENTO” (item 9.2.xii).

Não fica claro, portanto, se aos titulares cabe fiscalizar os serviços por intermédio da AGENERSA ou por intermédio do Comitê de Monitoramento ou por ambos. Não fica clara, ainda, a abrangência das atribuições do Comitê de Monitoramento. Dentre as cláusulas de definições das minutas ele é conceituado como “órgão colegiado que tem a finalidade de acompanhar a execução dos contratos de delegação pelas concessionárias e pela CEDAE, de forma a proporcionar transparência nas informações quanto aos benefícios socioambientais” (*grifou-se*). Por esse conceito não fica claro quem integra o Comitê, nem se os titulares o integram. Também não fica claro se as atribuições do Comitê se limitam à fiscalização quanto aos aspectos ambientais dos serviços de saneamento básico ou se englobam todos os demais aspectos da prestação dos serviços, como, por exemplo, a verificação de prestação de serviço adequado.

Portanto, recomendo que **as minutas de Convênio de Cooperação e de Contratos de Gerenciamento sejam alteradas para esclarecer a abrangência das atribuições do Comitê de Monitoramento e para explicitar os poderes de fiscalização dos titulares dos serviços.** Parece-me que é inerente à titularidade dos serviços a possibilidade de os titulares fiscalizarem as atividades em paralelo à AGENERSA, até como uma forma de averiguarem se o Estado e a AGENERSA estão cumprindo, de forma satisfatória, os termos do convênio de cooperação e do contrato de gerenciamento, que legitimam e condicionam suas atribuições. **Pode ser pertinente, para fins de maior eficiência na coordenação dos múltiplos titulares, condicionar que esse acompanhamento da prestação dos serviços pelos titulares seja realizado necessariamente por intermédio do Comitê de Monitoramento.** A redação atual das minutas parece fazer isso, mas isso pode ficar mais claro.

Quanto à **prerrogativa de retomada dos serviços de saneamento**, as minutas de Convênio de Cooperação a atribui, no item 10.7.1., exclusivamente ao Estado. Colaciono abaixo, para fins ilustrativos, a redação da minuta da RMRJ, mas os comentários e recomendações que eu fizer quanto a ela também se aplicam à minuta de convênio dos municípios do interior. Segue a redação:

10.7.1. A **celebração, alteração, modificação e extinção do CONTRATO DE CONCESSÃO** e o **CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA** referidos nesse item será realizada **exclusivamente pelo ESTADO, sem a necessidade de anuência ou intervenção da REGIÃO METROPOLITANA, observadas as atribuições atinentes aos CONSELHOS DE TITULARES.** (*destacou-se*)

Recomendo que a redação do item 10.7.1. seja alterada para prever que, neste caso, o Conselho de Titulares deverá ser ouvido e deverá ter poder de veto. Faça essa recomendação não só porque a prerrogativa de decidir pela forma de prestação do serviço (se diretamente ou por delegação) parece ser inerente à titularidade dos serviços, como também porque a própria LCE nº 184/2018 prevê expressamente, como atribuição do CDRM, “autorizar a retomada da operação dos serviços” de saneamento básico (art. 11, VII, d)⁶².

Ainda que se mantenha com o ERJ a atribuição de promover a retomada, a decisão final me parece que tem que partir de deliberação conjunta dos titulares dos serviços que integrem o mesmo bloco de prestação regionalizada. Nessa linha, nota-se que a parte final do item 10.7.1. acima se remete à figura do Conselho de Titulares, embora não deixe claro o papel que ele teria na retomada dos serviços (“observadas as atribuições atinentes aos CONSELHOS DE TITULARES”). **Daí o indicado fortalecimento do Conselho de Titulares, com poder de veto em casos sensíveis.**

Pela redação atual das minutas, **não fica clara a extensão das atribuições do Conselho de Titulares.** O conceito adotado nas cláusulas de definições das minutas, prevê que se trata de órgão colegiado composto pelos titulares dos serviços que integrem o mesmo bloco de prestação regionalizada “visando a assegurar a participação consultiva dos titulares em decisões atinentes à execução do CONTRATO DE CONCESSÃO, nos termos do CONTRATO DE GERENCIAMENTO”. Ora, me parece que **para questões inerentes à titularidade dos serviços o Conselho de Titulares deveria ter algum caráter decisório – como é o caso da retomada.**

Também me parece **pertinente atribuir ao Conselho de Titulares a prerrogativa de participação no processo de apuração de bens reversíveis e de indenizações decorrentes do término dos contratos** de gerenciamento, de produção de água, de concessão e de interdependência, já que, embora, num primeiro momento, os bens revertam ao ERJ, depois o ERJ se compromete a repassá-los aos titulares (itens 11.4.1. e 11.4.2. dos Contratos de Gerenciamento). **Tal participação pode se dar com caráter consultivo de mero acompanhamento fiscalizatório.**

Ainda quanto à retomada dos serviços, notei que **as minutas de contrato de gerenciamento não contêm previsão, no rol de direitos e obrigações das partes (Cláusulas Nona e Décima), do poder para decidir sobre a retomada dos serviços.** Ou seja, não atribuí nem ao Estado, nem aos titulares. A única regra a respeito é aquela prevista no item 10.7.1. supratranscrito do Convênio de Cooperação. Recomendo a uniformização, em linha com o exposto acima.

Por fim, assim como os itens 4.2.3 c/c 4.2.4 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ estabelecem que cabe ao CDRM ratificar as versões finais de minutas de editais, contratos e anexos elaboradas pelo ERJ, recomendável que seja acrescida previsão semelhante à minuta de convênios de cooperação dos municípios do interior, conferindo a esses municípios o poder de ratificação das minutas, haja vista também serem titulares dos serviços.

4.2.5. Inclusão Superveniente de Novos Municípios nos Contratos em Curso.

Conforme orientação do Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17, com a instituição da Região Metropolitana do Rio de Janeiro pela LCE nº 184/2018, a titularidade dos serviços de saneamento básico passa a ser da RMRJ, logo os municípios metropolitanos não podem mais contratar o serviço individualmente; trata-se de incumbência da RMRJ. Contudo, o Parecer esclarece que os contratos de concessão em curso celebrados antes do advento da LCE nº 184/2018, entre municípios

⁶² 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: (...) d) autorizar a retomada da operação dos serviços, nos casos e condições previstos em lei e nos documentos contratuais. (destacou-se)

metropolitanos e concessionárias privadas, por serem atos jurídicos perfeitos, estão preservados até seu termo final ou outra causa extintiva, vedada a prorrogação a qualquer título. Assim, tais municípios⁶³, enquanto perdurarem tais contratos, ficam de fora das delegações dos serviços de saneamento básico promovidas pelo ERJ em nome da RMRJ.

Conforme consignado no Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17, perante o futuro encerramento dos contratos vigentes celebrados por municípios metropolitanos com outras delegatárias que não a CEDAE, há duas alternativas igualmente válidas: (a) prever, desde logo, nas minutas de edital e demais negócios jurídicos coligados a serem celebrados no âmbito da gestão associada dos serviços a absorção desses municípios no decurso dos novos contratos metropolitanos; (b) a RMRJ licitar e conceder, posteriormente, de forma apartada, os serviços prestados nesses municípios.

Independentemente da alternativa eleita, o Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e o Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17 recomendaram que tais municípios fossem ressalvados nominalmente nas minutas de negócios jurídicos coligados a serem celebrados no âmbito da gestão associada, porque tanto a absorção futura deles às concessões, quanto a não absorção impacta no valor a ser apresentado pelos licitantes no momento das posturas.

Em atendimento às recomendações dos pareceres da PGE-RJ, as minutas de Convênios de Cooperação elencam todos os municípios metropolitanos que, inicialmente, ficarão de fora dos contratos metropolitanos e preveem que, ao término dos contratos municipais em curso, o titular dos serviços pode decidir por incluir os serviços prestados nesses municípios nos blocos de prestação regionalizada, observado o procedimento estabelecido no contrato de gerenciamento (itens 2.5., 2.5.1. e 10.8.). As minutas de convênio indicam, inclusive, em quais blocos de prestação regionalizada os serviços prestados nesses municípios seriam inseridos (item 10.9.1.). Deixam de fora da prestação integrada, apenas os serviços de esgotamento sanitário prestados no município de Maricá, que continuariam com a estatal SANEMAR (item 2.5.2.). Sobre a possibilidade de manutenção da prestação dos serviços com a SANEMAR, para evitar repetições, remeto-me aos comentários que fiz no **Tópico 3**.

No caso específico da minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior, recomendo ajuste na redação do item 10.8., pois prevê que ao término de cada concessão em curso dos municípios metropolitanos “que esteja dentro do escopo territorial do MUNICÍPIO, o município poderá decidir pela inclusão dos referidos serviços públicos no objeto dos CONTRA TOS DE CONCESSÃO”. Ora, por lógica que os serviços prestados nos municípios metropolitanos não estão “dentro do escopo territorial do município” do interior; são municípios diferentes. Alterar a redação para prever que se trata de serviços a serem inclusos “dentro do escopo territorial do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA” do qual o município do interior faz parte.

No caso das minutas de contratos de gerenciamento, a inclusão de novos municípios nos blocos de prestação regionalizada no decurso dos contratos celebrados pelo ERJ é regulada pela Cláusula Décima Quarta. Chama a atenção a previsão do item 14.1., abaixo colacionada:

14.1.0 ESTADO, juntamente com a AGÊNCIA REGULADORA, poderá incluir serviços públicos de SANEAMENTO BÁSICO no CONTRATO DE CONCESSÃO mediante manifestação favorável do MUNICÍPIO, caso o serviço público a ser incorporado seja de titularidade do MUNICÍPIO.

⁶³ Os pareceres da PGE-RJ sobre o Projeto de Desestatização trataram do caso dos municípios de Niterói, Petrópolis e Guapimirim que contrataram concessionárias privadas via licitação. Porém, as versões atuais das minutas a serem analisadas também excepcionaram do projeto outras concessões. É o caso da dos municípios de Macaé, Rio das Ostras e São João de Meriti e da Área de Planejamento nº 5 (AP-5) do Município do Rio de Janeiro, cujos serviços foram concedidos a concessionárias privadas e do Município de Maricá, cujos serviços são prestados por empresa estatal do próprio município. A esses outros casos também se aplicam os entendimentos dos precedentes da PGE-RJ sobre os municípios de Niterói, Petrópolis e Guapimirim. O caso específico de Maricá foi abordado no **Tópico III**.

Para tanto, caberá ao ESTADO notificar a CONCESSIONÁRIA atuante no BLOCO em que o serviço será incluído, no prazo mínimo de 1 (um) ano antes do advento do **termo final daquele contrato**. *(destacou-se)*

[minuta de contrato de gerenciamento dos municípios do interior]

14.1. O ESTADO, juntamente com a AGÊNCIA REGULADORA, poderá incluir serviços públicos de SANEAMENTO BÁSICO nos CONTRATOS DE CONCESSÃO mediante **prévia manifestação favorável da REGIÃO METROPOLITANA, caso o serviço público a ser incorporado seja de titularidade da REGIÃO METROPOLITANA**. Para tanto, caberá ao ESTADO notificar a CONCESSIONÁRIA atuante no BLOCO em que o serviço será incluído, no prazo mínimo de 1 (um) ano antes do advento do **termo final daquele contrato**.

14.1.1. Para atendimento da subcláusula acima, caberá ao ESTADO solicitar a **ratificação** da inclusão dos serviços **pele Conselho Deliberativo da Região Metropolitana**. *(destacou-se)*

[minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ]

Há alguns problemas nesses itens. Em primeiro lugar, nota-se uma diferença sutil entre a minuta da RMRJ e a dos municípios do interior, já que a da RMRJ prevê que a manifestação favorável tem que ser prévia e a dos municípios é silente a respeito. Assim, sugiro que na minuta dos municípios do interior se troque a expressão “manifestação favorável” por “prévia manifestação favorável” de modo a esclarecer esse ponto. É de se considerar a pertinência, para fins de coordenação dos titulares dos serviços, de atribuir a decisão de inclusão de novos municípios aos Conselhos de Titulares de cada bloco de prestação regionalizada, ao invés de ser mediante manifestação individualizada de cada titular (**v. Tópico 4.2.4**).

Ademais, considero pertinente incluir na minuta de contrato de gerenciamento dos municípios do interior previsão semelhante à do item 14.1.1. da minuta da RMRJ, de modo que todos os titulares dos serviços ratifiquem a decisão. Essa atribuição de ratificação também pode ser centralizada no Conselhos de Titulares para fins de coordenação.

Em segundo lugar, pela redação atual não fica claro se a “prévia manifestação” de que trata o item 14.1. da minuta da RMRJ e a “ratificação” de que trata o item 14.1.1. da minuta são a mesma manifestação ou se são duas manifestações em momentos distintos. Alterar redação para esclarecer isso.

Em terceiro lugar, no caso da minuta da RMRJ, é preciso alterar a redação do item 14.1. para incluir, para além do Contrato de Concessão, o “Contrato de Produção de Água”. Na mesma linha, é preciso alterar os itens 14.1. e 14.2. da minuta, que preveem que a concessionária deve ser notificada da inclusão. Incluir, nesses itens, a CEDAE (caso seja mantida a contratação direta dela). A redação da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ passa por problema semelhante. Alterar o item 10.8 para incluir O “Contrato de Produção de Água” e alterar o item 10.9 para incluir a CEDAE (caso seja mantida a contratação direta dela).

Em quarto lugar, a parte final do item 14.1. das minutas prevê a necessidade de notificação “no prazo mínimo de 1 (um) ano antes do advento do termo final **daquele contrato**”. A expressão “daquele contrato” é excessivamente vaga. Não fica claro de que contrato se trata. O único contrato que é mencionado anteriormente na redação é concessão na qual o novo serviço de saneamento básico será incluso. Alterar a redação para esclarecer esse ponto.

Em quinto lugar, o item 14.1. da minuta de contrato de gerenciamento dos municípios passa por problema parecido ao do já comentado item 10.8. da minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior. A expressão “caso o serviço público a ser incorporado seja de titularidade do

MUNICÍPIO”, não faz o menor sentido, considerando que os serviços a serem incluídos, no bloco de prestação regionalizada, são, na verdade, de titularidade de RMRJ ou então de outros municípios do interior. Na verdade, a redação passa pelo problema justamente de não deixar claro se está tratando de inclusão apenas de municípios metropolitanos, na ocasião do término de seus contratos, ou se abrange também a inclusão superveniente de outros municípios do interior. Alterar redação para esclarecer esse ponto. Pela redação atual do item 14.1., a intenção parece ser tratar apenas da inclusão de municípios metropolitanos. Isso fica mais claro na redação da minuta da RMRJ por se referir a serviços “de titularidade da REGIÃO METROPOLITANA”.

De todo modo, como assentado no Parecer nº 05/2020 – ASA, é possível a inclusão tanto de novos municípios metropolitanos, quanto de novos municípios do interior nos blocos de prestação regionalizada, **contanto que atendidos aos seguintes requisitos, sem exclusão de outros a serem verificados perante cada caso concreto:**

“(a) a necessidade de previsão genérica dessa possibilidade nos editais, negócios jurídicos e atos administrativos ou legislativos da concessão originária, inclusive como cláusula exorbitante impositiva unilateralmente à concessionária; (b) presença, a ser verificada no eventual caso futuro concreto, dos requisitos da inexigibilidade de licitação por parte do município entrante; (c) alteração à época dos instrumentos originários integrantes de uma cadeia complexa de atos unilaterais, negociais, planos e leis, em respeito ao princípio do paralelismo das formas; (d) apreciação e eventual implementação do equilíbrio econômico-financeiro em razão da entrada de um novo município, seja favorável ou contrariamente à concessionária; (e) diretriz geral, o respeito aos percentuais previstos pela Lei nº 8.666/93, art. 65; (f) como regra, o serviço deve ser remunerado, ou, no mínimo, deverá ser estabelecido mecanismo de compensação ou contrapartida; (g) a prestação deve ser aprovada pelo Conselho Deliberativo da RM, com base no Art. 11, § 4º da LCE nº 184/2018; e (h) a prestação do serviço não pode, em hipótese alguma, implicar prejuízo à prestação do serviço em questão a entes já integrantes do pala ativo da concessão.

Como se vê, os **requisitos de (b) a (h) só podem – e devem – ser aferidos diante dos casos concretos** de inclusão de novos municípios que venham a ocorrer no futuro”. *(destacou-se)*

Caso se cogite incluir futuramente nos blocos de prestação regionalizada, após a celebração dos contratos de concessão, novos municípios do interior, se mostra necessário atender aos requisitos supratranscritos. Se for o caso, necessário alterar a redação das minutas de convênios de cooperação e de contratos de gerenciamento, pois a redação atual parece abarcar apenas os municípios metropolitanos.

Vale observar que, no caso de inclusão de municípios metropolitanos, as minutas parecem respeitar as recomendações do Parecer nº 05/2020 – ASA, pois preveem, genericamente, a possibilidade de inclusão dos municípios, preveem a necessidade de prévia aprovação pelo CDRM e preveem a necessidade de promoção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Outros requisitos elencados no parecer só podem ser aferidos diante dos casos concretos.

Diante de todas as observações feitas sobre a redação do item 1.4. das minutas de contratos de gerenciamento, sugiro que seja adotada a seguinte redação *(inclusões propostas em destaque)*:

14.1. O ESTADO, juntamente com a AGÊNCIA REGULADORA, poderá incluir, no CONTRATO DE CONCESSÃO, serviços públicos de SANEAMENTO BÁSICO **prestados nos municípios indicados na subcláusula 10.9.1. do CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO e em outros municípios de fora do BLOCO**, mediante **prévia** manifestação favorável do MUNICÍPIO, **na forma da subcláusula 14.1.1.** Para tanto, caberá ao ESTADO notificar a CONCESSIONÁRIA atuante no BLOCO em que o serviço será incluído, no prazo mínimo de 1 (um) ano antes do advento do termo final **do contrato de concessão vigente do município em que é prestado os serviços a serem inclusos no BLOCO.**

14.1.1. Para atendimento da subcláusula **14.1.** caberá ao ESTADO solicitar a ratificação da inclusão dos serviços pelo **CONSELHO DE TITULARES, que deverá observar o procedimento de deliberado previsto no ANEXO III.**

14.1.2. **Após a ratificação nela CONSELHO DE TITULARES, de que trata a subcláusula 14.1.1.,** caberá ao ESTADO solicitar a ratificação da inclusão dos serviços pelo Conselho Deliberativo da REGIÃO METROPOLITANA.

[minuta de contrato de gerenciamento dos municípios do interior]

14.1. O ESTADO, juntamente com a AGÊNCIA REGULADORA, poderá incluir, nos CONTRATOS DE CONCESSÃO **e no CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, conforme o caso,** serviços públicos de SANEAMENTO BÁSICO **prestados nos municípios indicados na subcláusula 10.9.1. do CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO e em outros municípios de fora do BLOCO**, mediante prévia manifestação favorável da REGIÃO METROPOLITANA, **na forma da subcláusula 14.1.1.** Para tanto, caberá ao ESTADO notificar a CONCESSIONÁRIA atuante no BLOCO em que o serviço será incluído **e, quando for o caso, a CEDAE,** no prazo mínimo de 1 (um) ano antes do advento do termo final **do contrato de concessão vigente do município em que é prestado os serviços a serem inclusos no BLOCO.**

14.1.1. Para atendimento da subcláusula **14.1.,** caberá ao ESTADO solicitar a ratificação da inclusão dos serviços pelo **CONSELHO DE TITULARES, que deverá observar o procedimento de deliberado previsto no ANEXO V.**

14.1.2. **Após a ratificação pelo CONSELHO DE TITULARES, de que trata a subcláusula 14.1.1.,** caberá ao ESTADO solicitar a ratificação da inclusão dos serviços pelo Conselho Deliberativo da REGIÃO METROPOLITANA.

[minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ]

Faço mais duas observações sobre o item 4.1. A primeira observação diz respeito à remissão que propus, na nova redação do item 14.1., à subcláusula 10.9.1. do Convênio de Cooperação. Essa subcláusula traz a previsão de quais os municípios metropolitanos que serão incluídos em cada bloco de prestação regionalizada. Recomendo que seja incluída previsão semelhante na Cláusula Décima Quarta dos Contratos de Gerenciamento. Após tomada essa providência, caso se adote a redação que propus para o item 14.1., recomendo que ela seja alterada para fazer remissão à subcláusula do

próprio contrato de gerenciamento que tenha conteúdo equivalente à da 10.9.1. do Convênio de Cooperação.

E a segunda observação diz respeito ao anexo que disciplina o Conselho de Titulares. Caso se adote a redação que propus, necessário verificar se a redação desse anexo prevê algum procedimento de deliberação. Caso não preveja, seria interessante alterá-lo para prever. Também importante incluir nas atribuições do Conselho manifestação sobre a inclusão de novos serviços no bloco de prestação regionalizada.

Por fim, o item 4.3 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ e o item 4.3.1 da minuta de convênios de cooperação dos municípios do interior preveem que “*As PARTES celebrarão CONTRATO DE GERENCIAMENTO que disporá sobre as obrigações, forma de execução, compartilhamento das obrigações e responsabilidade por eventual ônus financeiro*”. Recomendável inserir previsão semelhante na Cláusula Quinta das minutas de convênio, que trata das funções de regulação e fiscalização, prevendo que o contrato gerenciamento também disciplinará sobre a delegação dessas atividades.

4.2.6. Vigência e Estabilização do Vínculo de Gestão Associada.

Uma das grandes preocupações do Projeto de Desestatização de Águas e Esgotos é estabilização dos vínculos dos instrumentos de gestão associada celebrados entre o ERJ e os titulares dos serviços. Diversas consultas foram submetidas para a PGE-RJ, que fez recomendações para incrementar a estabilidade, com destaque para aquelas do Parecer n° 09/2019 – ARCY/PG-17 e do Parecer n° 3ª/2020 – PGE/PG-17/ARCY.

No geral, as minutas adotaram as recomendações da PGE-RJ relativas à estabilização do vínculo de gestão associada. Vale destacar o atendimento às recomendações de: **(i)** celebração de contratos de programa (*i.e.* minuta de “contratos de gerenciamento”), em associação aos convênios de cooperação; **(ii)** inserção de cláusula nas minutas prevendo que os titulares dos serviços estão cientes dos termos dos negócios jurídicos celebrados pelo ERJ, na qualidade de mandatário deles (**item 10.7.** das minutas de Convênio de Cooperação e **item 17.9** das minutas de Contratos de gerenciamento); **(iii)** inserção de cláusula nas minutas prevendo que os demais negócios jurídicos coligados continuam vigentes em caso de extinção antecipada dos convênios de cooperação e dos contratos de gerenciamento (**itens 6.3. e 8.2.** das minutas de Convênios de Cooperação e **itens 13.2., 13.3., 16.2. e 16.2.1.** das minutas de Contratos de Gerenciamento); **(iv)** previsão de indenizações e multas em caso de rescisão unilateral dos contratos de gerenciamento (**itens 16.3. a 16.6.** das minutas de Contratos de Gerenciamento); **(v)** vinculação do prazo de vigência dos convênios e dos contratos de gerenciamento ao prazo dos contratos de delegação de serviços públicos (**itens 7.2. e 7.2.1.** das minutas de convênios de cooperação e o item 6.2. das minutas de contrato de gerenciamento). Para fins de estabilização do vínculo de gestão associada foi prevista, ainda, nas minutas de contratos de gerenciamento, que **(vi)** em caso de extinção antecipada do contrato, os bens vinculados à prestação regionalizada permanecerão vinculados à prestação dos serviços, sem prejuízo das eventuais indenizações cabíveis (**item 11.4.**).

Tenho algumas observações a fazer em relação a essas previsões.

Em primeiro lugar, volto-me às previsões que regulam as **indenizações e multas devidas em razão da rescisão unilateral** do contrato de gerenciamento por parte dos titulares dos serviços (itens 16.3. a 16.6).

O item 16.3. das minutas prevê que caso os titulares dos serviços rescindam unilateralmente o contrato de gerenciamento devem pagar multa no valor de 20% da outorga fixa não amortizada. A redação não é clara quanto para quem é devida a multa, se para o Estado, se para a AGENERSA, se para as concessionárias, se para os demais titulares do serviço que integrem o bloco de delegação, se para todos esses atores. Assim cabe alterar a redação para esclarecer esse ponto. Também faltou

prever qual seria a base de cálculo da multa caso a outorga fixa já tenha sido amortizada por ocasião do término do contrato.

No caso da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ há, ainda, uma contradição entre a previsão do item 16.3 e 16.4., já que no 16.3. é prevista uma multa de 20% da outorga fixa e no 16.4. é prevista uma multa de 10% da outorga fixa. Recomendo sanar a contradição. Sugiro retirar a menção da multa do item 16.4., tomando como base a redação do item 16.4. do contrato de gerenciamento dos municípios do interior.

O item 16.4. das minutas trata da indenização a ser paga pelos titulares dos serviços às delegatárias de serviços públicos. A redação é um tanto quanto confusa. Diz que a indenização deve considerar os investimentos ainda não amortizados e a outorga fixa não amortizada. Ocorre que a outorga fixa não é devida à concessionária, e sim *pela* concessionária. Assim, cabe alterar a redação para esclarecer que a outorga fixa não amortizada deve ser abatida do valor das indenizações devidas. Talvez seja pertinente se remeter aos critérios de repartição dos ônus financeiros da indenização por investimentos não amortizados previstos na Cláusula Décima Segunda.

O item 16.5. prevê que, que na hipótese em que os titulares decidirem rescindir o contrato de gerenciamento, ficarão obrigados “*a ressarcir os investimentos relativos à prestação dos serviços de água e esgotamento sanitário previamente à assunção do serviço*”. Essa redação não deixa claro: (i) se os titulares devem ressarcir investimentos realizados apenas em seus territórios ou se em todo bloco de prestação regionalizada; (ii) qual o marco temporal abrangido nas indenizações devidas: “*previamente à assunção dos serviços*” pela delegatária de serviços públicos ou pelo titular que retoma?; (iii) a quem cabe indenizar: ao Estado ou diretamente à delegatária de serviços públicos? Além disso, investimentos realizados pelo Estado e/ou realizados pela delegatária? Reformular a redação para esclarecer esses pontos.

Em segundo lugar, tenho algumas observações a fazer em relação às **cláusulas de vigência** dos convênios de cooperação e dos contratos de gerenciamento.

No caso dos **contratos de gerenciamento**, o item 6.1. das minutas dos contratos prevê que o prazo de vigência deles será de 40 anos a contar da transferência do sistema de água e esgotamento sanitário aos operadores. Ocorre que tal prazo diverge do prazo previsto para os contratos de concessão, que, segundo o item 2.1. das minutas de convênio de cooperação, é de 35 anos.

A Lei nº 11.107/2005, que regulamenta os contratos de programa, não contém previsão a respeito do prazo desses contratos, mas prevê que a eles se aplica subsidiariamente a legislação aplicável às concessões de serviços públicos (art. 13, §1º, I)⁶⁴. Caso a concessão de saneamento básico objeto das minutas de contratos de gerenciamento seja uma PPP, me parece que os contratos de gerenciamento se sujeitam aos requisitos formais da legislação que regula as PPPs. Se for o caso, por via das dúvidas, mais prudente fixar o prazo do contrato de gerenciamento também em 35 anos (art. 5, I, da Lei nº 11.079/2004)⁶⁵, a fim de evitar questionamentos.

Já no caso dos **convênios de cooperação**, o item 8.1. das minutas prevê, como hipótese de extinção do convênio, o “*término da vigência, nos termos deste CONVÊNIO*”. Ocorre que **a minuta não fixou prazo de vigência** para o convênio, o que torna a previsão sem nexo. Outras previsões que ficam sem sentido, ante a ausência de um prazo determinado de vigência, são as dos itens 7.2. e 7.2.1 das minutas que dispõem sobre prorrogação automática do convênio de forma a coincidir com os prazos dos contratos de delegação de serviços públicos.

⁶⁴ Art. 13 § 1º. O contrato de programa deverá: I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos (...). (*grifou-se*)

⁶⁵ Art. 52. As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos. incluindo eventual prorrogação; (*grifou-se*)

A doutrina tradicional entende que não há obrigatoriedade de previsão de prazo determinado de vigência para os convênios, em função do entendimento majoritário no sentido de que seriam instrumentos de natureza precária, denunciáveis a qualquer tempo pelos partícipes.⁶⁶

Contudo, pode ser interessante prever um prazo determinado para os convênios de cooperação sob análise, visto que há interesse em conferir estabilidade ao vínculo convenial, de modo a prevenir o risco de paralização dos serviços de saneamento básico.

De todo modo, recentemente a Lei nº 14.026/2020 acrescentou à lei dos consórcios públicos (Lei nº 11.107/2005) previsão no sentido de que “aplicam-se aos convênios de cooperação, *no que couber*, as disposições desta lei relativas aos consórcios públicos” (art. 1º, §4º). Ocorre que essa mesma lei prevê que o prazo de duração é cláusula essencial do protocolo de intenções do consórcio público (art. 4º, I)⁶⁷. Assim, a princípio, caso se entenda que é cabível a aplicação do art. 1º, §4º aos convênios de cooperação, seria necessária a previsão de um prazo determinado de duração para eles. Por outro lado, o Decreto nº 6.017/2007, que regulamenta a lei de consórcios públicos, admite que o protocolo de intenções tenha prazo indeterminado (art. 5º, I)⁶⁸. Diante da incerteza jurídica quanto a necessidade de prever um prazo determinado para os convênios de cooperação, **há duas alternativas**: (i) não prever um prazo e retirar previsões sobre prorrogação automática e extinção por advento do termo; (ii) prever um prazo específico e manter as previsões de prorrogação automática e de extinção por advento do termo. **Sugiro prever um prazo específico, pois além de evitar questionamentos, confere maior estabilidade ao convênio de cooperação. Esse prazo, inclusive, pode ser semelhante ao do contrato de concessão**, conforme recomendou o Visto do Parecer nº 3A/2020 – PGE/PG-17/ARCY.

Há um outro problema em se vincular a vigência dos Convênios de Cooperação e dos Contratos de Gerenciamento aos prazos dos contratos de delegação de serviços públicos: ainda que comecem com o mesmo prazo de vigência, cada contrato pode terminar em momentos distintos. Para contornar isso, recomendo a alteração da redação dos itens 7.2. e 7.2.1. das minutas de convênios de cooperação e do item 6.2. das minutas de contrato de gerenciamento, para prever que a prorrogação automática do prazo de vigência ocorrerá de modo a coincidir com o prazo de vigência do contrato mais longo.

Por fim, tenho algumas observações a fazer quanto a **reversão de bens**. O item 11.4. das minutas de contrato de gerenciamento prevê que “ao término deste CONTRATO DE GERENCIAMENTO, todos os bens vinculados à prestação regionalizada permanecerão destinados à prestação dos serviços, sem prejuízo das eventuais indenizações cabíveis”.

Porém essa redação não leva em conta a hipótese de os contratos de delegação de serviços públicos se encenarem antes do contrato de gerenciamento ou de o titular do serviço retomá-lo antes do término do contrato de gerenciamento. Nesses casos, se o titular não quiser mais participar da prestação integrada dos serviços, não faz sentido que os bens de sua propriedade continuem vinculados aos serviços. É preciso prever alguma regra diferente para esse tipo de situação.

A minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ prevê que “a reversão dos bens vinculados ocorrerá em favor dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS” (item 11.4.1.) e que cabe ao Estado “transferir a reversão dos bens vinculados à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços aos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS” (item 11.4.2.). Parece-me, porém, que tais bens deveriam reverter em favor da RMRJ que é a titular dos serviços.

⁶⁶ Cf.: RESENDE, Maria Leticia Rodrigues Guimarães Araújo. Convênio de cooperação: sinônimo de convênio administrativo? *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 8, n. 14, p. 111-130, jan./jun. 2016.

⁶⁷ Art. 4º. São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam: I – a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio (*grifou-se*)

⁶⁸ Art. 5º. O protocolo de intenções, sob pena de nulidade, deverá conter, no mínimo, cláusulas que estabeleçam: I – a denominação, as finalidades, o prazo de duração e a sede do consórcio público, admitindo-se a fixação de prazo indeterminado e a previsão de alteração da sede mediante decisão da Assembleia Geral.

Ademais a expressão “transferir a reversão dos bens vinculados” empregada no item 11.4.2. das minutas de contratos de gerenciamento não é a tecnicamente mais adequada. **Sugiro que o item 11.4.2 das minutas adote a seguinte redação:**

“11.4.2. Após promover a reversão dos bens vinculados à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO, na qualidade de gerenciador da PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, caberá ao Estado transferir os bens revertidos ao MUNICÍPIO”

[minuta de Contrato de Gerenciamento dos municípios do interior]

“11.4.2. Após promover a reversão dos bens vinculados à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO, na qualidade de gerenciador da PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, caberá ao Estado transferir os bens revertidos à REGIÃO METROPOLITANA”

[minuta de Contrato de Gerenciamento da RMRJ]

4.2.7. Questões Relativas às Outorgas Fixa e Variável.

As minutas de Convênio de Cooperação e de Contrato de Gerenciamento preveem dois tipos de outorga: a **outorga fixa**⁶⁹ (paga pelas concessionárias como requisito para assumir a concessão dos serviços) e a **outorga variável**⁷⁰ (compartilhamento mensal da receita auferida pela concessionária).

Conforme se extrai do Parecer nº 09/2019 – ARCY/PG-17 e do Parecer nº 07/2019 – JVSM/PG-17, as receitas decorrentes das outorgas fixa e variável dos serviços de saneamento básico a serem concedidos pertencem aos titulares dos serviços (*i.e.* RMRJ e municípios não metropolitanos). Assim, para repassá-las para terceiros (*e.g.* ERJ, municípios metropolitanos, municípios de fora do projeto), são necessárias: *(i)* **celebração de acordo com os titulares;** e *(ii)* **motivação técnica que demonstre a existência de uma causa econômica.** A verificação de atendimento do requisito *(ii)* escapa à análise jurídica; deve ser providenciada pelo gestor público.

Quanto ao requisito *(i)*, as minutas preveem o compartilhamento de percentuais dessas receitas com o Estado do Rio de Janeiro (outorga fixa) e com os municípios metropolitanos (outorgas fixa e variável), sendo que nenhum deles é titular dos serviços.

No caso da **outorga variável**, a repartição disciplinada é somente sobre as receitas auferidas no território do próprio titular. Como um titular não está dispondo sobre receita do outro, desnecessária a concordância entre os titulares quanto aos critérios de repartição. Assim, os critérios adotados nas minutas de cada titular podem ser diferentes. Porém, a destinação de percentuais de receita da RMRJ diretamente para os municípios metropolitanos precisa de ser aprovada pelos demais entes que integram a RMRJ. Assim, **necessário que ato deliberativo do CDRM aprove os percentuais e critérios de repartição da outorga variável previstos nas minutas de convênio de cooperação.**

Já a **outorga fixa**, trata-se de um crédito indivisível (uma única outorga fixa por bloco de prestação regionalizada, para ser repartida entre vários titulares que integram o bloco). Assim, não pode um titular dispor sobre a receita de outrem; os titulares precisam deliberar sobre os critérios de repartição. Idealmente, se deliberaria mediante acordo envolvendo todos os titulares dos serviços (RMRJ e municípios do interior). Porém, isso implicaria altos custos de transação. Assim, uma

⁶⁹ A **outorga fixa** encontra-se disciplinada nos itens 4.2.7., 4.2.7.1., 10.11. e 10. 12., da minuta de convênio de cooperação da RMRJ, nos itens 4.2.6. e 4.2.7. da minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior e no item 9.1.(v) das minutas de Contratos de Gerenciamento.

⁷⁰ A **outorga variável** encontra-se disciplinada nos itens 4.2.7.2., 4.2.7.3. e 10.10. da minuta de convênio de cooperação da RMRJ, nos itens 4.2.8. da minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior e no item 9.1.(vi) das minutas de Contratos de Gerenciamento.

alternativa é todas as minutas celebradas entre cada titular e o ERJ adotarem a mesma redação quanto à repartição outorga fixa, com os mesmos critérios, os quais deveriam, então, ser replicados para as minutas de edital e de contratos de concessão. Desse modo, mesmo que um titular não acorde diretamente com o outro, sendo as previsões iguais, é como se tivesse anuído tacitamente. Não haverá conflito.

Nesse diapasão, verifiquei que as minutas de convênio de cooperação da RMRJ e dos municípios do interior adotaram os mesmos critérios e percentuais de repartição das outorgas fixa.

O item 4.2.7. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e o item 4.2.6. da minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior preveem que o ERJ tem a atribuição de distribuir a outorga fixa na seguinte proporção: **15% para os municípios integrantes do bloco de prestação regionalizada, 80% para o ERJ e 5% para o FDRM**, “*em atendimento à divisão estabelecida na Resolução do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro nº 05/2020*”.

Por mais que as minutas se remetam repartição promovida pela Resolução nº 05/2020 do CDRM, soube que tal resolução ainda não foi aprovada. Assim, quando ela vier a ser aprovada é preciso verificar se a numeração dela continuaria sendo 05/2020, do contrário necessário adaptar as minutas à nova numeração. Essa recomendação vale também para todas as demais subcláusulas que fazem menção à Resolução nº 05/2020 do CDRM.

Ademais, **faltou prever como que os 15% de outorga fixa destinadas aos municípios será repartido entre os municípios do bloco.** A redação dos itens 4.2.7. e 4.2.6. se remetem ao teor da Resolução do CDRM. Assim, **importante verificar se a referida resolução prevê essa repartição da outorga entre os municípios. Caso contrário, necessário que as próprias minutas de convênio de cooperação prevejam um critério.**

Na mesma linha, há ainda algumas **outras previsões nas minutas da RMRJ relativas às outorgas fixa e variável que, para fins de segurança jurídica, deveriam de ser aprovadas via ato deliberativo do CDRM, caso já não tenham sido ainda.** Trata-se das previsões: **(i) do item 4.2.7.1.** da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ (repartição da outorga fixa excedente); **(ii) do item 4.2.7.3.3.** da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e do **item 12.1.4.** da minuta de Contrato de gerenciamento da RMRJ (possibilidade de redução do percentual de outorga variável como medida de reequilíbrio econômico-financeiro); **(iii) do item 4.2.8** da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ (possibilidade de utilização de valores das outorgas fixa e variável e do FDRM para investir na expansão qualitativa e quantitativa dos serviços de saneamento básico); e **(iv) do itens 10.10, 10.11. e 10.12** da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ (repartição das outorgas fixa e variável na hipótese de inclusão de novos municípios metropolitanos nos blocos de prestação regionalizada).

No tocante à outorga fixa excedente, o item 4.2.7.1. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e o item 4.2.7. da minuta de Convênio de Cooperação dos Municípios do interior preveem que, caso a oferta realizada na licitação da concessão supere o valor mínimo de outorga fixa prevista, o valor excedente será repartido na proporção de 50% para o ERJ e de 50% para os municípios integrantes do bloco. Porém, **faltou prever como que esses 50% da outorga fixa excedente serão repartidos entre os municípios integrantes do bloco.** As minutas preveem que a repartição deve observar a “*proporcionalidade em relação ao número de habitantes de cada Município, com base em dados da Estimativas de População dos Municípios, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com data de referência em 1º de julho de 2018*”. Porém, trata-se de parâmetro genérico que não determina de fato como será a repartição. Também não esclarece a quem cabe decidir sobre qual será a repartição: o ERJ? Os titulares dos serviços? Quais titulares? Passa pelo mesmo problema as previsões de repartição de das outorgas fixa (itens 10.11 e 10.12) e variável (item 10.10), na hipótese de **inclusão de novos municípios metropolitanos** no decurso dos contratos de concessão. Necessário acrescentar essas previsões nas minutas, porque **os titulares dos serviços precisam de concordar com o critério de repartição desses valores. Outra opção seria prever**

que cabe aos Conselhos de Titulares deliberarem posteriormente a respeito da repartição dos 50%. O importante é que a decisão final passe pela aprovação dos titulares dos serviços.

Recomendável também que seja inserida, na minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior, previsão semelhante à dos itens 10.11 e 10.12 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ, pois, como os municípios do interior também integram o bloco de prestação regionalizada, eles precisam de concordar com os critérios de repartição da outorga fixa a ser paga em função da inclusão de novos municípios no bloco.

Recomendo, ainda, que a redação dos itens 10.11 e 10.12 seja alterada, de modo a substituir o vocábulo “municípios” por “municípios integrantes do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA” de modo a esclarecer quais os municípios contemplados na repartição da outorga fixa.

4.2.8. Questões Relativas ao Rateio de Ônus Financeiros – Cláusula Décima Segunda dos Contratos de Gerenciamento

No **Tópico 4.1**, teci observações a respeito da conformação das previsões da Cláusula Décima Segunda das minutas de Contrato de Gerenciamento em relação ao Regime de Recuperação Fiscal. Para além daquelas observações (as quais não repetirei aqui), tenho uma série de outros comentários a fazer a respeito das previsões da cláusula.

Em primeiro lugar, recomendo uma revisão geral da redação da Cláusula Décima Segunda, tendo em vista que está pouco clara. É preciso renumerar as subcláusulas, pois há mais de uma delas numerada como 12.2 e há outras com numeração fora de ordem.

Em síntese, a cláusula prevê o rateio entre o ERJ e cada titular dos serviços dos créditos (item 12.2 – o último item da cláusula) e dos débitos (item 12.1., e o primeiro item 12.2.) decorrentes dos contratos em que o Estado figure como mandatário dos titulares dos serviços. A ideia é que o Estado cobre regressivamente dos titulares dos serviços os valores que desembolsar nos contratos de delegação de serviços públicos, quando o contrato de gerenciamento atribuir o ônus financeiro total ou parcialmente aos titulares.

Quanto aos créditos, o item 12.2. (último item da cláusula) das minutas de contrato de gerenciamento prevê que os valores recebidos, no bojo dos contratos de concessão e de produção de água, decorrentes de indenizações e multas devidas pelas delegatárias dos serviços de saneamento básico serão compartilhados entre o ERJ, o titular dos serviços e “municípios”, na mesma proporção da repartição da outorga fixa prevista nas minutas de convênio de cooperação (*i.e.* 80% para o ERJ, 15% para os municípios do bloco de prestação regionalizada e 5% para o FDRM). Sugiro que a redação desse item seja alterada para: (i) esclarecer se os valores serão pagos pelas delegatárias diretamente à RMRJ e aos municípios ou se ao ERJ a quem incumbe repassar à RMRJ e aos municípios; (ii) trocar o termo “municípios” por “municípios integrantes do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA”, de modo a esclarecer quais os municípios que farão jus ao rateio.

Além disso, noto que não há qualquer previsão quanto ao rateio dos créditos decorrentes dos demais contratos coligados aos de concessão e de produção de água. Dessa forma, sugiro que sejam incluídos na redação do item 12.2. ou então que sejam previstos em item aparte com critérios próprios.

Ainda quanto o rateio de créditos, fui informado de que a **minuta de contrato de concessão prevê o compartilhamento de parcela das receitas adicionais da concessão com o ERJ. Porém, não há previsão semelhante nas minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento.** Cumpre alertar que para que o rateio de eventuais créditos e débitos decorrentes da gestão associada e das concessões com o ERJ seja possível, **é preciso que a autorização e os critérios para esta repartição estejam contemplados em algum dos instrumentos de gestão**

associada, de preferência na Cláusula Décima Segunda do Contrato de Gerenciamento, que trata especificamente do rateio.

Quanto aos débitos, as minutas preveem a repartição nas hipóteses de (i) reequilíbrio econômico-financeiro em favor das delegatárias de serviços públicos (item 12.1.); (ii) indenizações em razão bens reversíveis não amortizados (item 12.2.1); e (iii) pagamento de multas às delegatárias dos serviços em razão do término antecipado dos contratos de delegação de serviços públicos (item 12.2.2.).

Não há qualquer previsão quanto a rateio de débitos decorrentes de outros contratos coligados aos de concessão e de produção de água (e.g. contratos de financiamento) celebrados pelo ERJ na qualidade de mandatário dos titulares dos serviços. Recomendo a inclusão desses contratos coligados nas previsões de rateio de débitos já existentes (itens 12.1., 12.2.1. e 12.2.2) ou, então, que seja incluído um dispositivo a parte prevendo critérios próprios de rateio para os débitos decorrentes dos demais contratos coligados.

Nas hipóteses de (i) reequilíbrio econômico-financeiro em favor das delegatárias de serviços públicos (item 12.1.) e de (iii) pagamento de multas às delegatárias pelo término antecipado dos contratos (item 12.2.2.), as minutas preveem que o ônus financeiro será: (a) do Estado, quando ele for “responsável pela ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro” (itens 12.1.1.) ou “der causa ao término antecipado” do contrato (item 12.2.2.a.); (b) do titular dos serviços, quando ele for “responsável pela ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro” (item 12.1.2.) ou “der causa ao término antecipado” do contrato (item 12.2.2.b.); ou (c) repartido na proporção de 50% para cada um quando o titular e o Estado forem corresponsáveis (item 12.1.3. e item 12.2.2.c.).

Faltou prever nessas subcláusulas, como que se dará o rateio dos ônus financeiros de reequilíbrio e multas nas hipóteses em que outros titulares dos serviços integrantes do mesmo bloco de prestação regionalizada forem os responsáveis isoladamente ou corresponsáveis pelo ônus financeiro. E.g.: titular + outro(s) titular(es) + ERJ; ou outro(s) titular(es) + ERJ; ou titular + outro(s) titular(es).

Na hipótese de débitos decorrentes de (ii) indenizações devidas às concessionárias em razão bens reversíveis não amortizados, há vários comentários a se fazer às minutas de contrato de gerenciamento. Colaciono abaixo, para fins ilustrativos as previsões da minuta da RMRJ, mas os comentários que eu fizer se aplicam também à minuta dos municípios do interior. Confira-se:

12.2. Por ocasião da extinção da CONCESSÃO, na hipótese de advir a obrigação contratual do ESTADO em indenizar o(s) OPERADOR(ES) (seja por assunção espontânea deste, seja por determinação da AGÊNCIA REGULADORA, ou por meio de decisão do árbitro ou do Poder Judiciário) por ativos e investimentos não completamente amortizados, **cabará às PARTES o ônus da indenização**.

12.2.1. **O(s) OPERADOR(ES) terá(ão) direito à indenização**, nos termos do art. 36 da Lei Federal nº 8.987/95, **que deverá cobrir**, no montante das parcelas de investimentos realizados e vinculados a bens reversíveis, que tenham sido realizadas para garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, **e dos valores de OUTORGA FIXA, não amortizados**.

12.1.1.1. Para fins de cálculo da indenização, o(s) OPERADOR(ES) deverá(ão) registrar em separado os investimentos realizados **em cada município**, bem como os valores pagos a título de OUTORGA FIXA **para cada ente**.

(...)

12.1.1.3. **Cada ente** 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) A parcela da **OUTORGA FIXA não amortizada da REGIÃO METROPOLITANA e dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS** **deverá ser ressarcida ao ESTADO**, na proporção da distribuição da OUTORGA FIXA para a REGIÃO METROPOLITANA e os MUNICÍPIOS METROPOLITANOS. (*destacou-se*)

A redação desses itens apresenta alguns problemas quanto à clareza (*trechos destacados acima*). O item 12.2. prevê que o ônus da indenização “caberá às PARTES”. Essa redação não deixa claro como que o ônus será repartido entre os titulares dos serviços e o ERJ, nem deixa claro se os titulares devem pagar diretamente às de legatárias de serviços públicos ou apenas ressarcir o ERJ posteriormente. Também não fica perfeitamente claro se os itens 12.2., 12.2.1. e 12.1.1.3. tratam do mesmo assunto (até por conta da numeração caótica e fora de ordem da minuta); parece ser o caso. Desse modo, primeiro sugiro que os itens 12.1.1.1., 12.1.1.2., 12.1.1.3., e 12.1.1.4., sejam reenumerados para 12.2.1.1, 12.2.1.2, 12.2.1.3, e 12.2.1.4., respectivamente. Ato seguinte, sugiro que seja acrescido ao final do item 12.2. a expressão “na forma da subcláusula 12.2.1.3.” [atual item 12.1.1.3.].

A redação do item 12.2.1. está truncada. Não parece fazer sentido prever que a indenização devida às delegatárias de serviço público deve englobar a outorga fixa não amortizada, haja vista a outorga ser devida *pelas* delegatárias ao ERJ, à RMRJ e aos municípios do bloco, e não o contrário. Se a intenção da minuta era prever que os valores da outorga fixa não amortizada devem ser abatidos do cálculo das indenizações devidas às delegatárias, recomendo reformular a redação para prever isso claramente. Passa pelo mesmo problema o item 12.1.1.3.(b). Se a outorga fixa não amortizada pertence aos titulares dos serviços e aos municípios metropolitanos (é a parcela deles), não me parece fazer muito sentido eles ressarcirem o ERJ.

Quanto aos itens 12.1.1.1. e 12.1.1.3., recomendo trocar a expressão “cada município” por “cada município integrante do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA”, visto que as minutas não possuem definição para “município” e esse termo não deixa claro a que municípios se refere. A expressão “cada ente” também não é a mais adequada, porque a RMRJ não é um ente federado, logo não está englobada na expressão. Sugiro no trocar a expressão “cada ente”, no item 12.1.1.3., por “cada titular dos serviços”. E sugiro a seguinte redação para o item 12.1.1.1. [reenumerando-o para 12.2.1.1]:

12.2.1.1. Para fins de cálculo da indenização, o(s) OPERADOR(ES) deverá(ão) registrar em separado os investimentos realizados **em cada município integrante do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA**, bem como os valores pagos a título de OUTORGA FIXA **para o ESTADO, para cada município integrante do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA e para o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, conforme critério de repartição da OUTORGA FIXA previsto no CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO.** (*alterações em destaque*)

Ainda quanto à repartição de débitos, não ficou muito claro como que os municípios metropolitanos se inserem no rateio. Há uma única previsão a respeito, no item 12.1.1.4. da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ, colacionada abaixo:

12.1.1.4. A REGIÃO METROPOLITANA terá o direito de buscar o ressarcimento dos **valores dispostos nesta cláusula**, se a extinção da CONCESSÃO ocorrer por culpa ou responsabilidade de um ou mais MUNICÍPIOS METROPOLITANOS. *(destacou-se)*

Embora a redação pareça se referir aos débitos em geral, ao empregar a expressão “nesta cláusula”, o item 12.1.1.4. vem logo em seguida à previsão a respeito do modo de repartição dos débitos decorrentes de indenizações por investimentos não amortizados das delegatárias de serviço público (item 12.1.1.3.). Assim, topograficamente, não fica claro se a intenção era prever o ressarcimento apenas dos débitos decorrentes de investimentos não amortizados ou também das multas (item 12.2.2.) e dos reequilíbrios econômico-financeiros (item 12.1.). Caso a intenção seja prever ressarcimento dos débitos em geral, sugiro transferir essa previsão para o final da Cláusula Décima Segunda. Caso contrário, sugiro alterar o item 12.1.1.4. [renumerando-o para 12.2.1.4.], de modo a trocar a expressão “nesta cláusula” por “no item 12.2.1.3” [atual item 12.1.1.3, renumerado].

A Cláusula Décima Segunda prevê também, no item 12.1.4., casos em que o reequilíbrio ocorrerá preferencialmente por meio de redução do valor da outorga variável devida aos municípios fluminenses e ao FDRM. Porém a **redação desse item está confusa, merecendo uma reformulação**. Colaciono abaixo, para fins ilustrativos a redação da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ, mas as sugestões que eu fizer se aplicam também à minuta dos municípios do interior. Confira-se:

12.1.4. Nas hipóteses dos itens abaixo, o reequilíbrio do CONTRATO DE CONCESSÃO será realizado, caso a caso, preferencialmente por meio de redução no valor da OUTORGA VARIÁVEL devida ao(s) MUNICÍPIO(S) titular(es) do(s) respectivo(s) PLANOS MUNICIPAIS DE ÁGUA E ESGOTO e/ou ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, titular do PLANO METROPOLITANO DE ÁGUA E ESGOTO que tenha(m) gerado o ônus:

(i) alteração do PLANO METROPOLITANO DE ÁGUA E ESGOTO ou dos PLANOS MUNICIPAIS DE ÁGUA E ESGOTO que gerarem ônus adicional o CONTRATO DE CONCESSÃO;

(ii) alteração normativa da REGIÃO METROPOLITANA ou dos MUNICÍPIOS que gerarem ônus adicional o CONTRATO DE CONCESSÃO;

(iii) ausência de implantação, pelo MUNICÍPIO, 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 realizar demais obrigações.

A redação atual não deixa muito claro em quais hipóteses que cabe o desconto da outorga variável de cada município ou do FORM. Assim recomendável, para fins de clareza, separar cada hipótese em subcláusulas diferentes ainda que a redação possa soar repetitiva. **Sugiro que se adote a redação abaixo:**

12.1.4. Nas hipóteses em que o desequilíbrio econômico-financeiro de que trata a subcláusula

12.1. for causado por alteração do PLANO METROPOLITANO DE ÁGUA E ESGOTO, por alteração de regulamentos editados pela REGIÃO METROPOLITANA ou por ausência de implantação, pela REGIÃO METROPOLITANA, 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 Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana.

12.1.5. Nas hipóteses em que o desequilíbrio econômico-financeiro de que trata a subcláusula

12.1. for causado por alteração do PLANO MUNICIPAL DE ÁGUA E ESGOTO ou por alteração de leis e regulamentos municipais, ou por ausência de implantação, o reequilíbrio econômico-financeiro será realizado preferencialmente por meio de redução no valor da OUTORGA VARJÁVEL devida ao(s) município(s) integrante(s) do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA responsável(is) pela(s) alteração(ões).

12. 1.6. Nas hipóteses em que o desequilíbrio econômico-financeiro de que trata a subcláusula

12.1. 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.

Por fim, o item 16.2.2. das minutas de contrato de gerenciamento prevê o seguinte:

16.2.2. Ao término do prazo contratual da CONCESSÃO, as indenizações cabíveis serão pagas pelos entes cujos bens forem integrados ao patrimônio, mediante processo a ser conduzido pela AGÊNCIA REGULADORA.

O item não indica a quem as indenizações “serão pagas”: se ao ERJ ou se diretamente às concessionárias. Recomendo alterar a redação para esclarecer esse ponto. O item também não engloba outras hipóteses de extinção contratual que não o “término do prazo”. Recomendo alterar a redação para englobar todas os casos de extinção contratual. Também acho pertinente que a redação se remeta ao item 12.2. já que ambos tratam das indenizações em decorrência da extinção do contrato de concessão. Além disso, pertinente trocar o vocábulo “entes” visto que a RMRJ não é ente federativo, embora faça jus a reversão de bens por ser titular dos serviços. No caso da minuta da RMRJ, também se mostra necessário acrescentar o Contrato de Produção de Água à previsão. Sugiro a seguinte redação:

16.2.2. Ao término do(s) CONTRATO(S) DE CONCESSÃO e/ou do CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, as indenizações de que trata o item 12.2., serão apuradas mediante processo a ser conduzido pela AGÊNCIA REGULADORA. Após a apuração, os OPERADORES deverão ser pagos, alternativamente:

- (a) pela REGIÃO METROPOLITANA quando o bem reverter para seu patrimônio;
- (b) pelo município integrante do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA para cujo patrimônio o bem for revertido;
- (c) pelo ESTADO, quando o bem reverter para seu patrimônio.

5. Encerramento.

Ante o exposto, conclui-se que, de modo geral, as minutas são viáveis juridicamente. Todavia, é preciso fazer ajustes, conforme indicados ao longo deste parecer. Os mais importantes (dentre os quais há também recomendações, a serem avaliadas pelo gestor consoante sua conveniência e oportunidade) podem ser sumariadas abaixo:

1. Quanto à **contratação direta da CEDAE** para prestação de serviços da etapa *upstream* (“*Contrato de Produção de Água*”):

1.1. **Para se manter a contratação direta da CEDAE para prestação dos serviços *upstream*, o gestor público deve motivar a decisão, e demonstrar o enquadramento em alguma das hipóteses de contratação direta (art. 24 ou 25 da Lei nº 8.666/93). No caso da inexigibilidade (art. 25), deve ser comprovada, via estudos técnicos, a inviabilidade de competição (o que não é objeto deste parecer). Devem ser observados também os demais requisitos legais e os enunciados da PGE-RJ, em especial, os enunciados nº 18 e 26;**

1.2. **Caso não se verifique o preenchimento dos requisitos técnicos para contratação direta da CEDAE, as minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento objeto deste parecer precisam de ser adaptadas**, pois, da forma como redigidas as suas cláusulas, parte-se do pressuposto de que o “Contrato de Produção de Água” que delega a etapa *upstream* será celebrado necessariamente com a CEDAE;

1.3. Vale observar que, para essa estratégia funcionar, a privatização da CEDAE teria de ser promovida antes do advento do termo final desses contratos, enquanto a CEDAE ainda detém a outorga dos serviços. Do contrário, há um risco de a CEDAE perder, total ou parcialmente, a outorga dos serviços (ao concorrer nas futuras licitações), o que pode vir a inviabilizar economicamente a privatização, frustrando o objetivo primordial do Regime de Recuperação Fiscal (art. 2º, §1º, I, da LC nº 159/2017).

2. Quanto à manutenção dos **serviços de esgotamento sanitário do Município de Maricá** com a empresa estatal municipal SANEMAR:

2.1. Com base em interpretação sistemática que considera o art. 25, § 3º da Constituição, o julgado da ADI nº 1.842, bem como as Leis federais de nºs 13.089/2015, 11.445/2007 e 14.026/2020, além dos arts. 11, VII e 27 da Lei Complementar estadual nº 184/2018, entendo que a regra é a regionalização. Todavia, para manter a prestação de qualquer etapa dos serviços de saneamento básicos com o município de Maricá, após o prazo máximo de 4 anos (art. 27 citado), **o CDRM deve deliberar e decidir tendo em conta estudos e pareceres técnicos que subsidiem o caráter local dos serviços, e demonstrem a viabilidade técnica e econômica da prestação isolada. Este Procurador do Estado não teve acesso a essa justificativa, o que precisa ser avaliado pelo gestor e tomador da decisão.**

2.2. De toda forma, a decisão do CD deve ser **excepcional e revogável** a fim de evitar o esvaziamento da RMRJ. Além disso, caso o CDRM decida por excepcionar os serviços prestados em determinado município metropolitano da prestação regionalizada, a decisão a luz do art. 7, I, da LCE nº 184/2018 c/c alt. 7, I, da Lei nº 13.089/2015 – **deve fixar um prazo razoável para sua revisão periódica**, haja vista o caráter dinâmico do processo de urbanização e conturbação, que pode transformar, com o tempo, um serviço que, contemporaneamente, é de interesse local, em serviço de interesse comum. Assim, **caso não seja comprovada, periodicamente, a manutenção do caráter local dos serviços, a prestação deve ser reintegrada com os demais municípios metropolitanos;**

2.3. Fui informado que a relação entre o Município de Maricá e a SANEMAR foi contratualizada, havendo contrato de programa vigente que delega a prestação dos serviços de esgotamento sanitário à estatal. **Caso não seja comprovado tecnicamente o caráter local dos serviços prestados pela SANEMAR**, eles só poderão ser mantidos com a estatal municipal até o advento do termo final do contrato, vedada a prorrogação. Com o advento do termo contratual, a RMRJ pode incluir os serviços nos contratos metropolitanos em curso ou pode concedê-los de forma apartada (via de regra, mediante licitação);

2.4. Caso a intenção seja contratar a SANEMAR diretamente, a RMRJ deve motivar a decisão, e demonstrar o enquadramento em alguma das hipóteses de contratação direta. No caso da inexigibilidade (art. 25, lei 8.666/93) deve ser comprovada, via estudos técnicos, a inviabilidade de competição. Nada impede que a SANEMAR concorra nas licitações;

2.5. Caso decida-se por incluí-los na prestação regionalizada, será necessário suprimir o item 2.5.2. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e alterar a redação das minutas para prever em qual bloco seria incluído o município de Maricá. Caso o item 2.5.2 do Convênio de Cooperação da RMRJ não seja suprimido, cabe introduzir previsão semelhante na minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior.

3. Quanto à viabilidade jurídica da **minuta de Termos de Rescisão** dos contratos de programa vigentes entre CEDAE e municípios e da **assunção de dívidas dos titulares dos serviços pelo Estado**, em face do **Regime de Recuperação Fiscal (RRF)**:

3.1. Pode ser pertinente **acrescentar previsão na minuta de Termo de Rescisão** de que, embora o contrato vigente seja extinto a partir da celebração do novo contrato, a CEDAE obriga-se a manter a prestação do serviço até a efetiva transferência da execução para a nova concessionária, de forma a garantir a continuidade do serviço durante esse intervalo de tempo. **Na mesma linha, pertinente prever** a obrigação de a CEDAE transferir para a concessionária, em boas condições de uso, os bens e infraestrutura necessários à prestação do serviço;

3.2. A **minuta de Termo de Rescisão repassa ao Estado do Rio de Janeiro os ônus financeiros** de: (i) indenizar a CEDAE caso se verifique a existência de investimentos ainda não amortizados na ocasião do término do contrato, **“desonerando o MUNICÍPIO de eventual indenização”** (item 2.1); (ii) contratar serviço técnico especializado a fim de apurar as indenizações devidas (item 2.2). As minutas de Convênio de Cooperação (item 6.2.1.) e de Contrato de Gerenciamento (itens 4.3 e 13.2) contêm previsões no mesmo sentido;

3.3. Há também **outras previsões** das referidas minutas **que atribuem ônus financeiros ao ERJ** (v., e.g., minutas de Convênio de Cooperação da RMRJ: item 4.2.8; e dos municípios do interior: item 4.2.9; e **Cláusula Décima Segunda das minutas de Contratos de Gerenciamento**);

3.4. **Em contrapartida, o ERJ fará jus 11 repartição de eventuais créditos decorrentes de indenizações e multas** pagas pelas delegatárias de serviços públicos (item 12.2.). E também será contemplado com o direito de recebimento de **80% da outorga fixa e 50% da outorga fixa excedente**;

3.5. A despeito do maior percentual a ser recebido pelo ERJ, o que justifica que ele assumira alguns riscos, **não há informações se tais créditos em potencial serão aptos a compensar os débitos assumidos.** Em todo caso, entendo pertinente avaliar **se essa assunção ampla de débitos dos municípios e da RMRJ pelo Estado do Rio de Janeiro viola o Regime de Recuperação Fiscal (RRF)**;

3.6. Por esse motivo, **recomendo que as previsões das minutas de Termo de Rescisão. De convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento** que impliquem a assunção, por parte do Estado do Rio de Janeiro, de ônus financeiros dos titulares dos serviços, **sejam submetidas à prévia análise e aprovação por parte do Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal** (art. 7º, I e VII LC nº 159/2017);

3.7. Entendo, ainda, que o Estado não deve usar de sua posição de acionista controlador da CEDAE para perdoar a dívida ou simplesmente deixar de cobrá-la. Essa postura poderia, inclusive, ser tomada como abuso do poder de controle;

3.8. No caso das indenizações devidas à CEDAE, **um caminho possível para mitigar o risco** de violação ao RRF seria prever, desde logo, nas minutas de convênio de cooperação, autorização para o ERJ repassar o débito para as futuras concessionárias que assumirão a prestação dos serviços **e oportunidade do gestor público**, a quem cabe decidir sobre o desenho de políticas públicas;

3.9. Uma outra alternativa para mitigar os riscos da assunção de dívidas dos municípios pelo ERJ, é inserir previsão, nas minutas de termo de rescisão e de convênio de cooperação e contrato de gerenciamento, no sentido de que, caso as indenizações devidas pela CEDAE ultrapassem um determinado limite (que pode ser o montante recebido pelo ERJ a título de outorga fixa), o ERJ teria direito de regresso em face dos municípios quanto ao montante excedente. Trata-se de alternativa sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade do gestor público e que, de todo modo, também precisaria de ser submetida ao Conselho de Supervisão do RRF, haja vista haver o risco de os municípios não pagarem o Estado;

3.10. Quanto ao **momento do pagamento das indenizações devidas à CEDAE**: opino no sentido de que a minuta de Termo de Rescisão seja alterada para condicionar expressamente a transferência dos serviços ao prévio pagamento da indenização devida à CEDAE;

3.11. Por fim, do **ponto de vista formal**, cabe observar que a **minuta de Termo de Rescisão** não indica as autoridades competentes que irão assiná-la como representantes das partes, do Estado e da AGENERSA, de modo que cabe alterá-la para incluir esse dado. Também deve ser observada a exigência de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente para se promover a rescisão amigável do contrato, conforme prevê o art. 79, §1º, da Lei nº 8.666/1993.

4. Quanto ao atendimento, pelas **minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento**, dos **requisitos formais** (v. **Tópicos 4.2.1., 4.2.2. e 4.2.3.**):

4.1. Em cumprimento ao artigo 19, §1º do Decreto Estadual nº 31.896/2002, **deve ser instaurado processo administrativo para o exame das respectivas minutas, que deve ser instruído com: (i)** a minuta de cada negócio jurídico e seus anexos; **(ii)** a legislação citada; **(iii)** a exposição de motivos; **(iv)** as notas explicativas; **(v)** as **justificativas** e **(vi)** demais documentos necessários à edição das minutas. No caso específico das **minutas de Convênios de Cooperação**, o art. 116, §1º da Lei nº 8.666/93 exige que o processo seja instruído com os respectivos Planos de Trabalho;

4.2. Quanto às **justificativas**, é essencial que os processos administrativos sejam instruídos com estudos e pareceres técnicos que embasem as escolhas do gestor público, em especial no que diz respeito à contratação direta da CEDAE, à exclusão dos serviços de esgotamento sanitário do município metropolitano de Maricá da prestação regionalizada, à assunção de ônus financeiros dos titulares dos serviços pelo Estado do Rio de Janeiro e ao compartilhamento de receitas de outorgas fixa e variável com terceiros (*i.e.* ERJ e municípios metropolitanos) que não os titulares dos serviços;

4.3. **No tocante aos requisitos formais, as minutas parecem ter atendido, no geral, às recomendações de pareceres pretéritos da PGE-RJ sobre o Projeto de Desestatização de Águas e Esgotos. Tenho apenas algumas recomendações pontuais** a fazer;

4.4. O item 5.3. das minutas de Convênios prevê que os contratos de delegação de serviços públicos devem dispor sobre as atribuições da agência reguladora. Recomendo acrescentar nesse item que os contratos de gerenciamento também devem dispor sobre o ponto;

4.5. O item 5.4. das minutas de convênios de cooperação prevê que os contratos de concessão e de produção de água devem ser elaborados em observância à diretriz de não sobreposição das atribuições do ERJ e da agência reguladora. Vale acrescentar a essa previsão os contratos de gerenciamento. No caso específico do Convênio de Cooperação da RMRJ, também vale acrescentar à previsão do item 5.4., os contratos de interdependência;

4.6. Em atendimento à recomendação do Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17, a AGENERSA consta como interveniente anuente nas minutas de convênios de cooperação e de contrato de gerenciamento. As minutas também preveem poderes para a AGENERSA figurar nos contratos de delegação de serviços públicos e no de interdependência como interveniente anuente (item 5.2.1. das minutas de Convênios de Cooperação). Recomendo que seja inserida previsão semelhante à do item 5.2.1. nas minutas de contrato de gerenciamento. E, no caso das minutas de convênio, recomendo alterar o item 5.2.1 para prever que a AGENERSA deve figurar como interveniente anuente nos contratos de gerenciamento;

4.7. Verifiquei que as minutas, no geral, parecem ter atendido aos requisitos formais previstos em lei para a sua edição, com algumas exceções pontuais;

4.8. **No caso dos contratos de gerenciamento** (espécie de contrato de programa), **recomendo, em atendimento ao inciso V, do §2º do art. 13, da Lei nº 11.107/2005, que seja inserida previsão nas minutas de contrato de gerenciamento com a relação de bens vinculados aos serviços, ou, então, que elas se remetam a um anexo que contenha esse dado. Essa relação deve indicar quem está cedendo cada bem vinculado aos serviços de saneamento básico; se está sendo cedido pelo Estado do Rio de Janeiro, pela RMRJ ou pelos municípios integrantes do bloco de prestação regionalizada. E, recomendo, em atendimento ao inciso VI, do §2º do art. 13, da Lei nº 11.107/2005, que seja inserida previsão nas minutas de contrato de gerenciamento, do “procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados”;**

4.9. **No caso dos Convênios de Cooperação**, deve ser elaborado **Plano de Trabalho**, em atendimento ao **artigo 116, §1º da Lei nº 8.666/93**. Além disso, recentemente a Lei nº 14.026/2020 inseriu, na **Lei nº 11.107/2005**, uma previsão no sentido de que “aplicam-se aos convênios de cooperação, *no que couber*, as disposições desta Lei relativas aos consórcios públicos” (**art. 1º, §4º**). Como se trata de alteração legislativa recente, ainda é incerto quais dos requisitos formais dos consórcios públicos que se aplicam aos convênios de cooperação. Porém, em primeira análise, parece-me que se aplicam, ao caso, **os requisitos formais do inciso XI do art. 4º da Lei nº 11.107/2005**, por se tratar de requisitos para a gestão associada;

4.10. Assim, por cautela, **recomendo, em atendimento à alínea “e” do inciso XI, do 3º art. 4º, da Lei nº 11.107/2005, que seja inserida, nas minutas de convênio de cooperação, previsão dos “critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão”.** E **recomendo, em atendimento à alínea “a” do inciso XI, do art. 4º, da Lei nº 11.107/2005, que seja inserida previsão de anexo às minutas de Convênio de Cooperação, contendo a área da concessão de cada um dos quatro blocos e os municípios que os integram;**

4.11. Noto, ainda, a necessidade de **mais algumas alterações pontuais** a serem feitas em atendimento aos requisitos formais do inciso IX do art. 4 da Lei nº 11.107/2005. O item 4.2.5. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ traz previsão de poderes para ERJ promover licitação para celebrar contratos de concessão dos serviços *downstream*. Mesmo que se pretenda proceder com a contratação direta da CEDAE pode ser pertinente, prever para o ERJ poderes para também licitar os serviços *upstream* (Contrato de Produção de Água);

4.12. O Item 4.2.6. do Convênio de Cooperação da RMRJ prevê poderes para ERJ celebrar os contratos de concessão e de produção de água, porém não prevê poderes para licitar e figurar nos demais contratos coligados (e.g. contratos de financiamento). Assim, sugiro acrescentar à minuta da RMRJ previsão semelhante à do item 4.3. da minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior. **Sugeri uma redação no corpo do parecer (p. 28 no doc original);**

4.13. O item 4.5. da minuta de Contrato de Gerenciamento dos municípios do interior autoriza a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico do município signatário do contrato em conjunto a “outros municípios”. Recomendo a alteração da redação para acrescentar autorização para a prestação integrada dos serviços também com a RMRJ;

4.14. **Quanto à redação das minutas, recomendável a promoção de uma revisão ortográfica e gramatical geral das minutas, em especial das minutas de contratos de gerenciamento.** Anotei erros ao longo do parecer (v., em especial. pp. 29-35 no doc original);

4.15. Em segundo lugar, **notei remissões equivocadas nas minutas de convênio de cooperação.** São os seguintes casos: (i) os itens 10.8, 10.9 e 10.9.1 das minutas de convênios fazem remissões às subcláusulas 2.2. ou 2.4., quando a intenção era se remeter a subcláusula 2.5; (ii) o item 10.11 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ faz remissão à subcláusula 10.8, quando o correto seria se remeter à subcláusula 10.9; e (iii) o item 10.12 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ faz remissão à subcláusula 10.10, quando o correto seria se remeter à subcláusula 10.11. **Cumprir fazer uma revisão final das minutas para checar se não há outras remissões equivocadas e retificá-las, se for o caso;**

4.16. Em terceiro lugar, **recomendo uma revisão geral e sistemática das minutas para verificar se há uniformidade no emprego dos termos e expressões definidos nas cláusulas de definições, de forma a evitar**

vagueza e ambiguidade. Nesse sentido, notei que as minutas não possuem uniformidade ao se referirem aos *serviços de saneamento básico*. **Recomendável que haja uma uniformização dos termos empregados, optando-se pela adoção de nomenclaturas que tenham sido conceituadas na cláusula de definições.** Uma ideia é que seja criada uma definição para “serviços”;

4.17. As **minutas da RMRJ** são as que mais sofrem com esse problema, talvez porque não haja uma boa delimitação nelas dos “serviços *upstream*”. O ideal seria **criar, na cláusula de definições, conceitos apartados para “serviços *upstream*” e “serviços *downstream*” que arrolassem todas as atividades de cada etapa e usar efetivamente essas expressões nas cláusulas que demandarem uma distinção entre os serviços prestados no bojo do contrato de produção de água e os prestados no bojo dos contratos de concessão.** E apenas empregar expressões mais amplas quando for tratar de ambos os contratos indistintamente. **Recomendo uma revisão geral das minutas para uniformizar os termos empregados;**

4.18. **Nessa linha, sugiro a alteração da redação de algumas cláusulas das minutas.** Sugiro trocar, na definição de “contrato de produção de água”, a expressão “prestação de serviços de produção de água” por “prestação de SERVIÇOS UPSTREAM” e, conjuntamente, sugiro a alteração da definição de “serviços *upstream*” para que seja elencada nela o rol de atividades abrangidas na etapa *upstream*. Na mesma linha sugiro a substituição de expressões semelhantes contidas, e.g., no item 10.8 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ e no item 6.1.2 da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ;

4.19. Sugiro a alteração do item 2.2. da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ, o qual prevê que as concessionárias *downstream* prestarão serviço de “abastecimento de água e esgotamento sanitário”. Essa previsão dá a entender, pelo conceito adotado na cláusula de definição para “abastecimento de água”, que as concessionárias também fariam a coleta e tratamento da água, sendo que, na verdade, essas atividades integram a etapa *upstream*. No lugar, sugiro que seja previsto que a concessionária prestará “serviços *downstream*” e que seja criado um conceito na cláusula de definições arrolando as atividades abrangidas;

4.20. Há um problema de clareza quanto às diversas referências a “*municípios*” nas minutas. Sugiro **uma revisão geral nas minutas para substituir o termo “municípios” ou por “municípios metropolitanos” ou por “municípios integrantes do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA”, conforme for o caso;**

5. Quanto à **abrangência dos poderes delegados ao ERJ e à AGENERSA (v. Tópico 4.2.4.):**

5.1. Conforme discorri no Parecer nº 09/2019 ARCY IPG-1 7, para mitigar os riscos jurídicos da delegação de competências administrativas, **o ideal é tornar alguns cuidados para manter as atribuições mais essencialmente ligadas ao poder concedente dos serviços de saneamento básico com os titulares dos serviços** [e.g. planejamento setorial. fiscalização (paralelamente

à AGENERSA), retomada dos serviços, inclusão de novos municípios nos blocos de prestação regionalizada]. Isso pode ser feito via Conselho dos Titulares. Faço algumas sugestões para incrementar a segurança jurídica dos instrumentos de gestão associada e contornar os riscos jurídicos envolvidos;

5.2. Em primeiro lugar, **não fica perfeitamente claro, nas minutas, a extensão das funções que permanecem com os titulares dos serviços. Apenas a função de planejamento setorial é atribuída de forma clara aos titulares dos serviços**, em caráter de exclusividade, conforme prevê a Cláusula Terceira dos Convênios de Cooperação. Senti falta de uma cláusula específica com conteúdo semelhante nas minutas de Contrato de Gerenciamento. Assim, sugiro que seja inserida nas minutas de contrato de gerenciamento cláusula com teor semelhante ao da Cláusula Terceira dos Convênios de Cooperação;

5.3. Essa falta de clareza quanto às atribuições dos titulares dos serviços já se evidencia logo na Cláusula Segunda das minutas de convênio de cooperação (item 2.2.) e de contrato de gerenciamento (item 2.1.1.), que tratam do objeto da gestão associada. A redação apresenta uma série de problemas que descrevi no corpo do parecer. Assim, **sugeri uma nova redação para as minutas de convênio de cooperação (p. 38). Sugiro, inclusive, que essa redação seja replicada às minutas de Contratos de Gerenciamento, com as devidas adaptações;**

5.4. As minutas dos contratos de gerenciamento contêm previsões contraditórias quanto à **função de fiscalização** que ora parecem atribuí-la, com exclusividade, à AGENERSA (item 17.3.2.), e ora parecem admitir que os titulares fiscalizem de forma concorrente, por intermédio do Comitê de Monitoramento (itens 9.1.vii e 9.2.xii). Não fica clara, ainda, a abrangência das atribuições do Comitê de Monitoramento. Também não fica claro quem integra o Comitê, nem se os titulares o integram. Ainda não há clareza sobre atribuições do Comitê;

5.5. Portanto, **recomendo que as minutas de Convênio de Cooperação e de Contratos de Gerenciamento sejam alteradas para esclarecer a abrangência das atribuições do Comitê de Monitoramento e para explicitar os poderes de fiscalização dos titulares dos serviços.** Parece-me que **é inerente à titularidade dos serviços a possibilidade de os titulares fiscalizarem as atividades em paralelo à AGENERSA,** até como uma forma de averiguarem se o Estado e a AGENERSA estão cumprindo, de forma satisfatória, os termos do convênio de cooperação e do contrato de gerenciamento, que legitimam e condicionam suas atribuições. **Pode ser pertinente, para fins de maior eficiência na coordenação dos múltiplos titulares, condicionar que esse acompanhamento da prestação dos serviços pelos titulares seja realizado necessariamente por intermédio do Comitê de Monitoramento. A redação atual das minutas parece fazer isso, mas isso pode ficar mais claro;**

5.6. Quanto à **prerrogativa de retomada dos serviços de saneamento**, as minutas de Convênio de Cooperação a atribui, no item 10.7.1., exclusivamente ao Estado. **Opino no sentido de que a redação do item**

10.7.1. seja alterada para prever que, neste caso, o Conselho de Titulares deverá ser ouvido e deverá ter poder de veto. Veja-se que a própria LCE nº 184/2018 prevê expressamente, como atribuição do CDRM, “autorizar a retomada das operações dos serviços” de saneamento básico (art. 11, VII, d);

5.7. Também me parece **pertinente atribuir ao Conselho de Titulares a prerrogativa de participação no processo de apuração de bens reversíveis e de indenizações decorrentes do término dos contratos** de gerenciamento, de produção de água, de concessão e de interdependência. já que, embora, num primeiro momento, os bens revertam ao ERJ, depois o ERJ se compromete a repassá-los aos titulares (itens 11.4.1 . e 11.4.2. dos Contratos de Gerenciamento);

5.8. Ainda quanto à retomada dos serviços, **as minutas de contrato de gerenciamento não contêm previsão, no rol de direitos e obrigações das partes (Cláusulas Nona e Décima), do poder para decidir sobre a retomada dos serviços.** Ou seja, não atribui nem ao Estado, nem aos titulares. A única regra a respeito é aquela prevista no item 10.7.1. supratranscrito do Convênio de Cooperação. Recomendo a uniformização;

5.9. Por fim, assim como os itens 4.2.3 c/c 4.2.4 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ estabelecem que cabe ao CDRM **ratificar as versões finais de minutas** de editais, contratos e anexos elaboradas pelo ERJ, recomendável que seja acrescida previsão semelhante à minuta de convênios de cooperação dos municípios do interior, haja vista também serem titulares dos serviços;

6. Quanto à **inclusão de novos municípios** nos contratos em curso (v. **Tópico 4.2.5.**):

6.1. As minutas de Convênio de Cooperação atendem à recomendação do Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e do Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17 ao elencarem todos os municípios metropolitanos que, inicialmente, ficarão de fora dos contratos metropolitanos (item 2.5.2.) e preveem que, ao término dos contratos municipais em curso, o titular dos serviços pode decidir por incluir os serviços prestados nesses municípios nos blocos de prestação regionalizada (itens 2.5., 2.5.1. e 10.8.) e ao indicarem em quais blocos de prestação regionalizada os serviços prestados nesses municípios seriam inseridos (item 10.9.1.);

6.2. No caso específico da minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior, recomendo ajuste na redação do item 10.8. Alterar a redação para prever que se trata de serviços a serem incluídos “dentro do escopo territorial do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA” do qual o município do interior faz parte;

6.3. Há problemas na redação dos itens 14.1. da minuta de contrato de gerenciamento dos municípios do interior e dos itens 14.1. e 14.1.1. da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ. **Rever conforme exposto acima (p. 43-47). Sugerir uma nova redação no corpo do parecer;**

6.4. Por fim, o item 4.3 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ e o item 4.3.1 da minuta de convênios de cooperação dos municípios do interior preveem que “As PARTES celebrarão CONTRATO DE GERENCIAMENTO que disporá sobre as obrigações, forma de execução, compartilhamento das obrigações e responsabilidade por eventual ônus financeiro”. Recomendável inserir previsão semelhante na Cláusula Quinta das minutas de convênio, que trata das funções de regulação e fiscalização, prevendo que o contrato gerenciamento também disciplinará sobre a delegação dessas atividades;

7. Quanto à **vigência e estabilidade do vínculo de gestão associada** (v. Tópico 4.2.6.):

7.1. No geral, as minutas adotaram as recomendações da PGE-RJ relativas à estabilização do vínculo de gestão associada, em uma série de previsões. Tenho poucas observações;

7.2. Item 16.3. das minutas prevê que caso os titulares dos serviços rescindam unilateralmente o contrato de gerenciamento devem pagar multa no valor de 20% da outorga fixa não amortizada. A redação não é clara quanto para quem é devida a multa. Sugiro ajuste para esclarecer esse ponto. Também faltou explicitar a base de cálculo da multa caso a outorga fixa já tenha sido amortizada;

7.3. No caso da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ há, ainda uma contradição entre a previsão do item 16.3 e 16.4., já que no 16.3. é prevista uma multa de 20% da outorga fixa e no 16.4. é prevista uma multa de 10% da outorga fixa. Recomendo sanar a contradição;

7.4. O item 16.4. das minutas trata da indenização a ser paga pelos titulares dos serviços às delegatárias de serviços públicos. A redação é confusa. A outorga fixa não é devida à concessionária, e sim *pela* concessionária. Assim, cabe alterar a redação para esclarecer que a outorga fixa não amortizada deve ser abatida do valor das indenizações devidas. Talvez seja pertinente se remeter aos critérios de repartição dos ônus financeiros da indenização por investimentos não amortizados previstos na Cláusula Décima Segunda;

7.5. O item 16.5. prevê que, que na hipótese em que os titulares decidirem rescindir o contrato de gerenciamento, ficarão obrigados “a ressarcir os investimentos relativos à prestação dos serviços de água e esgotamento sanitário previamente à assunção do serviço”. Essa redação não deixa claro: (i) se os titulares devem ressarcir investimentos realizados apenas em seus territórios ou se em todo bloco de prestação regionalizada; (ii) qual o marco temporal abrangido nas indenizações devidas: "previamente à assunção dos serviços" pela delegatária de serviços públicos ou pelo titular que retoma?; (iii) a quem cabe indenizar: ao Estado ou diretamente à delegatária de serviços públicos? Além disso, investimentos realizados pelo Estado e/ou realizados pela delegatária? Reformular a redação para esclarecer esses pontos;

7.6. Tenho algumas observações a fazer em relação às **cláusulas de vigência** dos convênios de cooperação e dos contratos de gerenciamento. Penso ser

mais prudente fixar o prazo do contrato de gerenciamento também em 35 anos, a fim de evitar questionamentos;

7.7. **Já no caso dos convênios de cooperação**, o item 8.1. das minutas prevê, como hipótese de extinção do convênio, o “término da vigência, nos termos deste CONVÊNIO”. Todavia, **a minuta não fixou prazo de vigência para o convênio**;

7.8. Existe incerteza jurídica quanto a necessidade de prever um prazo determinado para os convênios de cooperação. De todo modo, recomendo que seja feita previsão de **um prazo específico, pois além de evitar questionamentos, confere maior estabilidade ao convênio de cooperação**. Esse prazo, inclusive, pode ser semelhante ao do contrato de concessão, conforme recomendou o Visto do Parecer nº 3A/2020 - PGE/PG-17/ARCY;

7.9. Há um outro problema em se vincular a vigência dos Convênios de Cooperação e dos Contratos de Gerenciamento aos prazos dos contratos de delegação de serviços públicos: ainda que comecem com o mesmo prazo de vigência, cada negócio jurídico pode terminar em momentos distintos. Assim, recomendo a alteração da redação dos itens 7.2. e 7.2.1. das minutas de convênios de cooperação e do item 6.2. das minutas de contrato de gerenciamento, para prever que a prorrogação automática do prazo de vigência ocorrerá de modo a coincidir com o prazo de vigência do contrato mais longo;

7.10. Por fim, tenho algumas observações a fazer quanto a **reversão de bens**. O item 11.4. não leva em conta a hipótese de os contratos de delegação de serviços públicos se encerrarem antes do contrato de gerenciamento ou de o titular do serviço retomá-lo antes do término do contrato de gerenciamento. Nesses casos, se o titular não quiser mais participar da prestação integrada dos serviços, não faz sentido que os bens de sua propriedade continuem vinculados aos serviços. É preciso prever alguma regra para esse tipo de situação;

7.11. A minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ prevê que “a reversão dos bens vinculados ocorrerá em favor dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS” (item 11.4.1.) e que cabe ao Estado “transferir a reversão dos bens vinculados à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços aos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS” (item 11.4.2.). Parece-me, porém, que tais bens deveriam reverter em favor da RMRJ que é a titular dos serviços. Ademais a expressão “transferir a reversão dos bens vinculados” empregada no item 11.4.2. das minutas de contratos de gerenciamento não é a tecnicamente mais adequada. Sugeri uma nova redação no corpo do Parecer (p. 51-52);

8. Quanto às **outorgas fixa e variável (v. Tópico 4.2.7.)**:

8.1. Conforme o Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e o Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17, as receitas decorrentes das outorgas fixa e variável dos serviços de saneamento básico a serem concedidos pertencem aos titulares dos serviços (*i.e.* RMRJ e municípios não metropolitanos). Assim, para repassá-las para terceiros (*e.g.* ERJ, municípios metropolitanos, municípios

de fora do projeto), são necessárias: **(i) celebração de acordo com os titulares;** e **(ii) motivação técnica que demonstre a existência de uma causa econômica.** A verificação de atendimento do requisito **(ii)** escapa à análise jurídica; deve ser providenciada pelo gestor público;

8.2. Quanto ao requisito **(i)**, as minutas preveem o compartilhamento de percentuais dessas receitas com o Estado do Rio de Janeiro (outorga fixa) e com os municípios metropolitanos (outorgas fixa e variável), sendo que nenhum deles é titular dos serviços;

8.3. Verifiquei que as minutas de convênio de cooperação da RMRJ e dos municípios do interior adotaram os mesmos critérios e percentuais de repartição das outorgas fixa e variável. **Necessário que ato deliberativo do CDRM aprove os percentuais e critérios de repartição das outorgas fixa e variável previstos nas minutas de convênio de cooperação;**

8.4. **Por mais que as minutas se remetam repartição promovida pela Resolução nº 05/2020 do CDRM, soube que tal resolução ainda não foi aprovada. Assim, quando ela vier a ser aprovada é preciso verificar se a numeração dela continuaria sendo 05/2020. Essa recomendação vale também para todas as demais subcláusulas que fazem menção à Resolução nº 05/2020 do CDRM;**

8.5. Ademais, **faltou prever como que os 15% de outorga fixa destinadas aos municípios será repartido entre os municípios do bloco.** A redação dos itens 4.2.7. e 4.2.6. se remetem ao teor da Resolução do CDRM. Assim, **importante verificar se a referida resolução prevê essa repartição da outorga entre os municípios. Caso contrário, necessário que as próprias minutas de convênio de cooperação prevejam um critério;**

8.6. Na mesma linha, há ainda **algumas outras previsões nas minutas da RMRJ** relativas às outorgas fixa e variável que, para fins de segurança jurídica, **deveriam de ser aprovadas via ato deliberativo do CDRM**, caso já não tenham sido ainda. Trata-se das previsões dos itens 4.2.7.1., 4.2.7.3.3., 4.2.8., 10.10, 10.11. e 10.12 da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e dos item 12.1.4. da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ;

8.7. No tocante à outorga fixa excedente, o item 4.2.7.1. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e o item 4.2.7. da minuta de Convênio de Cooperação dos Municípios do interior preveem que, caso a oferta realizada na licitação da concessão supere o valor mínimo de outorga fixa prevista, o valor excedente será repartido na proporção de 50% para o ERJ e de 50% para os municípios integrantes do bloco. Porém, **faltou prever como que esses 50% da outorga fixa excedente serão repartidos entre os municípios integrantes do bloco.** Passa pelo mesmo problema as previsões de repartição de das outorgas fixa (itens 10.11 e 10.12) e variável (item 10.10), na hipótese de **inclusão de novos municípios metropolitanos** no decurso dos contratos de concessão. Necessário acrescentar essas previsões nas minutas, porque **os titulares dos serviços precisam de concordar com o critério de repartição desses valores. Outra opção seria prever que cabe aos Conselhos de Titulares deliberarem posteriormente a respeito da repartição dos 50%. O**

importante é que a decisão final passe pela aprovação dos titulares dos serviços;

8.8. Recomendável também que seja inserida, na minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior, previsão semelhante à dos itens 10.11 e 10.12 da minuta de convênio de cooperação da RMR. Os municípios do interior também integram o bloco de prestação regionalizada;

8.9. Recomendo, ainda, que a redação dos itens 10.11 e 10.12 seja alterada, de modo a substituir o vocábulo “municípios” por “municípios integrantes do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA” de modo a esclarecer quais os municípios contemplados na repartição da outorga fixa;

9. Quanto à Cláusula Décima Segunda dos Contratos de Gerenciamento – **rateio de ônus financeiros (v. Tópico 4.2.7.):**

9.1. Recomendo uma revisão geral da redação da Cláusula Décima Segunda, tendo em vista que está pouco clara. É preciso renumerar as subcláusulas, pois há mais de uma delas numerada como 12.2 e há outras com numeração fora de ordem;

9.2. Quanto aos créditos, o item 12.2. (último item da cláusula) das minutas de contrato de gerenciamento prevê que os valores recebidos, no bojo dos contratos de concessão e de produção de água, decorrentes de indenizações e multas devidas pelas delegatárias dos serviços de saneamento básico serão compartilhados entre o ERJ, o titular dos serviços e “municípios”, na mesma proporção da repartição da outorga fixa prevista nas minutas de convênio de cooperação. Sugiro que a redação desse item seja alterada para: (i) esclarecer se os valores serão pagos pelas delegatárias diretamente à RMRJ e aos municípios ou se ao ERJ a quem incumbe repassar à RMRJ e aos municípios; (ii) trocar o termo “municípios” por “municípios integrantes do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA”, de modo a esclarecer quais os municípios que farão jus ao rateio;

9.3. Além disso, não há previsão quanto ao rateio dos créditos decorrentes dos demais contratos coligados aos de concessão e de produção de água. Sugiro considerar na redação do item 12.2.11 então que isso seja previsto em outro item;

9.4. Ainda quanto o rateio de créditos, fui informado de que **a minuta de contrato de concessão prevê o compartilhamento de parcela das receitas adicionais da concessão com o ERJ. Porém, não há previsão semelhante nas minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento.** Sugiro acrescentar previsão nas minutas;

9.5. Não há previsão quanto a rateio de débitos decorrentes de outros contratos coligados aos de concessão e de produção de água (e.g. contratos de financiamento) celebrados pelo ERJ na qualidade de mandatário dos titulares dos serviços. Recomendo a inclusão desses contratos coligados nas previsões de rateio de débitos já existentes (itens 12.1., 12.2.1. e 12.2.2);

9.6. Faltou prever nos itens 12.1. e 12.2.2., como que se dará o rateio dos ônus financeiros de reequilíbrio e multas nas hipóteses em que outros titulares dos serviços integrantes do mesmo bloco de prestação regionalizada forem os responsáveis isoladamente ou corresponsáveis pelo ônus financeiro. E.g.: titular + outro(s) titular(es) + ERJ; ou outro(s) titular(es) + ERJ; ou titular + outro(s) titular(es);

9.7. Na hipótese de débitos decorrentes de indenizações devidas às concessionárias em razão bens reversíveis não amortizados (item 12.2.1.), há vários comentários a se fazer às minutas de contrato de gerenciamento. **A redação dos itens 12.2., 12.2.1., 12.1.1.1. e 12.1.1.3. merece revisão. Remeto-me aos comentários que fiz no corpo do parecer (p. 57-59);**

9.8. Embora a redação pareça se referir aos débitos em geral, ao empregar a expressão “nesta cláusula”, o item 12.1.1.4. vem logo em seguida à previsão a respeito do modo de repartição dos débitos decorrentes de indenizações por investimentos não amortizados das delegatárias de serviço público (item 12.1.1.3.). Assim, topograficamente, não fica claro se a intenção era prever o ressarcimento apenas dos débitos decorrentes de investimentos não amortizados ou também das multas (item 12.2.2.) e dos reequilíbrios econômico-financeiros (item 12.1.). Caso a intenção seja prever ressarcimento dos débitos em geral, sugiro transferir essa previsão para o final da Cláusula Décima Segunda. Caso contrário, sugiro alterar o item 12.1.1.4. [renumerando-o para 12.2.1.4.], de modo a trocar a expressão “nesta cláusula” por “no item 12.2.1.3” [atual item 12.1.1.3, renumerado];

9.9. A Cláusula Décima Segunda prevê também, no item 12.1.4., casos em que o reequilíbrio ocorrerá preferencialmente por meio de redução do valor da outorga variável devida aos municípios fluminenses e ao FDRM. A redação atual não deixa muito claro em quais hipóteses que cabe o desconto da outorga variável de cada município ou do FDRM. **Sugeri uma nova redação no corpo do Parecer (p. 60);**

9.10. Aponto uma série de problemas na redação do item 16.2.2. das minutas de contrato de gerenciamento. **Sugeri uma nova redação no corpo do Parecer (p. 61).**

É o parecer.

Rio de Janeiro, 9 de outubro de 2020.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO
Procurador do Estado

VISTO

Processo Administrativo nº SEI-140001/058793/2020

Visto. **Aprovo** o Parecer nº 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY (SEI 8865204), da lavra do Procurador do Estado **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO**, que examinou as minutas dos **instrumentos de gestão associada** elaboradas no âmbito do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, concebido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Especificamente foram submetidas à análise as seguintes minutas: **(i)** Convênio de Cooperação entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8724022); **(ii)** Convênios de Cooperação entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8723875); **(iii)** Contrato de Gerenciamento entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8724367); **(iv)** Contratos de Gerenciamento entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8724582); **(v)** Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes entre CEDAE e municípios (SEI 8724786).

Importante referir que foram encaminhados à Procuradoria Geral do Estado apenas as minutas acima mencionadas, **devendo ser instaurado processo administrativo** com as notas explicativas do BNDES, as justificativas técnicas e econômicas, bem como os demais documentos necessários à edição dos referidos ajustes.

Quanto às **justificativas**, é essencial que os processos administrativos sejam **instruídos com estudos e pareceres técnicos que embasem as escolhas do gestor público**, em especial no que diz respeito aos seguintes aspectos: **(i)** contratação direta da CEDAE; **(ii)** exclusão dos serviços de esgotamento sanitário do município metropolitano de Maricá da prestação regionalizada; **(iii)** assunção de ônus financeiros dos titulares dos serviços pelo Estado do Rio de Janeiro; **(iv)** compartilhamento de receitas de outorgas fixa e variável com terceiros (i.e. ERJ e municípios metropolitanos) que não os titulares dos serviços.

Tais justificativas podem ser elaboradas pelo BNDES, mas devem ser validadas pelos órgãos competentes do Estado do Rio de Janeiro, **porquanto o exame da Procuradoria Geral do Estado se circunscreve aos aspectos jurídicos**, não adentrando na seara decisória própria ao mérito administrativo.

Passa-se a destacar os principais aspectos abordados no **excelente parecer** que ora se aprova, **reproduzindo** no presente Visto as suas colocações e seu próprio texto de forma mais resumida, em razão do **exíguo prazo** decorrente do cronograma apresentado pelo BNDES.

O modelo de desestatização encontra-se estruturado em duas etapas: **(i)** a etapa **upstream (serviços de coleta e tratamento de água)** e, subsequentemente, **(ii)** a etapa **downstream (serviços de distribuição de água tratada ao usuário final e de coleta e tratamento de esgotos e disposição final de efluentes)**.

Com a CEDAE, permaneceria apenas a etapa upstream, com a etapa *downstream* sendo delegada para concessionárias privadas. A CEDAE prestaria, no âmbito da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ), os serviços *upstream* às concessionárias *downstream*, mediante cobrança de tarifa. O projeto prevê que essa relação seria regulada via **contrato de interdependência a ser celebrado entre a CEDAE e as concessionárias**, figurando a agência reguladora setorial como interveniente anuente.

Conforme consignado no **Parecer nº 1-A/2020 ARCY/PG-17**, ficam preservados, por serem **atos jurídicos perfeitos**, os contratos em curso de Municípios Metropolitanos com outras concessionárias que não a CEDAE até os respectivos termos finais, vedada a prorrogação. Porém,

com o término da vigência desses contratos municipais, os serviços passam, como regra, a ser concedidos segundo o formato decidido pela RMRJ.

A modelagem proposta para os municípios não metropolitanos (*i.e.* do interior) apresenta-se com feição distinta: todas as etapas (*upstream* e *downstream*) seriam delegadas a concessionárias privadas. Em termos objetivos: **a CEDAE continuaria prestando a etapa *upstream*, apenas para a Região Metropolitana do Rio de Janeiro.**

O projeto concebeu, ainda, **uma divisão da área da concessão em 4 blocos de Municípios**, mesclando, em um mesmo bloco, Municípios metropolitanos e não metropolitanos. Cada bloco seria concedido a uma concessionária privada diferente. **A ideia é promover um subsídio cruzado, combinando num mesmo bloco, Municípios mais lucrativos com outros menos.**

O projeto propõe, ainda, **a delegação de diversas funções administrativas ao Estado do Rio de Janeiro.** Assim, cada titular do serviço celebraria com o Estado, um **Convênio de Cooperação**, delegando à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA) as funções de fiscalização e regulação dos serviços e ao ERJ as funções de organização e promoção da licitação dos serviços e de gerenciamento dos contratos de delegação (contratos de concessão e de programa), mais outros coligados.

Deste modo, o Estado do Rio de Janeiro, **além de licitar os serviços, figuraria como signatário dos contratos, no lugar dos titulares dos serviços, na qualidade de mandatário, assumindo para si direitos e obrigações que seriam deles.** Com os titulares remanesceriam as funções de planejamento setorial, de fiscalização (paralelamente à AGENERSA) e de retomada dos serviços.

O parecerista enfrentou, de modo percuciente, **questões bastante relevantes e complexas.** Cabe destacar ao menos **quatro** pela sua extrema importância.

A **primeira** delas refere-se à proibição da delegação de serviços via contrato de programa. O novo marco regulatório do saneamento básico foi categórico ao proibir a delegação dos serviços via contrato de programa, tendo inserido as vedações tanto na Lei de diretrizes do saneamento básico (art. 10, da Lei nº 11.445/2007), quanto na Lei de consórcios públicos (art. 13, § 8º, da Lei nº 11.107/2005), a qual regula os contratos de programa. Sequer foi prevista regra de transição; foram preservados apenas os contratos de programa vigentes até o advento dos respectivos termos finais (art. 17 da Lei nº 14.026/2020).

Como destacado pelo parecerista, o **novo marco legal pretendeu tornar obrigatória a licitação da delegação dos serviços de saneamento básico.** O veto presidencial ao art. 16, caput e parágrafo único, do PL n 4.162/2019 que deu origem à Lei nº 14.026/2020 reforça o argumento. O dispositivo em questão pretendia permitir, até 31 de março de 2022, a renovação de contratos de programa por mais 30 anos. Uma das razões para o veto foi o entendimento de que tal previsão “*além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados.*”.

Portanto, a partir da entrada em vigor da Lei nº 14.026/2020, em 16 de julho de 2020, novas delegações da prestação dos serviços, inclusive da etapa ***upstream***, como regra, **terão de ser realizadas via contrato de concessão de serviço público, na forma do art. 175 da Constituição Federal.**

A questão é relevante em razão das minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento partirem do pressuposto de que o “**contrato de produção de água**” que delega a etapa *upstream* será celebrado necessariamente com a CEDAE.

Não obstante não seja esse o objeto do parecer (que demanda exame específico em outro contexto), cogitou o parecerista, **em tese**, a possibilidade da contratação da CEDAE ser viabilizada

via inexigibilidade de licitação (o que demandaria robusta fundamentação técnica e econômica), ou mesmo a contratação direta com fundamento no **§ 2 do art. 10-A da Lei nº 11.445/07, acrescido pela Lei nº 14.026/20¹**, que parece, em exame bastante preliminar, prever uma autorização legal para a continuidade de serviços e uma situação de dispensa de licitação. O tema, contudo, merece aprofundamento.

Destaca-se, novamente, que essa questão é essencial, porquanto pode implicar em profundo impacto na modelagem concebida, a merecer aprofundamento pelo BNDES e exame em outro parecer no âmbito da Procuradoria Geral do Estado.

A **segunda** questão jurídica relevante abordada pelo parecerista refere-se ao item 2.5.2. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ. Tal cláusula prevê que o serviço de esgotamento sanitário do Município Metropolitano de Maricá continuará a ser prestado pela empresa estatal municipal SANEMAR, de acordo com decisão autorizativa do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (CDRM).

Como bem alerta o parecerista, conforme a ADI nº 1.842/RJ, a partir da instituição da RMRJ pela LCE nº 184/2018, o Município de Maricá não é mais o titular dos serviços de saneamento básico de **interesse comum**, e, por conseguinte, a SANEMAR não detém mais a outorga *ex lege* desses serviços.

O artigo 27 da LCE nº 184/2018 até permite que o CDRM autorize que os serviços de saneamento básico de **interesse comum** continuem sendo prestados diretamente pelo Município, por intermédio da SANEMAR. Porém, esse dispositivo estabelece um **prazo máximo de 04 anos** a contar da entrada em vigor da LCE². Terminado esse prazo legal, não seria mais possível manter os serviços de **interesse comum** com o Município de Maricá (prestação direta).

Considera o parecerista, com fundamento em interpretação sistemática a partir do art. 25, § 3º da Constituição, o julgado da ADI nº 1.842, bem como as Leis federais nº 13.089/2015, 11.445/2007 e 14.026/2020, além dos arts. 11, VII e 27 da Lei Complementar estadual nº 184/2018, que a regra é a **regionalização**.

Todavia, sugere o parecerista que para manter a prestação de qualquer etapa dos serviços de saneamento básicos com o Município de Maricá, após o prazo máximo de 4 anos (art. 27 citado), o CDRM deve deliberar e decidir tendo em conta **estudos e pareceres técnicos que subsidiem o caráter local dos serviços, e demonstrem a viabilidade técnica e econômica da prestação isolada**. Não teve a Procuradoria Geral do Estado acesso a qualquer justificativa neste sentido.

Alerta o parecerista que a **decisão** do CD deve ser **excepcional e revogável** a fim de evitar o esvaziamento da RMRJ. Além disso, caso o CDRM decida por excepcionar os serviços prestados em determinado Município metropolitano da prestação regionalizada, a decisão – a luz do art. 7, I, da LCE nº 184/2018 c/c art. 7, I, da Lei nº 13.089/2015 **deve fixar um prazo razoável para sua revisão periódica**, haja vista o caráter dinâmico do processo de urbanização e conurbação, que pode transformar, com o tempo, um serviço que, contemporaneamente, é de interesse local, em serviço de interesse comum. Assim, **caso não seja comprovada, periodicamente, a manutenção do caráter local dos serviços, a prestação deve ser reintegrada com os demais municípios metropolitanos**.

¹ Art. 10-A. § 2º As outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida, permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos e a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água.

² 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. Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta a possibilidade de imediata assunção dos serviços, quando determinada pela ausência de soluções consensuais ou por manifesta necessidade e interesse público (*grifou-se*).

Alude-se que a relação entre o Município de Maricá pode ter sido contratualizada, havendo contrato de programa vigente que delega a prestação dos serviços de esgotamento sanitário à estatal. Caso não seja comprovado tecnicamente o **caráter local** dos serviços prestados pela SANEMAR, eles só poderão ser mantidos com a estatal municipal até o advento do termo final do contrato, vedada a prorrogação. Com o advento do termo contratual, a RMRJ pode incluir os serviços nos contratos metropolitanos em curso ou pode concedê-los de forma apartada (via de regra, mediante licitação).

Pondera o parecerista que, caso a intenção seja contratar a SANEMAR diretamente, a RMRJ deve motivar a decisão, e demonstrar o enquadramento em alguma das hipóteses de contratação direta. No caso da inexigibilidade (art. 25, lei 8.666/93) deve ser comprovada, via estudos técnicos, a inviabilidade de competição. Nada impede que a SANEMAR concorra nas licitações. Caso decida-se por incluí-los na prestação regionalizada, será necessário suprimir o item 2.5.2. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e alterar a redação das minutas para prever em qual bloco seria incluído o Município de Maricá. Caso o item 2.5.2 do Convênio de Cooperação da RMRJ não seja suprimido, cabe introduzir previsão semelhante na minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior.

A **terceira** questão refere-se às minutas de Termos de Rescisão dos contratos de programas vigentes entre a Cedae e Municípios. As minutas dos Termos de Rescisão dos contratos de programa vigentes formalizam a extinção dos contratos de programa pelos quais cada Município fluminense delega à CEDAE a prestação dos serviços de saneamento básico (Cláusula Primeira). Para tal, a eficácia do distrato é condicionada à celebração de novo contrato de concessão pelo Estado do Rio de Janeiro, no âmbito da prestação regionalizada do serviço de saneamento básico, sob organização e gerenciamento do Estado.

A minuta de Termo de Rescisão também repassa ao Estado do Rio de Janeiro os ônus financeiros de: (i) indenizar a CEDAE caso se verifique a existência de investimentos ainda não amortizados na ocasião do término do contrato, “*desonerando o MUNICÍPIO de eventual indenização*” (item 2.1); e de (ii) contratar “serviços técnicos especializados que tenham por objeto a realização da identificação de eventuais direitos indenizatórios e a quantificação dos respectivos valores relativos aos referidos contratos de programa, sendo descontados as multas, indenizações e outros valores devidos pela CEDAE” (item 2.2). Vale observar que o item 6.2.1 das minutas de Convênios de Cooperação e os itens 4.3 e 13.2 das minutas de Contratos de Gerenciamento contêm previsões semelhantes.

Destaca o parecerista que há também **outras previsões** das referidas minutas que **atribuem ônus financeiros ao ERJ**, no âmbito da gestão associada dos serviços de saneamento básico, que, em princípio, não seriam dele, visto que o Estado não é titular dos serviços. É o caso da previsão das minutas de Convênio de Cooperação da RMRJ (item 4.2.8) e dos Municípios do interior (item 4.2.9) no sentido de que “*a expansão quantitativa e qualitativa dos serviços*” pode ser realizada via “investimentos oriundos do orçamento estadual”.

O mesmo ocorre com uma série de previsões da **cláusula décima segunda** das minutas de Contratos de Gerenciamento, que trata do rateio de ônus financeiros e indenizações decorrentes dos contratos coligados assinados pelo ERJ enquanto mandatário dos titulares dos serviços. Segundo as previsões dessa cláusula, o ERJ assumiria para si, total ou parcialmente, **débitos decorrentes de**: (i) reequilíbrio econômico-financeiro em favor das delegatárias de serviços públicos (item 12.1.); (ii) indenizações em razão bens reversíveis não amortizados (item 12.2.1), e (iii) pagamento de multas às delegatárias dos serviços em razão do término antecipado dos contratos de delegação de serviços públicos (item 12.2.2.).

Em contrapartida, o ERJ também faria jus à repartição de eventuais créditos decorrentes de indenizações e multas pagas pelas de legatárias de serviços públicos (item 12.2.). E também seria contemplado com o direito de **recebimento de 80% da outorga fixa e 50% da outorga fixa**

excedente (itens 10.11., 10.12., 4.2.7. e 4.2.7.1) da minuta de convênio de cooperação da RMRJ e **itens 4.2.6. e 4.2.7.** da minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior.

A despeito do maior percentual a ser recebido pelo ERJ, o que justifica que ele assumira alguns riscos, **não há informações se tais créditos em potencial serão aptos a compensar os débitos assumidos.**

Tal aspecto é essencial. **Assume fundamental importância a realização de estudo técnico que demonstre – sob o ponto de vista econômico – o equilíbrio entre a assunção ampla de débitos dos Municípios com eventuais créditos de indenizações multas.**

Em todo caso, fundamental o alerta do parecerista para avaliar **se essa assunção ampla de débitos dos municípios e da RMRJ pelo Estado do Rio de Janeiro viola o Regime de Recuperação Fiscal (RRF).** Aduz que, se por um lado essa assunção de dívida pode aumentar de forma substancial o endividamento do ERJ, na contramão do objetivo primordial do RRF, por outro lado, ela se daria com o propósito de viabilizar uma das exigências do RRF que é a desestatização da CEDAE (art. 2º, §1º, I, da LC nº 159/2017).

Por esse motivo, acolho a recomendação do parecerista no sentido de que **as previsões das minutas de Termo de Rescisão, de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento que impliquem a assunção, por parte do Estado do Rio de Janeiro, de ônus financeiros dos titulares dos serviços, sejam submetidas à prévia análise e aprovação por parte do Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal,** por ser o órgão ao qual compete “monitorar o cumprimento do Plano de Recuperação”, com vistas a “recomendar ao Estado a suspensão cautelar de execução de contrato ou de obrigação do Estado quando estiverem em desconformidade com o Plano de Recuperação” e a apontar o risco de descumprimento dele (art. 7º, I e VII LC nº 159/2017).

Na mesma linha do que foi aduzido no Parecer nº 06/2020 JVSM/PG-17 (**ainda pendente de visto da PG-02**), a decisão de assumir dívida pertencente a outro ente federativo deve restar justificada de modo consistente, **com a efetiva demonstração de que o Estado possui condições de pagar a CEDAE.** Como bem afirmaram os pareceristas, o Estado não deve usar de sua posição de acionista controlador da CEDAE para perdoar a dívida ou simplesmente deixar de cobrá-la. Essa postura poderia, inclusive, ser tomada como abuso do poder de controle.

O parecerista sugere **duas alternativas:** (i) um caminho possível para contornar o risco de violação ao RRF seria prever, desde logo, nas minutas de convênio de cooperação, autorização para o ERJ repassar o débito para as futuras concessionárias que assumirão a prestação dos serviços. Inclusive, essa alternativa já foi validada pelo Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17, contanto que conste previsão no edital e no contrato de concessão; (ii) previsão, nas minutas de termo de rescisão e de convênio de cooperação e contrato de gerenciamento, no sentido de que, caso as indenizações devidas pela CEDAE ultrapassem um determinado limite (que pode ser o montante recebido pelo ERJ a título de outorga fixa), o ERJ teria direito de regresso em face dos municípios quanto ao montante excedente. Trata-se de alternativa sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade do gestor público e que, de todo modo, também precisaria de ser submetida ao Conselho de Supervisão do RRF, haja vista haver o risco de os municípios não pagarem o Estado.

No mais, com fundamento nas razões jurídicas apresentadas no opinamento, acolhe-se a posição de que a minuta de Termo de Rescisão seja alterada para condicionar expressamente a transferência dos serviços ao **prévio pagamento da indenização devida à CEDAE.**

A **quarta** e última questão, dentre as diversas abordadas no parecer, refere-se à **delimitação da extensão de atribuições delegadas, pelos titulares dos serviços (RMRJ e municípios do interior), ao Estado e à AGENERSA.** Conforme já havia abordado o parecerista no Parecer nº 09/2019 ARCY IPG-17, a delegação de competências, via instrumentos de gestão associada, na forma do art. 241, da Constituição Federal, é possível, contanto que não seja tão abrangente a ponto de caracterizar uma renúncia velada (ou delegação “em branco”).

Sugere-se, assim, **o acolhimento de todas as recomendações** formuladas pelo parecerista no opinamento, com vistas a manter as atribuições mais essencialmente ligadas ao Poder Concedente dos serviços de saneamento básico com os titulares dos serviços.

No mais, **acolho integralmente todas as recomendações formuladas pelo parecerista**, bem sintetizadas no item V (Encerramento) do parecer, devendo ser promovidas todas as alterações e adequações propostas nas minutas encaminhadas.

Por derradeiro, em razão da repercussão dos temas aqui tratados, sugiro seja dada ciência do presente parecer e das diversas recomendações nele constantes **à Casa Civil**, à **Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico e Emprego e Relações Internacionais**, ao **BNDES**, ao **Instituto Rio Metrópole** e principalmente, ao **Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal**.

À PG-02, em prosseguimento.

Rio De Janeiro, 14 de outubro de 2020.

FLAVIO AMARAL GARCIA
Procurador-Chefe Da Procuradoria Administrativa

VISTO DOS PARECERES

Visto. Aprovo o Parecer nº 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY (SEI 8865204), da lavra do Procurador do Estado **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO**, placitado pelo Visto do Procurador Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17) **FLAVIO AMARAL GARCIA**.

O parecerista examinou as minutas dos **instrumentos de gestão associada** elaboradas no âmbito do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, concebido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Foram submetidas à análise da Procuradoria Geral do Estado as seguintes minutas: **(i)** Convênio de Cooperação entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8724022); **(ii)** Convênios de Cooperação entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8723875); **(iii)** Contrato de Gerenciamento entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8724367); **(iv)** Contratos de Gerenciamento entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8724582); **(v)** Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes entre CEDAE e municípios (SEI 8724786).

Importante referir que foram encaminhados à Procuradoria Geral do Estado apenas as minutas acima mencionadas, **devendo ser instaurado processo administrativo** com as notas explicativas do BNDES, as justificativas técnicas e econômicas, bem como os demais documentos necessários à edição dos referidos ajustes.

Quanto às **justificativas**, é essencial que os processos administrativos sejam **instruídos com estudos e pareceres técnicos que embasem as escolhas do gestor público**, em especial no que diz respeito aos seguintes aspectos: **(i)** contratação direta da CEDAE; **(ii)** exclusão dos serviços de esgotamento sanitário do município metropolitano de Maricá da prestação regionalizada; **(iii)** assunção de ônus financeiros dos titulares dos serviços pelo Estado do Rio de Janeiro; **(iv)** compartilhamento de receitas de outorgas fixa e variável com terceiros (*i.e.* ERJ e municípios metropolitanos) que não os titulares dos serviços.

Como destacado no Visto, tais justificativas devem ser validadas pelos órgãos competentes do Estado do Rio de Janeiro, **porquanto o exame da Procuradoria Geral do Estado se circunscreve aos aspectos jurídicos**, não adentrando na seara decisória própria ao mérito administrativo.

No mais, o parecerista examinou questões essenciais que apresentam importantes repercussões na modelagem apresentada, **com especial destaque para a assunção de ônus financeiro pelo Estado do Rio de Janeiro que carecem de maiores detalhamentos técnicos e econômicos**.

A despeito do Estado do Rio de Janeiro receber a maior parcela do valor da outorga, **não há informações concretas e objetivas se tais créditos em potencial serão altos a compensar os débitos assumidos**. Não se tem, ao menos no momento presente, estimativas confiáveis da ordem de grandeza dos débitos a serem suportados pelo Estado do Rio de Janeiro.

Daí a imperiosa realização de **estudo técnico e econômico** que demonstre a equação e a relação entre os débitos dos Municípios a serem assumidos pelo Estado do Rio de Janeiro com eventuais créditos a serem percebidos. Trata-se de **informação imprescindível** para eventual assunção de tais ônus financeiros pelo Estado do Rio de Janeiro, sem o que estar-se-ia violando preceitos elementares de **prudência fiscal**.

Em qualquer situação, todavia, faz-se imprescindível a oitava prévia do **Conselho de Supervisão do Regime de Remuneração Fiscal**, por ser o órgão competente para monitorar O Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal.

No mais, acolho integralmente todas as recomendações formuladas pelo parecerista, **sumarizadas no item V (Encerramento) do parecer**, devendo ser promovidas todas as alterações e adequações propostas nas minutas encaminhadas.

Cabe, por derradeiro, destacar que foi remetido na data de ontem (14.10.20) **o processo administrativo SEI nº 120207/000707/2020**, com a consulta formulada pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico e Emprego e Relações Internacionais para fins da elaboração do parecer a que se refere o parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93.

É de supor que o parecer que ora se aprova poderá repercutir em outros aspectos essenciais da modelagem, bem como nas outras minutas encaminhadas (em especial de edital e do contrato de concessão), justificando, inclusive, a tomada de decisão dos gestores públicos competentes.

Sugere-se, portanto, que eventuais ajustes ou adequações sejam imediatamente comunicados à Procuradoria Geral do Estado, a fim de que se tenha a certeza de que os pareceres que estão sendo elaborados no contexto do **processo administrativo SEI nº 120207/000707/2020** reflitam a realidade e o real estágio do processo.

Como bem sugerido no Visto da Chefia da PG-17, indispensável que **seja dada ciência do presente parecer e respectivos Vistos** aos seguintes órgãos e entidades: **(i)** Secretaria da Casa Civil; **(ii)** Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico e Emprego e Relações Internacionais; **(iii)** BNDES (que poderá ser cientificado por intermédio da Procuradora do Estado Nathalie Carvalho Giordano Macedo, integrante do Grupo de Trabalho criado pela Resolução PGE nº 4616, de 29.09.20); **(iv)** Instituto Rio Metrópole; **(v)** Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal.

Ao apoio da PG-02, para providenciar o encaminhamento acima solicitado.

Rio de Janeiro, 15 de outubro de 2020.

RAFAEL ROLIM DE MINTO
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Processo nº SEI-120207/000707/2020

Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da viabilidade jurídica de minuta de Edital de Concorrência Internacional. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Observância dos requisitos formais e dos precedentes da PGE-RJ. Considerações.

1. Relatório e consulta

O Exmo. Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, Marcelo Lopes encaminha para exame da Procuradoria Geral do Estado, nos termos do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 (9212400), as minutas dos seguintes documentos relativos ao Projeto de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário (9212400):

1. Edital de concorrência internacional (9164561) e Anexos II, III, IV e V (9164573)[1]
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)

Especificamente em relação à CEDAE, foram encaminhados os seguintes documentos para exame pela Procuradoria Geral do Estado:

1. 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.
2. Contrato de produção de água (9165411)
3. Contrato de indenização a ser celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a CEDAE, visando à disciplina da sub-rogação de obrigações inerentes aos contratos de programa celebrados entre a CEDAE e os municípios (9165415).

Anota-se que, anteriormente, por meio do processo administrativo SEI- 140001/058793/2020, foi procedido o exame jurídico das minutas de Convênios de Cooperação e dos Contratos de Gerenciamento, instrumentos de gestão associada dos serviços, e de Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes, tendo sido elaborado Parecer nº 05/ARCY/PG- 17/2020.

A consulta formulada apresenta considerações sobre: **i)** a contratação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) para estruturação do Projeto e a decisão do Estado do Rio de Janeiro pelo modelo de negócios que veio a ser estruturado na “Fase II” dos serviços técnicos; e **ii)** os principais aspectos da modelagem do Projeto.

Destaca, ainda, que serão apresentadas, também, algumas das contribuições para a versão final do Projeto provenientes da interação permanente mantida pelo Governo do Estado, por meio da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, com diversos atores, como a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE/RJ), o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPE/RJ), a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ), a Fundação Instituto das Águas do Município do Rio de Janeiro (Rio-Águas) **e a própria sociedade, que foi ouvida diretamente por meio de três audiências públicas nos meses de junho, julho e agosto, e de processo de consulta pública que durou sessenta dias e no qual mais de mil contribuições foram apresentadas.**

Na sequência, o Exmo. Procurador-Geral do Estado, Bruno Teixeira Dubeux, solicitou a elaboração de Nota Técnica pelo BNDES, com a apresentação das suas considerações técnicas e econômicas acerca da modelagem adotada (9354664).

Por meio do Ofício AEP n.º 018/2020 (9792133), o BNDES encaminhou a Nota Técnica com histórico do projeto elaborada pelo escritório de advocacia Vernalha Guimarães e Pereira Advogados – VGP, integrante do consórcio de consultorias técnicas contratado pelo BNDES para assessoramento na estruturação do referido projeto (9792296).

Na referida Nota Técnica produzida pelo Escritório de Advocacia Vernalha Guimarães e Pereira Advogados – VGP (9792296) foram abordados os seguintes aspectos: **(i)** a contratação do BNDES; **(ii)** o desenvolvimento do projeto de desestatização da CEDAE; **(iii)** o modelo de negócios selecionado pelo Estado; **(iii.1)** prestação regionalizada: a tônica do modelo concessionário; **(iii.2)** instrumentos de gestão associada; **(iii.3)** o contrato de produção de água: a viabilidade da contratação direta para a prestação do serviço de produção de água à luz da norma do § 2º do art. 10-A da Lei nº 11.445/07; **(iv)** indenização da CEDAE: o tempo da exigibilidade do pagamento eventualmente devido por ocasião da extinção dos contratos de programa; **(v)** principais aspectos do edital de concessão da prestação regionalizada dos serviços de água e esgoto; **(v.1)** dos investimentos a serem realizados no curso do contrato de concessão como parcela de maior relevância técnica; **(v.2)** da necessidade de relativização da interpretação restrita dos requisitos de habilitação da Lei nº 8.666/93. Ampliação do universo de licitantes e garantia de competitividade; **(v.3)** comprovação da qualificação técnico-profissional. Flexibilidade dos vínculos mantidos com o licitante; **(v.4)** condições para assinatura do contrato; **(vi)** contrato de concessão; **(vii)** contrato de interdependência.

A pedido da Procuradoria Geral do Estado, em solicitação verbal, foi elaborada pelo BNDES a Nota Conjunta AEP/DEP1 nº 23/20 e AJ2/JUREP nº 08/2020, com a apresentação de justificativas e esclarecimentos mais detalhados acerca dos requisitos de qualificação econômico-financeira e qualificação técnica previstos no edital (9882213).

Destaque-se que a Nota Técnica produzida pelo Escritório de Advocacia Vernalha Guimarães e Pereira Advogados – VGP (9792296) e a Nota Conjunta AEP/DEP1 nº 23/20 e AJ2/JUREP nº 08/2020 (9882213), foram ratificadas pelo Exmo. Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais (9936398).

Considerando a **urgência** solicitada para exame da Procuradoria Geral do Estado e a **magnitude** do projeto de desestatização, o Exmo. Sr. Subprocurador Geral do Estado, Rafael Rolim, distribuiu os

pareceres da seguinte forma: (i) os subscritores do presente parecer ficaram encarregados de examinar a **minuta do edital** e dos anexos II, III e IV¹; (ii) os subscritores do presente parecer, juntamente com os Procuradores do Estado Alexandre Santos de Aragão e Gustavo Binenbojm, ficaram encarregados de elaborar o parecer relativo à **minuta do contrato de concessão** e seus respectivos anexos; (iii) o parecer relativo às minutas do **contrato de interdependência**, do **contrato de produção de água** e do **contrato de indenização** a ser celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a CEDAE foi distribuído aos Procuradores do Estado Augusto Henrique Werneck, Henrique Bastos Rocha e Thiago Cardoso Araújo, que integram o Grupo de Trabalho constituído pela Resolução PGE n° 4610 de 29.09.20.

Antes de iniciar o exame da minuta do edital e seus anexos, dois esclarecimentos se fazem indispensáveis.

O **primeiro esclarecimento** é que o presente parecer examinará apenas os aspectos jurídicos da consulta, partindo das premissas e informações técnicas, econômicas e financeiras que constam do processo, em especial, da consulta formulada pelo Exmo. Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, Marcelo Lopes (9212400), bem como as duas Notas Técnicas acostadas posteriormente ao processo administrativo, a saber, a Nota Técnica produzida pelo Escritório de Advocacia Vernalha Guimarães e Pereira Advogados – VGP (9792296) e a Nota Técnica elaborada pelo BNDES com as justificativas mais detalhadas da qualificação econômico-financeira e a qualificação técnica (9882213).

Pelo **volume de informações, pela magnitude do projeto de desestatização e pela urgência solicitada**, seria impossível reproduzir no presente relatório o conteúdo da consulta e das referidas Notas Técnicas.

O **segundo esclarecimento** consiste em registrar que as considerações preliminares e a contextualização dos aspectos jurídicos do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto realizadas no âmbito do Parecer n° 05/ARCY/PG-17/2020 (SEI-140001/058793/2020 - 9153202), que cuidou do exame jurídico das minutas relativas à gestão associada dos serviços de saneamento básico, também integrantes desse procedimento licitatório, são integralmente aplicáveis a essa minuta.

Em outras palavras, consideramos que o Capítulo “Observações preliminares sobre a atividade de consultoria jurídica da PG-17” (Tópico II) e o Capítulo “Aspectos gerais do projeto e Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, novo marco regulatório do saneamento básico e contratação direta da CEDAE” (Tópico III) do referido parecer estão aqui inteiramente reproduzidos, o que se faz apenas para evitar repetição. **Segue, portanto, como anexo ao presente opinamento o Parecer n° 05/ARCY/PG-17/2020 e seus respectivos Vistos.**

O presente parecer sobre a minuta do edital em referência se iniciará pelo exame das cláusulas constantes na minuta do Edital (**Tópico II**). Esse tópico está dividido da seguinte forma:

2.1. Preâmbulo e disposições iniciais;

2.1.1. Qualificação do Estado.

2.1.2. Disposições referentes ao pagamento da outorga fixa e variável.

2.1.3. Outros aspectos.

2.3. Condições gerais;

2.4. Garantia da proposta, proposta comercial e documentos de habilitação;

2.4.1. Regras gerais de apresentação da documentação e garantia da proposta.

¹ Não foi analisada a minuta do Anexo V (manual de Procedimentos da B3), uma vez que, até o presente momento, não foi submetida à Procuradoria-Geral do Estado, tampouco consta do SEI-120207/000707/2020. De toda forma, localizamos no site da B3 o “Manual de Procedimentos operacionais da B3” (http://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/estrutura-normativa/pos-negociacao/), que parece se tratar de um manual procedimental usado em larga escala na bolsa e amplamente aceito.

2.4.2 Proposta Comercial.

2.4.3 Documentos de habilitação (habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira, qualificação técnica, regularidade fiscal e trabalhista e declarações).

2.4.4 Participação em consórcio.

2.4.5 Participação de licitantes estrangeiras.

2.5. Procedimento de análise e julgamento;

2.5.1. Cronograma referencial da licitação.

2.5.2. Sessão de abertura da licitação.

2.5.3. Abertura, exame e julgamento das propostas comerciais.

2.5.4. Abertura, exame e julgamento dos documentos de habilitação.

2.5.5. Recursos.

2.6. Condições para formalização do contrato;

2.6.1. Convocação para celebração do contrato.

2.6.2. Da concessionária.

2.6.3. Garantia de execução do contrato.

2.6.4. Ressarcimento dos estudos vinculados à concessão.

2.7. Disposições finais.

2.7.1. Comunicações.

2.7.2. Contagem dos prazos.

2.7.3 Disposições diversas.

Em seguida, serão feitos apontamentos acerca dos anexos II, III e IV do Edital (**Tópico III**). Adiante, serão realizados esclarecimentos adicionais acerca de cláusulas obrigatórias em procedimento licitatório (**Tópico IV**). Na sequência, serão elencadas sugestões acerca de aspectos formais (**Tópico V**). E, por fim, as recomendações feitas ao longo deste parecer serão sintetizadas na conclusão (**Tópico VI**)².

2. Análise da viabilidade jurídica da minuta do Edital de Concorrência Internacional do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto

A presente análise terá por base inicial os diplomas normativos indicados como aplicáveis no item 2 do Edital. Isto é, o edital será examinado a partir das leis que trazem regras específicas acerca do regime de licitações das concessões. Além disso, o art. 37, XXI, da Constituição, ao impor a licitação como regra antecedente à celebração dos contratos públicos, determina que serão permitidas, nos respectivos editais, somente “*as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”. Tendo isso em vista, **as regras do edital objeto de análise deverão ser orientadas de modo a se garantir a maior competitividade possível**, com ampliação do universo de licitantes, **sem deixar de exigir, ao mesmo tempo, a comprovação da capacidade do futuro contratado em realizar todos os investimentos necessários ao cumprimento das metas do contrato**.

² Importante destacar a valiosa colaboração para elaboração do presente parecer dos seguintes Residentes da Procuradoria Geral do Estado: Jonas Veprinsky Mehl, Mariana Pinhel Viana, Maria Beatriz Pinho de Sá e Anna Cintia Ximenes.

Fixadas tais premissas, serão analisados o preâmbulo e as cláusulas relativas às disposições iniciais, com destaque para as definições, que orientarão a aplicação e interpretação de todo o edital (**Tópico II.1**), ao procedimento licitatório (**Tópico II.2**), às condições gerais para participação dos licitantes (**Tópico II.3**), às garantias de proposta, proposta comercial e documentos de habilitação (**Tópico II.4**), ao procedimento de análise e julgamento (**Tópico II.5**), às condições para a formalização do contrato (**Tópico II.6**) e às disposições finais (**Tópico II.7**).

A consulta objeto deste parecer seguirá os enunciados e entendimentos consolidados da Procuradoria Geral do Estado sobre o tema. Acrescenta-se, na linha das premissas fixadas na Promoção nº 02/2015 – FAG, que a presente consulta não irá se imiscuir em qualquer aspecto técnico, econômico ou financeiro inerente ao tema, pois não cabe à Procuradoria Geral do Estado avançar na análise de matéria dessa índole. Cabe-nos, portanto, apenas tecer considerações sobre a juridicidade da minuta a qual nos fora submetida.

2.1. Preâmbulo e disposições iniciais.

2.1.1. Qualificação do Estado.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1.842/RJ³, fixou entendimento no sentido de que a competência para prestação de serviços públicos de saneamento básico nunca será exclusiva do Estado. Segundo o STF, tal competência, em princípio, é atribuída, pela Constituição, aos Municípios, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, CRFB), mas pode, por aglutinação, pertencer a uma região metropolitana (*i.e.* o colegiado de Estado e municípios), caso seja essa, eventualmente, criada por lei complementar estadual, na forma do art. 25, § 3º, CRFB⁴. Isso significa dizer que a titularidade dos serviços públicos metropolitanos não é nem exclusiva do Estado, nem exclusiva dos municípios; todos os entes federativos integrantes da região metropolitana a compartilham e, por conseguinte, devem ter poder de decisão e direção dos rumos dos serviços compartilhados.

Nessa linha de raciocínio, com o advento da Lei complementar nº 184/2018, a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro assumiu a titularidade dos serviços públicos de interesse metropolitano, dentre os quais o saneamento básico, incluindo a captação, o tratamento e a distribuição de água potável, a coleta, o tratamento e a destinação do esgotamento sanitário, gerenciamento de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas⁵. Os Municípios não metropolitanos, por sua vez, continuam com a titularidade desses serviços.

Superou-se, assim, o entendimento pretérito de que, na hipótese de criação de uma Região Metropolitana por lei complementar estadual, o serviço público de saneamento básico passaria a ser titularizado pelo Estado que a instituiu⁶.

Considerando esse contexto, o projeto de desestatização dos serviços de saneamento básico elaborado pelo BNDES propôs uma modelagem pela qual haveria uma dupla delegação. Os titulares dos serviços de saneamento básico (RMRJ e municípios não metropolitanos) delegariam o ERJ, via Convênios de Cooperação, as funções administrativas de organização e promoção da licitação dos serviços e de celebração, em nome dos titulares, dos contratos de delegação dos serviços e outros coligados (e.g.: contratos com instituições financeiras). E, passo seguinte, o ERJ licitaria e, em nome dos titulares, assinaria os ajustes para fins de delegação da prestação dos serviços à CEDAE e às

³ ADI nº 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

⁴ Art. 25 (...). § 3º 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.

⁵ Anote-se que, quanto ao gerenciamento de resíduos sólidos e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas deve-se observar os limites da competência municipal, tal como reconhecido pelo art. 3º, II, da LC 184/2018.

⁶ Nesse sentido, v. BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios, Revista de Informação Legislativa, p. 255-270, Brasília, ano 38, n. 153, jan./mar. 2002, pp. 261-263.

concessionárias privadas. Ademais, o ERJ celebraria os contratos coligados, com fulcro nos poderes que lhe foram mandatados.

A intenção declarada desse arranjo é contornar os elevados custos de transação decorrentes da coordenação de múltiplos titulares dos serviços, permitindo que o ERJ os represente, sem a necessidade de figurarem como signatários dos contratos acima mencionados; bastaria o ERJ assinar. Ademais, num segundo momento, o Estado atuará como um gestor único da concessão, o que facilitará sobremaneira a governança das concessões.

Ressalta-se, no entanto, que a delegação de competências, via instrumento de gestão associada, na forma do art. 241, da CRFB, não pode ser tão abrangente a ponto de caracterizar uma renúncia velada (ou delegação “em branco”)⁷. No caso da RMRJ, o STF foi ainda mais enfático, na ADI nº 1.842/RJ, ao invalidar o modelo anterior de Região Metropolitana que concentrava poderes no Estado do Rio de Janeiro. Conforme consta do acórdão⁸:

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.** (*grifou-se*)

Os Pareceres nº 09/2019 ARCY/PG-17, nº 1A/2020 ARCY/PG-17 e nº 03/2020 – PGE/PG-17/ARCY buscaram analisar, entre outros questionamentos, os limites e possibilidades do papel do Estado do Rio de Janeiro na modelagem proposta, isto é, no bojo de concessão de serviço público o qual não é titular, considerando o posicionamento adotado pelo STF na ADI nº 1.842/RJ.

No Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17, embora se tenha concluído pela viabilidade jurídica, em abstrato, dessa delegação de atribuições, foram alertados os riscos jurídicos de uma delegação tão ampla de poderes ao Estado do Rio de Janeiro, atentando-se à possibilidade de o Estado ser colocado em posição incompatível com a determinada pelo STF. Assim, foi sugerido que os próprios titulares figurassem como signatários dos contratos, ao invés do ERJ, que se limitaria ao papel de mandatário sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços:

Recomendo que fique claro que a competência para firmar os contratos de concessão permaneça com os titulares do serviço público (i.e.: 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 integram a região.

⁷ A questão fora analisada, a fundo, no Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17. Para evitar repetições, remetemos às considerações feitas neste Parecer sobre a viabilidade jurídica da gestão associada e as diferenças entre delegação e renúncia de competências.

⁸ ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

A partir de tais considerações, destacam-se os itens 1.2.22., 1.2.28., 1.2.34. e 1.2.37. da minuta de edital de licitação:

1.2.22. CONTRATO DE GERENCIAMENTO: instrumento celebrado entre os titulares do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário e o ESTADO, cujo objeto é, complementarmente ao CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO, regulamentar a transferência da organização e do gerenciamento da PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na área urbana dos Municípios agrupados em BLOCOS atribuída ao ESTADO, regulamentar a transferência da regulação, inclusive tarifária, e fiscalização à AGÊNCIA REGULADORA, bem como disciplinar a autorização da transferência da prestação desses serviços pelo ESTADO a terceiros, na forma das Leis federais nº 8.666/1993, 8.987/1995, 11.107/2005 e 11.445/2007, entre outras normas aplicáveis.

1.2.28. CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO: instrumentos que constituíram a gestão associada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário entre os titulares do SERVIÇO e o ESTADO, com a delegação das atividades de organização e gerenciamento da prestação ao ESTADO, e as atividades de regulação e fiscalização à AGÊNCIA REGULADORA;

1.2.34. ESTADO: Estado do Rio de Janeiro, representante dos titulares dos serviços, nos termos dos instrumentos de gestão associada, mandatado para organizar, gerir e transferir a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na ÁREA DE CONCESSÃO.

1.2.37. GESTÃO ASSOCIADA: associação voluntária entre cada Município fluminense, isoladamente ou por meio do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, com o ESTADO, nos termos dos CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO e CONTRATOS DE GERENCIAMENTO, com a finalidade de estruturar e organizar a oferta dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, de maneira integrada e regionalizada;

Nestes itens, o texto deixa claro ser o Estado mero representante dos titulares dos serviços, a exercer o papel de organização e gerenciamento da prestação do serviço. No entanto, **a redação de diversas outras cláusulas constantes no edital peca, conferindo (ou parecendo conferir) ao Estado atribuições que devem permanecer com os titulares dos serviços**. Repita-se que o Estado não é titular, e, conseqüentemente, não é poder concedente dos serviços a serem licitados.

Foi informado pelo BNDES que, uma vez constante na definição de “Estado” o seu papel de representação, não seria necessário fazer essa ressalva ao longo do documento. Ademais, no Parecer ARCY nº 03/2020, destacou-se que há inconveniência em se repetir o papel do Estado como representante a cada cláusula – algo que já estaria resolvido nos instrumentos de gestão associada.

Nessa toada, sugere-se, em primeiro lugar, fazer constar uma cláusula geral que estabeleça que o edital e demais documentos do projeto, sempre que mencionarem o Estado do Rio de Janeiro, o indicam, apenas, como regra, como mero representante dos titulares dos serviços, em linha com os instrumentos de gestão associada. Isto é: o Estado é um *delegatário das funções administrativas de organização e promoção dessa licitação, bem como da função de gestão contratual*, o que deve ser destacado desde o preâmbulo e como cláusula geral.

Não obstante, de modo a que se confira maior segurança jurídica, **recomenda-se que algumas cláusulas mais sensíveis do edital⁹, ao mencionarem o Estado, acrescentem ressalva do seu papel de representante dos titulares dos serviços.** O objetivo é **incrementar a segurança jurídica.**

Primeiramente, na qualificação do Estado do Rio de Janeiro no preâmbulo do edital de licitação, sugere-se que seja inserida a seguinte previsão (*inclusões propostas em destaque*):

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, **na qualidade de delegatário das funções administrativas de organização e promoção dessa licitação, bem como da função de gestão contratual,** com fundamento no artigo 175 da Constituição da República (...).

Já em suas disposições iniciais, o item 1.2.7. da minuta de edital de licitação prevê o seguinte:

1.2.7. BENS REVERSÍVEIS: é o conjunto de bens móveis e imóveis, englobando instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios integrantes dos sistemas de água e esgoto existentes à época da publicação deste EDITAL, objeto da CONCESSÃO, essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, que será transferido à CONCESSIONÁRIA, bem como os demais bens essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA que vierem a ser adquiridos e/ou construídos pela CONCESSIONÁRIA, e que reverterão ao ESTADO quando da extinção da CONCESSÃO;

Essa redação apresenta problemas. O artigo 35, §1º da Lei nº 8.897/95 estabelece que “*extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis*”. Como adiantado, o Estado não é o poder concedente dos serviços objeto da concessão. Assim, sugerem-se duas possíveis redações ao dispositivo (*inclusões propostas em destaque*):

1.2.7. BENS REVERSÍVEIS: é o conjunto de bens móveis e imóveis, englobando instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios integrantes dos sistemas de água e esgoto existentes à época da publicação deste EDITAL, objeto da CONCESSÃO, essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, que será transferido à CONCESSIONÁRIA, bem como os demais bens essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA que vierem a ser adquiridos e/ou construídos pela CONCESSIONÁRIA, e que reverterão **aos titulares do serviço, com a intermediação do Estado,** quando da extinção da CONCESSÃO;

1.2.7. BENS REVERSÍVEIS: é o conjunto de bens móveis e imóveis, englobando instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios integrantes dos sistemas de água e esgoto existentes à época da publicação deste EDITAL, objeto da CONCESSÃO, essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, que será transferido à CONCESSIONÁRIA, bem como os demais bens essenciais e indispensáveis à

⁹ Em alguns itens, a menção é menos importante, bastando a cláusula geral (por exemplo, nas cláusulas que disciplinam a formalização do contrato, a menção ao Estado não parece gerar maiores preocupações).

PRESTAÇÃO REGIONALIZADA que vierem a ser adquiridos e/ou construídos pela CONCESSIONÁRIA, e que reverterão **aos titulares do serviço por intermédio do ESTADO, que, na qualidade de representante dos titulares do serviço, tomará as medidas necessárias para, em nome dos titulares, garantir a continuidade da prestação do serviço público,** quando da extinção da CONCESSÃO;

O item 1.2.21. estabelece ser o contrato “*instrumento jurídico e seus Anexos, a ser celebrado entre o ESTADO e a CONCESSIONÁRIA*”. Sugere-se seja acrescida à redação a qualidade do Estado de representante dos titulares dos serviços (*inclusões propostas em destaque*):

1.2.21. CONTRATO: instrumento jurídico e seus Anexos, a ser celebrado entre o ESTADO, **na qualidade de representante dos titulares dos serviços,** e a CONCESSIONÁRIA, com interveniência anuência da AGÊNCIA REGULADORA nos termos da minuta do ANEXO I – MINUTA DO CONTRATO e Anexos deste EDITAL;

Prevê o item 1.2.39. da minuta de edital de licitação:

1.2.39. LICITAÇÃO: Concorrência Pública Internacional nº [], objeto deste EDITAL, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para o ESTADO, com vistas à outorga da CONCESSÃO objeto do CONTRATO;

Em linha com o já exposto, sugere-se que no item 1.2.39 suprima-se o vocábulo “Estado”, adotando-se a seguinte redação:

1.2.39. LICITAÇÃO: Concorrência Pública Internacional nº [], objeto deste EDITAL, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa **para os titulares dos serviços,** com vistas à outorga da CONCESSÃO objeto do CONTRATO;

Seguindo esse raciocínio, sugere-se também a alteração do item 1.2.41, que determina que a licitante vencedora é pessoa jurídica que, ao vencer a licitação, constituirá SPE para contratação com o Estado. A contratação é realizada ou com os titulares do serviço ou com o Estado, na qualidade de representante dos titulares do serviço. Assim, são duas as redações sugeridas (*inclusões propostas em destaque*):

1.2.41. LICITANTE VENCEDORA: pessoa jurídica, atuando isoladamente ou em CONSÓRCIO, nos termos deste EDITAL, que vencer a LICITAÇÃO e que constituirá a SPE para a contratação com o ESTADO, **na qualidade de representante dos titulares dos serviços;**

1.2.41. LICITANTE VENCEDORA: pessoa jurídica, atuando isoladamente ou em CONSÓRCIO, nos termos deste EDITAL, que vencer a LICITAÇÃO e que constituirá a SPE para a contratação **com os titulares dos serviços, representados pelo Estado;**

Do mesmo modo, **recomenda-se que o item 1.2.46, assim como os itens 5.4. e 5.5., ao disciplinarem o pagamento de outorga fixa pela concessionária, deixem claro que o Estado, ao receber os valores de outorga pela exploração da concessão, atua como representante dos titulares dos serviços, nos termos do edital**, dos convênios de cooperação e a partilha definida e justificada economicamente.

O item 1.2.52. da minuta de edital de licitação estabelece:

1.2.52. RECEITA ADICIONAL: toda e qualquer receita alternativa, complementar e acessória que venha a ser auferida direta ou indiretamente pela CONCESSIONÁRIA decorrente da exploração de projeto associado ou da prestação de serviço adicional aos SERVIÇOS, na forma do artigo 11 da Lei federal nº 8.987/95, mediante prévia e expressa autorização do ESTADO, observados os termos do CONTRATO e seus Anexos.

O artigo 11 da Lei federal nº 8.987/95 determina que, observadas as peculiaridades de cada serviço público, *“poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados”*. O dispositivo fala em possibilidade de previsão de receitas alternativas mediante autorização do poder concedente. Assim, sugere-se incluir na redação ressalva que a autorização conferida aqui pelo Estado é na qualidade de representante dos titulares dos serviços (*inclusões propostas em destaque*), bem como que se deve observar a partilha acordada, devidamente motivada tecnicamente:

1.2.52. RECEITA ADICIONAL: toda e qualquer receita alternativa, complementar e acessória que venha a ser auferida direta ou indiretamente pela CONCESSIONÁRIA decorrente da exploração de projeto associado ou da prestação de serviço adicional aos SERVIÇOS, na forma do artigo 11 da Lei federal nº 8.987/95, mediante prévia e expressa autorização do ESTADO, **na qualidade de representante dos titulares dos serviços**, observados os termos do CONTRATO e seus Anexos, **e a forma de partilha acordada;**

Recomenda-se ainda que a redação do item 16.1. seja alterada para excluir a responsabilidade tanto do Estado, como mandatário dos titulares dos serviços, quanto dos titulares dos serviços, pelas despesas e custos incorridos pelas licitantes em razão da licitação. A redação sugerida é a seguinte (*inclusões propostas em destaque*):

16.1. Todas e quaisquer despesas e/ou custos incorridos pelas LICITANTES em razão da presente LICITAÇÃO correrão às suas expensas, sendo de sua exclusiva responsabilidade e risco, ficando **os titulares dos serviços e o ESTADO, na qualidade de representante dos titulares, isentos** de qualquer responsabilidade ou ressarcimento, independentemente do resultado da LICITAÇÃO.

O item 20.11 estabelece ser *“vedada qualquer modificação nos termos e condições da GARANTIA DE PROPOSTA após a sua apresentação sem prévia anuência do ESTADO”* e o item 20.15. prevê que *“a GARANTIA DA PROPOSTA poderá ser executada para a cobertura de multas, penalidades e indenizações eventualmente devidas pelas LICITANTES ao ESTADO”*.

A garantia da proposta, nos termos do item 1.2.34. do mesmo edital, é garantia de cumprimento das obrigações assumidas pelas licitantes em razão de sua participação na licitação. Logo, ela é uma garantia assumida pelas concessionárias em face do poder concedente, do titular do serviço concedido. Por isso, sugere-se que a redação dos itens 20.11. e 20.15 seja alterada no seguinte sentido (*inclusões propostas em destaque*):

20.11. É vedada qualquer modificação nos termos e condições da GARANTIA DE PROPOSTA após a sua apresentação sem prévia anuência do ESTADO, **na qualidade de representante dos titulares dos serviços.**

20.15. A GARANTIA DA PROPOSTA poderá ser executada **pelo ESTADO, em favor dos titulares do serviço,** para a cobertura de multas, penalidades e indenizações eventualmente devidas pelas LICITANTES ao Estado, em virtude de sua participação na LICITAÇÃO, da data da apresentação da GARANTIA DE PROPOSTA até o prazo previsto no item 20.13, sem prejuízo da aplicação de outras penalidades e da responsabilização residual pelo valor que extrapolar a GARANTIA DE PROPOSTA.

Especificamente quanto ao item 30.6., que prevê que “O CONTRATO será celebrado entre o ESTADO e a SPE, com a interveniência-anuência da AGÊNCIA REGULADORA”, destaca-se o entendimento proferido no Parecer nº 01/2020 ARCY:

A competência para a assinatura dos contratos celebrados em nome da Região Metropolitana do Rio de Janeiro é do Presidente de seu Conselho Deliberativo, nos termos do art. 10, caput c/c art. 11, §2º, da LC Estadual nº 184/2018. Assim, não há necessidade de que os municípios metropolitanos figurem como partes signatárias do contrato, porque já se encontram bastante representados na figura do Presidente (i. e. Governador do Estado), o qual só poderá assinar os contratos em nome da RMRJ após a aprovação em votação pelos demais membros do CDRM, consoante procedimento previsto na LC 184 e no regimento interno do Conselho. A delegação pela RMRJ da competência para celebração dos contratos de concessão dos serviços de saneamento básico ao Estado do Rio de Janeiro, autorizada pelo art. 7º da Resolução nº 05/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, é uma solução possível, embora possua riscos jurídicos (v. Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17). Diante desse cenário, em face do referido art. 7º, o Governador não assinará os contratos enquanto Presidente do CDRM, mas como Chefe do Poder Executivo do Estado.

Assim, observadas as ressalvas do Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e do Parecer nº 01/2020 ARCY/PG-17 (aos quais nos reportamos, para fins de evitar repetições), é possível que o item 30.6. estabeleça que o contrato será celebrado entre o Estado e a SPE. No entanto, sugere-se a alteração da redação para evidenciar que o Estado atua, mais uma vez, como mero representante dos titulares dos serviços concedidos. Outra sugestão é a substituir o celebrado por formalizado.

A previsão de garantia de execução do contrato deve estabelecer como beneficiário o poder concedente, na forma do art. 56 da Lei nº 8.666/93. A garantia visa assegurar o fiel cumprimento do contrato, em todos os seus termos (item 1.2.36 do edital). É, portanto, instrumento estabelecido a fim de reforçar o cumprimento das obrigações assumidas pelo concessionário em face do poder concedente. Tanto é assim que somente por acordo entre concessionário e poder concedente, poderá haver substituição da garantia (art. 65, II, “a” da Lei nº 8.666/93). Nesse sentido, recomenda-se a alteração

da redação do item 32.2. do edital, a fim de estabelecer que a garantia de execução do contrato deverá prever como beneficiário o Estado, como representante dos titulares dos serviços concedidos. A redação sugerida é a seguinte (*inclusões propostas em destaque*):

32.2. A GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO deverá prever com beneficiários o ESTADO, **na qualidade de representante dos titulares do serviços**, sendo prestada em uma das seguintes formas, nos termos do artigo 56 d Lei federal nº 8.666/93:

Do mesmo modo sugere-se que a redação dos itens 32.4. e 32.6., que disciplinam a constituição de caução bancária e de seguro-garantia, respectivamente, seja alterada, ressaltando a qualidade do Estado de representante dos titulares dos serviços.

2.1.2. Disposições referentes ao pagamento da outorga fixa e variável

Os itens 1.2.46. e 1.2.47. da minuta de edital de licitação trazem a definição de outorga fixa e outorga variável, prevendo o seguinte:

1.2.46. OUTORGA FIXA: pagamento realizado pela CONCESSIONÁRIA ao ESTADO, como condição à exploração da CONCESSÃO, cujos valores serão compartilhados pelo ESTADO com os MUNICÍPIOS e o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, nos termos do EDITAL e dos CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO;

1.2.47. OUTORGA VARIÁVEL: pagamento mensal a ser realizado pela CONCESSIONÁRIA aos MUNICÍPIOS e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, correspondente a um percentual da RECEITA TARIFÁRIA oriunda dos pagamentos das TARIFAS pelos USUÁRIOS localizados em seus territórios, nos termos do CONTRATO;

Os itens 5.1. a 5.8., por sua vez, trazem a disciplina do pagamento de outorga fixa, a ser efetivado pelo licitante vencedor do certame pela concessão de cada bloco, segundo o critério de julgamento de maior oferta.

Conforme se extrai do Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e do Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17, as receitas decorrentes das outorgas fixa e variável dos serviços de saneamento básico a serem concedidos pertencem aos titulares dos serviços (*i.e.* RMRJ e municípios não metropolitanos). Assim, para repassá-las para terceiros (*e.g.* ERJ, municípios metropolitanos, municípios de fora do projeto), são necessárias: **(i) celebração de acordo com os titulares; e (ii) motivação técnica que demonstre a existência de uma causa econômica**. A verificação de atendimento do requisito (*ii*) escapa à análise jurídica, de modo que deve ser providenciada pelo gestor público.

Quanto ao requisito (*i*), conforme registrado no Parecer nº 05/2020 ARCY/PG-17, as minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento preveem o compartilhamento de percentuais dessas receitas com o Estado do Rio de Janeiro (outorga fixa) e com os municípios metropolitanos (outorgas fixa e variável), sendo que nenhum deles é titular dos serviços. A previsão constante da minuta de edital se revela similar. **Quanto a este ponto, reitera-se a recomendação do tópico anterior no sentido de que o subitem 1.2.46., assim como os itens 5.4. e 5.5., deixem claro que o Estado, ao receber os valores de outorga pela exploração da concessão, atua como representante**

dos titulares dos serviços, nos termos do edital, e dos convênios de cooperação, consoante, ainda, justificativa econômica.

Em segundo lugar, verifica-se que o edital define e disciplina o pagamento de outorga fixa, mas se limita a definir a outorga variável, sem trazer um regramento mínimo sobre sua forma de repartição ou possíveis percentuais a incidirem sobre a receita tarifária que irá constituir o seu pagamento.

De acordo com o item 1.2.47 do edital, a **outorga variável** é calculada somente sobre as receitas tarifárias auferidas no território do próprio titular. Como um titular não está dispondo sobre receita do outro, desnecessária a concordância entre os titulares quanto aos critérios de repartição. Isto é: os critérios adotados nas minutas dos instrumentos de gestão associada de cada titular podem ser diferentes. Essa constatação, no entanto, não dispensa o edital de trazer regramento mínimo sobre a matéria. Isso porque a destinação de percentuais de receita da RMRJ diretamente para os municípios metropolitanos precisa de ser aprovada pelos demais entes que integram a RMRJ. Assim, necessário que ato deliberativo do CDRM aprove os percentuais e critérios de repartição da outorga variável previstos nas minutas de convênio de cooperação.

Ademais, **parece recomendável que o edital traga um regramento mínimo da outorga variável, a fim de estabelecer seus possíveis percentuais e critérios de repartição, a serem previstos nas minutas de convênio de cooperação e aprovados necessariamente por ato deliberativo do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana.** Observa-se, aliás, que o próprio edital, na cláusula 36.8.1., faz menção a percentual de outorga variável definida no edital. Havendo a inserção de disciplina relativa à outorga variável, recomendável rever a redação do subitem 36.8.1. a fim de evitar incompatibilidades.

A **outorga fixa**, por sua vez, é um crédito indivisível (uma única outorga fixa por bloco de prestação regionalizada, para ser repartida entre vários titulares que integram o bloco). Assim, não pode um titular dispor sobre a receita de outrem; os titulares precisam deliberar sobre os critérios de repartição. Idealmente, se deliberaria mediante acordo envolvendo todos os titulares dos serviços (RMRJ e municípios do interior). Porém, isso implicaria altos custos de transação. Assim, segundo o Parecer nº 05/2020 ARCY/PG-17:

Uma alternativa é **todas as minutas celebradas entre cada titular e o ERJ adotarem a mesma redação quanto à repartição outorga fixa, com os mesmos critérios, os quais deveriam, então, ser replicados para as minutas de edital e de contratos de concessão.** (*grifou-se*)

As minutas de convênio de cooperação da RMRJ e dos municípios do interior adotaram os mesmos critérios e percentuais de repartição das outorgas fixa (v. item 4.2.7. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e o item 4.2.6. da minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior preveem que o ERJ). No entanto, **ainda falta ser efetuada a compatibilização da previsão da minuta de edital com a previsão dos instrumentos de gestão associada mencionados acima.**

Quanto aos percentuais a serem repartidos, o edital traz, em seus subitens 5.4.1. e 5.4.2., previsão de que o Estado repassará “*aos MUNICÍPIOS atendidos pela prestação dos SERVIÇOS o percentual de 15% (quinze por cento) do valor da OUTORGA FIXA, proporcional ao número de habitantes de cada MUNICÍPIO*” e “*ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana o percentual de 5% (cinco por cento) do valor da OUTORGA FIXA*”. Não há previsão na minuta de edital, contudo, quanto ao percentual de pagamento a ser efetuado ao Estado do Rio de Janeiro mencionado nos convênios de cooperação (80%).

Também a fim de efetuar a compatibilização com tais instrumentos, sugere-se alteração da redação do subitem 5.4.1., para se estabelecer que aos **“Municípios integrantes do bloco de prestação**

regionalizada será destinado percentual de 15%”, ao invés de “*aos Municípios atendidos pela prestação dos SERVIÇOS*”.

Quanto ao ponto, merece reflexão o critério adotado pela minuta de edital para repartir do percentual de 15% entre os Municípios e o percentual que excede os valores mínimos de outorga fixa. Em ambos os casos, a minuta menciona repartição proporcional ao número de habitantes de cada MUNICÍPIO, “*com base em dados da Estimativas de População dos Municípios, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com data de referência em 1º de julho de 2018*”.

Primeiro, esse é um parâmetro genérico, que não determina de fato como será efetivada a repartição. Também não há definição sobre qual ente decidirá sobre essa repartição: o Estado do Rio de Janeiro? Os titulares dos serviços? Quais titulares?

Em segundo lugar, considerando que o prazo de duração da concessão a ser celebrada é de 35 anos, e os valores de outorga fixa serão recebidos no mínimo em 2021 – terceira parcela talvez apenas em 2024, conforme item 5.4. –, é possível questionar se os dados do IBGE de 2018 configuram um parâmetro adequado. Menciona-se que já existem dados estimados com data de referência em 1º de julho de 2020, disponibilizados pelo IBGE.

Além disso, é **preciso compatibilizar a disciplina da outorga fixa constante nos itens 5.4., 5.4.1. e 5.4.2. com outros itens da própria minuta de edital.** O item 5.4. do edital traz a seguinte redação:

5.4. O pagamento do valor da OUTORGA FIXA será promovido diretamente ao ESTADO e está dividido em 3 (três) parcelas. A primeira parcela, no valor de 60% (sessenta por cento) da OUTORGA FIXA, será paga como condição para assinatura do CONTRATO. 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 e/ou início da OPERAÇÃO DO SISTEMA pela CONCESSIONÁRIA, o que ocorrer primeiro. A segunda parcela, no valor de 20% (vinte por cento) da OUTORGA FIXA, será paga até o final do terceiro ano de vigência do CONTRATO, contado a partir da emissão TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA e/ou início da OPERAÇÃO DO SISTEMA pela CONCESSIONÁRIA, o que ocorrer primeiro.

De início, um erro formal: o item fala duas vezes em segunda parcela. Corrigir para: **“A terceira parcela, no valor de 20% (vinte por cento) da OUTORGA FIXA, será paga até o final do terceiro ano de vigência do CONTRATO”.**

No tocante ao pagamento da segunda parcela, o item 5.4. determina que esta será paga em até dois dias úteis após a emissão do termo de transferência do sistema e/ou início da operação do sistema pela concessionária, “*o que ocorrer primeiro*”. Todavia, de acordo com os itens 1.2.45. e 1.2.62. da minuta de edital, a operação do sistema sempre ocorrerá após a emissão do termo de transferência do sistema¹⁰. Nesse sentido, se o objetivo era que o pagamento fosse efetivado após o evento que ocorrer primeiro, sugere-se a alteração da redação para prever que **“a segunda parcela, no valor de 20%**

¹⁰ 1.2.45. OPERAÇÃO DO SISTEMA: compreende o conjunto de ações operacionais a ser desenvolvido e executado pela CONCESSIONÁRIA, após a emissão do TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA, para a prestação dos SERVIÇOS aos USUÁRIOS do SISTEMA, observados os parâmetros e condições previstos no CONTRATO e seus Anexos;

1.2.62. TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA: documento pelo qual o ESTADO, ao cabo do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, transfere para a CONCESSIONÁRIA a responsabilidade pela OPERAÇÃO DO SISTEMA, habilitando-a para a prestação de todos os SERVIÇOS, nos termos do CONTRATO;

(vinte por cento) da OUTORGA FIXA, será paga até 2 (dois) dias úteis após a emissão do TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA”.

Ademais, quanto ao pagamento da terceira parcela, recomenda-se a indicação de forma mais específica da data do seu pagamento (“até o último dia do terceiro ano de vigência do contrato”), a fim de deixar mais claro o início de incidência da multa prevista no item 5.8.

Quanto aos subitens 5.4.1. e 5.4.2., é preciso alinhá-los com a previsão do item 5.4. Isto é, havendo previsão de pagamento do valor de outorga fixa em três parcelas no item 5.4., é preciso definir em que momento serão efetuados os repasses aos Municípios (item 5.4.1.) e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana (item 5.4.2.): imediatamente após o recebimento do pagamento da primeira parcela ao Estado? Ou depois do pagamento da segunda parcela? Ou somente após o Estado receber o valor total, com o pagamento das três parcelas? Ou em outro prazo?

Por fim, quanto a este ponto, e considerando a definição de outorga fixa trazida pelo item 1.2.46., a previsão de um valor mínimo a ser ofertado no item 5.2., e a possibilidade de compartilhamento do seu excedente prevista no item 5.5., não fica claro se os percentuais previstos nos subitens 5.4.1. e 5.4.2., a serem repassados aos Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, incidem apenas sobre o valor mínimo de outorga fixa recebido ou se refere ao valor total da outorga fixa recebida (valor mínimo + valor excedente).

Em outras palavras, o valor de outorga fixa total seria composto pelo valor mínimo, previsto no item 5.2., e o valor excedente, previsto no item 5.5. Nesse sentido, parece que há duas interpretações possíveis:

Interpretação 1: Para os municípios: Repasse de 15% do valor mínimo (subitem 5.4.1.) + repasse de 50 % do valor excedente (item 5.5.). Para o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana: Repasse de 5% do valor mínimo (subitem 5.4.2.).

Interpretação 2: Para os municípios: Repasse de 15% do valor total (subitem 5.4.1. Valor total = valor mínimo, previsto no item 5.2. + valor excedente, previsto no item 5.5.) + repasse 50 % do valor excedente (item 5.5.) Para o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana: Repasse de 5% do valor total (subitem 5.4.2. Valor total = valor mínimo, previsto no item 5.2. + valor excedente, previsto no item 5.5.).

Recomenda-se alterar a redação desses itens para esclarecer qual interpretação é a correta.

2.1.3. Outros aspectos

O Capítulo 1 do Contrato traz as definições de termos que serão observadas ao longo do procedimento. No item 1.2.4, há a definição de “área de concessão”, nos seguintes termos:

1.2.4. ÁREA DE CONCESSÃO: área urbana das sedes municipais e respectivos distritos urbanos integrantes dos BLOCOS, delimitada conforme o ANEXO IV do EDITAL, onde os SERVIÇOS serão prestados pela CONCESSIONÁRIA, nos termos do presente CONTRATO;

A definição restringe a concessão à área urbana. O ponto merece atenção do gestor, pois pode-se avaliar a necessidade futura de inclusão de áreas rurais. Isso pode gerar um contencioso futuro com

a concessionária, que pode não desejar cobrir tais áreas, a despeito do eventual interesse público. Além disso, há áreas que podem, eventualmente, no futuro, se tornar urbanas, criando-se dúvida para saber se elas passam a integrar a concessão.

Para fins de organização do edital, sugere-se que o item 2.4., que determina os negócios jurídicos coligados à concessão, seja deslocado à cláusula que traz as definições do edital.

2.2. Procedimento licitatório

O capítulo II do Edital se dedica ao procedimento licitatório. Para tanto, é subdividido em quatro temas: (i) Da comissão de licitação (item 9. do Edital), (ii) Esclarecimentos sobre o edital (item 10. do Edital), (iii) Impugnação ao edital (item 11. do Edital), (iv) Alterações no edital (item 12. do Edital). Em linhas gerais, não há maiores apontamentos a serem realizados, de modo que serão formuladas sugestões apenas para a redação de alguns itens.

O **primeiro tema – Da comissão de licitação** –, especificamente no item 9.2. do Edital, abrange as prerrogativas da COMISSÃO DE LICITAÇÃO. Dentre as prerrogativas, estão incluídas: solicitação de esclarecimentos, adoção de critérios de saneamento de falhas de caráter formal e complementação de insuficiências, prorrogação de prazos e alteração de datas ou pautas de sessões. Todavia, não são apresentados os meios pelos quais essas alterações ocorrerão, o prazo de antecedência para ocorrência de mudanças, tampouco prazos de resposta dos licitantes. Assim, recomenda-se seja adaptada a minuta para inclusão no Edital dessas previsões, nos seguintes termos (*inclusões propostas em destaque*):

9.2. Além das prerrogativas que decorrem da sua função legal, a COMISSÃO DE LICITAÇÃO poderá:

9.2.1. solicitar às LICITANTES, a qualquer momento, **por meio de [indicar a forma de solicitação de esclarecimentos]**, esclarecimentos sobre os documentos por elas apresentados, **que deverão ser respondidos pelas LICITANTES em até [indicar quantidade de dias] dias, podendo ser prorrogado a critério da COMISSÃO DE LICITAÇÃO;**

9.2.2. adotar critérios de saneamento de falhas de caráter formal e complementação de insuficiências no curso da LICITAÇÃO;

9.2.3. promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução da LICITAÇÃO, vedada a inclusão posterior de documento ou informação relevante que deveria constar originariamente nos documentos apresentados pela LICITANTE;

9.2.4. prorrogar os prazos de que trata o EDITAL justificadamente em caso de interesse público, caso fortuito ou força maior, sem que caiba às LICITANTES direito à indenização ou reembolso de custos e despesas de qualquer título. **A prorrogação dos prazos será publicada com pelo menos [indicar dias] dias de antecedência;**

9.2.5. alterar as datas ou as pautas das sessões, antecipá-las ou mesmo suspendê-las, em função do desenvolvimento dos trabalhos, obedecidas as normas legais aplicáveis. **Novas datas serão publicadas com pelo menos [indicar dias] dias de antecedência; e**

9.2.6. na hipótese de alteração que afete de forma inequívoca a elaboração das PROPOSTAS COMERCIAIS, modificar a DATA DE ENTREGA DOS VOLUMES, bem como a data da Sessão Pública da LICITAÇÃO, prorrogando-se ou reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, na forma do artigo 21, §4º da Lei federal nº 8.666/93.

O **terceiro tema – Da impugnação ao Edital** prevê no item 11.3. a possibilidade de apresentação de impugnação por meio de correspondência eletrônica. Nesse ponto, sugere-se seja realizada menção ao item 34.3. do Edital, de modo a evidenciar a necessidade de assinatura por meio de certificado digital no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil. Recomenda-se redação do item da seguinte forma (*inclusões propostas em destaque*):

11.3. As impugnações ao EDITAL deverão ser dirigidas ao Presidente da COMISSÃO DE LICITAÇÃO, e protocoladas, por escrito, de segunda à sexta-feira, das [●]h às [●]h, na sede do ESTADO, situada na [●], ou mediante o envio de correspondência eletrônica (e-mail), encaminhado ao endereço eletrônico [●], contendo o arquivo em formato PDF **assinado digitalmente nos termos do item 34.3** deste EDITAL, devendo ser instruídas:

- a) com cópia do documento de identidade do seu signatário, quando este for pessoa física; ou
- b) com cópia do contrato ou estatuto social, acompanhada de outros documentos necessários à comprovação dos poderes de representação legal do signatário, quando apresentada por pessoa jurídica.

2.3. Condições gerais

O capítulo III do Edital, referente às condições gerais. Diante dos itens apresentados, que, modo geral, correspondem ao padrão das concorrências, fazemos apenas uma observação quanto ao item 13.3., que aponta a possibilidade de as licitantes concorrerem a mais de um bloco do objeto da licitação, indicando como necessária apenas a apresentação dos documentos exigidos para cada um dos blocos, nos termos estabelecidos no Edital.

Nesse ponto, parece ser interessante fazer remissão aos itens 22.11.1.1. e 22.11.1.2., que trata da qualificação técnica dos licitantes que ofertem proposta para mais de um bloco. Dessa forma, sugere-se a seguinte redação (*inclusões propostas em destaque*):

13.3. As LICITANTES poderão concorrer a mais de um BLOCO do objeto da LICITAÇÃO, desde que apresentem os documentos exigidos para cada um dos BLOCOS, nos termos estabelecidos neste EDITAL, **bem como observem as exigências de qualificação técnica previstas nos itens 22.11.1.1 e 22.11.1.2.**

2.4. Garantia da proposta, proposta comercial e documentos de habilitação

O Capítulo IV do Edital disciplina as regras gerais de apresentação da documentação, a garantia de proposta, a proposta comercial, os documentos de habilitação, a participação em consórcio e a participação de licitantes estrangeiras.

2.4.1. Regras gerais de apresentação da documentação e garantia da proposta

Dentre as regras gerais de apresentação da documentação, o item 19.3. indica, ao final, que não são permitidas emendas, rasuras, entrelinhas ou ressalvas. Após, o subitem 19.5.1. indica que documentos que possuam conteúdo manuscrito serão considerados rasurados, ressalvados documentos oficiais e públicos que sejam apresentados dessa forma. Diante disso, **recomenda-se a inclusão da**

vedação de documentos com conteúdo manuscrito no item 19.3. Eis a sugestão (*inclusões propostas em destaque*):

19.3. A documentação de cada VOLUME deverá ser apresentada em (i) uma vi original ou autenticada, salvo a GARANTIA de PROPOSTA, que deverá ser apresentada em sua forma original, assim considerados os seguros-garantia ou fiança bancária com certificação digital; e (ii) uma segunda via, em cópia simples, sendo que cada via deverá ser encadernada separadamente, rubricada e numerada sequencialmente e ainda conter, no início, um índice das matérias e das páginas correspondentes e ao final, um termo de encerramento, de modo a refletir o número exato de páginas, não sendo permitidas emendas, rasuras, entrelinhas, ou ressalvas ou qualquer conteúdo manuscrito, ressalvados documentos oficiais e públicos que sejam apresentados dessa forma.

Outro ponto que merece consideração é o item 19.7. O dispositivo, ao vedar a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente dos volumes, segue a orientação do artigo 43, §3º da Lei 8.666/93¹¹. Em complemento, o item acresce que tal vedação não impede o exercício das prerrogativas legais da Comissão de Licitação, especificadas no item 9.2 do Edital.

As previsões, tal como postas, levam a crer que a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo trata-se de mera faculdade da Comissão de Licitação. Ocorre que, apesar de a interpretação literal levar a essa conclusão, com o fim de privilegiar a competitividade entre os licitantes, bem como garantir a escolha da melhor proposta, o exercício do poder para sanar eventuais vícios torna-se, em verdade, um poder-dever, sendo, portanto, altamente recomendável a realização das diligências. Nesse sentido, o TCU entende ser irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação ou por eventual lacuna sem que a diligência prevista no art. 43, §3º tenha sido realizada.¹²

¹¹ Art. 43, §3º, Lei 8.666/93: “É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.”

¹² REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES OCORRIDAS NA CONDUÇÃO DE CERTAME. INCERTEZAS SOBRE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA DE LICITANTE. NÃO UTILIZAÇÃO DO PODER-DEVER DE REALIZAR DILIGÊNCIAS PARA SANEAR AS DÚVIDAS QUANTO À CAPACIDADE TÉCNICA DA EMPRESA. PRESERVAÇÃO DA CONTINUIDADE DO CONTRATO QUE SE ENCONTRA EM FASE DE EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO. 1. O Atestado de Capacidade Técnica é o documento conferido por pessoa jurídica de direito público ou de direito privado para comprovar o desempenho de determinadas atividades.

Com base nesse documento, o contratante deve-se certificar que o licitante forneceu determinado bem, serviço ou obra com as características desejadas. 2. A diligência é uma providência administrativa para confirmar o atendimento pelo licitante de requisitos exigidos pela lei ou pelo edital, seja no tocante à habilitação seja quanto ao próprio conteúdo da proposta. 3. Ao constatar incertezas sobre cumprimento das disposições legais ou editalícias, especialmente as dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências, conforme o disposto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para tomada de decisão da Administração nos procedimentos licitatórios.(Acórdão 3418/2014. Rel. Marcos Bemquerer. Data da sessão: 03/12/2014);

[...] 1.7.1.2.nos termos do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, cabe ao pregoeiro encaminhar diligência às licitantes a fim de suprir lacuna quanto às informações constantes das propostas, medida simples que privilegia a obtenção de proposta mais vantajosa e evita a desclassificação indevida de propostas como a ocorrida no Pregão Eletrônico 2/2016 com empresas cujo objeto social contempla sim atividade econômica compatível com a do objeto da licitação;(Acórdão Nº 2159/2016. Rel. Augusto Nardes. Data da sessão 24/08/2016);

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame(Acórdão 1795/2015. Rel. José Mucio Monteiro. Data da Sessão: 22/07/2015).

Diante disso, a literatura recomenda cautela com formalismo excessivo¹³. Assim, em um exame de ponderação entre a segurança jurídica, a competitividade e vantajosidade, recomendasse seja reformulado o item 19.7, com o fim de privilegiar as diligências a serem realizadas pela Comissão de licitação em detrimento do formalismo excessivo.

19.7. É vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente dos VOLUMES, salvo se se tratar de defeitos puramente formais ou de documento que visa esclarecer dúvida acerca de outro já apresentado, casos em que a Comissão de Licitação deverá, motivadamente, exercer a prerrogativa legal para promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, nos termos do item 9.2 deste EDITAL e do art. 43, § 3º da Lei nº 8.666/1993.

Mais adiante, no tópico referente à garantia da proposta, novamente surge a questão referente à qualidade e ao papel que o Estado assume nesse contrato. Remete-se, no ponto, ao Tópico II.1.1., onde foi sugerida mudança de redação dos itens. 20.11. e 20.15.

Ainda em relação à garantia de proposta, a opção foi pela apresentação em envelope próprio e aberto antes da proposta comercial e dos documentos de habilitação (cláusula 19.9 e 25.1). Sobre o tema, veja-se a lição dos Procuradores do Estado de São Paulo, Carlos Eduardo Teixeira Braga, Diego Brito Cardoso, Fábio Augusto Daher Montes e Mariana Rosada Pantano¹⁴:

Até mesmo a garantia da proposta (art. 31, inciso III, da Lei nº 8.666/93) não é mais apenas solicitada como um documento dentre aqueles apresentados para qualificação econômico-financeira. Os editais com inversão de fases (nos quais o julgamento da proposta comercial antecede a habilitação do licitante) vêm prevendo a apresentação e análise da garantia da proposta como uma fase autônoma e preliminar dentro do procedimento de licitação.

Rigorosamente, isso significa que os editais que adotam essa sistemática estão prevendo dois momentos para análise da habilitação dos licitantes dentro de um mesmo procedimento (iniciando-se com a avaliação da garantia da proposta como fase autônoma, seguindo-se a abertura dos envelopes com as propostas comerciais e finalizando com a análise dos documentos de habilitação restantes). E não podia ser diferente. Não haveria sentido em classificar as propostas econômicas e posteriormente verificar se a garantia da proposta é, ou não, válida. Trata-se evidentemente de uma inovação procedimental necessária para adequar a Lei Geral de Licitações às necessidades de uma licitação de concessão e ao regramento que permitiu a inversão de fases.”

É irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993 (Acórdão 3615/2013. Rel. Valmir Campelo. Data da sessão: 10/12/2013).

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 795-796.

¹⁴ *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo: Parceiras Público Privadas. A qualificação econômica-financeira nas parcerias público-privadas*. Nº 77/78, Janeiro/Dezembro de 2013, p. 23.

Essa é, também, a opinião de Cristiana Corrêa Conde Faldini, Inês Maria dos Santos Coimbra de Almeida Prado e Luciana R. Laurenza Saldanha Gasparini, também Procuradoras do Estado de São Paulo¹⁵:

“A dúvida surge quando se elege o procedimento com inversão de fases, em que o julgamento da proposta precede ao exame da habilitação, conforme autorizado pelo art. 13 da Lei no 11.079/04. Nessas hipóteses, embora não haja expressa previsão legal, a solução razoável é que haja previsão no edital de entrega de envelope apartado com a garantia da proposta, a ser examinado antes da abertura dos envelopes correspondentes à proposta. Dessa forma, preserva-se a razão de ser da garantia da proposta, na medida em que não faria nenhum sentido sua análise após o exame das propostas, o que vulneraria a posição da Administração. Por prestar-se a assegurar a seriedade da participação do licitante em dado certame, a garantia da proposta poderá ser executada sempre que houver descumprimento de condições previstas no edital, constatação de ilícitudes ou fraudes durante o processo licitatório ou descumprimento de exigências feitas pela Comissão de Licitação. Todavia, a importância dessa garantia revela-se ainda mais latente nas licitações de PPP, quando o licitante vencedor recusa-se a assinar o contrato. Nessa hipótese, os demais participantes poderão escolher entre assinar ou não o contrato nas mesmas condições do primeiro colocado, o que poderá colocar a perder todo o empenho do Poder Público na estruturação do projeto.”

Nada obstante esse procedimento seja incomum nas licitações regidas exclusivamente pela Lei nº 8.666/93¹⁶, fato é que tem sido admitido nas licitações para concessões e parcerias público privadas, designadamente quando ocorre a inversão de fases.

2.4.2. Proposta Comercial

Como já referido anteriormente (**Tópico 2.1.2**), o **critério de adjudicação** da licitação será o **maior valor da outorga fixa**, com previsão expressa no artigo 15, inciso II, da Lei nº 8.987/95, e na própria cláusula 21.3 do edital.

Em linha de coerência com a cláusula 8.1 e 8.2 do edital, dispõe a cláusula 21.1 que caberá a cada licitante realizar, por sua conta e risco, investigações, levantamentos e estudos, bem como desenvolver projetos para permitir a apresentação de sua proposta comercial. **Os dados, estudos, materiais e informações do Estado são meramente informativos e não vinculantes aos licitantes, tendo como único objetivo permitir a compreensão do objeto da concessão pelos licitantes.**

Algumas licitações no setor de infraestrutura exigem que a proposta comercial venha acompanhada de declarações de instituições financeiras ou mesmo auditorias independentes que

¹⁵ Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo: Parceiras Público Privadas. A qualificação econômica-financeira nas parcerias público-privadas. Nº 77/78, Janeiro/Dezembro de 2013, p 120.

¹⁶ Um dos subscritores do presente opinamento já teve a oportunidade de asseverar: “A garantia de proposta não deve ser exigida em data anterior à realização da licitação, eis que prevista expressamente como requisito da fase de habilitação, devendo ser apresentada com os demais documentos referentes a essa etapa. Exigir a garantia em momento anterior à realização do certame é ilegal, eis que pode frustrar a competitividade, ao permitir o conhecimento prévio dos efetivos participantes da licitação. Em outras palavras: o procedimento correto é a apresentação da garantia de proposta em conjunto com os demais documentos de habilitação no respectivo envelope. GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*. Casos e Polêmicas. São Paulo: Malheiros, 5ª edição, p. 254. Importante fazer o *distinguishing*, já que os comentários acerca da garantia de proposta referem-se às licitações regidas exclusivamente pela Lei nº 8.666/93, não abordando as especificidades das licitações nas concessões e nem quando ocorre a inversão de fases.

atestem a viabilidade econômico-financeira da proposta comercial do licitante¹⁷. **Deve ser avaliado, na presente hipótese, se o objeto da concessão e o perfil da licitação justificariam a inclusão de previsão semelhante.**

Outro aspecto relevante a destacar é o fato de que a proposta comercial deverá levar em consideração todas as obrigações e riscos alocados à concessionária, por força das disposições do contrato e seus anexos, na forma prevista na cláusula 21.8.1. **Sugere-se a inclusão do vocábulo “edital” na referida cláusula**, já que também existem obrigações que decorrem do instrumento convocatório, como é o caso das obrigações correlatas à constituição de SPE, na forma dos subitens 30.2.1 e 30.2.2 do edital.

A proposta comercial inclui, também, todos os custos referentes ao cumprimento do objeto do contrato, encontrando-se descrição meramente exemplificativa na cláusula 21.8.2. Com o fim de evitar dúvidas futuras, **recomenda-se o acréscimo de dispositivo que preveja que a proposta deve incluir também qualquer custo atinente ao cumprimento de legislação federal, estadual ou municipal que impacte direta ou indiretamente na prestação do serviço.**

Os subitens 21.8.3 e 21.8.4 encontram-se adequados com o regramento constante do art. 17, caput e §2o, da Lei 8.987/95¹⁸.

Além disso, o artigo 18, XII, da Lei nº 8.987/1995, estabelece, dentre os itens obrigatórios que devem estar no edital de licitação, “a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa”. Tal previsão, porém, não aparece neste Edital, sendo conveniente sua inclusão também neste item referente ao que deve ser considerado para a elaboração da proposta comercial, ainda que seja remota a necessidade de desapropriação.

Dessa forma, sugere-se a seguinte redação (*inclusões propostas em destaque*):

21.8. Ainda para elaboração da PROPOSTA COMERCIAL:

21.8.1. deverão ser levadas em consideração todas as obrigações e riscos alocados à CONCESSIONÁRIA por força do CONTRATO, do EDITAL e seus ANEXOS.

21.8.2. deverão estar abrangidos todos os custos referentes ao cumprimento do objeto do CONTRATO, incluindo, mas sem a eles se limitar, valores referentes ao ônus e obrigações da CONCESSIONÁRIA concernentes à legislação tributária, trabalhista e previdenciária, os quais correrão por sua exclusiva conta; custos com seus subcontratados, fornecedores e outros; custos de mobilização e desmobilização na instalação das obras e serviços a serem executados; demais custos diretos ou indiretos incidentes sobre a execução dos

¹⁷ A título de exemplo cita-se o Edital nº 006/2013 de concessão para exploração da rodovia BR-040/DF/GO/MG, cláusula 9.4: “9.4 Juntamente com a Proposta Econômica Escrita devem ser apresentados os seguintes documentos:

I. **uma carta de instituição ou entidade financeira que assessora a Proponente na montagem financeira do empreendimento, declarando que analisou o plano de negócios** a ela apresentado pela Proponente e **atesta sua viabilidade e exequibilidade**, com o conteúdo mínimo do Anexo 19 ao presente Edital, apresentando, ainda, um Termo de Confidencialidade celebrado entre a Proponente e a instituição ou entidade financeira, com o conteúdo mínimo do Anexo 21 ao presente Edital; e II. **uma carta de empresa de auditoria independente, registrada no órgão competente, declarando que analisou o Plano de Negócios** a ela apresentado pela Proponente e atesta a sua adequabilidade, sob os aspectos contábil e tributário, com o conteúdo mínimo do Anexo 20 ao presente Edital, apresentando, ainda, um Termo de Confidencialidade celebrado entre a Proponente e a empresa de auditoria independente com o conteúdo mínimo do Anexo 21 ao presente Edital.” (grifos nossos)

¹⁸ Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes. (...) § 2o Inclui-se nas vantagens ou subsídios de que trata este artigo, qualquer tipo de tratamento tributário diferenciado, ainda que em consequência da natureza jurídica do licitante, que comprometa a isonomia fiscal que deve prevalecer entre todos os concorrentes.

serviços objeto da CONCESSÃO; custos com contratação de seguros e garantias, de cumprimento dos prazos e os demais necessários ao cumprimento de suas obrigações previstas no CONTRATO; **custos atinentes ao cumprimento de legislação federal, estadual ou municipal que impacte direta ou indiretamente na prestação do serviço; custos relacionados a eventuais desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa.**

21.8.3. não deverão ser considerados quaisquer benefícios ou incentivos fiscais que possam vir a ser conferidos à futura CONCESSIONÁRIA pela União, Estado ou Municípios, durante o prazo da CONCESSÃO;

21.8.4. não serão levadas em consideração quaisquer outras ofertas ou vantagens não previstas neste EDITAL, no CONTRATO e seus respectivos ANEXOS, nem de preços ou vantagens baseados nas ofertas das demais LICITANTES.

2.4.3. Documentos de habilitação

O artigo 18 da Lei nº 8.987/95 prescreve que o edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações. O inciso V do referido dispositivo fixa os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal.

Note-se que a Lei nº 8.987/95 não é descritiva dos documentos que deverão ser exigidos na fase de habilitação, sendo usual nas licitações de concessões de serviços públicos a aplicação dos critérios previstos na Lei nº 8.666/93, que trata especificamente dos aspectos substanciais da fase de habilitação nos artigos 27 a 31.

Contudo, a circunstância de serem aplicáveis as regras de habilitação da Lei nº 8.666/93 não transporta para as licitações das concessões de serviços públicos a racionalidade das licitações de obras públicas ou prestação de serviços. **A uma**, porque a fase de habilitação é instrumental e não um fim em si mesma. Conecta-se umbilicalmente aos aspectos materiais do objeto. As exigências devem estar motivadamente conectadas às estritas finalidades do objeto, conforme determina o inciso XXI do art. 37 da Constituição¹⁹, existindo, no entanto, uma margem de discricionariedade para o gestor avaliar e sopesar o tipo e o nível de intensidade da exigência.

A duas, porque a Lei nº 8.987/95 não estabeleceu, aprioristicamente, esses critérios. Ela apenas faz referência à necessidade de o edital prever tais exigências, conforme o mencionado art. 18, V. Evidencia-se, a nosso ver, **maior grau de flexibilidade** para que o gestor possa precisar os documentos que, de fato, se impõem como indispensáveis para o cumprimento do objeto. A lógica é a de que a racionalidade das obras de infraestrutura demanda normas que vão além da racionalidade da Lei nº 8.666/93, cuja aplicação, para concessões, merece alguns cuidados²⁰.

¹⁹ XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (grifos nossos).

²⁰ V. SUNDFELD, Carlos Ari; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Dinâmica de preparação do edital. In: MARCATO, Fernando S; PINTO JUNIOR, Mario Engler (coord). Direito da infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2017, v.1: “*Em grande medida, os dilemas jurídicos sobre a adequada estruturação dos projetos de infraestrutura decorrem da adoção da Lei nº 8.666/93 como paradigma de interpretação dos preceitos normativos que disciplinam as concessões. (...) O adequado enfrentamento desses desafios passa, a nosso ver, pela crítica à aplicação da racionalidade da Lei nº 8.666/93 aos projetos de infraestrutura e pelo reconhecimento de que elementos que promovam a eficiência nas contratações públicas devem ser considerados na modelagem no edital de infraestrutura*”.

Habilitação jurídica

Os documentos relativos à habilitação jurídica constam dos itens 22.5 a 22.9 e encontram-se alinhados com o disposto no artigo 28 da Lei nº 8.666/93. **Recomenda-se seja feita menção ao artigo 28 da Lei 8.666/93**, de forma a ratificar a importância de respeitar os critérios ali expostos, nos seguintes termos:

22.5. A habilitação jurídica se fará pela apresentação dos documentos especificados no art. 28 da Lei 8.666/93, especialmente: (...).

O objetivo aqui é verificar a existência e a regularidade formal dos licitantes, demonstrando estarem aptos a adquirir direitos e obrigações.

Além das habituais exigências previstas na cláusula 22.5 e que são similares às demais licitações públicas, as cláusulas **22.6, 22.7 e 22.8** exigem requisitos adicionais quando o licitante for, respectivamente, **instituição financeira**, entidade **aberta ou fechada de previdência complementar** ou **fundo de investimento**.

A cláusula 22.9 prevê que, **no caso de consórcio**, a licitante deverá apresentar instrumento de constituição de consórcio ou de compromisso de constituição de sociedade de propósito específico, subscrito pelas consorciadas, na forma do item 23.2 do edital.

Qualificação Econômico-Financeira

As exigências de qualificação econômico-financeira previstas no edital se circunscrevem a duas: **(i) certidão negativa de falência, recuperação judicial e extrajudicial**, prevista expressamente no artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93, e na cláusula 22.10; **(ii) garantia de proposta**, prevista expressamente no artigo 31, inciso III, da Lei nº 8.666/93, que foi disciplinada na cláusula 20, sendo entregue em volume destacado dos documentos de habilitação. Sobre o tema, remeta-se aos comentários feitos anteriormente (**Tópico 2.4.1**).

Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²¹ e do Tribunal de Contas da União²², a cláusula 22.10.1.2 prevê que em caso de a certidão apresentada ser positiva para recuperação judicial, será necessária a comprovação de aprovação de plano de recuperação judicial devidamente aprovado e homologado pelo juízo competente.

Adicionalmente, a **cláusula 22.10.2** estabelece que os licitantes, quando apresentarem natureza jurídica de entidade aberta ou fechada de previdência complementar, deverão apresentar declaração de que os planos e benefícios por ela administrados não se encontram sob liquidação ou intervenção da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) do Ministério da Fazenda ou Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) do Ministério da Previdência Social. Na mesma linha, a **cláusula 22.10.3** prescreve que quando o licitante for um fundo de investimento, deverá apresentar certidão negativa ou positiva com efeitos de negativa de falência da administradora e gestora do fundo.

A cláusula 22.10.4, por sua vez, merece maiores esclarecimentos. Ela determina que a licitante, e no caso de consórcio, cada um dos seus membros, proporcionalmente à sua participação no Consórcio, deverá **declarar** que dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes (e.g. financiamento), para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e de terceiros necessários à consecução do objeto da concessão.

A dúvida é se uma **simples declaração do licitante** seria suficiente para assegurar a sua capacidade na obtenção de recursos financeiros suficientes, ou se, eventualmente, não seria necessário

²¹ STJ, 1ª Turma, AREsp 309.867/ES, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 26/06/2018, DJU 08/08/2018.

²² TCU, Plenário, Acórdão 2265/2020, Processo 028.129/2020-2, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 26/08/2020.

exigir **documento com maior grau de comprometimento do licitante ou mesmo de terceiros**, como aludido anteriormente quando examinada a cláusula de proposta comercial. O ponto **merece ser refletido e justificado pelo gestor**.

Quanto à circunstância de não terem sido exigidos outros documentos previstos no artigo 31 da Lei nº 8.666/93, tais como (i) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social); (ii) índices contábeis que demonstrem a capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato; (iii) capital social ou patrimônio líquido mínimo que não exceda a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, **cabe registrar que foi apresentada justificativa apresentada pela Nota Técnica do BNDES, por ocasião da Nota Conjunta AEP/DEP 1 nº 23/2020 e AJ2/JUREP nº 08/2020 (9882213)**.

As **justificativas técnicas do BNDES** que embasaram essa estratégia podem ser assim sumarizadas: **(i)** seleção dos requisitos de qualificação econômico-financeira se insere no campo da discricionariedade administrativa; **(ii)** há necessidade de definir os requisitos de qualificação econômico-financeira considerando que o prestador dos serviços será uma Sociedade de Propósitos Específico – SPE; **(iii)** há necessidade de exigir outros elementos que reforcem a robustez financeira da concessionária; **(iv)** nos termos da lei e da jurisprudência dos órgãos de controle, é questionável a cumulação entre garantia de proposta, conforme art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Em relação ao **item (i)**, a Nota Técnica do BNDES esclarece que:

O que se observa é que a lei de licitações confere opções ao gestor (previstas no art. 31), as quais devem ser definidas a partir da sua discricionariedade técnica, atentando-se para as características do objeto licitado e do perfil dos players integrantes do mercado. Portanto, importante assentar a premissa de que não existe irregularidade per se na não previsão de algum requisito de qualificação previsto no art. 31, da lei de licitações. Na realidade, a lógica é que a previsão de tais requisitos, que são barreiras à entrada no certame, deve se dar com base numa justa medida, de modo a equilibrar dois objetivos concomitantes: (a) promover um certame competitivo e (b) garantir que os licitantes tenham um perfil adequado e financeiramente aderente ao necessário para a boa execução do objeto contratual.

Em relação ao **item II**, a referida Nota Técnica esclarece o seguinte:

Portanto, é intuitivo que os reflexos da opção de se exigir a constituição de uma SPE precisam ser considerados para fins de determinação dos requisitos de qualificação econômico-financeira a serem exigidos dos licitantes. O que se observa é que faz 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. Assim, mesmo que se assuma como premissa que os elementos contábeis mencionados representam, em alguma medida, um retrato econômico-financeiro fidedigno de uma pessoa jurídica, esse retrato será de um outro agente econômico que não aquele que vai efetivamente executar o objeto contratual.

A partir do momento de constituição da SPE, há uma dissociação entre a figura do operador e daqueles que figuram como seus acionistas. A responsabilidade

dos sócios junto à SPE é conceitualmente limitada, de modo que exigir elementos de robustez financeira dos sócios não necessariamente garante uma maior segurança para a operação do concessionário.

Por isso, a estratégia em licitações de concessões deve ser diversa, focando em se exigir elementos que sinalizem uma maior robustez financeira não necessariamente dos sócios, mas principalmente do próprio concessionário.

Não obstante o exposto acima, é importante observar ainda que o edital prevê, no item 21.11.1, uma exigência de habilitação técnica que tem por objetivo justamente selecionar licitantes dotados de expertise na captação de recursos financeiros para a execução de projeto de infraestrutura.

Em relação ao **item III** atesta que:

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);

Adicionalmente, é importante perceber que o próprio sistema de mensuração de desempenho nos termos propostos no Contrato e seus anexos, o qual toma por base a existência de indicadores avaliados periodicamente e cujo não atendimento afeta diretamente a remuneração do concessionário, também funciona como um mecanismo mais efetivo de garantir a adequada prestação contratual.

E, por derradeiro, quanto ao **item IV** assevera o BNDES:

O caput do art. 31 da Lei n.º 8666/93 estabelece o rol da documentação que poderá ser exigida pela Administração Pública para fins de qualificação econômico-financeira dos interessados nos editais de licitação, dispondo, em seu §2º, que o instrumento convocatório poderá prever “a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no §1º do art. 56” da referida lei, “como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.”

Nota-se, portanto, que a Lei n.º 8666/93 conferiu discricionariedade ao administrador público para decidir de que forma poderá ser comprovada a qualificação econômico financeira do licitante dentre as modalidades previstas na lei, mas, conforme se depreende pela literalidade do citado §2º do art. 31, restringiu o âmbito dessa discricionariedade ao possibilitar a escolha de apenas uma entre as exigências de capital mínimo, patrimônio líquido mínimo e garantia de proposta.

Corroborando com esse entendimento, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula n.º 275, com base em diversos precedentes no seguinte sentido: SÚMULA N.º 275 Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.

Tal interpretação do disposto no §2º do art. 31 da Lei n.º 8666/93 foi ratificada no voto proferido pela Conselheira Marianna Montebello Willeman, do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (processo TCE-RJ N.º 233.650-3/18), ao realizar o exame prévio do Edital de Concorrência n.º 001/2018, do Município de Miguel Pereira, para concessão administrativa para o fornecimento, a modernização, otimização, eficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública...).

Diante das justificativas apresentadas pelo BNDES, as quais se mostram consistentes, entende-se que as exigências de qualificação econômico-financeiras estão alinhadas com o princípio da competitividade, sem ocasionar qualquer prejuízo à segurança da contratação, haja vista o desenho do edital e das demais exigências, como se passa a examinar na sequência.

Qualificação Técnica

Aspecto que desperta exame mais aprofundado refere-se à exigência de qualificação técnica prevista na cláusula 22.11.1 que, escapando do modelo tradicional, prevê que os licitantes deverão apresentar “*atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado ou contrato de financiamento devidamente celebrado que comprove que a licitante ou sua afiliada tenha captado recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor: a-) **R\$ 1.589.000.000,00** (um bilhão, quinhentos e oitenta e nove milhões de reais), para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, para participação no Bloco 4; b-) **R\$ 1.066.000.000,00** (um bilhão, sessenta e seis milhões de reais), para cumprimento das obrigações assumidas, para participação no Bloco 1; c-) **R\$ 702.000.000,00** (setecentos e dois milhões de reais), para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, para participação no Bloco 3; d-) **R\$ 651.000,00** (seiscentos e cinquenta e um milhões de reais), para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, para participação no Bloco 2²³.*”

A justificativa apresentada pelas duas Notas Técnicas (BNDES e Escritório Vernalha, Guimarães & Pereira Advogados), bem como no Ofício SEDERRI/GAB SEI n.º 482, que inaugura a presente consulta, centra-se no incremento da **competitividade** no certame, em especial em razão das alterações provocadas por ocasião da edição da Lei n.º 14.026/20 (mais conhecida como novo marco legal do saneamento), que estabeleceram ambiciosas metas de eficiência e universalização.

Lembre-se que o artigo 11-B da Lei n.º 11.445/2007, na redação determinada pela Lei n.º 14.026/20 prevê que *os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31.12.2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhorias nos processos de tratamento.*

²³ A Nota Técnica apresentada pelo BNDES justifica tais valores: “Em relação aos valores dos atestados exigidos em cada Bloco, o cálculo foi elaborado considerando um percentual do valor de investimento estimado para cada Bloco. Para os Blocos 1 e 4 foi considerado 10% do investimento estimado para esses Blocos, enquanto que para os Blocos 2 e 3 foi considerado 20% dos investimentos estimados nesses Blocos. Como os investimentos projetados para os Blocos 1 e 4 são muito elevados, comparativamente aos outros dois Blocos, foi proposto um percentual menor para estes Blocos – de 10%, para impedir que o valor de atestação ficasse demasiado elevado, o que poderia gerar alguma restrição à competitividade do certame. Estes valores respeitam a orientação do Tribunal de Contas da União de que os requisitos de habilitação não podem ser superiores a 50% do valor de referência.”

Para garantir metas tão ousadas, sustenta-se ser indispensável o aporte de vultosos investimentos privados, estimados, segundo o BNDES (nota técnica, p. 4), em montantes superiores a R\$ 30 bilhões de reais. **Assim, comprovar experiência em captação de recursos no setor da infraestrutura se apresenta como requisito indispensável para participar da licitação.**

Daí a escolha por um modelo de qualificação técnica centrado: **(i)** na comprovação da captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor (**cláusula 22.11.1** acima referida); e **(ii)** na demonstração de requisitos de capacidade técnico-profissional, com a apresentação de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado acompanhado da respectiva CAT – Certidão de Acervo Técnico, que comprove 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 (**cláusula 22.11.2**).

Depreende-se que as exigências apresentam **dúplice função**: **(i)** atrair licitantes capazes de honrar com os investimentos a serem realizados; e **(ii)** garantir o conhecimento de operação similar. Os argumentos técnicos e jurídicos que embasam essa opção estão desenvolvidas na Nota Técnica (9169329) apresentada pelo consultor contratado pelo BNDES para a modelagem jurídica da concessão, bem como nos próprios esclarecimentos apresentados ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Com base nos fundamentos da consulta e das Nota Técnicas mencionadas, **compreende-se juridicamente viável o modelo adotado.** Apresentam-se ao menos **03 (três) argumentos** que permitem concluir pela juridicidade das exigências de qualificação técnica.

O **primeiro argumento** talvez o mais relevante é **a concretização da competitividade**. O princípio da competitividade é elemento nuclear de toda e qualquer licitação²⁴. Aumentar o número de potenciais interessados é dever ínsito a qualquer gestor público responsável por modelar uma licitação, designadamente quando se trata de licitação no campo da infraestrutura. A competitividade é, em certa medida, vetor que instrumentaliza e torna viável concretizar outros princípios e valores constitucionais. Quanto maior a competição, maior a chance de viabilizar o atendimento dos **princípios da eficiência, da economicidade e do próprio atendimento ao interesse público primário**. Afinal, com maior competição, tende-se a obter melhores propostas, com menores preços.

Foi com fundamento no princípio da competitividade que o edital, conforme se vê da cláusula 13.2, admitiu expressamente a participação de **fundos de investimento, entidades de previdência complementar**, os **trusts** e **fundos de private equity**. O espectro da competição pode ser exponencialmente aumentado com a participação de outros *players* que podem, em grande escala, maximizar a disputa em evidente benefício ao interesse público primário.

Para viabilizar a participação de pessoas jurídicas com perfil de investidores, o edital não exigiu experiência prévia do licitante na prestação dos serviços de saneamento, substituindo-a pela experiência prévia na captação de recursos no setor da infraestrutura. Com isso, alterou-se o perfil da capacidade operacional. **A participação direta nas licitações públicas dos próprios financiadores e investidores da concessão** não é exatamente uma novidade no Direito da Infraestrutura. Veja-se, a propósito, a lição de Gabriel Farjardo²⁵:

Reconheceu-se, assim, que muito mais do que financiadores, os novos agentes (em especial fundos de investimento) poderiam verdadeiramente figurar como concessionários. A lógica, em si, encontra explicação óbvia: contratos de concessão são lastros jurídicos de projetos, em regra, de grande porte e com

²⁴ O Supremo Tribunal Federal destaca que a competitividade é princípio nuclear das licitações. V., e.g.: ADI 3670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 02/04/2007; AI 628383/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/11/2011; ADI 3735, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 08/09/2016.

²⁵ FAJARDO, Gabriel. *A entrada de novos atores nas concessões de serviços públicos: a superação da racionalidade da Lei nº 8.666/93 e o caso ARTESP*. Belo Horizonte: Revista de Contratos Públicos, ano 9, nº 16, p. 55/71, set.2019/fev.2020

prazo alargado para amortização dos investimentos, que requerem do contratado capacidade gerencial, com o cumprimento dos deveres instituídos pelo regulador, e com o atendimento das demandas públicas, tendo em vista a prestação de serviço adequado, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.987/95.

Assim é que, muito mais do que a capacidade operacional (sendo esta possível de ser encontrada no mercado com certa facilidade), reclama-se do concessionário verdadeiro traquejo governador, a ponto de saber escolher parceiros certos para as demandas de cada uma das frentes do serviço público concedido.

A identificação da possibilidade de assunção deste novo papel, contudo, por investidores poderia encontrar resistência na lógica de seleção dos concessionários, tendo em vista as habituais especificações editalícias para aferição da capacidade técnica, em especial.

Superar, portanto, este paradigma – ou por assim dizer, o *modus operandi* com que vinham sendo realizadas as fases de habilitação nas concessões de serviços públicos – se tornou um primeiro obstáculo a ser enfrentado na diversificação dos concessionários, diante do afastamento dos players tradicionais em decorrência da conjuntura político-econômica do Brasil nos últimos anos.

A **ampliação da competição** está em sintonia com a Lei nº 14.026/20 (novo marco legal de saneamento), que tem como um dos seus pilares o fomento a entrada de novos atores, abrindo-se ao máximo o setor para novos entrantes. É o que, aliás, determina expressamente o novo inciso XV do art. 2º da Lei nº 11.445/2007. Realmente, o legislador quer impulsionar o setor de saneamento, o que está se desdobrando na realização de licitações em todo o Brasil. Existe uma expectativa de que o setor de saneamento movimente cerca de R\$ 700.000.000.000 (setecentos bilhões de reais) nos próximos anos²⁶.

Poder-se-ia argumentar, ainda, que o edital ao permitir a **participação de consórcios** (cláusula 23), admite que os licitantes com perfil de investidor pudessem se consorciar com as sociedades empresárias que atuam no setor, somando as suas experiências.

Essa é, de fato, uma possibilidade real. É bastante provável que diferentes expertises acabem por resultar na formação de consórcios, permitindo, a um só tempo, agregar a experiência financeira com a experiência técnica.

Contudo, caso mantida a exigência tradicional de capacidade operacional (com demonstração de experiência prévia no setor), os licitantes com perfil de investidores somente poderiam participar da licitação caso constituíssem consórcios com empresas que atuam no setor de saneamento, o que reduziria a competitividade de forma significativa, segundo o BNDES. No modelo desenhado, em tese, os operadores econômicos que atuam no setor de saneamento poderiam participar independentemente da formação de consórcios, ao passo que o mesmo não ocorreria com os licitantes com perfil de investidor, que ficariam na **dependência** da constituição de um consórcio para participar do certame.

Seria preciso incrementar a competição. Daí a modelagem prevista nos itens 22.11.1 e 22.11.2, que permitem que: **(i)** as empresas que atuam no setor de saneamento possam participar isoladamente; **(ii)** que os licitantes com perfil de investidor possam participar isoladamente; e **(iii)** que possam se formar os mais variados consórcios, inclusive entre empresas do setor de saneamento e licitantes com perfil de investidor.

²⁶ Conforme veiculado no portal de notícias do Ministério da Economia. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/junho/senado-federal-aprova-novo-marco-legal-dosaneamento-basico>>.

Trata-se de abertura que, além de incrementar a concorrência, atende o que se espera, minimamente, de empresas com condições de cumprir o objeto do contrato. Daí o **segundo argumento** a justificar a abertura, o qual se centra na compreensão de que essa exigência prevista na cláusula 22.11.1 é afeta à **qualificação técnica**. Trata-se de elemento que compõe a **capacidade técnico operacional e não a qualificação econômico-financeira**, como poderia parecer à primeira vista²⁷.

Como se sabe, a teor do disposto no artigo 30 da Lei nº 8.666/93, a qualificação técnica pode se dividir em **capacidade técnica operacional** e a **capacidade técnica profissional**. Enquanto a primeira busca perquirir a experiência dos potenciais licitantes para demonstrarem que possuem aptidão para executar o objeto, a segunda mira verificar a experiência individual do profissional que ficará com o encargo de ser o responsável técnico do projeto²⁸.

Pois bem. O edital cumpre ambas as exigências: a **capacidade técnico operacional** encontra fundamento na **cláusula 22.11.1** (experiência na captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor). A **capacidade técnico-profissional** está expressamente prevista na **cláusula 22.1.2** (atestado acompanhado da respectiva Certidão de Acervo Técnico em nome do responsável técnico, comprovando a experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários).

Alguma dúvida poderia surgir da compreensão acerca da **capacidade técnico operacional**. Afinal, poder-se-ia argumentar que o mais ortodoxo seria exigir que os licitantes apresentassem atestados demonstrando que já prestaram **serviços** semelhantes ao que está sendo exigido no edital. Em suma: poder-se-ia entender que a comprovação deveria estar vinculada à experiência da pessoa jurídica que já tenha prestado serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. O ponto será retomado adiante.

Por ora, destaque-se que a nota Técnica do BNDES é bastante elucidativa sobre o problema. Na verdade, o contrato que se almeja celebrar possui um componente relevante de engenharia financeira – talvez tão importante quanto a capacidade operacional (*engenharia em saneamento*). Nas palavras do BNDES:

É importante perceber que esta atividade, relativa à engenharia financeira necessária aos investimentos, reveste-se de características próprias, alheias aos contratos tradicionais da Lei 8.666/93, e que são de importância crucial para o sucesso da execução contratual.

Para executar fielmente um contrato de concessão (como o ora licitado, de abastecimento de água e esgotamento sanitário), não basta ao licitante conhecer os aspectos de engenharia e ter realizado obras no setor, mesmo que de grande vulto.

Ele deve possuir notório conhecimento de gestão financeira e planejamento de investimentos, o que lhe permitirá obter os recursos necessários junto ao mercado de

²⁷ O ponto é bem explicado na Nota Técnica apresentada pela consultoria contratada pelo BNDES (doc. SEI 9169329).

²⁸ Um dos subscritores do presente parecer já teve a oportunidade de anotar o seguinte: “Deverá também demonstrar a capacidade técnico-profissional, vale dizer, do profissional que será responsabilizado pelo objeto, demonstrando que possui em seu quadro permanente 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 (...). A capacidade operacional busca averiguar a aptidão dos licitantes para a execução do objeto, demonstrando que possuem experiência em serviços e obras semelhantes. É exigência voltada para pessoa jurídica. (...) O objetivo é verificar a experiência anterior do licitante na execução de objeto semelhante ao que se vai contratar, evitando que a Administração contrate com pessoas despidas dos conhecimentos técnicos necessários”. AMARAL GARCIA, Flávio. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2018. p. 235-237.

capitais e financiador.

Em contratos como o do presente caso, ao contrário dos contratos tradicionais da Lei n. 8.666/93, os recursos dos investimentos não serão públicos; serão “financiados por meio de aportes, ordinariamente sob a forma de participação acionária, dos investidores vencedores da licitação na SPE (capital próprio), e por meio de recursos de terceiros, obtidos, em regra, sob a forma de dívida (capital de terceiros), ou no mercado bancário comercial, e/ou nas agências de desenvolvimento (...), e/ou no mercado de capitais, por meio, por exemplo, da emissão de títulos, no mercado internacional ou local, como as debêntures, ou securitização de receitas futuras, por exemplo, como a montagem de FIDCs”, como leciona Mauricio Portugal Ribeiro no livro *Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos*.³

As concessões e as PPPs transferem os ônus dos investimentos ao setor privado, ônus estes que são de tal monta que subvertem a lógica dos contratos administrativos tradicionais e, por tal razão, exigem uma atestação da experiência da licitante.

Em contratos tradicionais da Lei n. 8.666/93, com vigência limitada em 60 meses, as medições a cada etapa das obras de serviços técnicos geram imediatos e correspondentes pagamentos pelo Poder Público. Numa concessão, uma das tarefas mais complexas por parte do concessionário é justamente levantar o capital necessário para a execução do projeto, de forma a que os custos financeiros sejam adequadamente suportados pelas futuras receitas da operação, obtidas no curso da concessão, que é de longo prazo.

O sucesso de um projeto de PPP/concessão está, no mais das vezes, intimamente relacionado à capacidade do licitante de angariar recursos, próprios ou de terceiros, em volume suficiente para o cumprimento do contrato e, num momento seguinte, aplicar estes recursos na execução contratual. Trata-se de experiência não trivial, que envolve uma série de competências por parte de sua sociedade empresária. A realização de investimentos constitui o cerne de um contrato de concessão/PPP, tanto que o prazo de vigência do contrato deve ser compatível com a amortização desses (art. 5º, I, da Lei n. 11.079/2004).

A exigência de habilitação técnica, portanto, objetiva, justamente, aferir a realidade concreta da prestação dos serviços, atestando a sua complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior ao objeto licitado, nos termos do art. 30, II e § 3º, da Lei 8.666/93.”

A ideia é que se trace uma distinção clara entre **contratos de desembolso** e **contratos de investimentos**²⁹. Os **contratos de desembolso** são aqueles que reclamam o aporte de recursos

²⁹ Por todos, veja-se a lição de EGON BOCKMANN MOREIRA: “Mas quais seriam os contratos aptos a implementar obras de infraestrutura? Em termos simplistas, são de duas ordens: os de desembolso e os de investimento. Os primeiros dependem do orçamento público e geram uma relação em que o Estado define minuciosamente o que será feito, para depois licitar e contratar o particular para a execução. Exemplo marcante é o tradicional contrato de empreitada, regido pela Lei 8.666/1993 e, mais recentemente, também pelo Regime Diferenciado de Contratações – o RDC. Estes dependem da disponibilidade de receita pública (quem os paga é só o contribuinte). São contratos que envolvem obras de interesse público – o que, por si só, demonstra a necessidade de terem preservada a respectiva segurança jurídica. Já os contratos de investimento são aqueles que não dependem prioritariamente de verba pública, mas de aportes privados. O empreendedor angaria recursos (empréstimos com instituições financeiras ou acionistas) e banca o investimento. Depois, será remunerado pelo usuário, com ou sem a participação do Estado na contraprestação (ou em alguns dos investimentos iniciais). Estes são regidos pelas Leis 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões, que regula as concessões comuns); 11.079/2004 (PPPs, que regula

orçamentários para a satisfação das necessidades coletivas. Via de regra, podem ser enquadrados como contratos de desembolso os contratos regidos pela Lei nº 8.666/93 (obras, serviços e compras). Os **contratos de investimentos** são aqueles que viabilizam a concretização de interesses coletivos por meio de **recursos privados** aportados pelo operador econômico, que se remunera, a longo prazo, com o pagamento de tarifas arcadas pelos usuários. É, exatamente, o caso do contrato de concessão de serviço público regido pela Lei nº 8.987/95.

Pela racionalidade própria aos contratos de investimentos, pode ser necessário ou mesmo mais relevante para o atendimento do interesse público a efetiva comprovação da **experiência** técnica centrada na captação de recursos. O ponto é bem explicado pelo Escritório Vernalha Guimarães e Pereira Advogados na referida Nota Técnica (doc. SEI 9169329):

A concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos Municípios que compõem o presente projeto exige investimentos vultosos, cuja realização se apresenta como a parcela de maior relevância.

Necessário considerar que o objeto do futuro contrato demandará investimentos estimados em montantes superiores a R\$ 20 bilhões, cuja realização se dará no cronograma a ser fixado no contrato. Portanto, para que o objeto seja exequível e atinja as metas definidas legal e contratualmente é imprescindível que os futuros contratados tenham capacidade técnica para realizar os investimentos necessários sendo, portanto, imprescindível que tenha aptidão para captar os recursos financeiros suficientes.

Enfim, para bem cumprir as **ousadas metas de universalização** previstas no contrato de concessão, é indispensável que o futuro concessionário tenha condições de realizar investimentos com recursos próprios ou de terceiros, sem depender do ente público. Como atesta a Nota Técnica do BNDES:

“O contrato de concessão que decorrerá da licitação possui a obrigação de execução de vultosos investimentos nos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário (mais de R\$ 30 bilhões). Esta atividade somente será plenamente realizada pelo futuro concessionário caso ele consiga mobilizar uma grande soma de capital, seja por meio de recursos próprios ou mediante a captação de recursos de terceiros. Esta atividade é essencial para a fiel execução do contrato de concessão e, por isso, foi refletida numa exigência de atestação técnica respectiva.”

E, ainda, esclarecem a razão pela qual a modelagem do presente edital se distingue do recente Edital de Concorrência Pública nº 09/20, para concessão do abastecimento de água e esgotamento sanitário da Região Metropolitana de Maceió:

Em relação ao Edital de Concorrência Pública nº 09/2020, para concessão do abastecimento de água e esgotamento sanitário da Região Metropolitana de

as concessões administrativas e as patrocinadas); 12.815/2013 (Lei Geral dos Portos, que regula as concessões, os arrendamentos e as autorizações portuárias) – dentre outras. Aqui, a racionalidade jurídico-econômica é significativamente diversa daquela da dos contratos de desembolso”. BOCKMANN MOREIRA, Egon. PPPMAIS - seis pontos-chave para dar início ao debate. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-pppmais-seis-pontos-chave-para-darin%C3%ADcio-ao-debate>>.

Maceió, cabem as seguintes comparações: o projeto de Alagoas tinha uma projeção de investimentos - CAPEX estimada em R\$ 2,5 bilhões, enquanto os maiores projetos do Estado do Rio de Janeiro, os Blocos 4 e 1, têm, respectivamente, um CAPEX estimado em R\$ 16 bilhões e R\$ 9 bilhões, números muito superiores aos identificados em Alagoas.

Assim, se fossemos utilizar a mesma métrica utilizada em Alagoas para os projetos do RJ, de exigência de atestação técnico-operacional, a tendência seria a de uma limitação exacerbada da competição, considerando o cenário atual dos operadores privados que atuam no setor do saneamento básico no Brasil. Para reforçar essa ideia, na tabela abaixo, constam os principais operadores, com a população respectivamente atendida e estimativas de valores por cada qual já investidos. Pela tabela, pode-se observar que nenhuma empresa tem investimento comprometido superior ao CAPEX do Bloco 4 e somente duas têm investimento total comprometido acima do CAPEX do Bloco 1.

A vinculação da exigência de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura é, portanto, indispensável para o cumprimento das obrigações contratuais a serem assumidas, em estrita consonância com o disposto na parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição quando expressa que nas licitações públicas “somente serão permitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” e com o próprio entendimento da Procuradoria Geral do Estado, como se vê da parte inicial do Enunciado 39:

As exigências de qualificação técnica têm por objetivo verificar, pela análise de sua experiência pretérita, se o licitante possui condições técnicas para executar a contento o objeto do certame, evitando que o Poder Público contrate com pessoas desqualificadas.

Tais exigências: (i) devem ser formuladas à luz do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, limitando-se àquelas que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais em conformidade com os parâmetros estabelecidos pelo art. 30 da Lei nº 8.666/93; (ii) devem ser compatíveis com a complexidade do objeto licitado; (iii) exigem prévia motivação técnica quanto à sua necessidade, suficiência e pertinência dos parâmetros fixados, para não restringir a competitividade e assegurar a plena concorrência entre os participantes;

Enfim, sendo um **contrato de investimento**, não se ocupou a qualificação técnica apenas na experiência pretérita na prestação do serviço, mas na experiência própria a uma engenharia financeira complexa, sofisticada e, mais importante, indispensável para o cumprimento das desafiadoras metas de universalização, conforme os estudos que embasaram a modelagem.

Os licitantes deverão, por conseguinte, demonstrar que ostentam **experiência pretérita** em angariar recursos em volume suficiente para atender as metas de universalização previstas no contrato. Trata-se de demonstração de experiência no universo da engenharia financeira indispensável aos investimentos privados que serão alocados no projeto, conforme sugere o estudo das consultorias contratadas para realizar a modelagem.

E qual seria a razão para que essa exigência não estivesse prevista na qualificação econômico-financeira, já que, a partir de um olhar superficial, poderia guardar maior conexão lógica com esse item da fase de habilitação?

A **primeira razão** está em que se examina aqui **contrato de investimento** e não **contrato de desembolso**. A experiência técnica em engenharia financeira é, segundo o BNDES, tão ou mais relevante para o atendimento da concessão. Sem a demonstração de um histórico de captação de recursos no mercado, coloca-se em risco o objetivo primordial da concessão que é a materialização das metas de universalização, que permitirão que os serviços de água e esgotamento sanitário atendam a integralidade da população fluminense.

Se a **capacidade operacional** é a demonstração de experiência dos potenciais licitantes na comprovação de que possuem **aptidão para executar o objeto** e se **o objeto em um contrato de investimento tem como parcela de maior relevância a indispensável captação de recursos no mercado**, pode-se concluir que a cláusula 22.11.1 está topograficamente bem localizada e sistemicamente bem enquadrada no item da qualificação técnica. Atende-se, por esse meio, o requisito de capacidade operacional, como bem anotado na Nota Técnica do BNDES:

“Quanto à regularidade da exigência de comprovação de experiência na realização de captação de recursos, cumpre registrar que esta medida não se confunde com o critério de qualificação econômico-financeira, mas está relacionado à comprovação de que o licitante detém experiência com engenharia financeira, imprescindível para que o futuro concessionário tenha condições de realizar investimentos, com recursos próprios ou de terceiros, sem depender do Parceiro Público.”

A **segunda razão** é que a demonstração da experiência na qualificação econômico-financeira, nos exatos termos do artigo 31 da Lei nº 8.666/93, exige a demonstração dos seguintes requisitos, a depender de cada objeto: **(i)** balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social; **(ii)** certidão negativa de falência ou concordata (leia-se recuperação judicial); **(iii)** garantia de proposta; **(iv)** índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo das licitações; **(v)** capital social ou patrimônio líquido mínimo; e **(vi)** a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira. Ora, não é essa lógica da exigência constante no item 22.11.1.

A qualificação econômico-financeira preocupa-se mais com a saúde financeira **interna** e **subjetiva** do licitante, com o fito de demonstrar que o licitante (enquanto pessoa jurídica apta a contrair direitos e obrigações), ostenta musculatura econômico-financeira para suportar os futuros encargos.

Por sua vez, a exigência de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura, prevista na cláusula 22.11.1, é **externa** à pessoa jurídica e distinta dos aspectos econômico-financeiros de **índole estritamente subjetiva e internos** da sociedade empresária. Aqui não se espera que o licitante comprove a sua qualificação econômico-financeira *interna corporis*, mas uma **expertise em engenharia financeira** que é **externa, exterior a sua própria contabilidade**.

A fase de habilitação não é um fim em si mesma, mas um instrumento diretamente conectado ao objeto da licitação. Não se pode comparar ou prender-se à racionalidade dos contratos de desembolso quando se está a tratar de um contrato de investimento, que obedece a uma dinâmica econômica própria e peculiar.

A Lei nº 8.666/93 quando trata da capacidade operacional menciona experiência que demonstre **a aptidão para o cumprimento do objeto**, conferindo espaço mais do que suficiente para que o gestor, no exercício da sua competência discricionária, possa promover a compatibilização entre a exigência técnica e a natureza do objeto a ser licitado, como ocorre na presente hipótese.

Cabe acrescentar que as referidas Notas Técnicas, bem como os documentos que informaram a resposta ao Tribunal de Contas do Estado, relatam que essa forma de concepção da qualificação técnica

(centrada na comprovação de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura) não é inédita, encontrando precedentes, principalmente no Estado de São Paulo.

São mencionados, especificamente a **Concorrência n° 001/2013**, do Estado de São Paulo, que teve por objeto a concessão administrativa para a construção, fornecimento de equipamentos, manutenção e gestão dos serviços não assistenciais em três complexos hospitalares³⁰, a **Concorrência Internacional COHAB/SP n° 001/18**, cujo objeto é a concessão administrativa destinada à implantação de habitações de interesse social e mercado popular na cidade de São Paulo³¹, a **Concorrência Internacional n° 004/13**, voltada à concessão patrocinada para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 – Laranja de Metrô³². Pode-se acrescentar, ainda, a **Concorrência Pública n° 01/19**, concessão do maior projeto de concessão de rodovia do país, envolvendo o lote Piracicaba-Panorama, modelada pela ARTESP, conforme se depreende da cláusula 13.29³³.

O **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo** já reconheceu a juridicidade da exigência de qualificação técnica voltada para a comprovação de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura. Veja-se, e.g., trecho do Voto da Conselheira Cristiana de Castro Moraes, acolhido pelo Tribunal Pleno, em Sessão realizada no dia 06/05/2020:

(...). Começa-se a abordagem, entretanto, pelas críticas despidas de fundamento. Nessa categoria insere-se a reclamação contra a imposição de demonstração de que a licitante participou, estruturou ou tem acesso a recursos para a realização de investimentos³⁴, **a qual vem sendo aceita pela jurisprudência deste Tribunal, dada a envergadura financeira e as características de pretensões como a que ora se apresenta.**

Nesse sentido, confira-se excerto de interesse do julgamento dos **processos n.ºs TC-013614.989.16-8 e TC-013697.989.16-82**, que examinou exigência semelhante:

“(...) deixo de acolher o questionamento quanto à exigência de experiência anterior na captação recursos financeiros por meio de “Project ou Corporate Finance”, e, **a esse respeito, reporto-me ao quanto decidido pelo Plenário quando do julgamento das Representações 373.989.16-9 e 3402.989.16-4,**

³⁰ “12.11. Os Licitantes que desejem sagrarem-se vencedores do Lote 01 deverão apresentar: (i) Atestado que comprove a participação da Licitante na execução de empreendimento no qual tenha sido realizado investimento de, no mínimo, R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), com recursos próprios ou de terceiros;”

³¹ “14.6.1. A qualificação técnica será comprovada, pelos seguintes documentos, apresentados pelo LICITANTE ou, em se tratando de CONSÓRCIO, por ao menos uma das pessoas jurídicas integrantes ou de suas AFILIADAS. (...) b) atestado(s) emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, comprovando que o LICITANTE tenha participado de empreendimento no qual tenha sido realizado investimento, com aplicação de recursos próprios ou de terceiros, de pelo menos: i. LOTE 1: R\$ 59.000.000,00 (cinquenta e nove milhões de reais); (...)”

³² “8.6.1 (...) b) Participação em empreendimento em que tenha sido realizado investimento de pelo menos R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).”

³³ “13.29. Para fins de demonstração da sua qualificação técnica, a LICITANTE individual ou o CONSÓRCIO deverá comprovar aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da LICITAÇÃO, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, em nome da LICITANTE ou de profissional a ela vinculado, devidamente registrado(s) na entidade profissional competente, quando for o caso, emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, ou por órgão de regulação e/ou de fiscalização, que comprove experiência, ao longo de no mínimo 12 (doze) meses, como responsável pela gestão/administração de ativo de infraestrutura, de valor mínimo do ativo de R\$ 260.000.000,00 (duzentos e sessenta milhões de reais), que tenha gerado receita operacional anual de, no mínimo, R\$ 113.000.000,00 (cento e treze milhões de reais).”

³⁴ 8.3.4. Atestado Técnico, Certidão ou Declaração em nome da LICITANTE, devidamente acompanhados de documentos suficientes a comprovar a veracidade e precisão das informações prestadas, que comprove que a LICITANTE participou, estruturou ou tem acesso a recursos, para empreendimentos, que exijam a realização de investimento, com recursos próprios ou de terceiros de, no mínimo, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), observadas as seguintes condições: (...)

em Sessão de 23/03/2016, que, acolhendo voto por mim proferido, **considerou a regra válida em vista da dimensão econômico-financeira do objeto e suas peculiaridades, circunstância em que se enquadra a presente contratação.**

Nos mesmos termos, trago à colação os julgamentos proferidos nos **processos 846.989.15-0, 914.989.15-7, 989.989.15-7, 1107.989.15-4 e 1114.989.15-5, sob relatoria do eminente Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, em Sessão Plenária de 24/06/2015, bem como no processo 4156.989.13-9, relatado pelo eminente Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho em Sessão Plenária de 05/02/2014**³⁵⁻³⁶ (grifou-se).

Como se vê, o edital ora examinado não está propondo nenhuma cláusula absolutamente inovadora, mas com **razoável experimentação em importantes concessões de serviços públicos no país**, a ratificar a premissa de que não se está, com a presente modelagem, se afastando das premissas jurídicas que orientam os processos de contratação pública no setor de infraestrutura.

O **terceiro argumento** consiste na premissa de que o edital não se descuro dos aspectos afetos à **segurança** da contratação e à **qualidade na prestação dos serviços**.

Se, de um lado, é fundamental o **incremento da competitividade**, de outro lado, é inegável que o Poder Concedente deve zelar para a **prestação de um serviço público adequado**, conforme determina expressamente o § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/95³⁷.

Não por outra razão que, ao longo da concepção do projeto, **a Procuradoria Geral do Estado sugeriu ao BNDES – nas reuniões havidas para aprimoramento do projeto – que seria indispensável a exigência de demonstração de capacidade técnico-profissional, que comprovasse a experiência do responsável técnico, o que foi acatado com a previsão expressa da cláusula 22.11.2**. Também as próprias contribuições obtidas por ocasião da realização da audiência e da consulta pública permitiram amadurecer a indispensabilidade da exigência de capacidade técnica³⁸.

Exige-se do licitante – mesmo daquele que ostente perfil de investidor – a demonstração de que 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. Tal comprovação será feita por meio de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, acompanhado da respectiva CAT – Certidão de Acervo Técnico. Tem-se aqui a **capacidade técnico-profissional**.

³⁵ TC-009617.989.20-7, TC-009618.989.20-6 e TC- 009860.989.20-1. Relatora: Cristiana De Castro Moraes. Julgamento em: 06/05/2020.

³⁶ No mesmo sentido, **versando especificamente sobre concessão de serviço público de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário**, a decisão proferida pelo Plenário em 1º- 10-14, nos autos do **TC-3936.989.14-4**, Relator Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho: “(...) A instrução promovida pela D. Secretaria-Diretoria Geral identificou precedentes desta Casa que, em situações em que o objeto reúne complexidade e vulto diferenciados, tem-se admitido que a Administração atuasse com maior prudência e rigor na formulação dos requisitos de qualificação técnica. Na medida em que o objeto contempla a concessão de serviço público de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, com vigência de 30 anos, demandando investimentos de aproximadamente R\$ 345.000.000,00 (trezentos e quarenta e cinco milhões de reais), **compreensível o maior rigor em relação à comprovação de experiência anterior em captação de recursos financeiros**, mediante financiamento ou operação financeira estruturada, “Project Finance”. Não há dúvidas de que os elevados investimentos exigidos pela concessão tornam a comprovação da experiência anterior na captação de recursos de terceiros indispensável à aferição da qualificação das proponentes.

³⁷ § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/95 encontra-se assim vazado: Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

³⁸ Conforme se constata, por exemplo, da ata da primeira audiência pública, realizada em 25 de junho de 2020, em que o tema foi destacado especialmente a partir da fl. 29. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/consultapublica/documentos/ATA_AUD_PUB_25.06.20.pdf>

Alia-se, assim, a **dupla experiência** necessária para executar o objeto e atender a prestação de um serviço público adequado: **(i)** experiência na captação de recursos no mercado; **(ii)** experiência reconhecida de profissional com a operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários.

Lembre-se, de toda forma, que os mecanismos mais efetivos de assegurar a prestação de um serviço público não estão propriamente no edital, mas no **contrato de concessão**. Por isso assinale-se, ainda que brevemente, que mecanismos são esses.

O **primeiro mecanismo** consiste na obrigatoriedade de o licitante vencedor se constituir em Sociedade de Propósito Específico (SPE), cuja finalidade será prestar os serviços públicos objeto da presente concessão, a teor do disposto na cláusula 1.2.58 e 30.2.1, 30.2.2 e 30.2.3.

Independente da natureza da(s) pessoa(s) jurídica(s) que venha(m) a se sagrar vencedora da licitação (investidor ou operador), a constituição de uma sociedade de propósito específico cria uma vinculação indissolúvel com a execução do objeto. A empresa é constituída em razão do contrato de concessão e da sua operação, assumindo um conjunto de obrigações e encargos, conforme cláusula 25 do contrato de concessão, diretamente afetado ao resultado e aos fins da concessão. Mais: a SPE a ser constituída necessariamente deverá possuir em seus quadros pessoas com alargada experiência no setor. É o que denotam as regras das cláusulas 30.2.9 a 30.2.13. Esses profissionais podem garantir a qualidade esperada. A SPE deverá possuir um desenho institucional que garanta isso, independentemente do vencedor da licitação. Afinal, não se confundem as pessoas dos acionistas com a pessoa jurídica constituída para executar o objeto, permitindo a segregação de patrimônio e de riscos, tudo com vistas a assegurar a adequada prestação do serviço público.

O **segundo mecanismo** é a obrigação de o concessionário cumprir os **indicadores de desempenho** e as **metas de atendimento**, previstas no Anexo III do contrato de concessão.

Como se vê do Anexo III, o concessionário está sujeito aos seguintes **indicadores de desempenho**: **(i)** índice de cobertura urbano de água; **(ii)** índice de perdas na distribuição; **(iii)** índice de descontinuidade do abastecimento de água; **(iv)** índice de qualidade na água; **(v)** índice de cobertura urbana de esgoto; **(vi)** índice de não conformidade de tratamento de esgoto; **(vii)** índice de atendimento de áreas irregulares; **(viii)** índice de satisfação dos usuários; **(ix)** índice de eficiência para reparo de desobstrução na rede ou ramais de água; **(x)** índice de regularidade documental; **(xi)** índice de desempenho de coletor de tempo seco.

Além disso, constam das metas dos Indicadores IAA – índice de atendimento urbano de água e IAE – índice de atendimento urbano de esgoto, expressamente previstas nos Apêndices II, III, IV e V, para, respectivamente, os Blocos 1, 2, 3 e 4.

Como se verifica, o concessionário estará sujeito ao cumprimento de **metas objetivamente definidas**, sendo fiscalizado por meio de **indicadores de desempenho** que viabilizarão um controle concreto sobre os deveres de generalidade, continuidade, regularidade, segurança, eficiência e atualidade, densificando os princípios que compõem o conceito de serviço público adequado, no citado § 1º, do art. 6º da Lei nº 8.987/95.

Sendo o contrato de concessão um **contrato de performance**, a remuneração do concessionário encontra-se atrelada aos indicadores de desempenho que correspondem a indicadores de qualidade e de disponibilidade dos serviços prestados, criando a estrutura de incentivos necessária para a indução da qualidade e da eficiência na consecução do objeto.

Tais índices de desempenho e metas de atendimento estarão sob a permanente fiscalização da **AGENERSA** que contará com o apoio de um **Verificador Independente** (cláusula 26), ou seja, empresa especializada em aferir o cumprimento dos indicadores de desempenho pelo concessionário.

Observa-se, portanto, que o **incremento da competitividade vem acompanhado de intensa regulação contratual**, que condiciona a atuação do concessionário à padrões que asseguram a prestação de um serviço público eficiente.

O **terceiro mecanismo**, inerente a todo e qualquer contrato de concessão, concentra-se na cláusula 37, que, a partir dos mecanismos de fiscalização e gestão do contrato, autoriza o sancionamento da concessionária em razão de eventuais inadimplementos, podendo ser aplicada as penalidades de **(i)** advertência; **(ii)** multa; **(iii)** suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; **(iv)** declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública estadual enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação da Concessionária perante o Estado.

Como **medida mais drástica**, o Poder Concedente poderá decretar a **caducidade** do contrato de concessão, diante de eventual inexecução total ou parcial reiterada do contrato, a teor do disposto na cláusula 42 do contrato de concessão.

O **quarto mecanismo** garantidor da prestação de um serviço público adequado é a cláusula 18 do contrato de concessão, que disciplina os **contratos de seguros**. Além dos seguros exigíveis pela legislação aplicável, deverá o concessionário contratar **(i)** seguro de riscos de engenharia (cláusula 18.2); **(ii)** seguro de riscos operacionais de concessões (cláusula 18.3); **(iii)** seguro de responsabilidade civil geral (cláusula 18.5).

Constata-se, assim, que o concessionário deverá garantir **ampla cobertura securitária** que confira a necessária segurança para o Poder Concedente, preservando os aspectos mais nuclear e da concessão.

Enfim, as **salvaguardas mais expressivas e asseguradoras da prestação de um serviço público adequado estão no contrato de concessão**, a justificar que, sob o prisma da qualificação técnica, o edital de concorrência internacional não seja lido ou interpretado de forma estanque e isolada, mas de modo harmônico e coordenado com o contrato de concessão.

Independente da natureza da pessoa jurídica que venha a se sagrar vencedora do certame, existirão **salvaguardas jurídicas** consistentes no edital e no contrato de concessão, **conciliando, a um só tempo, competitividade e prestação de um serviço público adequado**.

Ademais, em reforço de tudo o que já foi dito, os documentos que instruem o presente processo administrativo (a Nota Técnica produzida pelo Escritório Vernalha Guimarães Pereira Advogados - (9169329) e a Nota Técnica do BNDES), expressam **que o setor de saneamento básico é um nicho de serviços maduros**, que, atualmente, conta com 178 contratos de concessão firmados, que abarcam mais de 280 Municípios Brasileiros e 30, 4 milhões de pessoas beneficiadas.

De mais a mais: segundo o BNDES, o setor não demanda conhecimentos de engenharia operacional com complexidade ao ponto de exigir experiência prévia da licitante. Isso pode ser garantido por outros mecanismos regulatórios mencionados acima, notadamente por meio da contratação de profissionais especializados no setor. Partindo-se de tal premissa, a qual envolve uma avaliação técnica do gestor, tem-se por viável a modelagem.

Assim, diante das justificativas apresentadas pelo BNDES, das características específicas da presente licitação (necessidade de captação elevada de recursos e metas ousadas de universalização, que a distinguem de outros modelos), bem como da própria existência de embasamento doutrinário e precedentes administrativos, **entende-se como juridicamente viável a modelagem apresentada, em especial em razão de privilegiar a competitividade sem se descurar da qualidade e da segurança da contratação**.

Existe aqui, repise-se, um importante espaço de avaliação administrativa quanto à conveniência e oportunidade desse modelo. Vale dizer: o âmbito é de **mérito administrativo**, de **discricionariedade própria do gestor** que, embasado **em estudos técnicos**, optou por um modelo que é juridicamente válido e adequado ao setor de infraestrutura.

Antes de encerrar esse ponto, deve-se registrar que aqui **não se aplica a lógica do Parecer nº 02/2020-GUB**, aprovado por meio do Visto nº 6/2020 – PGE/PG-17/ARCY, de 22 de abril de 2020, e

pelo Procurador Geral do Estado em 7 de maio de 2020. No referido parecer, indagou-se sobre a possibilidade, em certame para celebração de contrato de concessão para prestação de serviços públicos de saneamento básico, de se garantir a qualificação técnica por meio de subcontratações de empresas pela eventual vencedora da concorrência.

O Procurador Gustavo Binenbojm concluiu que: **(i)** a subcontratação deve ser realizada em caráter excepcional e referente à parcela do objeto contratado, quando não se mostrar viável a execução integral do objeto pela contratada; **(ii)** a subcontratação não deve contemplar atividades de maior relevância técnica exigidas na qualificação do procedimento licitatório; **(iii)** apenas o contratado tem o dever de comprovar requisitos de qualificação técnica, uma vez que é ele que se responsabiliza perante a Administração Pública; **(iv)** não pode ser realizada subcontratação de fração principal do objeto do contrato; e **(v)** operação de sistemas de saneamento é atividade correspondente à fração principal do objeto do contrato, constituindo requisito de qualificação necessário para a execução do objeto contratual.

Esse raciocínio, poderia se sustentar, conduziria à conclusão de que a modelagem ora examinada também teria problemas, porque não se exige, na qualificação técnica, experiência prévia em saneamento básico. O raciocínio não é correto. Na verdade, deve-se fazer um *distinguishing* entre a modelagem examinada pelo Procurador Gustavo Binenbojm e a hipótese ora objeto deste parecer. Os casos são diversos e merecem soluções distintas.

O referido **Parecer nº 02/2020-GUB** respondeu consulta sobre a possibilidade de comprovação de requisitos de qualificação técnica em saneamento básico por meio de pessoas jurídicas subcontratadas. A presente análise envolve dúvida sobre a viabilidade jurídica de a qualificação técnica limitar-se à demonstração da capacidade de realizar engenharia financeira, a qual seria o traço característico sobre o contrato, segundo as informações posteriormente prestadas, e uma avaliação técnica do gestor.

Vale dizer: o modelo proposto para a comprovação da qualificação técnica é outro, porque o desenho sugerido possui pressupostos diversos. **Eis o *distinguishing* fundamental.**

Diante do volume de informações trazidas pelo BNDES e os estudos que embasaram a modelagem contratual proposta, os contratos de concessão a serem celebrados são contratos de investimento, e não de desembolso. Por isso, torna-se relevante a experiência em uma engenharia financeira sofisticada, indispensável para o cumprimento das desafiadoras metas de universalização, conforme apontam os estudos que embasaram a modelagem, do que a experiência pretérita na prestação do serviço.

Ademais, segundo as novas informações trazidas, as quais envolvem juízo técnico, o setor de saneamento não demandaria conhecimentos de engenharia operacional com complexidade a ponto de exigir experiência prévia da licitante. **O imprescindível é, nessa toada, a engenharia financeira.**

Nada obstante, em linha com o já exposto, essa conclusão não torna a técnica da prestação do serviço irrelevante. Significa apenas que poderia ser garantida por outros mecanismos regulatórios mencionados acima. Inclusive, por meio da constituição de SPE com finalidade específica e pessoal qualificado para tanto. Como consignado, a cláusula 30.2.9 do contrato determina que caberá ao licitante vencedor indicar, por meio de declaração, o nome, dados pessoais, formação do(s) profissional(is) que será(ão) designado(s) como responsável(is) técnico(s) pela operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgoto, acompanhado da comprovação do vínculo entre o(s) profissional(is) e a SPE, de modo a confirmar a capacidade técnico-profissional prevista na cláusula 22.11.2.

A partir dessa previsão, dentre as outras destacadas anteriormente (como a fiscalização efetiva do cumprimento de metas e contratação de seguros), o edital demonstra preocupação com aspectos afetos à **segurança** da contratação e da **qualidade** na prestação dos serviços, ao passo em que reconhece que a qualificação em temas de engenharia financeira é fundamental. Diante desse cenário,

o gestor, em decisão pautada em juízo técnico e fundamentado, poderia validamente flexibilizar a demanda de experiência pretérita como requisito de qualificação técnica.

Ainda a qualificação técnica

Outras cláusulas da qualificação técnica merecem, ainda, breves comentários.

A cláusula 22.11.1.1 determina que se o licitante ofertar proposta para mais de um bloco deverá apresentar o atendimento da exigência do item 22.11.1 para cada um dos blocos. Veda-se a utilização do mesmo quantitativo para mais de um bloco. O mesmo se aplica caso a licitante esteja consorciada com outro grupo ou participando isoladamente, em bloco distinto.

A ideia é que o atestado que demonstra a captação de recursos previsto na cláusula 22.11.1 valha para cada bloco, não podendo o mesmo atestado ser utilizado em mais de um bloco. Apenas se o quantitativo for superior ao quantitativo mínimo requerido na habilitação do bloco é que o excedente poderá ser utilizado, conforme autoriza a cláusula 22.11.1.1.1.

A cláusula 22.11.1.2 admite o somatório dos quantitativos referentes a distintos empreendimentos, desde que, pelo menos, uma das captações seja correspondente a, no mínimo, 20% (vinte por cento) do valor estabelecido no item 22.11.1 para cada bloco, não sendo aceitos atestados menores do que R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

O **somatório dos quantitativos** para fins de atestação técnica tem sido admitido pelo Tribunal de Contas da União³⁹, a depender de cada hipótese concreta. De fato, saber se atestados distintos podem ser somados sem que isso resulte em prejuízo para a avaliação da capacidade técnica depende das especificidades de cada objeto. **Recomenda-se, portanto, seja justificado tecnicamente o cabimento do somatório dos quantitativos e em que medida a sua admissão resulta em benefício para a licitação e para a própria competição, sem que implique em comprometimento da segurança que se deseja obter na fase de habilitação**⁴⁰.

Admite-se, ainda, o somatório entre as licitantes no caso de consórcio, conforme previsto na cláusula 22.11.1.3. Note-se, entretanto, que a cláusula 22.11.1.3.2 prescreve que os casos em que a participação da licitante, ou de sua afiliada, for superior a 50% (cinquenta por cento) nas sociedades ou Consórcios responsáveis pelo empreendimento objeto da atestação, será considerado o valor total do atestado equivalente a 100% (cem por cento). **A parte final da cláusula apresenta redação confusa, não ficando claro o que se pretende efetivamente com a exigência. Sugere-se que seja justificado o objetivo, bem como aperfeiçoada a redação, a fim de que não parem dúvidas para os licitantes e também para a própria Comissão de Licitação.**

A cláusula 22.11.1.4 determina que os atestados devem informar o montante dos recursos captados e o empreendimento para o qual os recursos tenham sido direcionados. Cabe observar que a **cláusula 22.11.1** foi bastante genérica e admitiu a comprovação de captação para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor. **A referência ao setor de infraestrutura de modo genérico poderá causar alguma dúvida em relação aos atestados que serão apresentados, devendo ser avaliado se caberia alguma explicação do que se considera como infraestrutura (ex.: comunicações, energia, transportes, saneamento, portos, produção, distribuição ou refino de combustíveis).**

³⁹ O Tribunal de Contas da União vem admitindo “a comprovação de capacidade técnica seja feita mediante o somatório de atestados, sempre que não houver motivo para justificar a exigência de atestado único, em observância ao disposto no art. 30, §§ 1º, 3º e 5º, da Lei nº 8.666/93” (Acórdãos 1.231/2012, 1.237/2008, 2.150/2008 e 2.882/2008, do Plenário).

⁴⁰ Sobre o tema, um dos subscritores do presente opinamento já teve a oportunidade de aduzir: “Em alguns casos o somatório amplia a competição, e deve ser admitido. Mas, dependendo das características técnicas do objeto, o somatório não servirá para demonstrar a experiência e a capacidade do licitante, o que poderia colocar em risco a segurança da contratação. Assim, é no exame do caso concreto que se poderá averiguar a viabilidade, ou não, de admitir o somatório de quantitativos no edital. O fundamento é que, admitindo-se ou não, exista uma justificativa técnica no processo administrativo embasando a decisão”. AMARAL GARCIA, Flávio. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2018. p. 239.

A cláusula 22.1.2 – já comentada anteriormente – cuida da capacidade técnico-profissional, cabendo aos licitantes apresentarem atestado acompanhado da respectiva Certidão de Acervo Técnico – CAT, demonstrando experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários.

Segundo o artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, a **capacidade técnico-profissional** impõe a 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.

Sobre a cláusula 22.11.2 a Nota do BNDES esclarece:

Nos termos da legislação, a comprovação de capacidade técnica da licitante pode ser demonstrada, em regra, por meio de habilitação técnico-operacional e/ou de habilitação técnico-profissional. Assim, buscando conjugar (a) a ampliação da competição com (b) a maior segurança quanto à existência de experiência da licitante no setor de saneamento básico (nos termos recomendados pelo TCE-RJ), optou-se pela inclusão ao edital de um requisito de habilitação técnico-profissional, permitindo-se a caracterização dessa expertise por meio da comprovação de vínculo entre o licitante e um profissional que tenha anteriormente atuado na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários.

O item 22.11.2 do Edital apresenta a proposta desta habilitação técnico-profissional: 22.11. A qualificação técnica deverá ser comprovada mediante:

(...) 22.11.2. Atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, acompanhado da respectiva CAT – Certidão de Acervo Técnico, que comprove que a LICITANTE ou sua AFILIADA possui, em seu quadro permanente, profissional de nível superior, que tenha experiência, no mínimo, na atuação em cargos executivos seniores equivalentes a (i) diretor operacional, ou (ii) superintendente operacional em sociedade empresária responsável pela operação de sistemas de distribuição de água e coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários, incluindo a prestação direta dos serviços para atendimento da população.

Note-se a cláusula 22.11.2 da minuta encaminhada para exame da Procuradoria Geral do Estado encontra redação diversa da que foi acima transcrita na Nota Técnica do BNDES, devendo prevalecer essa última. Explica-se: a experiência é exigida nos cargos de hierarquia mais elevada e relacionados ao gerenciamento da operação dos serviços, a saber, **diretor operacional** e **superintendente operacional**, fixando o edital elevados padrões de capacidade técnico-profissional.

No que se refere ao quadro permanente, a cláusulas 22.11.2.1 encontra-se alinhada com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União⁴¹, porquanto admite que o profissional esteja vinculado à licitante por relação de emprego, como administrador, por contrato de prestação de serviço ou por carta de intenção.

⁴¹ “O vínculo do profissional qualificado não precisa, portanto, ser necessariamente trabalhista ou societário. É suficiente a existência de um contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum” (TCU, Acórdão nº 1.842/2013-Plenário).

Note-se que a súmula nº 272 do Tribunal de Contas da União prescreve que “*no edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.*” Assim, parece possível compreender que a **carta de intenção** é um meio de exigir a qualificação técnico-profissional sem impor custos aos licitantes e, em última medida, fomentar a competitividade.

Lembre-se que a carta de intenções vem sendo exigida em licitações análogas⁴², o que reforça a premissa de que a *práxis* administrativa vem se consolidando pela sua aceitação.

Outro aspecto que merece esclarecimento é a ausência de delimitação da exigência às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, conforme determina o art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93. Não parece bastar a **qualificação subjetiva** da experiência do Diretor Operacional e do Superintendente Operacional, sendo necessário, para a segurança da contratação, evidenciar os requisitos que guardem **proporção** com o objeto e com o porte da licitação.

Em resumo, devem ser inseridos, também, os requisitos de qualificação objetiva, observado o disposto no art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93 que é expresso quando exige experiência “por 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”.

A comprovação da qualificação técnico-profissional, a teor do disposto na cláusula 22.11.2 do edital deverá ser viabilizada por meio de (i) atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado; (ii) acompanhados da CAT – Certidão de Acervo Técnico, que é documento comprobatório da aptidão do profissional em relação aos serviços executados e registrados em suas Anotações de Responsabilidade Técnica. Via de regra é exigência voltada a comprovação da capacidade técnico-profissional para obras e serviços de engenharia. **É preciso confirmar se os atestados que serão exigidos do Diretor Operacional e do Superintendente Operacional são experiências de obras e serviços de engenharia que podem justificar a emissão da CAT.**

A **cláusula 22.11.5** determina que, no caso de alterações societárias e nos casos de fusão, incorporação ou desmembramento, somente serão considerados os atestados em que, inequívoca e

⁴² **Concorrência Pública nº 01/2020**, cujo objeto é a concessão administrativa para a prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário em 68 (sessenta e oito) municípios do Estado de Mato Grosso do Sul: “14.10. O atestado de que trata o item 14.9 somente será aceito se o profissional possuir vínculo com a Licitante nas seguintes modalidades: (...) 14.10.5. por **carta ou contrato de intenção**, com firma reconhecida, indicando que, em caso de êxito da Licitante na Licitação, o profissional assumirá obrigação de participar da prestação dos Serviços de Esgotamento Sanitário, conforme sua respectiva competência técnica, por uma das modalidades de vínculo descritas neste item.” (grifou-se).

Concessão administrativa para a ampliação, manutenção, operação do sistema de esgotamento sanitário e para a prestação de serviços de apoio à gestão comercial da CESAN no município de Cariacica, abrangendo, ainda, o tratamento de esgoto proveniente de bairros do município de Viana: “17.2.7 Comprovação da proponente individual ou da consorciada que comprovar a experiência indicada no item 15.4, de possuir, em seu quadro permanente profissional de nível superior, detentor de atestado de responsabilidade técnica, devidamente registrado(s) no CREA, que comprove ter o profissional executado serviços de saneamento básico com as características descritas no item 15.4.5.2, que possuam vínculo profissional nas seguintes modalidades: (...) d) Por **carta ou contrato de intenção**, com firma reconhecida, indicando que, em caso de êxito da LICITANTE na LICITAÇÃO, o profissional assumirá obrigação de prestar os serviços da Concessão, conforme sua respectiva competência técnica, por uma das modalidades de vínculo descritas nos subitens (i), (ii) e (v), deste item;” (grifou-se).

Concorrência internacional nº 01/2019 para a concessão da prestação dos serviços públicos de ampliação, operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração do sistema rodoviário denominado lote piracicaba – panorama, modelada pela ARTESP: “13.38. A comprovação do vínculo ainda poderá se dar mediante **carta ou contrato de intenção** assinado entre a LICITANTE e o profissional qualificado, indicando que, em caso de a LICITANTE sagrar-se vencedora, assumirá a obrigação de participar da CONCESSÃO através de uma das formas de vínculo indicadas no item 13.37. No caso de subcontratação da atividade, a comprovação do vínculo, a ser apresentada por ocasião da assinatura do contrato, poderá se dar mediante carta ou contrato de intenção assinado entre a empresa subcontratada e o profissional qualificado, indicando que assumirá a obrigação de participar da CONCESSÃO através de uma das formas de vínculo indicadas no item 13.37, previamente ao início do investimento a que se refere a comprovação” (grifou-se).

documentalmente, se comprove a transferência definitiva do acervo técnico. **A exigência deve ser justificada já que, salvo melhor juízo, a capacidade técnico-profissional integra o acervo pessoal do responsável e não da pessoa jurídica. A princípio, essa cláusula faria sentido se a hipótese fosse de capacidade técnico-operacional.**

Regularidade Fiscal e Trabalhista

Os requisitos previstos na cláusula 22.12, a respeito da regularidade fiscal e trabalhista, foram elaborados em observância ao disposto no artigo 29 da Lei nº 8.666/93.

Em relação às cláusulas 22.12.3 e 22.12.4, recomenda-se explicitar qual a certidão que deve ser apresentada (ex: certidão perante as respectivas Dívidas Ativas, certidão específica de um tributo), a fim de garantir maior segurança jurídica para quem participa da licitação como para quem julga.

Na cláusula 22.12.7, que trata da certidão negativa de débitos trabalhistas – CNDT, **sugere-se que seja acrescido na parte final “nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT”**, adequando a redação ao disposto no inciso V do art. 29 da Lei nº 8.666/93.

Declarações

A cláusula 22.13 menciona os modelos de declaração que deverão ser apresentados pelos licitantes. **Sugere-se que a cláusula 22.12.1 seja destacada como item próprio da fase de habilitação**, adequando-se sistemicamente ao disposto no inciso V, do art. 27 da Lei nº 8.666/93, que trata da exigência do cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Recomenda-se, ainda, seja avaliada a inclusão de modelo de declaração de pleno atendimento aos requisitos de habilitação, na exata medida em que se invertem as fases de habilitação e abertura de proposta comercial, conforme expressamente autoriza o inciso I do art. 18-A da Lei nº 8.987/95. Tal declaração revela maior comprometimento dos licitantes na verificação da documentação da habilitação.

2.4.4. Participação em consórcio

A disciplina dos consórcios está prevista no art. 278 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) e consiste na possibilidade de diferentes sociedades celebrarem contrato para a execução de determinado empreendimento. No plano da contratação pública, o consórcio encontra-se disciplinado no artigo 33 da Lei nº 8.666/93 e no artigo 19 da Lei nº 8.987/95.

O primeiro ponto a destacar é que a participação ou vedação de consórcios nas licitações públicas é tema que não comporta uma solução generalista e que deve **obrigatoriamente ser objeto de motivação específica pelo gestor no processo administrativo. Tal motivação deverá ser apresentada à luz do objeto e das características de cada mercado**⁴³; afinal, a participação de consórcios tanto pode favorecer a concorrência como pode restringi-la. Na hipótese em exame, não obstante seja intuitivo que, pelo porte da licitação, a formação de consórcios seja promotora da concorrência, **recomenda-se a elaboração de justificativa específica**.

A cláusula 23.1 estabelece que cada consorciado deverá comprovar individualmente as suas condições de habilitação, salvo em relação às exigências de qualificação técnica, que poderão ser atendidas por qualquer das consorciadas. Entretanto, como dispõe a cláusula 22.11.1.3, também

⁴³ Nesse sentido foi a decisão proferida no Acórdão TCU nº 929/2017 que em plenário consignou a necessidade de apresentação das razões para admissão ou vedação à participação de consórcio, nos seguintes termos: “50. *Aquiesço à unidade técnica, também, quando considera que a ausência de análise e previsão sobre aceitação ou não de consórcios na licitação configura impropriedade que deve ser levada ao conhecimento da Caixa Econômica Federal. A jurisprudência dominante no TCU defende que, em nome da transparência administrativa e da motivação dos atos administrativos, sejam explicitadas as razões para a admissão ou vedação à participação de consórcio de empresas quando na contratação de objetos de maior vulto e complexidade*” (...). Na mesma linha, é a orientação da Procuradoria Geral do Estado por ocasião do Parecer nº 98/18 – FAG.

poderão ser admitidos os somatórios entre as licitantes consorciadas para a comprovação do subitem 22.11.1. Assim, poderão ser aceitos tanto a comprovação da qualificação técnica por apenas um dos integrantes do consórcio, como também o somatório das suas experiências.

Importante referir que a exigência dos documentos de habilitação está em linha de coerência com o disposto no artigo 33, inciso III, da Lei nº 8.666/93, com a apresentação dos documentos individualmente por parte de cada consorciado e admitindo, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciada. Não foi utilizada a faculdade de acrescer, na qualificação econômico-financeira, em 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, o que se explica pela circunstância das exigências econômicas-financeiras terem se restringido à certidão negativa de falência, recuperação judicial e extrajudicial.

A cláusula 23.2 explicita as condições para apresentação de instrumento de constituição de consórcio, estando alinhado com o disposto no artigo 33 da Lei nº 8.666/93 e art. 19 da Lei nº 8.987/95, com especial destaque para a declaração de responsabilidade solidária das consorciadas pelos atos praticados na licitação e pelo compromisso de constituírem Sociedade de Propósito Específico (SPE), conforme faculta o art. 20 da Lei nº 8.987/95.

Algumas **sugestões de acréscimos**, todavia, podem ser cogitadas.

O edital não estipulou um número mínimo ou máximo de participantes para constituição do Consórcio. Em princípio não há qualquer óbice quanto a isso, já que a regra é que o edital não invada a liberdade das sociedades de se associarem, sendo a restrição do número de componentes a exceção, que deverá estar amparada em motivação razoável⁴⁴. **Se, entretanto, a opção for por não limitar o número de consorciados, sugere-se a sua previsão em cláusula específica, deixando claro que não há limite mínimo ou máximo para a constituição do Consórcio.**

A cláusula 23.5 assevera que não será admitida a inclusão, a substituição, a retirada, a exclusão ou a alteração da participação de qualquer consorciada, desde a apresentação dos envelopes até a assinatura do CONTRATO. *A contrário sensu*, possível inferir que seria viável a alteração da composição ou constituição do CONSÓRCIO depois de assinado o contrato.

Sugere-se que essa possibilidade seja explicitada no edital, deixando claro que eventual modificação da composição societária após a assinatura do contrato dependerá de anuência prévia do Concedente, que avaliará se a alteração proposta não gera riscos para a execução do contrato.

Outro aspecto relevante a destacar é a **eventual constituição de consórcios formado apenas por licitantes estrangeiros**. O edital é omissivo sobre o tema. Lembre-se que a modalidade eleita é **concorrência internacional**.

Não parece razoável acolher a interpretação de que a participação de empresas estrangeiras por meio de consórcio tenha que, necessariamente, envolver uma empresa brasileira. Ora bem, se uma empresa estrangeira pode participar da licitação isoladamente, não haveria razão para restringir a formação de consórcios entre licitantes estrangeiros, exigindo, por via oblíqua, a participação de empresa brasileira. Assim, até como forma de fomentar a competição, **deve o edital admitir em cláusula específica o consórcio entre empresas estrangeiras**.

No caso de consórcio entre empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, conforme preceitua a cláusula 23.4 e o próprio artigo 33, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

2.4.5. Participação de licitantes estrangeiras

⁴⁴ Cf. GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2018. p. 184.

A disciplina constante do edital relativa à participação de empresas estrangeiras foi elaborada para ampliar e estimular a competição, não se vislumbrando a adoção de exigências que se apresentem restritivas, salvo aquelas condicionantes que decorrem de lei, como ocorre, por exemplo, com a liderança do consórcio quando constituído por empresa brasileira (§ 1º, do art. 33 da Lei nº 8.666/93) e a preferência às empresas brasileiras na hipótese de empate nas propostas comerciais (art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93, e art. 15, § 4º, da Lei nº 8.987/95).

A cláusula 24.2 estabelece que as licitantes estrangeiras poderão apresentar documentos de suas matrizes ou respectivas filiais que sejam equivalentes aos solicitados para habilitação de pessoas jurídicas brasileiras e que cumpram com os requisitos legais no país de constituição das licitantes. **Sugere-se apenas que seja feita referência explícita ao § 4º do art. 32 da Lei nº 8.666/93**, que exige autenticação pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativamente ou judicialmente (o que parece ter sido atendido na cláusula 24.1, a).

A cláusula 24.3, por sua vez, prescreve que em caso de inexistência de documentos equivalentes nos respectivos países de origem aptos ao atendimento das exigências previstas no edital, as licitantes estrangeiras deverão apresentar declaração assinalando tal circunstância.

Com vistas a ampliação da competição e na medida em que se trata de concorrência internacional, **sugere-se que a divulgação da licitação ocorra também no exterior, a fim de que potenciais empresas estrangeiras também possam ter conhecimento do certame e, eventualmente, acudir interesse em participar.**

2.5. Procedimento de análise e julgamento

2.5.1. Cronograma referencial da licitação

A cláusula 25 trata do cronograma referencial da licitação, sendo meramente indicativo dos eventos que se sucederão durante o desenvolvimento da licitação. Não há, por ora, nenhuma definição de datas, o que certamente será oportunamente preenchido quando definida a data do certame.

Como única observação, mencione-se os eventos 6 e 7, que fazem referência, respectivamente, ao termo final do prazo para **não-licitante** impugnar o edital e ao termo final do prazo para **licitante** impugnar o edital. A questão aqui é de terminologia. Será licitante aquele que, na data aprazada, participe efetivamente da licitação. Na fase de impugnação, não se sabe ainda quem é não-licitante e quem é licitante. **Sugere-se, portanto, adequação da nomenclatura utilizada.**

Reitere-se, ainda, a necessária justificativa acerca da garantia de proposta ser apartada em envelope próprio e aberta em momento anterior à proposta comercial e dos documentos de habilitação.

2.5.2. Sessão de abertura da licitação

A cláusula 26.1 estabelece que as licitantes deverão entregar, na sede da B3, o **Volume 1** (Garantia de proposta e documentos de credenciamento), o **Volume 2** (Proposta Comercial) e o **Volume 3** (Documentos de habilitação) para cada um dos blocos.

A cláusula 26.2 determina que na sessão de abertura serão rubricados pelos membros da Comissão de Licitação e pelos representantes das licitantes presente, ainda fechados, todos os invólucros dos volumes na seguinte sequência: Bloco 4, Bloco 1, Bloco 3 e Bloco 2. Caberá à Comissão de Licitação, segundo a cláusula 26.4, analisar a regularidade e efetividade das garantias de proposta apresentadas, **com apoio da B3**, decidindo a respeito da aptidão dos licitantes.

Não se vislumbra nenhum óbice jurídico a que a licitação se processe em ambiente disponibilizado pela B3 e com o seu apoio técnico. Várias licitações no setor de infraestrutura⁴⁵ tem utilizado a B3 para conduzir a sessão pública da licitação em conjunto com a Comissão de Licitação.

2.5.3. Abertura, exame e julgamento das propostas comerciais

A cláusula 27.1 determina, na data prevista, a abertura do Volume 2 (Proposta Comercial) das licitantes que tiveram as Garantias de propostas aceitas (Volume 1).

A cláusula 27.2 arrola algumas situações que acarretarão a desclassificação das propostas comerciais. **Sugere-se a inclusão, em cláusula específica, da necessária observância do princípio do formalismo moderado**, amplamente referido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴⁶, do Superior Tribunal de Justiça⁴⁷ e do próprio Tribunal de Contas da União⁴⁸.

A referência ao **princípio do formalismo moderado** tem por objetivo orientar a Comissão de Licitação a não ser excessivamente formalista, afastando, por exemplo, propostas em razão de simples rasuras ou mesmo ressalvas, conforme previsto nos itens 27.2.2 e 27.2.3.

Como visto anteriormente, o critério de julgamento será aquele que apresentar o maior valor de outorga fixo, a teor do disposto na cláusula 27.5. Classificadas as propostas comerciais e caso existam propostas com valor de até 20 % (vinte por cento), inclusive, menor ao valor proposto na proposta classificada em primeiro lugar, será processada etapa de lances viva-voz entre estas licitantes. **Trata-se de mais um mecanismo indutor de competição entre os licitantes.**

A introdução da fase de lances nas licitações para as concessões de serviços públicos encontra abrigo no artigo 18-A, I, da Lei 8.987/1995, não obstante a referida legislação não detalhe parâmetros e procedimentos da etapa de lances. Ao que tudo indica, o corte de 20% (vinte por cento) parece ter sido extraído do artigo 12, § 1º, II, da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas)⁴⁹, **o que deve ser devidamente esclarecido e justificado.**

⁴⁵ Como por exemplo: Concorrência internacional no 01/2017 para concessão onerosa da prestação do serviço público de transporte de passageiros da linha 15-prata da rede metroviária de São Paulo (cláusula 5.1); Concorrência internacional nº 01/2019 para a concessão da prestação dos serviços públicos de ampliação, operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração do sistema rodoviário denominado lote piracicaba – panorama, modelada pela ARTESP (cláusula 9.4); EDITAL N.º 001/2019 para concessão administrativa voltada à execução de obras de infraestrutura em esgotamento sanitário, complementando a infraestrutura instalada e/ou as obras executadas pela CORSAN, em municípios incluídos na Região Metropolitana de Porto Alegre (cláusula 17.10) e Concorrência Pública nº 01/2020, cujo objeto é a concessão administrativa para a prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário em 68 (sessenta e oito) municípios do Estado de Mato Grosso do Sul (cláusula 11.16).

⁴⁶ No julgamento do RMS 23.714-DF o STF assentou que: “Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu à formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo das propostas, não se vislumbrando ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa.” (STF, RMS 23.714-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 5.9.2000).

⁴⁷ V. STJ: RMS 12.517/RS, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/06/2002, DJ 23/09/2002, p. 224; RESP nº 512.179-PR, Rel. Min. Franciulli Netto, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2003; MS 12.896/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009.

⁴⁸ V. TCU. Acórdão 357/2015 - Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Julgamento: 04/03/2015. Na mesma linha de entendimento: TCU. Acórdão n.º 352/2010 - TC-029.610/2009-1, Rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa. Julgamento: 03.03.2010; TCU. Acórdão 2302/2012 - Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Julgamento: 29/08/2012 e TCU. Acórdão 1574/2015, TC 033.286/2014-0, Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgamento: 24.6.2015.

⁴⁹ Sobre o tema, veja-se o pertinente comentário de Lucas Navarro Prado e Maurício Portugal: “O inciso II visa a possibilitar a utilização de mecanismo que é amiúde utilizado em leilões de duas fases, para garantir a seriedade das propostas a serem realizadas na primeira fase do leilão. A previsão de uma segunda fase no leilão cria incentivo para que os preços ofertados na primeira não sejam os mais competitivos, de maneira que a competição restaria confinada à última fase do leilão. O mecanismo previsto no inciso II do § 1º do art. 12 tem por objetivo manter competitiva a primeira fase do leilão. Permite que se crie limiar para corte das piores propostas já na primeira fase. Tal limiar será definido pelo edital em um raio de até 20% da melhor proposta ofertada. Frise-se que o edital poderá, todavia, estabelecer raio menor de 20%, a depender das

Outro aspecto relevante refere-se à vedação aos lances intermediário, expressamente prevista na cláusula 27.7.1, a. **Lances intermediários** são, como regra, conceituados como sendo aqueles iguais ou inferiores ao maior já ofertado, mas superiores ao último lance dado pelo próprio licitante, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta,⁵⁰ conforme se extrai da redação do art. 17, §2o, I, da Lei no 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). O escopo do instituto é permitir que os licitantes disputem determinada posição classificatória, na expectativa de eventuais inabilitações. **Sugere-se que conste na cláusula de definições o conceito do que se entende por lance intermediário na presente licitação, bem como a justificativa para a sua vedação na etapa de lances viva-voz.**

A cláusula 27.7.1 b prevê que deverá ser respeitado o valor mínimo de variação a ser definido pelo Diretor da Sessão, conforme decisão da Comissão de Licitação. Em nenhum momento, contudo, o edital faz menção ao Diretor da Sessão. **É preciso, se for o caso, que se explicite na cláusula de definições (cláusula 1) quem é o Diretor da Sessão, sendo necessário justificar a razão pela qual caberá a ele a relevantíssima missão de definir o valor mínimo de variação dos lances.**

A cláusula 27.7.2 fixou o tempo máximo entre os lances de 10 (dez) minutos, o que parece razoável para a formulação de novo preço.

A cláusula 27.10 admite que a licitante que ofertar o maior valor de outorga fixa ficará classificada em primeiro lugar e terá a prerrogativa de retirar sua proposta para os blocos subsequentes, se assim desejar. Tal previsão se coaduna com a cláusula 13.3, que expressa o entendimento de que as licitantes poderão concorrer a mais de um bloco do objeto da licitação, desde que apresentem os documentos exigidos para cada um dos blocos.

A cláusula 27.11 determina que, em caso de empate entre duas ou mais propostas comerciais, o critério de desempate será o atendimento às preferências estabelecidas nos incisos do § 2º, do art. 3º da Lei nº 8.666/93 e, mantendo-se o empate, por meio de sorteio, conforme preceitua o § 2º do art. 45 da Lei nº 8.666/93.

2.5.5. Abertura, exame e julgamento dos documentos de habilitação

Considerando o **sistema de pós habilitação**, serão examinados, de acordo com a cláusula 28.1, apenas os documentos de habilitação da licitante classificada em primeiro lugar. Na hipótese de descumprimento das exigências de habilitação da licitante classificada, a vencedora da concorrência será a licitante que, de acordo com a classificação, atenda as exigências, a teor do disposto na cláusula 28.3.

A cláusula 28.4 esclarece a possibilidade de aplicação do §3º do art. 48 da Lei nº 8.666/93, permitindo que todas as licitantes que forem inabilitadas ou desclassificadas apresentem novos documentos ou novas propostas no prazo de 08 (oito) dias úteis. A ideia aqui é o aproveitamento do certame, destacando que essa alternativa vale tanto para a fase de propostas comerciais como para a documentação de habilitação.

Questão que sempre desperta polêmica é saber se existe a possibilidade de conferir aos licitantes a chance de corrigir os vícios da documentação de habilitação ou de refazer a proposta comercial quando apenas um licitante estiver participando do certame. **Sugere-se que o edital explicita que é admissível a possibilidade de reapresentação quando apenas um licitante estiver participando, com o objetivo de reduzir ainda mais o risco de a licitação ser frustrada.**

características do mercado e do negócio a ir a leilão. É interessante notar que no Brasil existe experiência de aplicação de dispositivo dessa natureza nas licitações do setor de energia elétrica, realizadas pela ANEEL, nos quais o raio de corte era inicialmente de 10% da melhor proposta, e mais recentemente passou a ser de 5% da melhor proposta". PRADO, Lucas Navarro, e RIBEIRO, Mauricio Portugal. Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-Jurídicos. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo. Malheiros Editores. 2007.

⁵⁰ Conforme se extrai da redação do art. 17, §2o, I, da Lei no 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação)

2.5.4. Recursos

Quanto aos recursos, será adotada **fase recursal única**. Essa sistemática é compatível com a inversão de fases prevista no edital já que os licitantes não podem ser eliminados até a fase de habilitação, conforme o regime tradicional da Lei nº 8.666/1993.

Ressalte-se que será oportunizada a interposição de recurso em relação à todas as fases – sessão de abertura da licitação (cláusula 26); abertura, exame e julgamento das propostas comerciais (cláusula 27); abertura, exame e julgamento dos documentos de habilitação (cláusula 28), de maneira concentrada em uma única fase recursal.

Nos demais aspectos, considerando que a Lei nº 8.987/95 não disciplina a sistemática dos recursos, o edital faz referência ao artigo 109 da Lei nº 8.666/93.

Dois pontos, entretanto, merecem adequações.

A cláusula 29.6 determina que o recurso será dirigido à Comissão de Licitação, que poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir à autoridade competente. **Sucedede que não está claro no edital quem seria a autoridade competente para julgar o recurso, assim como carece o edital de cláusula específica tratando da homologação e adjudicação que, do mesmo modo, são atos que deverão ser praticados pela mesma autoridade competente que julgar os recursos. Sugere-se, portanto, a adequação do edital.**

Outro ponto que merece aperfeiçoamento diz respeito ao **efeito suspensivo do recurso administrativo**. O edital é silente, mas parece incidir na hipótese o regramento do § 2º do art. 109 da Lei nº 8.666/93, que atribui o efeito suspensivo quando o objeto do recurso for a inabilitação ou habilitação dos licitantes e julgamento das propostas comerciais. **Sugere-se, portanto, seja explicitado o efeito suspensivo do recurso administrativo em cláusula específica.**

2.6. Condições para formalização do contrato

2.6.1. Convocação para celebração do contrato

Os itens 30.1, 30.4 e 30.5, que versam sobre prazos para convocação e assinatura do CONTRATO, estão em consonância com o disposto no art. 64 da Lei no 8.666/93.

Assim, ao término do prazo de 60 (sessenta) dias da convocação, a licitante vencedora deverá apresentar ao Estado, **a teor da cláusula 30.2.1, os seguintes documentos relativos à constituição da Sociedade de Propósitos Específicos**: (i) certidão de registro empresarial competente; (ii) comprovante de inscrição perante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ/MF); (iii) estatuto social; (iv) acordo de acionistas ou documento similar, se houver; (v) na hipótese de licitante individual, a demonstração de ser a SPE uma subsidiária integral, na forma da Lei de Sociedade por Ações.

A **cláusula 30.2.2** descreve os elementos que devem integrar a estrutura acionária e de gestão da SPE contendo: (i) descrição dos tipos de ações; (ii) acionistas e suas respectivas participações por tipo de ação; (iii) indicação da composição acionária da SPE, conforme aplicável, e de suas controladoras, conforme definido na minuta do contrato; (iv) acordo de acionistas da SPE, quando aplicável; (v) identificação dos principais administradores, incluindo seus respectivos currículos; (vi) descritivo dos princípios de governança corporativa adotados na gestão da SPE; (vii) identificação das afiliadas, conforme definido na minuta do contrato.

Deve ser avaliado pelos responsáveis pela modelagem se valeria a pena cogitar da inclusão dos seguintes elementos: (i) descrição dos atos que deverão, necessariamente, ser objeto de prévia autorização do Poder Concedente; (ii) o exercício financeiro da concessionária coincidir com o ano civil; (iii) observância obrigatória do compromisso com princípios de governança

corporativa e com a adoção de contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas; (iv) identificação das partes relacionadas.

O subitem 30.2.3 prevê os valores mínimos de subscrição e integralização do capital social da SPE para cada BLOCO, exigindo a sua comprovação. **Tais valores, entretanto, não estão motivados, razão pela qual recomenda-se a elaboração de justificativa que indique os fundamentos aplicados para a determinação de tais valores.**

Ainda no referido prazo de 60 (sessenta dias), deverá a licitante vencedora comprovar: **(i)** contratação da garantia de execução do contrato (cláusula 30.2.4); **(ii)** comprovação de recolhimento pela licitante vencedora do valor do ressarcimento devido ao BNDES (cláusula 30.2.5); **(iii)** comprovação de recolhimento, pela participante credenciada, representante da licitante vencedora, da remuneração devida à B3 (cláusula 30.2.6); **(iv)** comprovação de pagamento pela SPE do valor da outorga fixa, conforme estipulado na proposta comercial e observado o disposto no subitem 5.2 do edital.

O subitem 30.2.8 (que disciplina a escolha da Câmara Arbitral) está em consonância com o art. 10-A, § 1º, da Lei nº 11.445/07, com redação pela Lei nº 14.026/20⁵¹, com o art. 23-A da Lei 8.987/95⁵² e com o Decreto Estadual nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, que regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades.

A opção do Estado do Rio de Janeiro foi no sentido de, promovendo a consensualidade, permitir que o contratado indique a instituição arbitral entre aquelas que foram previamente cadastradas pelo Estado do Rio de Janeiro. Consta-se que os órgãos arbitrais listados são precisamente aqueles já cadastrados junto à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, conforme o disposto no art. 14 do aludido Decreto⁵³ e na consulta ao próprio site da Procuradoria Geral do Estado⁵⁴.

A cláusula 30.2.9 determina, ainda, que caberá ao licitante vencedor indicar, por meio de declaração, o nome, dados pessoais, formação do(s) profissional(is) que será(ão) designado(s) como responsável(is) técnico(s) pela operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgoto, acompanhado da comprovação do vínculo entre o(s) profissional(is) e a SPE. **Trata-se aqui da confirmação da capacidade técnico-profissional prevista na cláusula 22.11.2.** Remete-se o leitor às anotações feitas acima sobre o ponto.

A cláusula 30.2.9.1 prevê que se o profissional for distinto daquele informado na fase de habilitação, deverá comprovar a experiência, por meio de atestados, que atendam a exigência da cláusula 22.11.2. **Entende-se que seria necessário justificar o motivo pelo qual a licitante vencedora substituiu o profissional.** Afinal, o normal e esperado é que o profissional responsável seja o mesmo que foi indicado na fase de habilitação.

Também a cláusula 30.2.9.2 admite a substituição do profissional durante a execução do contrato, **devendo ser acrescido à cláusula que essa substituição dependerá de prévia aprovação do Poder Concedente, que precisará, necessariamente, verificar a experiência do novo profissional indicado.**

⁵¹ Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) (...) § 1º Os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

⁵² Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁵³ Art. 14. O órgão arbitral institucional, nacional ou estrangeiro, deverá ser previamente cadastrado junto ao Estado do Rio de Janeiro e atender aos seguintes requisitos: (...) § 1º - Caberá à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro cadastrar os órgãos arbitrais institucionais, observados os requisitos previstos neste artigo

⁵⁴ Processo nº E-14/0001.05871/2019 - CAESP; Processo nº E-14/001.127822/2018 - CAM-CCBC; Processo nº E/14-001.116116/2018 - CMBA; Processo nº E-14/001.108954/2018 - FGV; Processo nº E-14/001.100785/2018 - CAMARB.

A cláusula 30.2.10 admite que no caso da estrutura administrativa da SPE contemplar cargos distintos para direção das operações de sistemas de (i) distribuição de água; (ii) coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários, será permitido que as experiências a serem comprovadas se refiram apenas aos serviços efetivamente sob sua responsabilidade na SPE.

A destacar, ainda, a cláusula 30.6, que determina que o contrato será celebrado entre o Estado e a SPE, com a interveniência da Agência Reguladora.

2.6.2. Da concessionária

Os itens 31.1, 31.2 e 31.3 versam sobre a exigência de constituição de SPE, demonstrando que a opção foi pelo atendimento da faculdade prevista no art. 20 da Lei 8.987/95.

A cláusula 31.4 trata da forma como deverá ser exercido o controle efetivo da Concessionária, ou seja, pela sociedade ou grupo de sociedades vinculadas por acordo de votos que detiverem a titularidade de direitos de sócio que lhe assegure, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia e use efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia, conforme disposto no art. 116 da Lei nº 6.404/76.

A cláusula 31.5 prevê que a Concessionária assumirá a forma de sociedade anônima e deverá ter como único objeto a execução dos serviços e a exploração de fontes de receitas adicionais e atividades correlatas, de modo a viabilizar o seu cumprimento. A cláusula 31.6 prevê que o prazo de duração da empresa corresponde ao prazo previsto para o cumprimento de todas as obrigações previstas no contrato.

Tais estipulações estão alinhadas com a racionalidade de uma Sociedade de Propósitos Específicos, que deve ter por objeto e razão de existir a atividade que se prestou a executar.

2.6.3. Garantia de execução do contrato

A cláusula 17 disciplina acerca das garantias de execução do contrato de concessão em favor do Estado do Rio de Janeiro, com valores específicos para cada bloco. A cláusula encontra fundamento no artigo 56 da Lei nº 8.666/93.

Como se sabe, a teor do disposto no § 2º e § 3º do art. 56 da Lei nº 8.666/93, o percentual do valor de garantia não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, podendo, para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato. **Deve, portanto, ser justificado no processo administrativo o percentual de garantia que foi adotado, guardando coerência com a natureza e complexidade do objeto.**

A cláusula 32.2 apresenta as possibilidades de garantia de execução do contrato, remetendo às formas previstas no art. 56 da Lei no 8.666/93, a saber, (i) caução em dinheiro; (ii) caução em títulos da dívida pública; (iii) seguro-garantia; (iv) fiança bancária.

Importante referir que o tópico 32 do edital deve ser lido em conjunto com item 17 da minuta de contrato, que detalha questões atinentes à garantia de execução do contrato, tais como: valores das parcelas a serem pagas ao longo da sua execução, prazo de duração e renovação, índice de reajuste, hipóteses de utilização e casos de recomposição.

Verifica-se que a cláusula 17 da minuta de contrato é mais detalhada e completa quando disciplina a garantia da execução do contrato, não havendo nisso nenhum problema, porquanto a minuta de contrato é anexo do edital. **O que não pode ocorrer é a coexistência de cláusulas ou**

disciplinas contraditórias entre a minutas de edital e contrato, razão pela qual recomendasse seja feita uma apurada revisão nas minutas.

Nesta ordem de ideias, cabe apontar que a cláusula 32.2 do edital é equivalente à cláusula 17.6 do contrato, a cláusula 32.3 é equivalente à cláusula 17.8 do edital, a cláusula 32.4 é equivalente à cláusula 17.9 do contrato, a cláusula 32.5 é equivalente à cláusula 17.11 do contrato, a cláusula 32.6 é equivalente à cláusula 17.12 do contrato e a cláusula 32.8 é equivalente à cláusula 17.8. **Apenas a cláusula 32.7 apresenta redação distinta quando comparada com a cláusula 17.4, razão pela qual recomenda-se a uniformização da redação das cláusulas.**

2.6.4. Ressarcimento dos estudos vinculados à concessão

O tópico 33 é a materialização do disposto no art. 21 da Lei no 8.987/95⁵⁵. **Sugere-se que os valores a serem fixados no item 33.1 estejam justificados no processo administrativo, caso algum licitante venha a questionar como foram calculados os valores de ressarcimento para a realização dos estudos desenvolvidos pelo BNDES.**

2.7. Disposições finais

2.7.1. Comunicações

Não foram vislumbradas, em tese, observações nem óbices jurídicos quanto ao conteúdo deste tópico.

2.7.2 Contagem dos prazos

Não foram vislumbradas observações nem óbices jurídicos quanto ao conteúdo deste tópico, que está de acordo com o disposto no art. 110 da Lei no 8.666/93⁵⁶.

2.7.3 Disposições diversas

A cláusula 36.6 trata da eventual recusa da licitante vencedora em assinar o contrato e da possibilidade de convocação dos remanescentes em ordem de classificação. **Sugere-se que essa cláusula seja deslocada para o tópico 30, que trata da convocação para celebração do contrato.**

Sugere-se, ainda, a inclusão de cláusula que privilegie a competitividade, esclarecendo que “as normas disciplinadoras desta licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa, respeitada a igualdade de oportunidade entre as licitantes, desde que não comprometam o interesse público, a finalidade e a segurança da contratação.”

Expansão da área de concessão

O item 36.6 do Edital ainda prevê, de forma genérica, a possibilidade de extensão da área de concessão nos seguintes termos:

36.6. Durante a execução do CONTRATO a ÁREA DE CONCESSÃO poderá ser estendida, mediante a adesão de outros MUNICÍPIOS, conforme art. 8º-A

⁵⁵ Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

⁵⁶ Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário. Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

da Lei n.º 11.445/2007, desde que haja viabilidade técnica, econômica e jurídica, observado o procedimento estabelecido no CONTRATO.

Admite-se aqui o ingresso de outros Municípios que, por ora, não aderiram ao projeto. A previsão é importante para resguardar futuras discussões acerca de violação do princípio da concorrência, encontrando fundamento no § 2º do artigo 6º, no artigo 18, inciso VII e no artigo 23, inciso V, da Lei n.º 8.987/95, que estabelecem expressamente a necessidade de previsão da expansão dos serviços.

Observe-se que alijar a possibilidade de outros Municípios ingressarem futuramente no contrato seria contrário ao atendimento do próprio interesse público na busca pela regionalização e escala na prestação dos serviços de saneamento. É praticamente certo que esse ingresso impactará o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e deverá ser objeto de processo específico de alteração do contrato, conforme prescreve a cláusula 33.2.2 da minuta de contrato⁵⁷.

Note-se, ainda, que a hipótese disciplinada na cláusula 36.6 é distinta daquela regulada na cláusula 36.7, que trata especificamente dos Municípios de Guapimirim e Niterói, Petrópolis, a concessão pré-existente do esgotamento sanitário da AP-5 e de São João de Meriti, que vem sendo prestados por operadores privados em relações contratuais pré-existentes nas áreas urbanas da Região Metropolitana.

Conforme já registrado e consignado nos Pareceres n.º 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY (índice 9153202) e n.º 1A/2020 ARCY/PG-17, com a instituição da Região Metropolitana do Rio de Janeiro pela LCE n.º 184/2018, a titularidade dos serviços de saneamento básico nessas áreas que integram a região passa a ser da RMRJ. Logo os municípios metropolitanos não podem mais contratar o serviço individualmente; trata-se de incumbência da RMRJ.

Contudo, os Pareceres esclarecem que os contratos de concessão em curso celebrados antes do advento da LCE n.º 184/2018, entre municípios metropolitanos e concessionárias privadas, por serem atos jurídicos perfeitos, estão preservados até seu termo final ou outra causa extintiva, vedada a prorrogação a qualquer título, como regra. Assim, tais municípios⁵⁸, enquanto perdurarem tais contratos, ficam de fora das delegações dos serviços de saneamento básico promovidas pelo ERJ em nome da RMRJ.

Ato contínuo, perante o futuro encerramento dos contratos vigentes celebrados por municípios metropolitanos com outras delegatárias que não a CEDAE, foram especificadas **duas alternativas igualmente válidas**: (a) prever, desde logo, nas minutas de edital e demais negócios jurídicos coligados a serem celebrados no âmbito da gestão associada dos serviços a absorção desses municípios no decurso dos novos contratos metropolitanos; (b) a RMRJ licitar e conceder, posteriormente, de forma apartada, os serviços prestados nesses municípios.

O item 36.7. do Edital parece ter caminhado no sentido da opção (a), ao estabelecer que após o término das concessões dos serviços públicos de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário

⁵⁷ “33.2. O contrato poderá ser alterado, dentre outros motivos, para: (...) 33.2.2. incluir ou suprimir obras e serviços no objeto do CONTRATO, após decisão da REGIÃO METROPOLITANA ou dos MUNICÍPIOS, inclusive a partir da extensão da área de concessão do bloco para contemplar o atendimento de serviços de água e esgotamento sanitário **a municípios que oportunamente formalizem a respectiva gestão associada com o ESTADO para este fim**, desde que demonstre sua razoabilidade, proporcionalidade e economicidade, **sempre mantido o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO**, vedada a desnaturação de seu objeto.

⁵⁸ Os pareceres da PGE-RJ sobre o Projeto de Desestatização trataram do caso dos municípios de Niterói, Petrópolis e Guapimirim que contrataram concessionárias privadas via licitação. Porém, as versões atuais das minutas a serem analisadas também excepcionaram do projeto outras concessões. É o caso da dos municípios de Macaé, Rio das Ostras e São João de Meriti e da Área de Planejamento n.º 5 (AP-5) do Município do Rio de Janeiro, cujos serviços foram concedidos a concessionárias privadas e do Município de Maricá, cujos serviços são prestados por empresa estatal do próprio município. A esses outros casos também se aplicam os entendimentos dos precedentes da PGE-RJ sobre os municípios de Niterói, Petrópolis e Guapimirim.

existentes em municípios da Região Metropolitana, será avaliada a inclusão dos referidos municípios no objeto do contrato de concessão. Veja-se:

36.7. As concessões dos serviços públicos de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário celebrados com operadores privados pré-existentes nas áreas urbanas da REGIÃO METROPOLITANA não serão prejudicadas, haja vista constituírem-se como ato jurídico perfeito.

36.7.1. Ao término de cada concessão, nos termos do item 36.7, o ESTADO, após manifestação prévia favorável da REGIÃO METROPOLITANA, poderá decidir pela inclusão dos referidos serviços públicos no objeto do CONTRATO DE CONCESSÃO, observado o procedimento estabelecido no CONTRATO.

36.7.2. As concessões dos serviços públicos de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário celebrados com operadores privados pré-existentes nas áreas urbanas da REGIÃO METROPOLITANA serão incluídas, caso obedecidas as exigências do CONTRATO, nos seguintes BLOCOS:

- a) As concessões plenas pré-existentes nos Municípios de Guapimirim e Niterói serão incluídas no BLOCO 1;
- b) A concessão plena pré-existente no Município de Petrópolis será incluída no BLOCO 2;
- c) A concessão pré-existente do esgotamento sanitário da AP-5 será incluída no BLOCO 3; e
- d) A concessão pré-existente do esgotamento sanitário de São João de Meriti será incluída no Bloco 4.23.3. A inabilitação ou desclassificação, conforme o caso, de qualquer consorciada acarretará, automaticamente, a inabilitação ou desclassificação do CONSÓRCIO e de cada uma das consorciadas, **ainda que também participantes como licitantes individuais.**

O edital segue a regulamentação da expansão da área de concessão no item 36.8. Confira:

36.8 A inclusão do(s) serviço(s) mencionados no subitens 36.6 e 36.7 no objeto do CONTRATO, terá como condições suspensivas (i) a ciência da CONCESSIONÁRIA a respeito da referida inclusão mediante notificação a ser efetuada pelo ESTADO; (ii) o reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, caso demonstrado o desequilíbrio; e (iii) a definição de INDICADORES DE DESEMPENHO E METAS DE ATENDIMENTO em sinergia com o CONTRATO.

36.8.1 A inclusão de novo serviço deverá garantir ao MUNICÍPIO que teve seu serviço incluído, assim como à REGIÃO METROPOLITANA, em caso de serviços incluídos no âmbito desta, o mesmo percentual de OUTORGA VARIÁVEL já definida neste EDITAL para os demais MUNICÍPIOS e para a REGIÃO METROPOLITANA.

36.8.2 Caso o reequilíbrio econômico-financeiro previsto no subitem 36.8 demonstre que a inclusão do serviço gerou resultado positivo para a CONCESSIONÁRIA, este resultado será repassado ao ESTADO, aos MUNICÍPIOS e à REGIÃO METROPOLITANA a título de OUTORGA FIXA.

36.8.2.1. O pagamento da OUTORGA FIXA de que trata o subitem 36.8.2 deverá ser compartilhado entre ESTADO, MUNICÍPIOS e REGIÃO METROPOLITANA na mesma proporção definida pelo subitem 5.4.

Essa regulamentação parece seguir a sugestão formulada no Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17, no sentido de que os municípios que já possuem contratos de concessão com sociedades empresárias em curso só podem se vincular ao presente complexo contratual por ocasião da extinção dos contratos de concessão municipais vigentes. Na oportunidade, bem como no Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17, recomendou-se a inclusão nominal de cada município que se encontra nessa situação, de modo a ser possível calcular os investimentos necessários com as novas inclusões – tanto a absorção futura deles às concessões, quanto a não absorção pode impactar o valor a ser apresentado pelos licitantes no momento das propostas.

Seguindo essa orientação, as minutas de Convênio de Cooperação elencaram todos os municípios metropolitanos que, inicialmente, ficarão de fora dos contratos metropolitanos e previram que, ao término dos contratos municipais em curso, a área será incorporada, conforme o contrato de gerenciamento. O Edital também trouxe, no item 36.7.2. essa previsão.

O ideal seria que avaliação pelo ingresso dos futuros Municípios **fosse objeto de decisão expressa e específica do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana antes da realização da licitação**, tudo com vistas a aumentar a segurança jurídica e permitir que os licitantes possam orientar as suas propostas com menor assimetria informacional. Note-se que a cláusula 36.7.1 posterga essa decisão para o momento de término dos contratos atuais dos referidos Municípios com os operadores privados, o que, insista-se, pode influenciar no valor de outorga a ser proposto pelos licitantes.

De modo a serem incorporadas balizas firmes para a formulação da proposta pela licitante, em complementação, recomenda-se seja incluída no Edital a previsão de término dessas concessões que estão em curso (ou seja, a partir de que momento a concessionária deverá acrescer esse local à prestação de seus serviços). Também se considera válida a inclusão, no anexo IV do Edital, que trata da divisão da área de concessão em blocos, menção aos potenciais municípios que integrarão esses blocos após o término das concessões vigentes, bem como a previsão da data estimada.

Ainda, nota-se que o item 36.7.1. estabelece que o Estado “poderá decidir pela inclusão dos referidos públicos” após “manifestação prévia favorável da Região Metropolitana”. Ocorre que o Estado, na qualidade de mandatário (conforme visto no Tópico II.1), não poderá ir de encontro à decisão de seu mandante (i.e., o titular do serviço).

Assim, **sugere-se que a minuta do dispositivo seja adaptada para que fique evidente que o Estado deverá seguir a decisão da Região Metropolitana. Além disso, em consonância com a recomendação formulada no Parecer nº 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY, é pertinente incluir a necessidade de ratificação de todos os titulares dos serviços.**

Diante disso, sugere-se a seguinte redação (*inclusões propostas em destaque*):

36.7.1. Ao término de cada concessão, nos termos do item 36.7, o ESTADO, após manifestação prévia favorável da REGIÃO METROPOLITANA e dos demais titulares do serviço, promoverá a inclusão dos referidos serviços públicos no objeto do CONTRATO DE CONCESSÃO, observado o procedimento estabelecido no CONTRATO.

Além disso, apesar da previsão genérica do item 36.6, destaca-se que a regulamentação tal como posta no Edital parece abarcar a possibilidade de extensão da área de concessão apenas aos municípios

metropolitanos, excluindo eventuais municípios que não fazem parte da Região Metropolitana, mas que, após o término dos seus respectivos contratos de concessão, poderiam ter o interesse de aderir aos presentes instrumentos. Diante disso, é válida análise do tema pelo setor técnico e, se for o caso, alterar a redação da minuta.

3. Análise dos anexos II (Modelo de cartas e declarações), III (Modelo de proposta Comercial) e IV (Área de concessão) do Edital de Concorrência Internacional do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto

A seguir, serão analisados aspectos relativos aos anexos II, III e IV do Edital.

3.1. Anexo II: Modelo de cartas e declarações

O anexo II do Edital cuida dos modelos de cartas e declarações. A parte “D” destina-se a apresentar quatro modelos de cartas de apresentação de garantia de proposta, subdivididos da seguinte forma:

1. Carta de apresentação da garantia de proposta na modalidade caução em dinheiro;
2. Carta de apresentação da garantia de proposta da licitante na modalidade caução em títulos da dívida pública;
3. Carta de apresentação de garantia de proposta da licitante na modalidade fiança bancária;
4. Carta de apresentação de garantia de proposta da licitante na modalidade seguro garantia.

Os dois primeiros modelos indicados (caução em dinheiro e caução em títulos da vida pública) consistem na apresentação de garantia que não depende da intervenção de terceiros. Em outras palavras, cabe ao próprio licitante apresentar o comprovante de depósito por ele realizado, bem como dos documentos representativos da transferência dos títulos públicos em garantia para o Estado do Rio de Janeiro que também foi por ele realizada.

Quanto ao segundo modelo, cabe realizar pequena ressalva. Mais uma vez, com o fim de evitar qualquer dúvida acerca da natureza jurídica que o Estado assume nesse Edital (tópico II.1.1.), **é recomendável que, após a menção da transferência dos títulos para o Estado, seja acrescido “na qualidade de representante dos titulares dos serviços”.**

O terceiro (garantia de proposta na modalidade fiança bancária) e o quarto (garantia de proposta na modalidade seguro garantia) modelos, por outro lado, envolvem apresentação de garantias que incluem assunção de obrigações por terceiros.

O terceiro modelo, a ser usado em caso de apresentação de garantia por meio de carta de fiança bancária, envolve a assunção de obrigações pelo Banco fiador. Ocorre que os contratos, via de regra, à luz do princípio da relatividade, apenas vinculam as partes contratantes. Assim, como regra, não é cogente a obrigação que duas pessoas pactuam acerca de terceiro estranho ao acordo firmado. **Nesse sentido, para fins de segurança jurídica de que as obrigações ali descritas sejam eficazes e vinculem o Banco fiador, é pertinente que este modelo também preveja a sua assinatura.**

A título exemplificativo, os modelos de carta de fiança bancária da Prefeitura de São Paulo⁵⁹ e do Estado do Ceará⁶⁰ reservam espaço de assinatura da instituição financeira. De igual modo, os

⁵⁹

Disponível

em:

https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/minuta_carta_de_fianca_garantia_execucao_contratual_1_256766594.pdf. Acesso em 18.10.2020.

⁶⁰ Disponível em: https://www.esporte.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/18/2018/12/Anexo-11_Garantia-deexecu%C3%A7%C3%A3o-contratual.pdf. Acesso em 18.10.2020.

modelos de carta de fiança bancária anexos ao edital de concorrência internacional para a concessão das linhas 8 e 9 do metrô de São Paulo também indicam a necessidade de assinatura da instituição financeira⁶¹.

Paralelamente, **o mesmo raciocínio deve ser aplicado ao quarto modelo, que se refere à modalidade seguro garantia**. Nesse caso, a seguradora também assume compromissos e, portanto, deve fazer parte do negócio jurídico. Para ilustrar, os modelos de carta de seguro-garantia da ANATEL⁶² e da ANP⁶³ indicam a necessidade de assinatura da seguradora.

3.2. Anexo III: Modelo de proposta comercial

Em relação ao modelo de proposta comercial (anexo III), apenas destaca-se questão já realizada no tópico II.2 deste Parecer. É preciso compatibilizar a previsão do item 3.1 deste anexo com o previsto no Edital. Enquanto o Edital não apresenta o valor a ser pago para a AGERNERSA pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização do contrato, a proposta comercial apresenta tal valor. **Assim, é preciso que o Edital também regulamente esse ponto, apresentando previsão do pagamento da taxa devida à agência reguladora**.

Em seguida, mesma observação é realizada quanto aos itens 3.2 e 3.3. Apesar de a proposta comercial apresentar o valor da outorga variável, o edital não apresenta tal valor, sendo necessário, portanto, adaptação da minuta editalícia. Além disso, destaca-se que o valor indicado no item 3.2 em números é 3% e o valor por extenso está um por cento. Seguindo as regras previstas no item 21.5, havendo divergência entre os valores numéricos e seus respectivos extensos, deve prevalecer o número por extenso. Todavia, é preciso que o setor técnico verifique e ajuste tal ponto.

3.3. Anexo IV: Área de concessão

O anexo IV, destinado a indicar as áreas da concessão, apresenta quadros com os Municípios integrantes de cada bloco. Além disso, informa que “no ANEXO IV ao CONTRATO – CADERNO DE ENCARGOS constam mapas com a divisão exata entre as fronteiras dos BLOCOS, no município do Rio de Janeiro e em outras localidades em que a CEDAE será a responsável pelo fornecimento de água tratada para as CONCESSIONÁRIAS”. Diante disso, eventual análise quanto à divisão dos blocos será realizada junto à análise do Contrato.

4. Esclarecimentos adicionais acerca da legislação aplicável

Esse capítulo se destinará a analisar a minuta do edital em relação aos aspectos obrigatórios exigidos pela legislação aplicável, focando em apresentar outras exigências legais que não foram atendidas.

4.1. Lei nº 8.987/95 (Lei Geral de Concessões – LGC)

O **artigo 5º** da LGC prevê que “*o poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto,*

⁶¹ Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=29764>. Acesso em 18.10.2020.

⁶² Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documentoVersionado.asp?numeroPublicacao=316115&documentoPath=316115.pdf&Pub=&URL=/Portal/verificaDocumentos/documento.asp>. Acesso em 18.10.2020.

⁶³ Disponível em: http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round7/arquivos_r7/edital/ANEXOS_A/ANEXO_VII.doc. Acesso em 18.10.2020.

área e prazo”. Apesar de o preâmbulo consignar outras formalidades prévias ao procedimento licitatório, tais como as audiências e consultas públicas, deixou de fazer menção a essa publicação. **Assim, recomenda-se seja incluída no preâmbulo, bem como elaborada e publicada, previamente ao edital, a justificativa referida no artigo 5º.**

Nos termos do **artigo 16**, essa mesma publicação prevista no artigo 5º deve justificar a inviabilidade técnica ou econômica que torna a outorga de concessão em caráter de exclusividade. Nesse caso, apesar de a concessão se dar em caráter de exclusividade, parece não haver publicação da justificativa. Assim, sugere-se seja apresentada a justificativa pelo setor técnico, bem como seja mencionada no preâmbulo.

Ainda, o item 5. do Edital prevê o critério de julgamento, seguindo o **artigo 15**, inciso II, Lei nº 8.987/95. No parágrafo terceiro deste mesmo artigo, a legislação prevê que “*o poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação*”. Apesar de a previsão ser legal e, portanto, cogente a esse procedimento licitatório, recomenda-se seja incluída no Edital, apenas para evidenciar essa possibilidade de recusa da proposta.

Em seguida, também realizando a mesma ressalva de que a previsão já está em lei e, portanto, é dispensável ao Edital, sugere-se a inclusão do **artigo 17** no Edital, por também estabelecer hipóteses em que a proposta será desclassificada. Além disso, o **artigo 18** estabelece itens que devem preferencialmente do Edital. Veja-se:

Art. 18. O **edital de licitação** será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e **conterá, especialmente:**

I - o objeto, metas e prazo da concessão;

II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;

III - os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato;

IV - prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas;

V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

VII - 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;

VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

IX - os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;

X - a indicação dos bens reversíveis;

XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

XII - a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa;

XIII - as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio;

XIV - nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis;

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto

básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;

XVI - nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

Alguns desses itens não foram localizados na minuta do Edital. **Nada obstante, constam do contrato de concessão.** É o caso do prazo de vigência (cláusula 7 do contrato), das metas (anexo III do Contrato – Indicadores de desempenho e metas de atendimento), da previsão de receitas alternativas (cláusulas 27.11, 27.13, 27.15.2 e 34.9.12), do reajuste das tarifas (cláusula 28 do contrato) e da previsão quanto a desapropriações e servidões administrativas (cláusula 22 do contrato).

Considerando que o contrato é parte integrante do Edital (Anexo I), tem-se por atendidos esses pontos. Apesar de ser recomendável que o Edital preveja textualmente as especificações deste artigo 18 no seu documento principal, exigência nesse sentido configuraria formalismo excessivo e geraria repetição de itens que já estão no contrato. Há outras cláusulas, porém, que não constam do edital ou do contrato e, por isso, é recomendável que sejam incluídas.

Apesar da previsão do item 21.1. do Edital, bem como da previsão de visita técnica constante no item 15, o Edital parece não estabelecer o “*prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas*”, de modo a respeitar o inciso IV.

O Edital estabelece a possibilidade de expansão da área de concessão no item 36.6. e 36.7. Todavia, não segue a recomendação do inciso VII de especificar “*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*”. Por isso, disposição nesse sentido deve ser incluída no Edital.

Em relação ao inciso XIII, apesar de o Edital trazer a indicação de líder do consórcio no item 23.2.4., não indica as condições de liderança da empresa responsável.

Os incisos XV e XVI parecem não se aplicar a esse caso concreto.

Dando continuidade à análise dos demais artigos previstos nessa Lei, o **artigo 19** trata das hipóteses em que é permitida a participação de empresas em consórcio. Recomenda-se a inclusão no item 23 do Edital de previsões análogas aos parágrafos primeiro e segundo desse dispositivo, apenas com a finalidade de não deixar dúvidas quanto à necessidade de constituição e registro do consórcio, tampouco quanto ao regime de responsabilidade.

Por fim, também é interessante incluir no Edital previsão análoga ao **artigo 22**, especialmente para esclarecer a forma como o direito de obter certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões poderá ser exercido.

4.2. Lei Estadual nº 4.556/2005

A Lei Estadual nº 4.556/2005, na medida em que disciplina acerca das competências da AGENERSA, entidade estadual responsável pela regulação do serviço, é aplicável ao presente caso, sendo, portanto, irrelevante, para esse fim, o fato de o Estado não ser o Poder Concedente.

Partindo-se dessa premissa, o Edital não apresenta o valor a ser pago para a AGENERSA pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização do contrato, nos termos do que prevê o artigo 19. Apesar da lacuna no Edital, a proposta comercial (Anexo III) contém essa previsão no item 3.1. Diante desse cenário, apesar de a legislação prever o pagamento da taxa, mas sem determinar a inclusão obrigatória no edital, **é recomendável que seja incluído item no Edital regulamentando o tema, até para compatibilizar e contextualizar a previsão da proposta comercial.**

5. Sugestões quanto a aspectos formais e de edição

Sugere-se uma revisão formal, geral.

6. Encerramento.

Ante o exposto, conclui-se que, modo geral, as minutas do edital de concorrência internacional do projeto de desestatização de águas e esgoto e respectivos anexos, objeto de análise deste parecer, são viáveis juridicamente. Todavia, é preciso fazer ajustes, **conforme indicados ao longo deste parecer e na sua fundamentação**. Os mais importantes (dentre os quais há também recomendações, a serem avaliadas pelo gestor consoante sua conveniência e oportunidade) são sumariados abaixo:

1. Preâmbulo e disposições iniciais:

1.4 Quanto à qualificação do Estado:

- 1.1.1. Conforme o entendimento firmado pelo STF na ADI nº 1.842/RJ, a competência para prestação de serviços públicos de saneamento básico nunca será exclusiva do Estado. Segundo o STF, tal competência é, em princípio, atribuída pela Constituição Federal aos Municípios, mas pode, por aglutinação, pertencer a uma região metropolitana, caso essa seja criada, eventualmente, por lei complementar estadual, na forma do art. 25, §3º da CRFB.
- 1.1.2. Com o advento da LCE nº 184/2018, a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro assumiu a titularidade dos serviços de saneamento básico. Os Municípios não metropolitanos, por sua vez, continuam com a titularidade desses serviços.
- 1.1.3. Na modelagem jurídica proposta pelo projeto de desestatização dos serviços de saneamento básico, haveria delegação ao ERJ, pelos titulares dos serviços, das funções administrativas de organização e promoção da licitação dos serviços de saneamento básico e da celebração, em nome dos titulares, dos contratos de delegação dos serviços e outros coligados, com o objetivo de contornar custos de transação.
- 1.1.4. No Parecer nº 09/2019 ARCY/PGE-17 se concluiu pela viabilidade jurídica em abstrato desse modelo, sugerindo, no entanto, que os próprios titulares figurem como signatários dos contratos, e não o ERJ, que teria seu papel limitado a de um mandatário sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços. Nesse sentido, até para que se deixe clara a titularidade dos envolvidos, entendeu-se dever figurar como poder concedente na minuta de edital de licitação e nos contratos de concessão a Região Metropolitana, bem como cada um dos Municípios que não integram a região.
- 1.1.5. Assim, o Estado exerce o papel de mero representante dos titulares do serviço, organizando e gerenciando a prestação do serviço.
- 1.1.6. A fim de evitar questionamentos jurídicos quanto à usurpação de competências exclusivas do poder concedente dos serviços e manter a segurança jurídica quando da aplicação do edital, recomendou-se, **em primeiro lugar, fazer constar uma cláusula geral que estabeleça que o edital e demais documentos do projeto, sempre que mencionarem o Estado do Rio de Janeiro, o indicam, apenas, como regra, como mero representante dos titulares dos serviços, em linha com os instrumentos de gestão associada**. Isto é: o Estado é um *delegatário das funções administrativas de organização e promoção dessa licitação, bem como da função de gestão contratual*, o que deve ser destacado desde o preâmbulo e como cláusula geral.
- 1.1.7. Não obstante, de modo a que se confira maior segurança jurídica, **recomenda-se que algumas cláusulas mais sensíveis do edital, ao mencionarem o Estado, acrescentem**

ressalva do seu papel de representante dos titulares dos serviços. O objetivo é incrementar a segurança jurídica.

- 1.1.8. Quanto ao ponto, foram sugeridas alterações no parágrafo inicial do preâmbulo; e nos itens 1.2.7, 1.2.21, 1.2.39, 1.2.41, 1.2.46, 1.2.52, 5.4, 5.5, 16.1, 20.11, 20.15, 30.2, 30.6, 32.2, 32.4, 32.6.
 - 1.1.9. Como alternativa, ainda foi sugerida a inserção de uma cláusula que estabeleça que o edital e demais documentos do projeto, sempre que mencionarem o Estado do Rio de Janeiro, o indicam, apenas, como regra, como mero representante dos titulares dos serviços. Isto é: o Estado é um delegatário das funções administrativas de organização e promoção dessa licitação, bem como da função de gestão contratual, o que deve ser destacado desde o preâmbulo e como cláusula geral.
 - 1.1.10. Na hipótese de algum item do edital se referir ao Estado, na qualidade de representante dos titulares do serviço, sem fazer ressalva nesse sentido e sem ter sido mencionado no presente parecer, recomenda-se sua alteração, a incluir, após a menção ao Estado, o seguinte: *“na qualidade de representante dos titulares dos serviços”*.
- 2.4 **Disposições sobre pagamento da outorga fixa e variável:**
- 1.2.1. As receitas decorrentes das outorgas fixa e variável dos serviços de saneamento básico a serem concedidos pertencem aos titulares dos serviços.
 - 1.2.2. O edital define e incidem sobre a receita tarifária que irá constituir o seu pagamento. Recomendou-se que o edital traga um regramento mínimo da outorga variável, a fim de estabelecer seus possíveis percentuais e critérios de repartição, a serem previstos nas minutas de convênio de cooperação e aprovados necessariamente por ato deliberativo do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana. Havendo a inserção de disciplina relativa à outorga variável, foi recomendada revisão da redação do subitem 36.8.1 a fim de evitar incompatibilidades.
 - 1.2.3. Quanto à outorga fixa, ressaltou-se a ausência de previsão na minuta de edital quanto ao percentual de pagamento a ser efetuado ao Estado do Rio de Janeiro mencionado nos convênios de cooperação. Também se sugeriu a alteração da redação do subitem 5.4.1, para compatibilizá-la com o texto dos instrumentos de gestão associada que tratam da matéria.
 - 1.2.4. Além disso, questionou-se o critério adotado pela minuta de edital para repartir o percentual de 15% entre os Municípios e o percentual que excede os valores mínimos de outorga fixa, previsto no subitem 5.4.1: é parâmetro genérico, que não determina de fato como se dará a repartição; não há definição sobre qual ente decidirá sobre essa repartição; o uso de dados do IBGE do ano de 2018 pode ser considerado inadequado, ante o prazo da duração da concessão, o momento de recebimento dos valores da outorga e a existência de dados de referência já disponibilizados em 2020.
 - 1.2.5. Recomendou-se compatibilizar a disciplina da outorga fixa dentro do próprio edital. Primeiro, é necessário um alinhamento entre os itens 5.4, 5.4.1 e 5.4.2. Além disso, sugeriu-se alterar a redação do item 5.4 a fim de compatibilizar com os itens 1.2.45, 1.2.62 e 5.8.
 - 1.2.6. Considerando a definição de outorga fixa trazida pelo item 1.2.46., a previsão de um valor mínimo a ser ofertado no item 5.2., e a possibilidade de compartilhamento do seu excedente prevista no item 5.5., entendeu-se não ficar claro se os percentuais previstos nos subitens 5.4.1. e 5.4.2., a serem repassados aos Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, incidem apenas sobre o valor mínimo de outorga fixa recebido ou se refere ao valor total da outorga fixa recebida. Recomendou-se alteração da redação desses itens para esclarecer qual a interpretação correta.
 - 1.2.7. Recomendou-se acrescentar previsão no edital quanto à repartição das outorgas fixa e variável na hipótese de inclusão de novos municípios metropolitanos no decurso dos contratos de concessão, porque os titulares dos serviços precisam concordar com o critério de repartição desses valores. Também seria possível acrescentar no edital

previsão de que cabe aos Conselhos de Titulares deliberarem posteriormente a respeito da repartição dos 50%. O importante é que a decisão final passe pela aprovação dos titulares dos serviços, isto é, a Região Metropolitana e os Municípios não metropolitanos integrantes do bloco de prestação regionalizada.

- 1.2.8. Conforme se extrai do Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e do Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17, as receitas decorrentes das outorgas fixa e variável dos serviços de saneamento básico a serem concedidos pertencem aos titulares dos serviços (*i.e.* RMRJ e municípios não metropolitanos). Assim, para repassá-las para terceiros (*e.g.* ERJ, municípios metropolitanos, municípios de fora do projeto), são necessárias: *(i)* celebração de acordo com os titulares; e *(ii)* motivação técnica que demonstre a existência de uma causa econômica. A verificação de atendimento do requisito *(ii)* escapa à análise jurídica, de modo que deve ser providenciada pelo gestor público.
- 1.2.9. Recomenda-se que o subitem 1.2.46., assim como os itens 5.4. e 5.5., deixem claro que o Estado, ao receber os valores de outorga pela exploração da concessão, atua como representante dos titulares dos serviços, nos termos do edital, e dos convênios de cooperação, consoante, ainda, justificativa econômica.
- 1.4. No item 1.2.4 consta a definição de área de concessão. A definição restringe a concessão à área urbana. O ponto merece atenção do gestor, pois pode-se avaliar a necessidade futura de inclusão de áreas rurais. Isso pode gerar um contencioso futuro com a concessionária, que pode não desejar cobrir tais áreas, a despeito do eventual interesse público. Além disso, há áreas que podem, eventualmente, no futuro, se tornar urbanas, criando-se dúvida para saber se elas passam a integrar a concessão. Para fins de organização do edital, sugere-se que o item 2.4., que determina os negócios jurídicos coligados à concessão, seja deslocado à cláusula que traz as definições do edital.

2. **Procedimento licitatório:**

- 2.1. Recomendou-se alterar a redação do item 9.2. do edital, que estabelece prerrogativas da Comissão de licitação. Sugeriu-se, especificamente, estabelecer: os meios de alteração de datas e pautas de sessões; o prazo de antecedência para ocorrência de mudanças; os prazos de resposta dos licitantes.
- 2.2. Recomendou-se alterar a redação do item 11.3 do edital, inserindo remissão ao item 34.3 do edital, de modo a evidenciar a necessidade de assinatura eletrônica por meio de certificado digital no padrão da ICP-Brasil.

3. **Condições gerais:**

- 3.1. Sugeriu-se alterar a redação do item 13.3, que aponta a possibilidade de as licitantes concorrerem a mais de um bloco objeto da licitação, fazendo remissão aos itens 22.11.1.1 e 22.11.1.2, que tratam da qualificação técnica dos licitantes que ofertem proposta para mais de um bloco.

4. **Garantia da proposta, proposta comercial e documentos de habilitação**

4.1. Regras gerais de apresentação da documentação e garantia da proposta

- 4.1.1. Recomendou-se a inclusão da vedação de documentos com conteúdo manuscrito no item 19.3, que indica não serem permitidas emendas, rasuras, entrelinhas ou ressalvas. Isso porque documentos com conteúdo manuscrito são considerados rasurados, ressalvados documentos oficiais e públicos que sejam apresentados dessa forma, conforme o subitem 19.5.1.
- 4.1.2. Em um exame de ponderação entre a segurança jurídica, a competitividade e a vantajosidade, recomendou-se a reformulação do item 19.7, privilegiando as diligências a serem realizadas pela Comissão de licitação, à luz do artigo 43, §3º, Lei nº 8.666/93, em detrimento do formalismo excessivo.

4.2. Proposta comercial

- 4.2.1. A cláusula 21 do edital trata da proposta comercial. O item 21.1 dispõe que caberá a cada licitante realizar, por sua conta e risco, investigações, levantamentos e estudos, bem como desenvolver projetos para permitir a apresentação de sua proposta comercial. Nesse

- sentido, os dados, estudos, materiais e informações do Estado são meramente informativos e não vinculantes aos licitantes, tendo como único objetivo permitir a compreensão do objeto da concessão pelos licitantes.
- 4.2.2. Algumas licitações no setor de infraestrutura exigem que a proposta comercial venha acompanhada de declarações de instituições financeiras ou mesmo auditorias independentes que atestem a viabilidade econômico-financeira da proposta comercial do licitante. Recomendou-se seja avaliado, na presente hipótese, se o objeto da concessão e o perfil da licitação justificaria a inclusão de previsão semelhante.
- 4.2.3. Recomendou-se que a proposta comercial leve em consideração todas as obrigações e riscos alocados à concessionária, por força das disposições do contrato e seus anexos, na forma prevista na cláusula 21.8.1. Sugeriu-se a inclusão do vocábulo “edital” na referida cláusula.
- 4.2.4. Com o fim de evitar dúvidas futuras, recomendou-se inserir, no item 21.8 do edital, dispositivo que preveja que a proposta deve incluir também qualquer custo atinente ao cumprimento de legislação federal, estadual ou municipal que impacte direta ou indiretamente na prestação do serviço.
- 4.2.5. Apontou-se ainda, para a necessidade de inclusão da previsão do artigo 18, XII, da Lei nº 8.987/95, que exige como item obrigatório do edital de licitação *“a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa”*.
- 4.3. Documentos de habilitação
- 4.3.1. A Lei nº 8.987/95 não é descritiva dos documentos que deverão ser exigidos na fase de habilitação, sendo usual nas licitações de concessões de serviços públicos a aplicação dos critérios previstos na Lei nº 8.666/93, que trata especificamente dos aspectos substanciais da fase de habilitação nos artigos 27/31.
- 4.3.2. A circunstância de serem aplicáveis às regras de habilitação da Lei nº 8.666/93, contudo, não transporta para as licitações das concessões de serviços públicos a racionalidade das licitações de obras públicas ou prestação de serviços, por duas razões. Primeira: como a fase de habilitação é instrumental e não um fim em si mesma, as exigências devem estar conectadas às estritas finalidades do objeto, conforme determina o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, existindo uma inegável margem de discricionariedade para o gestor avaliar e sopesar o tipo e o nível de intensidade da exigência habilitatória. Segunda: como a Lei nº 8.987/95 não estabeleceu, aprioristicamente, esses critérios, faz referência à necessidade de o edital prever tais exigências, conforme o mencionado inciso V do artigo 18. Revela, assim, um maior grau de flexibilidade para que o gestor possa precisar os documentos que, de fato, se impõem como indispensáveis para o cumprimento do objeto.
- 4.3.3. Habilitação jurídica
- 4.3.3.1. No item 22.5, relacionado à habilitação jurídica, recomendou-se mencionar o artigo 28 da lei nº 8.666/93, de modo a ratificar a importância de respeitar os critérios ali expostos.
- 4.3.3.2. Além das habituais exigências previstas no item 22.5 e que são similares às demais licitações públicas, os itens 22.6, 22.7 e 22.8 exigem requisitos adicionais quando o licitante for, respectivamente, instituição financeira, entidade aberta ou fechada de previdência complementar ou fundo de investimento. Ressaltou-se a previsão da cláusula 22.9, que dispõe que, no caso de consórcio, a licitante deverá apresentar instrumento de constituição de consórcio ou de compromisso de constituição de sociedade de propósito específico, subscrito pelas consorciadas, na forma do item 23.2 do edital.
- 4.3.4. Qualificação econômico-financeira
- 4.3.4.1. Quanto à qualificação econômico-financeira, as exigências previstas no edital se circunscrevem a duas: (i) certidão negativa de falência, recuperação judicial e extrajudicial, prevista expressamente no artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e na

cláusula 22.10; (ii) garantia de proposta, prevista expressamente no artigo 31, inciso III da Lei nº 8.666/93.

4.3.4.2. A cláusula 22.10.4 dispõe que a licitante, e no caso de consórcio, cada um dos seus membros, proporcionalmente à sua participação no Consórcio, deverá declarar que dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes, como financiamento, para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e terceiros necessários à consecução do objeto da concessão. Em face dessa cláusula, deve ser justificado se uma simples declaração do licitante é suficiente para assegurar a sua capacidade na obtenção de recursos financeiros suficientes ou se, eventualmente, não seria necessário exigir documento com maior grau de comprometimento do licitante ou mesmo de terceiros;

4.3.4.3. O inciso 37, inciso XXI, da Constituição Federal, determina que nas licitações somente podem ser exigências de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, existindo evidente proporcionalidade entre a complexidade do objeto e as exigências da fase de habilitação.

4.3.5. Qualificação técnica

4.3.5.1. Quanto à qualificação técnica, ressaltou-se o artigo 11-B da Lei nº 14.026/20, que prevê metas de universalização para o serviço de saneamento básico. Para garantir metas tão arrojadas de universalização dos serviços de saneamento, entendeu-se por indispensável o aporte de vultosos investimentos privados, estimados em montantes superiores a 30 bilhões de reais (trinta bilhões de reais). Assim, comprovar experiência em captação de recursos no setor da infraestrutura se apresenta como requisito indispensável para participar da licitação.

4.3.5.2. Tendo em vista essa elevada necessidade de captação de recursos, foi escolhido um modelo de qualificação técnica centrado (i) na comprovação da captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor (cláusula 22.11.1 acima referida); (ii) na comprovação de requisitos de capacidade técnico-profissional, com a apresentação de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado acompanhado da respectiva CAT – Certidão de Acervo Técnico, que comprove 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 (cláusula 22.11.2).

4.3.5.3. As exigências de qualificação técnica do edital apresentam dupla função: (i) atrair licitantes capazes de honrar com os investimentos a serem realizados; (ii) garantir o conhecimento de operação similar. Os argumentos técnicos e jurídicos que embasam essa opção estão desenvolvidas nas duas Notas Técnicas apresentadas e que foram ratificadas pelo agente político.

4.3.5.4. Entendeu-se, com base nos fundamentos apresentados nas Notas Técnicas e nos esclarecimentos prestados na resposta formulada ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (8028699,8029391,8939316,8132928), ser juridicamente viável o modelo de qualificação técnica do referido edital, condicionando, no entanto, ao necessário reforço da instrução processual.

4.3.5.5. Três foram os argumentos que embasaram o entendimento pela juridicidade das exigências de qualificação técnica do edital: (i) a concretização do princípio da competitividade, sendo a premissa a de que a exigência de experiência prévia na prestação dos serviços de saneamento implicaria em aguda restrição da competição; (ii) a compreensão de que essas exigências são mesmo afetas à qualificação técnica, encontrando abrigo na capacidade técnico operacional e não à qualificação econômico-financeira; e (iii) a premissa de que o edital não se descurou dos aspectos afetos à segurança na contratação e à qualidade na prestação dos serviços.

4.3.5.6. A modelagem prevista nos itens 22.11.1 e 22.11.2 permite, a um só tempo, o incremento da competição porquanto: (i) as empresas que atuam no setor de saneamento podem participar isoladamente; (ii) os licitantes com perfil de investidor podem participar

- isoladamente; (iii) podem se formar os mais variados consórcios, inclusive entre empresas do setor de saneamento e licitantes com perfil de investidor.
- 4.3.5.7. A teor do disposto no artigo 30 da Lei nº 8.666/93, a qualificação técnica pode se dividir em capacidade técnica operacional e a capacidade técnica profissional. Enquanto a primeira busca perquirir a experiência dos potenciais licitantes para demonstrarem que possuem aptidão para executar o objeto, a segunda mira verificar a experiência individual do profissional que ficará com o encargo de ser o responsável técnico do projeto. O edital cumpre ambas as exigências: a capacidade técnico operacional encontra fundamento na cláusula 22.11.1 enquanto a capacidade técnico-profissional está expressamente prevista na cláusula 22.1.2.
- 4.3.5.8. Poder-se-ia entender que a comprovação da capacidade técnica operacional deveria estar vinculada à experiência da pessoa jurídica que já tenha prestado serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Em sendo o contrato de concessão de serviço público licitado um contrato de investimento – que viabiliza a concretização de interesses coletivos por meio de recursos privados aportados pelo operador econômico – pode ser necessário ou mesmo mais relevante para o atendimento do interesse público a efetiva comprovação de experiência técnica centrada na captação de recursos.
- 4.3.5.9. Sendo um contrato de investimento, não se ocupou a qualificação técnica apenas na experiência pretérita na prestação do serviço, mas na experiência própria a uma engenharia financeira complexa, sofisticada e, mais importante, indispensável para o cumprimento das desafiadoras metas de universalização, conforme os estudos que embasaram a modelagem. Deverão os licitantes, por conseguinte, demonstrar que ostentam experiência pretérita em angariar recursos em volume suficiente para atender as metas de universalização previstas no contrato.
- 4.3.5.10. Ressaltou-se que a exigência de experiência pretérita em captação de recursos está prevista na qualificação técnica e não na qualificação econômico-financeira por duas razões. A primeira razão é: se a capacidade operacional é a demonstração de experiência dos potenciais licitantes de que possuem aptidão para executar o objeto e se o objeto em um contrato de investimento tem como parcela de maior relevância a indispensável captação de recursos no mercado, a cláusula 22.11.1 está topograficamente bem localizada e sistemicamente bem enquadrada no item da qualificação técnica. A segunda razão é: a demonstração da experiência na qualificação econômico-financeira exige a demonstração de documentos expressamente elencados no artigo 31 da Lei nº 8.666/93, estando vinculada a uma preocupação de que o licitante (enquanto pessoa jurídica apta a contrair direitos e obrigações), ostente musculatura econômico-financeira para suportar os futuros encargos. Essa preocupação não é fundamento para a exigência constante no item 22.11.1.
- 4.3.5.11. A exigência de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura, prevista na cláusula 22.11.1, é externa à pessoa jurídica e distinta dos aspectos econômico-financeiros de índole estritamente subjetiva e internos da sociedade empresária. Aqui não se espera que o licitante comprove a sua qualificação econômica-financeira *interna corporis*, mas uma expertise em engenharia financeira que é externa, exterior a sua própria contabilidade.
- 4.3.5.12. A vinculação da exigência de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura é, portanto, indispensável para o cumprimento das obrigações contratuais a serem assumidas, em estrita consonância com o disposto na parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal quando expressa que nas licitações públicas “*somente serão permitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*” e com o próprio entendimento da Procuradoria Geral do Estado, na parte inicial do Enunciado 39.
- 4.3.5.13. Se de um lado apresenta-se como de fundamental importância o incremento da competitividade, de outro inegável que deve o Poder Concedente zelar para a prestação

de um serviço público adequado, conforme determina expressamente o § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/95. É por isso que se exige do licitante – mesmo daquele que ostente perfil de investidor – a demonstração de que 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. Tem-se aqui a capacidade técnico-profissional.

- 4.3.5.14. O edital acaba por exigir uma dupla experiência a fim de assegurar a execução do objeto e a prestação de um serviço público adequado: **(i)** experiência na captação de recursos no mercado; **(ii)** experiência reconhecida de profissional com a operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários.
- 4.3.5.15. Os mecanismos mais efetivos para assegurar a prestação de um serviço público não estão propriamente no edital, mas no contrato de concessão. No entanto, assinalou-se, brevemente, como sendo esses mecanismos: (i) a obrigatoriedade de o licitante vencedor se constituir em Sociedade de Propósito Específico (SPE), cuja finalidade será prestar os serviços públicos objeto da presente concessão, a teor do disposto nos subitens 1.2.58 e 30.2.1, 30.2.2 e 30.2.3 do edital de licitação; (ii) a obrigatoriedade do concessionário em cumprir os indicadores de desempenho e as metas de atendimento, previstas no Anexo III do contrato de concessão, com riscos, inclusive de perda de remuneração caso não sejam cumpridas; (iii) a previsão de sancionamento da concessionária em razão de eventuais inadimplementos, nas cláusulas 37 e 42 do contrato de concessão; e (iv) a previsão de ampla cobertura por contratos de seguro, na cláusula 18 do contrato de concessão.
- 4.3.5.16. A cláusula 22.11.1.2 admite o somatório dos quantitativos referentes a distintos empreendimentos, desde que, pelo menos, uma das captações seja correspondente a, no mínimo, 20% (vinte por cento) do valor estabelecido no item 22.11.1 para cada bloco, não sendo aceitos atestados menores do que R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais). O somatório dos quantitativos para fins de atestação técnica tem sido admitido pelo Tribunal de Contas da União, a depender de cada hipótese concreta. Entendeu-se que, de fato, saber se distintos atestados podem ser somados sem que isso resulte em prejuízo para a avaliação da capacidade técnica depende das especificidades de cada objeto. Recomendou-se, assim, seja justificado tecnicamente o cabimento do somatório dos quantitativos e em que medida a sua admissão resulta em benefício para a licitação e para a própria competição, sem que implique em comprometimento da segurança que se deseja obter na fase de habilitação.
- 4.3.5.17. O edital admite o somatório entre as licitantes no caso de consórcio, conforme previsto na cláusula 22.11.1.3. A cláusula 22.11.1.3.2 prescreve que, nos casos em que a participação da licitante, ou de sua afiliada, for superior a 50% (cinquenta por cento) nas sociedades ou Consórcios responsáveis pelo empreendimento objeto da atestação, será considerado o valor total do atestado equivalente a 100% (cem por cento). A parte final da cláusula apresenta redação confusa, não ficando claro o que se pretende efetivamente com a exigência. Sugeriu-se que seja justificado o objetivo, bem como aperfeiçoada a redação, a fim de que não parem dúvidas para os licitantes e também para a própria Comissão de Licitação.
- 4.3.5.18. A cláusula 22.11.1 foi bastante genérica e admitiu a comprovação de captação para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor. A referência ao setor de infraestrutura de modo genérico poderá causar alguma dúvida em relação aos atestados que serão apresentados. Assim, recomendou-se inserir alguma explicação do que se considera como infraestrutura (ex: comunicações, energia, transportes, saneamento, portos, produção, distribuição ou refino de combustíveis...).
- 4.3.5.19. Note-se a cláusula 22.11.2 da minuta encaminhada para exame da Procuradoria Geral do Estado encontra redação diversa da que foi acima transcrita na Nota Técnica do BNDES, devendo prevalecer essa última redação proposta pelo BNDES. Explica-se: a experiência é exigida nos cargos de hierarquia mais elevada e relacionados ao

- gerenciamento da operação dos serviços, a saber, diretor operacional e superintendente operacional, tendo o edital fixado padrões elevados de capacidade técnico-profissional.
- 4.3.5.20. A fim de exigir experiência compatível com o objeto e com o porte da licitação, recomenda-se a inserção de requisitos de qualificação objetiva na capacidade técnico-profissional, exigindo experiência no objeto com 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, a teor do disposto no art. 30, 1º, I, da Lei nº 8.666/93;
- 4.3.5.21. É preciso confirmar se os atestados que serão exigidos do Diretor Operacional e do Superintendente Operacional são experiências de obras e serviços de engenharia que contemplem a emissão da Certidão de Acervo Técnico.
- 4.3.5.22. A cláusula 22.11.5 determina que, no caso de alterações societárias e nos casos de fusão, incorporação ou desmembramento, somente serão considerados os atestados em que, inequívoca e documentalmente, se comprove a transferência definitiva do acervo técnico. Entendeu-se que essa exigência deve ser justificada já que, salvo melhor juízo, a capacidade técnico-profissional integra o acervo pessoal do responsável e não da pessoa jurídica. A princípio, essa cláusula faria sentido se a hipótese fosse de capacidade técnico-operacional.
- 4.3.6. Regularidade fiscal e trabalhista
- 4.3.6.1. Quanto à regularidade fiscal e trabalhista, em relação às cláusulas 22.12.3 e 22.12.4, recomendou-se explicitar qual a certidão que deve ser apresentada (ex: certidão perante as respectivas Dívidas Ativas, certidão específica de um tributo), a fim de garantir maior segurança jurídica para quem participa da licitação como para quem julga.
- 4.3.6.2. Na cláusula 22.12.7, que trata da certidão negativa de débitos trabalhistas – CNDT, sugeriu-se seja acrescido na parte final “*nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT*”, adequando a redação ao disposto no inciso V, do art. 29 da Lei nº 8.666/93.
- 4.4. Quanto às declarações, sugeriu-se que a cláusula 22.12.1 seja destacada como item próprio da fase de habilitação, adequando-se sistemicamente ao disposto no inciso V, do art. 27 da Lei nº 8.666/93, que trata da exigência do cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.
- 4.5. Recomendou-se a avaliação da inclusão de modelo de declaração de pleno atendimento aos requisitos de habilitação, na exata medida em que se invertem as fases de habilitação e abertura de proposta comercial, conforme expressamente autoriza o inciso I, do art. 18-A da Lei nº 8.987/95. Tal declaração revela maior comprometimento dos licitantes na verificação da documentação da habilitação.
- 4.6. Participação em consórcio
- 4.6.1. O item 23 do edital trata da participação de consórcios na licitação. A participação ou vedação de consórcios nas licitações públicas é tema que não comporta uma solução generalista e que deve obrigatoriamente ser objeto de motivação específica pelo gestor no processo administrativo. Tal motivação deverá ser apresentada à luz do objeto e das características de cada mercado. Na hipótese em exame, não obstante seja intuitivo que, pelo porte da licitação, a formação de consórcios seja promovedora da concorrência, recomendou-se a elaboração de justificativa específica.
- 4.6.2. O edital não estipulou um número mínimo ou máximo de participantes para constituição do consórcio. Em princípio não há qualquer óbice quanto a isso, já que a regra é que o edital não invada a liberdade das sociedades de se associarem. Se, entretanto, a opção for por não limitar o número de consorciados, sugeriu-se a sua previsão em cláusula específica, deixando claro que não há limite mínimo ou máximo para a constituição do Consórcio.
- 4.6.3. A cláusula 23.5 assevera que não será admitida a inclusão, a substituição, a retirada, a exclusão ou a alteração da participação de qualquer consorciada, desde a apresentação

dos envelopes até a assinatura do contrato. A *contrario sensu*, possível inferir que seria viável a alteração da composição ou constituição do consórcio depois de assinado o contrato. Sugeriu-se que essa possibilidade seja explicitada no edital, deixando claro que eventual modificação da composição societária após a assinatura do contrato dependerá de anuência prévia do Concedente, que avaliará se a alteração proposta não gera riscos para a execução do contrato.

4.6.4. Quanto à eventual constituição de consórcios apenas por licitantes estrangeiros, apesar de se tratar de licitação na modalidade de concorrência internacional, o edital é omissivo sobre o tema. Entendeu-se não ser razoável acolher a interpretação de que a participação de empresas estrangeiras por meio de consórcio tenha que, necessariamente, envolver uma empresa brasileira. Se uma empresa estrangeira pode participar da licitação isoladamente, não haveria razão para restringir a formação de consórcios entre licitantes estrangeiros, exigindo, por via oblíqua, a participação de empresa brasileira. Assim, até como forma de fomentar a competição, recomendou-se a inclusão no edital de cláusula específica admitindo o consórcio entre empresas estrangeiras.

4.7. Participação de licitantes estrangeiras

4.7.1. Quanto à participação de licitantes estrangeiras na licitação, a cláusula 24.2 estabeleceu que as licitantes estrangeiras poderão apresentar documentos de suas matrizes ou respectivas filiais que sejam equivalentes aos solicitados para habilitação de pessoas jurídicas brasileiras e que cumpram com os requisitos legais no país de constituição das licitantes. Sugeriu-se que seja feita referência explícita ao § 4º do art. 32 da Lei nº 8.666/93, que exige que autenticação pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativamente ou judicialmente (o que parece ter sido atendido na cláusula 24.1, a).

4.7.2. Com vistas à ampliação da competição e na medida em que se trata de concorrência internacional, sugeriu-se que a divulgação da licitação ocorra também no exterior, a fim de que potenciais empresas estrangeiras também possam ter conhecimento do certame e, eventualmente, acudir interesse em participar.

5. Procedimento de análise e julgamento:

5.1. Cronograma referencial da licitação

5.1.1. A cláusula 25 do edital trata do cronograma referencial da licitação, sendo meramente indicativo dos eventos que se sucederão durante o desenvolvimento da licitação. Ressaltou-se os eventos 6 e 7, que fazem referência, respectivamente, ao termo final do prazo para não licitante impugnar o edital e ao termo final do prazo para licitante impugnar o edital. Será licitante aquele que, na data aprazada, participe efetivamente da licitação. Na fase de impugnação, não se sabe ainda quem é não-licitante e quem é licitante. Desse modo, sugeriu-se adequação da nomenclatura utilizada.

5.2. Abertura, exame e julgamento das propostas comerciais

5.2.1. O item 27.2. arrola algumas situações que acarretarão a desclassificação das propostas comerciais. Sugeriu-se a inclusão, em cláusula específica, da necessária observância do princípio do formalismo moderado, amplamente referido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça do próprio Tribunal de Contas da União, com o objetivo de orientar a Comissão de Licitação a não ser excessivamente formalista, afastando, por exemplo, propostas em razão de simples rasuras ou mesmo ressalvas, conforme previsto nos itens 27.2.2 e 27.2.3.

5.2.2. Segundo o item 27.5, o critério de julgamento será aquele que apresentar o maior valor de outorga fixo. Classificadas as propostas comerciais e caso existam propostas com valor de até 20 % (vinte por cento), inclusive, menor ao valor proposto na proposta classificada em primeiro lugar, será processada etapa de lances viva-voz entre estas licitantes. A introdução da fase de lances nas licitações para as concessões de serviços públicos encontra abrigo no artigo 18-A, I da Lei 8.987/1995, não obstante a referida legislação

não detalhe parâmetros e procedimentos da etapa de lances. Ao que tudo indica, o corte de 20% (vinte por cento) parece ter sido extraído do artigo 12, § 1º, II, da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público- Privadas). Sugeriu-se o devido esclarecimento e justificativa desse valor de corte.

5.2.3. Sugeriu-se constar na cláusula de definições o conceito do que se entende por lance intermediário na presente licitação, bem como a justificativa para a sua vedação na etapa de lances viva-voz, conforme subitem 27.7.1.a.

5.2.4. Sugeriu-se constar na cláusula de definições quem é o diretor da sessão, justificando a razão pela qual caberá a ele a relevantíssima missão de definir o valor mínimo de variação dos lances, conforme subitem 27.7.1.b.

5.3. Abertura, exame e julgamento dos documentos de habilitação

5.3.1. Quanto à abertura, exame e julgamento dos documentos de habilitação, sugeriu-se que o edital explicita que é admissível a possibilidade de reapresentação da documentação quando apenas um licitante estiver participando, com o objetivo de reduzir ainda mais o risco de a licitação ser frustrada.

5.4. Recursos

5.4.1. Quanto aos recursos, a cláusula 29.6 determina que o recurso será dirigido à Comissão de Licitação, que poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir à autoridade competente. Sucede que não está claro no edital quem seria a autoridade competente para julgar o recurso, assim como carece o edital de cláusula específica tratando da homologação e adjudicação que, do mesmo modo, são atos que deverão ser praticados pela mesma autoridade competente que julgar os recursos. Sugeriu-se, portanto, a adequação do edital.

5.4.2. O edital também é silente quanto ao efeito suspensivo do recurso administrativo. Parece incidir na hipótese o regramento do § 2º do art. 109 da Lei nº 8.666/93, que atribui o efeito suspensivo quando o objeto do recurso for a inabilitação ou habilitação dos licitantes e julgamento das propostas comerciais. Sugeriu-se seja explicitado o efeito suspensivo do recurso administrativo em cláusula específica.

6. Condições para formalização do contrato:

6.1. Convocação para celebração do contrato

6.1.1. Os itens 30.1, 30.4 e 30.5, que versam sobre prazos para convocação e assinatura do CONTRATO, estão em consonância com o disposto no art. 64 da Lei no 8.666/93. O subitem 30.2.2, por sua vez, descreve os elementos que devem integrar a estrutura acionária e de gestão da SPE. Sugeriu-se a avaliação dos responsáveis pela modelagem quanto à inclusão dos seguintes elementos: (i) descrição dos atos que deverão, necessariamente, ser objeto de prévia autorização do Poder Concedente; (ii) o exercício financeiro da concessionária coincidir com o ano civil; (iii) observância obrigatória do compromisso com princípios de governança corporativa e com a adoção de contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas; (iv) identificação das partes relacionadas.

6.1.2. O subitem 30.2.3 prevê os valores mínimos de subscrição e integralização do capital social da SPE para cada BLOCO, exigindo a sua comprovação. Tais valores, entretanto, não estão motivados, razão pela qual recomendou-se a elaboração de justificativa que indique os fundamentos aplicados para a determinação de tais valores.

6.1.3. A cláusula 30.2.9 determina que caberá ao licitante vencedor indicar, por meio de declaração, o nome, dados pessoais, formação do(s) profissional(is) que será(ão) designado(s) como responsável(is) técnico(s) pela operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgoto, acompanhado da comprovação do vínculo entre o(s) profissional(is) e a SPE. O subitem 30.2.9.1 prevê que se o profissional for distinto daquele informado na fase de habilitação, deverá comprovar a experiência, por meio de atestados, que atendam a exigência da cláusula 22.11.2. Entendeu-se que seria necessário justificar o motivo pelo qual a licitante vencedora substituiu o

profissional. Afinal, o normal e esperado é que o profissional responsável seja o mesmo que foi indicado na fase de habilitação.

6.1.4. O subitem 30.2.9.2 admite a substituição do profissional durante a execução do contrato. Sugeriu-se acrescer a previsão que essa substituição dependerá de prévia aprovação do Poder Concedente, que precisará, necessariamente, verificar a experiência do novo profissional indicado.

6.2. Garantia de execução do contrato

6.2.1. A cláusula 17 do edital disciplina as garantias de execução do contrato de concessão. A teor do disposto no § 2º e § 3º do art. 56 da Lei nº 8.666/3, o percentual do valor de garantia não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, podendo, para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato. Recomendou-se ser justificado no processo administrativo o percentual de garantia que foi adotado, guardando coerência com a natureza e complexidade do objeto.

6.2.2. O item 32.2. apresenta as possibilidades de garantia de execução do contrato, remetendo as formas previstas no art. 56 da Lei nº 8.666/93. Esse item deve ser lido em conjunto com item 17 da minuta de contrato de concessão, que detalha questões atinentes à garantia de execução do contrato, tais como: valores das parcelas a serem pagas ao longo da sua execução, prazo de duração e renovação, índice de reajuste, hipóteses de utilização e casos de recomposição. Sugeriu-se a realização de apurada revisão das minutas, a fim de evitar a coexistência de cláusulas ou disciplinas contraditórias entre a minuta de edital e de contrato quanto à matéria.

6.2.3. O item 32.7. da minuta de edital apresenta redação distinta quando comparada com o item 17.4 do contrato, razão pela qual recomenda-se a uniformização da redação das cláusulas.

6.3. Ressarcimento dos estudos vinculados à concessão

6.3.1. A cláusula 33 do edital é a materialização do disposto no art. 21 da Lei no 8.987/95. Sugeriu-se que os valores a serem fixados no item 33.1 estejam justificados no processo administrativo, caso algum licitante venha a questionar como foram calculados os valores de ressarcimento para a realização dos estudos desenvolvidos pelo BNDES.

7. **Disposições finais:**

7.1. O item 36.6. trata da eventual recusa da licitante vencedora em assinar o contrato e da possibilidade de convocação dos remanescentes em ordem de classificação. Sugeriu-se que essa cláusula seja deslocada para o tópico 30, que trata da convocação para celebração do contrato. Sugeriu-se, ainda, a inclusão de cláusula que privilegie a competitividade, esclarecendo que “as normas disciplinadoras desta licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa, respeitada a igualdade de oportunidade entre as licitantes, desde que não comprometam o interesse público, a finalidade e a segurança da contratação.”

7.2. Expansão da área de concessão

7.2.1. De modo a serem incorporadas balizas firmes para a formulação da proposta pela licitante, em complementação, recomendou-se fosse incluído no Edital a previsão de término das concessões que estão em curso (ou seja, a partir de que momento a concessionária deverá acrescer esse local à prestação de seus serviços). Também se considerou válida a inclusão, no anexo IV do Edital, que trata da divisão da área de concessão em blocos, menção aos potenciais municípios que integrarão esses blocos após o término das concessões vigentes, bem como a previsão da data estimada.

7.2.2. Sugeriu-se, ainda, que o subitem 36.7.1 seja alterado para evidenciar que o Estado deverá seguir a decisão da Região Metropolitana quanto à inclusão de novos Municípios. Além disso, em consonância com a recomendação formulada no Parecer nº 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY, se entendeu pertinente incluir a necessidade de ratificação de todos os titulares dos serviços.

- 7.2.3. Recomenda-se que avaliação pelo ingresso dos futuros Municípios seja objeto de decisão expressa e específica do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana antes da realização da licitação, tudo com vistas a aumentar a segurança jurídica e permitir que os licitantes possam orientar as suas propostas com menor assimetria informacional. Note-se que a cláusula 36.7.1 posterga essa decisão para o momento de término dos contratos atuais dos referidos Municípios com os operadores privados, o que, insista-se, pode influenciar decisivamente no valor de outorga a ser proposto pelos licitantes.
8. **Análise dos anexos II (Modelo de cartas e declarações), III (Modelo de proposta Comercial) e IV (Área de concessão) do Edital de Concorrência Internacional do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto**
- 8.1. Anexo II: Modelo de cartas e declarações
- 8.1.1. Quanto ao modelo de carta de apresentação da garantia de proposta da licitante na modalidade caução em títulos da dívida pública, a fim de evitar qualquer dúvida acerca da natureza jurídica que o Estado assume no edital, recomendou-se que, após a menção da transferência dos títulos para o Estado, seja acrescida a expressão “na qualidade de representante dos titulares dos serviços”.
- 8.1.2. Quanto ao modelo de carta de apresentação da garantia da proposta na modalidade fiança bancária e ao modelo de carta de apresentação da garantia da proposta na modalidade seguro garantia, que envolvem a assunção de obrigações por terceiros, em razão do princípio da relatividade dos contratos, sugeriu-se a inclusão de espaço de assinatura do banco fiador e da seguradora em cada um desses modelos, respectivamente.
- 8.2. Anexo III: Modelo de proposta comercial:
- 8.2.1. Recomenda-se a compatibilização dos itens 3.1, 3.2 e 3.3 do Anexo III com o previsto no edital, de modo a passar a regulamentar o valor a ser pago para a AGERNSA pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização do contrato, e o valor da outorga variável.
- 8.2.2. A mesma observação é realizada quanto aos itens 3.2 e 3.3. Apesar de a proposta comercial apresentar o valor da outorga variável, o edital não apresenta tal valor, sendo necessário, portanto, adaptação da minuta editalícia. Além disso, destaca-se que o valor indicado no item 3.2 em números é 3% e o valor por extenso está um por cento. Seguindo as regras previstas no item 21.5, havendo divergência entre os valores numéricos e seus respectivos extensos, deve prevalecer o número por extenso. Todavia, é preciso que o setor técnico verifique e ajuste tal ponto.
9. **Esclarecimentos adicionais acerca legislação aplicável:**
- 9.1. Lei nº 8.987/95:
- 9.1.1. Recomendou-se a inclusão: no preâmbulo, da exigência de publicação de ato justificando a conveniência da outorga de concessão, exigida no art. 5º desta lei, na forma do art. 16 da lei; no item 5 do edital do disposto no art. 15, §3º, para evidenciar a possibilidade de recusa da proposta; do art. 17 no edital, estabelecendo hipóteses em que a proposta será desclassificada.
- 9.1.2. Recomendou-se a inclusão: no preâmbulo, da exigência de publicação de ato justificando a conveniência da outorga de concessão, exigida no art. 5º desta lei, na forma do art. 16 da lei; no item 5 do edital do disposto no art. 15, §3º, para evidenciar a possibilidade de recusa da proposta; do art. 17 no edital, estabelecendo hipóteses em que a proposta será desclassificada.
- 9.1.3. Sugeriu-se a inclusão no edital de previsão análoga ao artigo 22, especialmente para esclarecer a forma como o direito de obter certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões poderá ser exercido.
- 9.1.4. Lei Estadual nº 4.556/2005: Recomendou-se inserir item regulamentando o valor a ser pago para a AGENERSA pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização do contrato, nos termos do que prevê o artigo 19 da lei.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 19 de novembro de 2020.

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Procurador do Estado

Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17)

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

P.A nº SEI-120207/000707/2020

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado,

Na qualidade de membros integrantes do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020¹, encaminhamos o Parecer Conjunto 01/2020 ARCY/FAG, de lavra dos i. Procuradores do Estado André Rodrigues Cyrino e Flávio Amaral Garcia, por meio do qual analisada sob o ângulo estritamente jurídico, na forma do art. 38, p.u. da Lei nº 8.666/93, e a partir de consulta formulada pelo Exmo. Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais Marcelo Lopes, minuta de Edital de Concorrência Internacional para a Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro.

Destaca-se que o citado Parecer Conjunto foi submetido à análise e, portanto, amplamente debatido pelo citado Grupo de Trabalho, que ao longo de seguidas reuniões, por intermédio dos seus Procuradores integrantes – que subscrevem a presente manifestação – permitiram ajustes pontuais e, ao final, aprovaram o trabalho conjunto que, por seu brilhantismo, certamente integrará os anais desta Procuradoria-Geral do Estado.

É assim que não se pode deixar de registrar que as conclusões do Parecer Conjunto 01/2020 – ARCY/FAG foram integralmente chanceladas pelo Grupo de Trabalho, de modo que, para evitar reproduções desnecessárias do profundo opinamento formalizado, faz-se especial referência aos itens didaticamente listados nas páginas 82 à 96, que veiculam não apenas as premissas jurídicas utilizadas pelos nobres pareceristas, mas também os aspectos mais relevantes do pronunciamento e recomendações para as instâncias técnicas diretamente responsáveis pela modelagem do projeto.

De todo modo, também a partir dos debates realizados em reuniões do Grupo de Trabalho, houve especial consenso quanto a necessidade de se destacar, ainda que de forma objetiva, quatro pontos sensíveis do Parecer Conjunto 01/2020 – ARCY/FAG.

Em primeiro lugar, as dificuldades naturalmente existentes quanto à posição do Estado do Rio de Janeiro no empreendimento.

Com efeito, na linha do entendimento firmado pelo STF na ADI nº 1.842/RJ, a competência para prestação de serviços públicos de saneamento básico nunca será exclusiva do Estado. Na verdade, segundo o STF, tal competência é, em princípio, atribuída pela Constituição Federal aos Municípios, mas pode, por aglutinação, pertencer a uma região metropolitana, caso essa seja criada, eventualmente, por lei complementar estadual, na forma do art. 25, §3º da CRFB.

Neste sentido, com o advento da LCE nº 184/2018, a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro assumiu a titularidade dos serviços de saneamento básico. Os Municípios não metropolitanos, por sua vez, continuam com a titularidade desses serviços.

Na modelagem jurídica proposta pelo projeto de desestatização dos serviços de saneamento básico, haveria transferência ao ERJ, pelos titulares dos serviços, das funções administrativas de organização e promoção da licitação dos serviços de saneamento básico e da celebração, em nome dos titulares, dos contratos de delegação dos serviços e outros coligados, com o objetivo de minimizar custos de transação.

Assim, é importante reforçar, nesta oportunidade, que o Estado exerce o papel de mero representante dos titulares do serviço, organizando e gerenciando a prestação do serviço.

Não é por outro fundamento que os ilustres pareceristas, de modo a evitar questionamentos jurídicos quanto à usurpação de competências exclusivas do poder concedente dos serviços e também manter a segurança jurídica quando da aplicação do edital, recomendam fazer constar uma cláusula

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

geral que estabeleça que o edital e demais documentos do projeto, sempre que mencionarem o Estado do Rio de Janeiro, o indicam, salvo pontual ressalva expressa em sentido contrário, apenas como mero representante dos titulares dos serviços, em linha com os instrumentos de gestão associada.

Em outros termos: o instrumento convocatório deve deixar claro que o Estado é um mandatário das funções administrativas de organização e promoção dessa licitação, bem como da função de gestão contratual, o que deve ser destacado desde o preâmbulo e como cláusula geral.

Ainda assim, para que se confira maior segurança jurídica ao projeto, também foi especialmente recomendado que algumas cláusulas mais sensíveis do edital², ao mencionarem o Estado, acrescentem ressalva do seu papel de representante dos titulares dos serviços.

No mais, na hipótese de algum item do edital se referir ao Estado, na qualidade de

representante dos titulares do serviço, sem fazer ressalva nesse sentido e sem ter sido mencionado no presente parecer, o pronunciamento recomenda sua alteração, a incluir, após a menção ao Estado, o seguinte: “na qualidade de representante dos titulares dos serviços”.

Insista-se: a todo momento o objetivo foi o de incrementar a segurança jurídica do empreendimento, de modo que reforçamos a especial atenção que deve ser conferida pelos órgãos técnicos às recomendações formalizadas no Parecer Conjunto.

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.**

Em segundo lugar, aspectos ligados às disposições relacionadas a outorgas fixa e variável, que possuem vinculação com os argumentos veiculados quanto à posição do Estado no empreendimento.

O pronunciamento em análise chama atenção para o Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e o Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17, segundo os quais as receitas decorrentes das outorgas fixa e variável dos serviços de saneamento básico a serem concedidos pertencem aos titulares dos serviços (i.e. RMRJ e municípios não metropolitanos). Não é por outro motivo que se alerta que, para repassá-las para terceiros (e.g. ERJ, municípios metropolitanos, municípios de fora do projeto), são necessárias: (i) celebração de acordo com os titulares; e (ii) motivação técnica que demonstre a existência de uma causa econômica (cuja verificação escapa à análise jurídica e, portanto, deve ser providenciada pelo gestor público).

Especificamente quanto ao item (i), o Parecer Conjunto, de forma coerente com o que foi exposto quanto ao posicionamento do Estado no empreendimento, alerta para a necessidade de que o instrumento convocatório deixe claro que o Estado, ao receber os valores de outorga pela exploração da concessão, atua como representante dos titulares dos serviços³.

Em acréscimo, o Parecer Conjunto joga luz na importância de que o edital traga um regramento mínimo da outorga variável, a fim de estabelecer seus possíveis percentuais e critérios de repartição, a serem previstos nas minutas de convênio de cooperação e aprovados necessariamente por ato deliberativo do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana. No presente aspecto, para que não sejam veiculadas repetições desnecessárias, nos reportamos a todas as considerações jurídicas tecidas pelos brilhantes pareceristas.

² Quanto ao ponto, foram sugeridas alterações no parágrafo inicial do preâmbulo; e nos itens 1.2.7, 1.2.21, 1.2.39, 1.2.41, 1.2.46, 1.2.52, 5.4, 5.5, 16.1, 20.11, 20.15, 30.2, 30.6, 32.2, 32.4, 32.6

³ Ou seja: o subitem 1.2.46., assim como os itens 5.4. e 5.5., devem ser claros quanto ao fato de que o Estado assume a posição de representante dos titulares dos serviços, nos termos do edital, e dos convênios de cooperação, consoante, ainda, justificativa econômica.

No tocante à outorga fixa, o pronunciamento faz referência ao Parecer nº 05/2020 ARCY/PG-17⁴, de modo a destacar que embora as minutas de convênio de cooperação da RMRJ e dos municípios do interior tenham adotado os mesmos critérios e percentuais de repartição (v. item 4.2.7. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e o item 4.2.6. da minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior preveem que o ERJ), ainda falta ser efetuada a compatibilização da previsão da minuta de edital com a previsão dos instrumentos de gestão associada.

Relativamente aos critérios de repartição das outorgas, o Parecer Conjunto questiona o critério adotado pela minuta de edital para dividir o percentual de 15% entre os Municípios e o percentual que excede os valores mínimos de outorga fixa, previsto no subitem 5.4.1. Segundo os pareceristas: (i) trata-se de parâmetro genérico, que não determina de fato como se dará a repartição; (ii) não há definição sobre qual ente decidirá sobre essa repartição; e (iii) o uso de dados do IBGE do ano de 2018 pode ser considerado inadequado, ante o prazo da duração da concessão, o momento de recebimento dos valores da outorga e a existência de dados de referência já disponibilizados em 2020.

Os pareceristas também recomendaram compatibilizar a disciplina da outorga fixa dentro do próprio edital, com as alterações necessárias, as quais, para efeitos de didática e objetividade, remete-se ao Parecer Conjunto.

Ademais, no exatos termos do Parecer Conjunto, considerando a definição de outorga fixa trazida pelo item 1.2.46., a previsão de um valor mínimo a ser ofertado no item 5.2., e a possibilidade de compartilhamento do seu excedente prevista no item 5.5., há o alerta no sentido de não ficar claro se os percentuais previstos nos subitens 5.4.1. e 5.4.2., a serem repassados aos Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, incidem apenas sobre o valor mínimo de outorga fixa recebido ou se refere ao valor total da outorga fixa recebida. É assim que recomendou-se expressamente alteração da redação desses itens para esclarecer qual a interpretação correta.

Por fim, mas não menos importante, no Parecer Conjunto recomendou-se acrescentar previsão no edital quanto à repartição das outorgas fixa e variável na hipótese de inclusão de novos municípios metropolitanos no decurso dos contratos de concessão. Segundo os nobres pareceristas, também seria possível acrescentar no edital previsão de que cabe aos Conselhos de Titulares deliberarem posteriormente a respeito da repartição dos 50%.

Ou seja: o importante é que a decisão final passe pela aprovação da Região Metropolitana e dos Municípios não metropolitanos integrantes do bloco de prestação regionalizada.

Em terceiro lugar, ainda na esteira de deliberação do Grupo de Trabalho, importante chamar a atenção para a definição de “área de concessão”.

É que o item 1.2.4, ao restringir a concessão à área urbana, merece alerta a eventual necessidade de futura inclusão de áreas rurais, de modo a evitar contencioso com a concessionária, que pode não desejar cobrir tais áreas, a despeito do eventual interesse público. Não bastasse, o Parecer Conjunto faz importante destaque no sentido que há áreas que podem, no futuro, se tornar urbanas, criando-se indesejável insegurança jurídica.

Por fim, e em quarto lugar, deve ser objeto de especial destaque o ponto relacionado à qualificação técnica dos licitantes, que assume, nos exatos termos do Parecer Conjunto, modelagem que escapa de esquemas tradicionais, uma vez que centrada: (i) na comprovação da captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor (cláusula 22.11.1 acima referida); e (ii) na demonstração de requisitos de capacidade técnico-profissional, com a apresentação de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado acompanhado da respectiva CAT – Certidão de Acervo Técnico, que comprove que a licitante ou sua afiliada possui, em seu quadro permanente,

⁴ Nos termos do Parecer: *Uma alternativa é todas as minutas celebradas entre cada titular e o ERJ adotarem a mesma redação quanto à repartição outorga fixa, com os mesmos critérios, os quais deveriam, então, ser replicados para as minutas de edital e de contratos de concessão.*

profissional de nível superior, que tenha experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários (cláusula 22.11.2).

De plano, consideradas as fundamentadas Notas Técnicas fornecidas pelo BNDES, os pareceristas concluem pela viabilidade jurídica da modelagem proposta, utilizando, para tanto, de três linhas de argumentos: (i) a concretização do princípio da competitividade, sendo a premissa a de que a exigência de experiência prévia na prestação dos serviços de saneamento implicaria em aguda restrição da competição; (ii) a compreensão de que essas exigências são mesmo afetas à qualificação técnica, encontrando abrigo na capacidade técnico operacional e não à qualificação econômico-financeira; e (iii) a premissa de que o edital não se descurou dos aspectos afetos à segurança na contratação e à qualidade na prestação dos serviços.

Note-se, quanto à capacidade técnico-operacional, que o Parecer Conjunto reconhece que embora uma primeira análise pudesse induzir ao entendimento de que deveria estar vinculada à experiência da pessoa jurídica que já tenha prestado serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, em sendo o contrato de concessão de serviço público licitado um contrato de investimento – que viabiliza a concretização de interesses coletivos por meio de recursos privados aportados pelo operador econômico – pode ser necessário ou mesmo mais relevante para o atendimento do interesse público a efetiva comprovação de experiência técnica centrada na captação de recursos.

Em termos ainda mais objetivos: estando diante de um contrato de investimento, não se ocupou a qualificação técnica apenas na experiência pretérita na prestação do serviço, mas na experiência própria a uma engenharia financeira complexa e indispensável para o cumprimento das desafiantes metas de universalização, conforme os estudos que embasaram a modelagem.

No mais, o Parecer Conjunto demonstra a validade da opção pela captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor⁵ como requisito de qualificação técnica e não de qualificação econômico-financeira, e isso com base em dois argumentos centrais: (i) se a capacidade operacional é a demonstração de experiência dos potenciais licitantes de que possuem aptidão para executar o objeto e se o objeto em um contrato de investimento tem como parcela de maior relevância a indispensável captação de recursos no mercado, a cláusula 22.11.1 está topograficamente bem localizada e sistemicamente bem enquadrada no item da qualificação técnica; e (ii) a demonstração da experiência na qualificação econômico-financeira exige a demonstração de documentos expressamente elencados no artigo 31 da Lei nº 8.666/93, estando vinculada a uma preocupação de que o licitante (enquanto pessoa jurídica apta a contrair direitos e obrigações), ostente musculatura econômico-financeira para suportar os futuros encargos, o que não é fundamento para a exigência constante no item 22.11.1. do instrumento convocatório.

Em suma: segundo os nobres pareceristas – em conclusão com a qual manifestamos integral adesão – a vinculação da exigência de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura é indispensável para o cumprimento das obrigações contratuais a serem assumidas, em estrita consonância com o disposto na parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal quando expressa que nas licitações públicas “somente serão permitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” e com o próprio entendimento da Procuradoria Geral do Estado, na parte inicial do Enunciado 39⁶.

⁵ Parecer Conjunto, no entanto, destaca que referência ao setor de infraestrutura de modo genérico (cláusula 22.11.1) poderá causar alguma dúvida em relação aos atestados que serão apresentados. Assim, recomendou-se inserir alguma explicação do que se considera como infraestrutura (ex: comunicações, energia, transportes, saneamento, portos, produção, distribuição ou refino de combustíveis...).

⁶ 1. As exigências de qualificação técnica têm por objetivo verificar, pela análise de sua experiência pretérita, se o licitante possui condições técnicas para executar a contento o objeto do certame, evitando que o Poder Público contrate com pessoas desqualificadas. 2. Tais exigências: (i) devem ser formuladas à luz do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, limitando-se àquelas que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais, em conformidade com os parâmetros estabelecidos pelo art. 30 da Lei n. 8.666/93; (ii) devem ser compatíveis com a complexidade do objeto licitado; (iii) exigem prévia motivação técnica quanto à sua necessidade, suficiência e pertinência dos parâmetros fixados, para não restringir a competitividade e assegurar a plena concorrência entre os participantes. 3. A

No tocante à qualificação técnico-profissional o edital validamente exige do licitante – mesmo daquele que ostente perfil de investidor – a demonstração de que 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, atendendo à insuperável premissa de que deve o Poder Concedente zelar para a prestação de um serviço público adequado, conforme determina expressamente o § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/95.

De todo modo, o Parecer Conjunto não deixa de registrar que a importância da inserção de requisitos de qualificação objetiva na capacidade técnico-profissional, exigindo experiência no objeto com 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, a teor do disposto no art. 30, 1º, I, da Lei nº 8.666/93.

Reitere-se que comprovação da qualificação técnico-profissional, na forma da cláusula 22.11.2 do edital deverá ser viabilizada por meio de (i) atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado; (ii) acompanhados da CAT – Certidão de Acervo Técnico, que é documento comprobatório da aptidão do profissional em relação aos serviços executados e registrados em suas Anotações de Responsabilidade Técnica. Trata-se, no entanto, de exigência voltada a comprovação da capacidade técnico-profissional para obras e serviços de engenharia, de modo que o Parecer Conjunto registra ser necessário confirmar se os atestados que serão exigidos do Diretor Operacional e do Superintendente Operacional são experiências de obras e serviços de engenharia que podem justificar a emissão da CAT.

É assim que, objetivamente, o edital veicula uma dupla experiência a fim de assegurar a execução do objeto e a prestação de um serviço público adequado: (i) experiência na captação de recursos no mercado; e (ii) experiência reconhecida de profissional com a operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários.

Feitos os apontamentos acima, o Grupo de Trabalho atesta o brilhantismo do Parecer Conjunto nº 01/2020 – ARCY/FAG, no que reitera todas as demais conclusões e recomendações formalizadas no referido pronunciamento.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 2020.

RAFAEL ROLIM DE MINTO
Subprocurador-Geral do Estado

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK
Procurador do Estado

THIAGO CARDOSO ARAÚJO
Procurador do Estado

RAFAEL LIMA DAUDT D'OLIVEIRA
Procurador do Estado

qualificação técnica inclui tanto a capacidade técnico-operacional, que é relacionada à sociedade empresária, quanto a capacidade técnico-profissional, concernente a sua equipe técnica e/ou responsável técnico.

NATHALIE CARVALHO GIORDANO MACEDO
Procuradora do Estado

VISTO

P.A n° SEI-120207/000707/2020

Visto. Aprovo o bem lançado Parecer Conjunto 01/2020 – ARCY/FAG, de lavra dos i. Procuradores do Estado André Rodrigues Cyrino e Flávio Amaral Garcia, devidamente apreciado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE n° 4.610/2020, por meio do qual analisada sob o ângulo estritamente jurídico, na forma do art. 38, p.u. da Lei n° 8.666/93, e a partir de consulta formulada pelo Exmo. Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais Marcelo Lopes, a minuta Edital de Concorrência Internacional para a Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro.

Reitero aqui o brilhantismo do Parecer Conjunto em análise, que, de forma profunda e didática, realizou minuciosa análise da minuta de instrumento convocatório, vinculado a relevantíssimo projeto para a universalização do serviço de saneamento no Estado do Rio de Janeiro.

É assim que, sem prejuízo de todas as demais considerações veiculadas no Parecer Conjunto (com as quais manifesto a minha integral concordância), reforço os quatro pontos desenvolvidos na manifestação de encaminhamento do Grupo de Trabalho instituído com a finalidade de dar suporte jurídico e acompanhamento do projeto de desestatização dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário, notadamente:

- (i) aspectos sensíveis ligados à posição do Estado do Rio de Janeiro no projeto, considerado o decidido pelo Supremo Tribunal Federal ADI n° 1.842/RJ;
- (ii) aspectos ligados às outorgas fixa e variável, que possuem vinculação com os argumentos veiculados quanto à posição do Estado no empreendimento;
- (iii) a necessidade de especial atenção quanto à restrição da concessão à área urbana, em razão de eventual necessidade de futura inclusão de áreas rurais, de modo a evitar criação de litigiosidade com o concessionário e, por consequência, trazer insegurança jurídica à execução do contrato.
- (iv) especial destaque conferido à qualificação técnica dos licitantes, que assume modelagem que escapa de esquemas tradicionais, uma vez que centrada: (a) na comprovação da captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor; e (b) na demonstração de requisitos de capacidade técnico-profissional, com a apresentação de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado acompanhado da respectiva CAT – Certidão de Acervo Técnico, que comprove 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.

À Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, em prosseguimento.

BRUNO DUBEUX

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Leitura conjunta necessária com o Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG. Considerações. Licitação deserta do Bloco 3. Exame da viabilidade jurídica de minuta de Edital de Concorrência Internacional do Bloco 3. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares de Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Observância dos requisitos formais e dos precedentes da PGE-RJ. Semelhança à consulta realizada anteriormente em relação à minuta do Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020.

1. Relatório e consulta

A presente consulta tem por objeto exame de minuta de edital de concorrência internacional para fins de concessão de serviços públicos de saneamento básico. Trata-se de desdobramento de licitação pretérita que foi parcialmente deserta. Refere-se à Concorrência Internacional nº. 01/2020, que visou implementar o projeto de desestatização do serviço de saneamento básico a partir da divisão dos Municípios interessados em quatro blocos. Referida concorrência teve seu edital analisado pelos subscritores do presente parecer (v. Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG) ao qual, desde já, remetemos como primeiro passo para a compreensão dos nossos posicionamentos.

Esta nova consulta se faz necessária porque o leilão dos blocos 1, 2 e 4 foi exitoso, garantindo outorga que somou R\$ 22,7 bilhões e um ágio médio de 133%.¹ O leilão referente ao Bloco 3, porém, não teve o mesmo destino, ocorrendo hipótese de licitação deserta.

Diante disso, para tentar tornar a oferta relativa a esse Bloco 3 mais atrativa aos investidores privados, e dar continuidade ao projeto de desestatização do serviço público de saneamento básico, foi celebrado novo contrato com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (Contrato nº 38/21 - SEI 21548218).

Nesse contexto, foram elaboradas as minutas do Edital (“Edital do Bloco 3”) e Anexos, inclusive a minuta do correspondente Contrato de Concessão (“Contrato do Bloco 3”), ora encaminhadas a essa especializada pela Secretaria de Estado da Casa Civil para análise.

Especificamente, refere-se aos seguintes documentos:

1. Edital de concorrência internacional e Anexos abaixo especificados (SEI 22458400):

- Modelo de cartas e declarações – Anexo II;
- Modelo de proposta comercial – Anexo III;
- Área da concessão – Anexo IV.

2. Contrato de concessão e Anexos abaixo especificados (SEI 22457999):

- Caderno de encargos – Anexo IV;
- Disposições para contratação de verificador e certificador independentes – Anexo V;
- Contrato de interdependência – Anexo VI;
- Estrutura tarifária e serviços complementares – Anexo VII;
- Disposições para a contratação de garantias – Anexo VIII;

¹ <https://www.ppi.gov.br/leilaoecedae>. Acesso em 01/10/2021.

- Conselho de Titulares – Anexo IX;
- Regramento do sistema de fornecimento de água – Anexo X;
- Contrato de constituição de conta vinculada – Anexo XI;
- Comitê de Monitoramento – Anexo XII;
- Diretrizes para elaboração dos fluxos de caixa para fins de reequilíbrio econômico-financeiro – Anexo XIII.

O trabalho foi distribuído pela Chefia da Procuradoria Administrativa da seguinte forma: (i) os subscritores do presente parecer ficaram encarregados do exame da **minuta do edital** e dos anexos II, III e IV; (ii) os Procuradores do Estado Alexandre Santos de Aragão e Gustavo Binenbojm ficaram encarregados de elaborar o parecer relativo à **minuta do contrato de concessão** e seus respectivos anexos.

Este parecer, voltado ao referido edital, será dividido em três partes. A primeira consiste em aduzir esclarecimentos gerais sobre a consulta (Tópico II). A segunda cuidará da análise das cláusulas constantes da minuta do Edital, com ênfase naquelas que sofreram alterações em relação ao Edital do leilão da Concorrência Internacional nº. 01/2020 (Tópico III). A terceira examinará os Anexos (Tópico IV).

2. **Esclarecimentos e recomendações iniciais gerais**

Considerando que a primeira licitação realizada em relação ao Bloco 3 foi deserta, natural que o presente arranjo (que inclui novo Edital e novo Contrato de Concessão) contenha alguns aspectos distintivos, notadamente para tornar o negócio mais atrativo aos investidores privados e para ampliar a competitividade.

Nada obstante, existem elementos gerais inerentes a qualquer Contrato de Concessão e Edital de Licitação, bem como aspectos específicos relacionados a esse projeto de desestatização, que já foram examinados no bojo do Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG (SEI-120207/000707/2020 – 10604908), cujo objeto foi a minuta do Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020².

Assim, o **primeiro esclarecimento** a ser feito consiste na reiteração de todos os apontamentos, sugestões e recomendações realizados naquela oportunidade. Por esse motivo, opinaremos apenas sobre as cláusulas que sofreram alterações em relação ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/20.

São, nesta toada, integralmente aplicáveis a esta consulta todas as considerações preliminares e a contextualização dos aspectos jurídicos do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto realizadas no âmbito do Parecer nº 05/ARCY/PG-17/2020 (SEI-140001/058793/2020 - 9153202).

O **segundo esclarecimento** é que o presente parecer examinará apenas os aspectos jurídicos da consulta, partindo das premissas e informações técnicas, econômicas e financeiras que constam do processo, em especial, da consulta formulada.

O **terceiro esclarecimento** diz respeito à necessidade de robustecer a instrução processual. O processo administrativo, até o presente momento, está instruído primordialmente com notas técnicas relacionadas à contratação do BNDES. Refere-se: à Nota Técnica AGOV/DENOR nº 07/2021 de 29 de junho de 2021 e à Nota Técnica AGOV/DENOR nº 09/2021 de 13 de julho de 2021.

É verdade que foi juntada Nota Explicativa da Secretaria de Estado da Casa Civil tratando da precificação do Projeto de Concessão dos serviços de saneamento do Bloco 3 (SEI 20132598). Todavia, além de não estar assinada (o que se recomenda), isso não basta.

Assim, **a primeira recomendação relevante** é que o presente processo administrativo seja instruído com as justificativas técnicas e econômicas acerca da integralidade do modelo adotado. É

² <http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos/grupo1/EDITAL.pdf>, acesso em 29/09/2021.

preciso que as eventuais alterações em relação à licitação anterior sejam devidamente justificadas, bem como finalizada a modelagem econômico-financeira.

Note-se, por exemplo, que a minuta do Edital do Bloco 3 ora **examinada não apresentou qualquer valor à título de outorga fixa mínima, garantia de proposta, garantia da execução, entre outros**. De fato, a ausência desses valores parece estar relacionada ao fato de que a modelagem econômico-financeira do projeto ainda não foi concluída, como se observa no e-mail de encaminhamento das minutas, redigido pelo BNDES (SEI 22458537). De todo modo, indispensável alertar quanto à necessidade de motivação das decisões. O iter decisório deve ser objeto de motivação como mecanismo de concretização da indispensável transparência do leilão a ser realizado.

Outro aspecto relevante é que **precisam ser apresentadas justificativas para as decisões relacionadas a posterior inclusão de novos Municípios no escopo do Bloco 3**. A licitação deserta acarreta a reavaliação de mecanismos de incentivos e de cumprimento de metas contratuais. Por outro lado, a inclusão de novos Municípios pode trazer uma complexidade adicional ao projeto, a qual deve se refletir na modelagem do Edital e do Contrato. **Tudo isso precisa ser objeto de justificativas no processo administrativo**.

Lembre-se que por ocasião do Parecer conjunto nº 01/2021-AHPSWM/FAG, concluiu-se pela necessidade de realização de nova consulta pública e audiência pública para a licitação do Bloco 3. E uma de suas principais premissas foi, justamente, a adesão de novos Municípios e a caracterização de licitação deserta. Isso reforça a necessidade de que as Notas Técnicas apresentem considerações sobre os impactos destes eventos sobre a nova modelagem econômico-financeira³.

Mais um indício da necessidade de robustecer a instrução processual está presente no próprio e-mail de encaminhamento das minutas pelo BNDES que indica **pendências** a serem resolvidas em certas previsões contratuais (SEI 22458537). Conforme consta do e-mail:

“1. Nestas minutas, ainda está sendo considerado apenas o abastecimento de água de Rio das Ostras no escopo da concessão, pois pende uma conclusão sobre a forma de incorporação do esgotamento sanitário do município; (...)

3. Ainda pende um aprofundamento das regras de gestão comercial da AP-5. Fizemos uma primeira reunião com a CEDAE sobre o assunto, mas aguardamos as informações que eles ficaram de nos fornecer sobre este tema;”

Ainda no âmbito das justificativas, o Edital aponta como aplicável a Lei nº. 8.666/1993. É certo que, com o advento da nova Lei de Licitações (Lei nº. 14.133/2021) o gestor pode optar, segundo os artigos 191 e 193, entre os dois estatutos. Faz sentido, de fato, a manutenção do regime sob a égide da Lei nº 8.666/93, porquanto os outros blocos foram licitados de acordo com aquelas regras. Confere-se, inclusive, maior segurança jurídica, quanto à regulação *ex post* dos contratos. Ademais, a própria posição adotada pelo Estado do Rio de Janeiro tem sido mais cautelosa em relação à aplicabilidade imediata da Lei nº 14.133/21⁴.

³ O Parecer conjunto nº 01/2021-AHPSWM/FAG concluiu da seguinte forma: “ainda que seja o mesmo projeto, o fato de novos Municípios aderirem ao Bloco 03 já seria razão mais do que suficiente para a realização de nova consulta pública e audiência pública. Também o fato de a licitação ter sido deserta para o Bloco 03, reforça a premissa de novo espaço de participação popular, permitindo que a sociedade, usuários, associações e os próprios operadores econômicos possam apresentar sugestões, apontamentos e críticas que, eventualmente, permitirão a compreensão para as razões do insucesso do Bloco 03;”

⁴ Sobre a questão da aplicação da Lei nº 14.133/21, o artigo 2º do Decreto Estadual nº 47.680 de 12 de julho de 2021 dispõe que serão aplicadas, na realização de procedimentos licitatórios e efetivação de contratos administrativos, a disciplina da Lei nº 8.666/1993, da Lei nº 10.520/2002 e da Lei nº 12.462/2011, até a edição de norma estadual que discipline a implantação gradual das disposições da Lei nº 14.133/2021, não sendo recomendável, ao menos por ora, a aplicação imediata da Lei nº 14.133/2021. Esse entendimento coincide com os Vistos aos Pareceres nº 21/21-GUB e nº 13/2021-

O **quarto esclarecimento** leva em consideração o estágio em que o leilão se encontra. A minuta de Edital encaminhada não levou em conta as considerações das audiências públicas de 13/10/2021 e 15/10/2021 (SEI 22687042). As audiências públicas possuem papel relevante de legitimação democrática, concretizando o princípio da publicidade, especialmente em processos de desestatização de serviços públicos, como é o caso do Bloco 3. Assim, é bem provável que a minuta ora em exame ainda será objeto de modificações que porventura decorram dos processos de consulta e audiência pública.

O **quinto esclarecimento** é que várias alterações decorreram de ajustes em razão do Bloco 03 estar sendo licitado isoladamente. Faz sentido, portanto, a exclusão ou modificação de cláusulas que correlacionavam os blocos, como por exemplo as cláusulas 1.2.4, 1.2.9, 1.2.18, 1.2.47, 1.2.56, 4.1, 5.1, 6.1, 13.2.1, 13.2.2, 15.1, 15.3, 19.9, 20.1, 21.2, 21.3, 21.4, 22.11.1, 22.11.1.1, 23.12.10, 25.11, 26.11, 26.12, 26.6, 27.1.1, 27.19, 28.1, 28.3, 28.3.2, 28.4, 28.5, 28.8, 29.10, 30.2.3, 30.2.6, 30.2.9.1, 30.2.19, 32.1, 33.1.1, 33.2.1, 36.6.1.

O **sexto esclarecimento** é que o presente parecer não examinará as condições do contrato firmado entre o BNDES e o Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de dar continuidade à estruturação e licitação do projeto de concessão do Bloco 3. A análise da contratação foi objeto do Parecer nº 17/2021-GAV (SEI 20715495), que concluiu pela possibilidade jurídica, com fundamento no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/1993.

Feitos os esclarecimentos, passa-se ao exame das cláusulas, com enfoque nas alterações que foram promovidas em relação ao edital anterior.

3. Análise da juridicidade da minuta do Edital de Concorrência Internacional do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto relacionada ao Bloco 3

3.1. Preâmbulo e disposições iniciais

3.1.1. Qualificação do Estado

O Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG, com fundamento na ADI nº 1.842/RJ e nos Pareceres de nºs 09/2019 ARCY/PG-17, 1A/2020 ARCY/PG-17 e nº 03/2020 – PGE/PG-17/ARCY, aprofundou a questão da titularidade do serviço de saneamento e o papel do Estado do Rio de Janeiro no projeto de concessão. Em síntese: o Estado não é titular do serviço, mas sim a Região Metropolitana e os Municípios não metropolitanos.

A despeito do alerta aprofundado pelo Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, inclusive, com sugestões de redação de diversas cláusulas, o BNDES parece ter seguido a linha de uma definição geral de “Estado” como representante do titular dos serviços públicos, seja na própria qualificação presente no contrato⁵, seja na cláusula 1.2.31⁶.

Apesar da qualificação do Estado do Rio de Janeiro e o termo definido no item 1.2.31 do Edital contemplarem as observações sobre a posição do Estado como representante dos titulares dos serviços delegados, mantemos as sugestões de redação já destacadas no Parecer conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

AHWM exarados por um dos subscritores do presente parecer e com artigo doutrinário elaborado em conjunto com o Procurador do Estado Rodrigo Zambão (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dois-aspectos-importantes-da-lei-14-133-21-regulamentacao-e-conivencia-de-sistemas-23042021>, acesso em 07/10/2021). Considerando que o projeto diz respeito à Região Metropolitana (não ao Estado do Rio de Janeiro), sequer seria aplicável o Decreto Estadual nº. 47.680/2021.

⁵ “O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, na qualidade de delegatário das funções administrativas de organização e promoção desta licitação, bem como da função de gestão contratual, com fundamento no artigo 175 da Constituição da República, (...)”

⁶ 1.2.31. ESTADO: Estado do Rio de Janeiro, representante dos titulares dos serviços, nos termos dos instrumentos de GESTÃO ASSOCIADA, mandatado para organizar, gerir e transferir a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na ÁREA DE CONCESSÃO;

Com o objetivo de evitar repetições desnecessárias, foram destacadas possíveis alterações nos itens 1.2.52 e 5.5 que na minuta atual correspondem aos itens 1.2.49 e 5.4 e nos itens 20.11, 20.15, 32.4 e 32.6 que mantiveram a numeração em ambas as minutas. Reitera-se que tais sugestões buscam sempre **incrementar a segurança jurídica do projeto.**

3.1.2. Disposições referentes ao pagamento da outorga fixa e variável

Seguindo na linha do exame das alterações trazidas no Edital do Bloco 3, não houve alteração nesse ponto na minuta sob análise e o Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020, de modo que remetemos às observações do Parecer conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

3.1.3. Área da concessão e as concessões pré-existentes

No que diz respeito à área de concessão, o termo foi definido no Edital do Bloco 3 no item 1.2.4, nos seguintes termos:

1.2.4. **ÁREA DE CONCESSÃO:** área urbana das sedes municipais e respectivos distritos urbanos, delimitada conforme o ANEXO IV e instrumentos de GESTÃO ASSOCIADA, onde os SERVIÇOS serão prestados pela CONCESSIONÁRIA, nos termos do CONTRATO. A área urbana a ser considerada é aquela delimitada nos Planos Diretores de cada município e, na ausência deste plano, no definido pela legislação municipal ou, por último, pelo IBGE, **excluídas as áreas rurais;**

Como é possível notar, a redação do item 1.2.4 passou a excluir expressamente da área de concessão as áreas rurais. Como destacado no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG⁷, a ausência de previsão clara poderia autorizar o gestor sobre a possível inclusão de áreas rurais na concessão. **Entretanto, a nova redação ainda não esclarece se áreas que, no futuro, se tornem urbanas passarão a integrar a concessão.**

Além da exclusão expressa das áreas rurais, a área da concessão no Bloco 3 sofreu importante alteração que merece ser comentada. O primeiro ponto diz respeito à **inclusão de treze novos Municípios no objeto da concessão**, são eles, Bom Jardim, Bom Jesus de Itabapoana, Carapebus, Carmo, Itaperuna, Macacu, Natividade, Rio das Ostras, São Fidélis, São José de Ubá, Seropédica, Trajano de Moraes, Vassouras, segundo consta do Anexo IV. Como já mencionado, os impactos de tais inclusões precisam ser devidamente justificadas pelo setor técnico.

Somados aos novos Municípios, os Municípios de Itaguaí, Paracambi, Pinheiral, Rio Claro, Seropédica e alguns bairros do Município do Rio de Janeiro compõem a área atual da concessão do Bloco 3. Esses bairros do Município do Rio de Janeiro integram a denominada Área de Planejamento 5 (“AP-5”), que já constava do edital anterior, mas que merece alguns apontamentos em face da modelagem ora apresentada.

⁷ “A definição restringe a concessão à área urbana. O ponto merece atenção do gestor, pois pode-se avaliar a necessidade futura de inclusão de áreas rurais. Isso pode gerar um contencioso futuro com a concessionária, que pode não desejar cobrir tais áreas, a despeito do eventual interesse público. **Além disso, há áreas que podem, eventualmente, no futuro, se tornarem urbanas, criando-se dúvida para saber se elas passam a integrar a concessão.**”

Primeiro: a AP-5 teve os serviços de esgotamento sanitário concedidos pelo Município do Rio de Janeiro à concessionária Zona Oeste S/A, em janeiro de 2012⁸, pelo período de 30 anos. Temos, portanto, uma concessão em curso no Bloco 3, o que pode gerar questionamentos sobre a viabilidade jurídica da manutenção dessa concessão pré-existente e a convivência entre essa concessão e o presente leilão.

Por ocasião da Concorrência Internacional nº 01/2020, havia, igualmente, concessões pré-existentes dos Municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, sobre as quais um dos subscritores do presente opinamento manifestou-se de forma detida no Parecer nº 01-A/2020-ARCY. Pela semelhança da situação concreta analisada, os fundamentos e conclusões são inteiramente aplicáveis ao presente caso. Da mesma forma que as concessões de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, o contrato de concessão da AP-5, firmado em 2012, é anterior à instituição da Região Metropolitana, que se deu com a Lei Complementar Estadual nº 184 de 2018, época em que os Municípios atuavam como titulares do serviço. Desse modo, assim como tais concessões, o contrato da AP-5 deve ser preservado enquanto ato jurídico perfeito, na forma do art. 6º, § 1º, da LINDB, protegido pelo artigo 5º, XXXVI, da CRFB, que constitui cláusula pétrea⁹.

Ou seja, é lícita a manutenção do contrato de concessão em curso celebrado pelo Município do Rio de Janeiro até o advento do respectivo termo final ou de outra causa extintiva, na forma proposta na modelagem do Edital. Na mesma linha, também não se vislumbra óbice jurídico para a posterior absorção do serviço de esgotamento sanitário da AP-5. Entretanto, recomenda-se, para fins de segurança jurídica, que o item 1 do Edital (que trata das definições) explicitie as áreas de concessão pré-existentes e quais serviços serão imediatamente assumidos nessas áreas, evitando futuras discussões acerca do equilíbrio econômico-financeiro.

Reforçando a necessidade de esclarecer os termos do Edital em relação aos serviços efetivamente contidos na AP-5, observamos que a minuta do contrato de concessão estabelece obrigações e direitos para o Estado (cláusula 23.2.22¹⁰) e para a Concessionária (cláusula 24.1.11¹¹) voltados a facilitar a futura integração da AP-5. Além disso, prevê-se o reajuste coordenado com o reajuste da AP-5 (cláusula 27).

Como se pode notar as interações com a concessão pré-existente na AP-5 afetam a esfera jurídica da licitante vencedora desde o momento da assinatura do contrato e, por isso, precisam estar bem definidas. Daí a necessidade de deixar mais clara a redação com a definição da área de concessão – ou de se fazerem remissões que explicitem isso.

A inclusão futura do Município de Rio das Ostras também merece destaque. Com efeito, a cláusula 32.4 da minuta do contrato prevê a possibilidade de expansão da área da concessão para contemplar, além da AP-5, e área contemplada na Parceria Público-Privada de esgotamento sanitário

⁸ http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105676/00.CONTRATODECONCESSAON001_2012.pdf, Acesso em 14/10/2021.

⁹ Nesse sentido o Parecer nº 1-A/2020-ARCY assim apontou: “Parece-me que os contratos de concessão em curso celebrados pelos municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim devem ser mantidos até o advento de seus respectivos termos finais ou de outra causa extintiva. A razão para isso é simples: trata-se de atos jurídicos perfeitos protegidos pelo artigo 5º, XXXVI, da CRFB, que constitui cláusula pétrea. O ato jurídico perfeito é o ato consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (cf: art. 6, § 1º, da LINDB). Entende-se por ato consumado aquele que já começou a produzir os seus efeitos antes do advento de alteração normativa ou jurisprudencial. No caso em exame, os contratos de concessão celebrados pelos municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, têm-se atos consumados, porque celebrados antes do advento da LC 184/2018, a qual repassou o poder concedente que, até então, era dos municípios para a Região Metropolitana.”

¹⁰ 23.2.22. Envidar os melhores os esforços voltados a facilitar a interação entre a CONCESSIONÁRIA e a operadora dos serviços de esgotamento sanitário da AP-5, em caso de eventuais aprimoramentos dos ajustes e acordos relativos à gestão comercial daquela área.

¹¹ 24.1.11. Interagir com a operadora dos serviços de esgotamento sanitário da AP-5 com vistas a eventuais aprimoramentos dos ajustes e acordos relativos à gestão comercial.

de Rio das Ostras¹². O Município de Rio das Ostras também teve o serviço de esgotamento sanitário concedido no passado, com a especificidade do contrato se enquadrar como parceria público privada, regida pela Lei nº 11.079/04. O Município encontra-se, portanto, na mesma situação da AP-5 e, por isso, devem ser aplicadas, todas as recomendações acima expostas.

Ainda sobre Rio das Ostras, anote-se que a municipalidade expressamente afirmou que “*não possui planos de prorrogar o contrato de concessão administrativa (PPP)*”, conforme o Ofício nº 446/2021-GAB (Processo nº 150001/006709/2021 – SEI 22549702). Essa manifestação é importante para o leilão do Bloco 3 porque Rio das Ostras não faz parte da Região Metropolitana e aderiu voluntariamente ao presente projeto de prestação regionalizada de serviços de saneamento. A manifestação serve para vincular expectativas, sem prejuízo de se buscar compromisso formal junto ao Município de Rio das Ostras no sentido de que não promoverá a prorrogação do contrato de concessão administrativa em vigor.

No item III.3 detalharemos algumas aparentes inconsistências presentes na redação do Anexo IV que trata da Área da Concessão.

3.1.4. Outros aspectos

Para fins de organização e coerência do Edital do Bloco 3, sugere-se que seja acrescido como subitem da cláusula 1 a definição do termo “*adjudicatária*”. O termo foi reproduzido em diversas cláusulas do Edital do Bloco 3, vide os itens 30.1, 30.2, 30.5, 30.7, 31.1, 31.2, 31.3 e 31.5, sem que tenha havido prévia definição do termo no instrumento.

3.2. Procedimento licitatório

O capítulo II do Edital se dedica ao procedimento licitatório. Para tanto, é subdividido em quatro temas: (i) Da comissão de licitação (item 9 do Edital); (ii) Esclarecimentos sobre o edital (item 10. do Edital); (iii) Impugnação ao edital (item 11 do Edital); (iv) Alterações no edital (item 12. do Edital). Em linhas gerais, não há maiores apontamentos a serem realizados, já que a grande maioria das sugestões veiculadas no Parecer conjunto nº 01-20/ARCY-FAG foram acatadas.

Desse modo, reitera-se as recomendações presentes no referido opinamento, em especial, a única que parece não ter sido reproduzida, referente ao item 9.2.1, no que diz respeito à definição do prazo de resposta das licitantes para esclarecimento sobre os documentos por elas apresentados.

3.3. Condições gerais

O capítulo III do Edital faz referência a condições gerais. Diante dos itens apresentados, que geralmente correspondem ao padrão das concorrências, observamos que houve uma alteração na redação do item 13.2. O item passou a listar como participantes admitidos na licitação, as seguintes entidades:

¹² 32.4. As PARTES desde já reconhecem a possibilidade de expansão da ÁREA DA CONCESSÃO para contemplar a concessão pré-existente do esgotamento sanitário da AP-5 e a Parceria Público-Privada do esgotamento sanitário de Rio das Ostras, com a extensão dos respectivos SERVIÇOS objeto deste CONTRATO à área adicionada, a partir do encerramento do referido contrato de concessão.

13.2. Para efeitos deste EDITAL, também terão sua participação admitida na presente LICITAÇÃO **as entidades fechadas ou abertas de previdência complementar, as instituições financeiras, fundos de investimentos e as empresas com atividade de investidoras financeiras.**

O item 13.2 do Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020 já previa tais entidades como potenciais participantes, acrescentando apenas os *trusts* e fundos de *private equity* e os Fundos de Investimento em Participação (FIP)¹³.

Apesar dessa alteração na redação no item 13.2 do Edital do Bloco 3, esses potenciais licitantes já tinham sua participação prevista nas cláusulas 22.6, 22.7 e 22.8, que dispõem sobre os requisitos de habilitação jurídica das licitantes, a qual trazia expressa menção a instituição financeira, entidade aberta e fechada de previdência complementar e fundo de investimento, respectivamente. Portanto, tudo indica que a alteração do item 13.2 se deu por mera adequação de redação, premissa essa a ser ratificada em motivação específica.

3.4. Garantia da proposta, proposta comercial e documentos de habilitação

O Capítulo IV do Edital disciplina as regras gerais de apresentação da documentação, a garantia de proposta, a proposta comercial, os documentos de habilitação, a participação em consórcio e a participação de licitantes estrangeiras.

3.4.1. Regras gerais de apresentação da documentação e garantia da proposta

O Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020 já havia sido publicado com todas as alterações sugeridas no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

Dessa forma, especificamente quanto às cláusulas 20.11 e 20.15, reiteram-se todas as observações já expostas naquela ocasião.

3.4.2. Proposta Comercial

A cláusula sofreu especial alteração nos **itens 21.8.5 e 21.8.6**. Como já referido anteriormente (**Tópico II.1.2**), o **critério de adjudicação** da licitação será o **maior valor da outorga fixa**, com previsão expressa no artigo 15, inciso II, da Lei nº 8.987/1995, e na própria cláusula 21.3 do edital. Essa outorga fixa terá seu pagamento dividido em três parcelas, na forma da cláusula 5.3 do Edital.

O item 21.8.5, que não possui previsão no Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020, foi incluído para passar a prever (i) uma data base para atualização da outorga fixa, caso a oferta se dê no valor mínimo; (ii) índice de atualização seguindo o IPCA; e (iii) fixou o termo final para incidência da correção proposta até a data de homologação do certame.

¹³ 13.2. Para efeitos deste EDITAL, também terão sua participação admitida na presente LICITAÇÃO: a) as fundações ou fundos cujo objeto, segundo regulamento próprio e a correspondente legislação aplicável, permita-lhes desempenhar as atividades previstas no CONTRATO; b) as entidades de previdência complementar; c) os Fundos de Investimento em Participações (FIP); e d) os trusts e fundos de private equity constituídos em conformidade com a lei de sua regência, observados os termos de seus atos constitutivos e organizacionais e segundo a lei de sua jurisdição.

A alteração pretende manter as condições financeiras da proposta comercial até o momento da homologação do certame. Sem embargo, podemos destacar **três possíveis inconsistências** que precisam ser sanadas. Veja-se a redação da cláusula 21.8.5 do Edital do Bloco 3 para melhor compreensão:

21.8.5. O valor mínimo da OUTORGA FIXA previsto no item 6.1 terá como data base [o] e será atualizado pelo IPCA até a data da homologação do certame para fins de pagamento da primeira parcela da OUTORGA FIXA não havendo impacto no valor da PROPOSTA COMERCIAL do LICITANTE, caso seja ofertado ágio sobre o valor mínimo da OUTORGA FIXA.

A **primeira aparente inconsistência** diz respeito à abrangência da cláusula 21.8.5. A leitura da cláusula leva a crer que apenas a primeira parcela da outorga fixa sofrerá correção monetária, já que a cláusula nada diz sobre a atualização monetária da segunda e terceira parcelas da outorga fixa, na forma prevista no item 5.3 do Edital¹⁴. Dessa forma, sugere-se que a redação do item 21.8.5 seja alterada para esclarecer sobre a atualização monetária das demais parcelas de outorga fixa.

A **segunda aparente inconsistência** tem relação com o termo final da correção monetária - que, segundo a redação do item 21.8.5, é a data de homologação do certame - e o pagamento da primeira parcela da outorga fixa. Adotando uma interpretação sistemática do Edital do Bloco 3, as datas de homologação do certame e de pagamento da primeira parcela da outorga fixa não coincidem.

O pagamento da primeira parcela da outorga fixa ocorrerá como condição para a assinatura do contrato, nos termos da cláusula 5.3 do Edital do Bloco 3. Seguindo na leitura do Edital, o cronograma de referência da licitação (cláusula 25.11) estabelece que essa comprovação do atendimento das condições do Edital pela licitante vencedora ocorrerá em até 60 dias da homologação do resultado da licitação. Ou seja, haverá um lapso de até 60 dias entre a homologação do resultado da licitação e a comprovação do cumprimento das condições de assinatura do contrato. Durante esse período, a redação da minuta do Edital do Bloco 3 leva a crer que não incidirá correção monetária.

A **terceira aparente inconsistência** está relacionada à parte final do item 21.8.5. O item apresenta redação confusa, pois parece condicionar a correção monetária apenas ao caso de a proposta comercial não apresentar ágio em relação à outorga fixa. Em outras palavras, a cláusula prevê correção monetária somente para os casos em que seja oferecido valor mínimo para a outorga fixa. Não se vislumbra motivo para que se faça essa diferenciação entre a proposta comercial com ou sem ágio. A correção monetária não representa qualquer acréscimo econômico na proposta, mas mera atualização do dinheiro no tempo.

Quanto à cláusula 21.8.6, o item foi acrescentado para disciplinar a hipótese de proposta comercial sem ágio sobre o valor mínimo da outorga fixa. A cláusula impõe que, se não houver ágio ou se o ágio for menor do que o índice de correção monetária proposto no item 21.8.5, o licitante vencedor deve se comprometer a pagar a outorga fixa no valor atualizado pelo IPCA, até a data da homologação do certame. Vejamos:

21.8.6. Caso não seja oferecido ágio sobre o valor mínimo da OUTORGA FIXA ou se o ágio for menor do que o valor da atualização monetária de que

¹⁴ 5.3. O pagamento do valor da OUTORGA FIXA será promovido diretamente ao ESTADO, representante dos titulares do serviço, e está dividido em 3 (três) parcelas. A primeira parcela, no valor de 65% (sessenta e cinco por cento) da OUTORGA FIXA, será paga como condição para assinatura do CONTRATO. A segunda parcela, no valor de 15% (quinze por cento) da OUTORGA FIXA, será paga até 2 (dois) dias úteis após a emissão do TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA. E, a terceira parcela, no valor de 20% (vinte por cento) da OUTORGA FIXA, será paga até o final do terceiro ano de vigência do CONTRATO, contado a partir da emissão TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA.

trata o item 21.8.5, o LICITANTE vencedor se compromete a pagar a OUTORGA FIXA no valor atualizado pelo IPCA até a data da homologação do certame.

A redação dos itens 21.8.5 e 21.8.6 precisa ser compatibilizada no sentido de que a correção monetária incida sobre o valor completo da outorga fixa. O item 21.8.5 leva a crer que a correção incidirá apenas sobre a primeira parcela e o item 21.8.6 tampouco esclarece o ponto. Outro alerta necessário diz respeito ao termo final da correção monetária, que, segundo as cláusulas, deve ocorrer com a homologação do certame. Entretanto, esse evento ocorrerá até 60 dias antes da assinatura do contrato, o que, na prática, pode representar um valor de outorga fixa mínima abaixo do previsto no Edital.

No mais, reiteram-se as sugestões presentes no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, em especial, o único ponto que não foi acatado, o qual propõe que a proposta comercial venha acompanhada de declarações de instituições financeiras ou mesmo auditorias independentes que atestem a viabilidade econômico-financeira da proposta comercial do licitante¹⁵.

3.4.3. Documentos de habilitação

3.4.3.1. Habilitação jurídica e qualificação econômico-financeira

A recomendação exposta no Parecer Conjunto nº 01-2020/ARCY-FAG sobre a inclusão da referência ao art. 28 da Lei 8.666/96 na cláusula 22.5 foi observada e, com isso, não se vislumbram maiores acréscimos a minuta do Edital do Bloco 3.

Quanto as exigências de qualificação econômico-financeira, não houve alterações significativas em relação ao Edital de Concorrência Internacional nº. 01/2020. Portanto, reiteram-se as observações presentes no Parecer conjunto nº 01-20/ARCY-FAG e o alerta sobre a necessidade de esclarecimentos da cláusula 22.10.4.

Outro ponto que merece esclarecimento diz respeito à circunstância de não terem sido exigidos outros documentos previstos no artigo 31 da Lei nº 8.666/1993, tais como (i) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social; (ii) índices contábeis que demonstrem a capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato; (iii) capital social ou patrimônio líquido mínimo que não exceda a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação. Frise-se que não se está a exigir que tais documentos sejam incluídos, mas apenas que a sua não previsão seja objeto de motivação específica.

Quanto ao ponto, reiteramos o terceiro esclarecimento do presente opinamento, no sentido de que a dispensa de outros documentos para fins de qualificação técnica demanda justificativa específica.

¹⁵ A título de exemplo cita-se o Edital nº 006/2013 de concessão para exploração da rodovia BR-040/DF/GO/MG, cláusula 9.4: “9.4 Juntamente com a Proposta Econômica Escrita devem ser apresentados os seguintes documentos: I. **uma carta de instituição ou entidade financeira que assessora a Proponente na montagem financeira do empreendimento, declarando que analisou o plano de negócios a ela apresentado pela Proponente e atesta sua viabilidade e exequibilidade**, com o conteúdo mínimo do Anexo 19 ao presente Edital, apresentando, ainda, um Termo de Confidencialidade celebrado entre a Proponente e a instituição ou entidade financeira, com o conteúdo mínimo do Anexo 21 ao presente Edital; e II. **uma carta de empresa de auditoria independente, registrada no órgão competente, declarando que analisou o Plano de Negócios** a ela apresentado pela Proponente e atesta a sua adequabilidade, sob os aspectos contábil e tributário, com o conteúdo mínimo do Anexo 20 ao presente Edital, apresentando, ainda, um Termo de Confidencialidade celebrado entre a Proponente e a empresa de auditoria independente com o conteúdo mínimo do Anexo 21 ao presente Edital.” (grifos nossos)

3.4.3.2. Qualificação Técnica

Quanto à qualificação técnica, foi mantido o modelo do edital de Concorrência Internacional nº 01/2020 – FAG-ARCY, centrado na (i) comprovação de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura; e (ii) demonstração de requisitos de capacidade técnico-profissional, de modo que também reiteramos todos os esclarecimentos e observações trazidos pelo Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

Diante da reprodução dos mecanismos de atração de licitantes capazes de cumprir as ousadas metas de universalização previstas artigo 11-B da Lei nº 14.026/20¹⁶ e da farta análise de tais mecanismos no Parecer conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, vamos nos ater aos pontos que representaram novidades em relação ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020.

O item 22.11.1 sofreu alteração da sua redação, ao subtrair a previsão de que os contratos aptos a comprovar a qualificação técnica tenham sido *devidamente celebrados*. Faz-se necessário o esclarecimento, já que a redação original admitia duas formas de comprovação (i) por atestado; (ii) por contrato. Deve ser esclarecido se o objetivo foi destacar a possibilidade do meio de prova do contrato conforme consta na cláusula 22.11.1.7.

Também foi excluída a referência aos exemplos no setor de infraestrutura. Merece justificativa a alteração em relação ao edital anterior. Note-se, ainda, que não consta o valor mínimo de captação de recursos, o que decorre, a princípio, ainda da indefinição dos aspectos econômicas. Cabe o alerta para a necessidade de definição do valor mínimo de captação de recursos.

A cláusula 22.11.1.2 admite o somatório dos quantitativos referentes a distintos empreendimentos e teve sua redação alterada para admitir expressamente o somatório do quantitativo também para as licitantes individuais ou organizadas em consórcio. A cláusula passou por adequações de redação para indicar que a comprovação do quantitativo será (i) proporcional ao percentual de participação da licitante na sociedade ao consórcio responsável pela **execução** do empreendimento objeto da atestação; (ii) do valor integral do atestado, no caso em que a participação da licitante seja superior a 50% (cinquenta por cento) nas sociedades ou consórcios responsáveis pela execução do empreendimento objeto da atestação.

A cláusula 22.11.1.3 foi alterada para prever regramento adicional em relação à comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes consorciados. Manteve-se a possibilidade de somatório de atestados entre as consorciadas, no entanto, foram acrescentadas duas disposições para a qualificação técnica das licitantes consorciadas. A cláusula 22.11.1.3 (i) dispõe que, caso a consorciada detenha no mínimo 30% de participação no consórcio, poderá se valer integralmente da atestação que faz jus; e o item (ii) determina que caso a consorciada detenha menos de 30% (trinta por cento) de participação no consórcio, poderá se valer da sua atestação proporcionalmente a sua participação no consórcio.

A redação da cláusula indica que as disposições da cláusula 22.11.1.2 devem ser cumuladas com os requisitos da cláusula 22.11.1.3 **para as licitantes consorciadas**. É possível cogitar que a alteração possua relação com o aumento da competitividade e atração de licitantes, tendo em vista a licitação deserta do Bloco 3. Inobstante a isso, essa inovação do edital (alterações das cláusulas 22.11.1.2 e 22.11.1.3) também depende de **justificativa técnica** do BNDES.

A cláusula 22.11.1.7, também incluída em relação ao edital original, disciplina que os atestados previstos no item 22.11.1 poderão ser complementados pela licitante, a seu critério, por meio da apresentação de contratos de financiamento ou outros documentos que esclareçam ou reforcem elementos da experiência objeto da atestação. A cláusula 22.11.1 do edital original admitia expressamente a comprovação por meio de contratos de financiamento. Deve ser esclarecido se o

¹⁶ Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

objetivo foi destacar o meio de prova por contrato de financiamento em cláusula própria, talvez para destacar e privilegiar a competitividade.

Entretanto, sugere-se que a cláusula seja adequada para prever algumas formalidades para os documentos apresentados, como a efetiva celebração do contrato, autenticação ou reconhecimento de firma para que se incremente a segurança dos documentos apresentados. A partir dessa adequação da cláusula, em princípio, não se vislumbra óbice jurídico para a disposição.

A cláusula 22.11.2 cuida da capacidade técnico-profissional, a qual deixou de exigir que a licitante possua profissional em seu quadro permanente, bastando a comprovação do vínculo profissional com a licitante. Na forma do item 22.11.2.2, esse vínculo deve ser comprovado por atestados que demonstrem o vínculo com a licitante, seja pela existência de relação de emprego, contrato de prestação de serviço ou carta de intenções, seja pela condição de administrador.

Como já referido no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, essa disposição encontra-se alinhada com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União¹⁷ e com a Súmula nº 272 do Tribunal de Contas da União¹⁸. Dessa forma, não se vislumbra óbice jurídico à alteração.

Entretanto, a cláusula suprimiu a exigência de que o atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado seja acompanhado da respectiva Certidão de Acervo Técnico (CAT). A exigência de CAT foi objeto de apontamentos no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, no qual destacamos que a necessidade de confirmar se a CAT seria documento apto a atestar a experiência profissional exigida no Edital.

Talvez a razão da supressão da exigência da CAT seja a natureza da experiência dos profissionais, que devem ter ocupado cargo de *diretor operacional ou superintendente operacional, em sociedade empresária responsável pela operação de sistemas de produção e distribuição de água e coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários, incluindo a prestação direta dos serviços para atendimento da população*. De todo modo, considerando que se trata de alteração importante em relação ao edital anterior, deve a supressão da Certidão de Acervo Técnico (CAT) ser objeto de justificativa.

O item 22.11.2.1 foi acrescido ao Edital para detalhar a qualificação profissional por meio de experiência vinculada ao objeto da licitação. O item determina que a comprovação da qualificação profissional se dá por atestado emitido em nome do profissional que tenha exercido (a) cargo executivo responsável pela operação de produção e distribuição de água, cumulado com (b) atestado emitido em nome do profissional que tenha exercido cargo executivo responsável pela coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários. Ao que tudo indica, parece ser um detalhamento mais preciso da capacidade técnico-profissional. De todo modo, trata-se de alteração importante em relação ao edital anterior, a merecer justificativa específica.

No ponto da qualificação técnica, especificamente quanto às cláusulas 22.11.1.2¹⁹, 22.11.2²⁰, 22.11.5²¹, reiteram-se todas as observações já expostas no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

¹⁷ “O vínculo do profissional qualificado não precisa, portanto, ser necessariamente trabalhista ou societário. É suficiente a existência de um contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum” (TCU, Acórdão nº 1.842/2013-Plenário).

¹⁸ Súmula 272 do TCU: “No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.”

¹⁹ A recomendação presente no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG foi no sentido de haja justificativa técnica quanto ao cabimento do somatório dos quantitativos, bem como em relação aos benefícios trazidos pela sua admissão na licitação e para a competição, sem prejuízo à segurança na fase de habilitação.

²⁰ O Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG destacou a necessidade de observância do disposto no art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/1993 no sentido de esclarecer se os requisitos de qualificação objetiva também foram observados.

²¹ O Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG apontou a necessidade de esclarecimento quanto à comprovação de transferência de acervo técnico em caso de alterações societárias, tendo em vista que, salvo melhor juízo, a capacidade técnico-profissional integra o acervo pessoal do responsável e não da pessoa jurídica.

3.4.3.3. Regularidade Fiscal e Trabalhista

Os requisitos previstos na cláusula 22.11, a respeito da regularidade fiscal e trabalhista, foram elaborados em observância ao disposto no artigo 29 da Lei nº 8.666/1993.

Reitera-se a recomendação presente no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG em relação às cláusulas 22.11.6 e 22.11.7, para que se explicita qual a certidão que deve ser apresentada (ex: certidão perante as respectivas Dívidas Ativas, certidão específica de um tributo), a fim de garantir maior segurança jurídica para quem participa da licitação como para quem julga.

3.4.3.4. Declarações

A cláusula 22.12 apresentou alterações que representaram mera adequação de redação. O item passou a descrever, nos exatos termos, o teor da declaração que consta no Anexo II-E, Declaração nº 02 (Ciência e Aceitação dos Termos do Edital e Ausência de Impedimento para Participar na Concorrência Internacional) e, por isso, reitera-se a recomendação do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG para que seja avaliada a inclusão de modelo de declaração de pleno atendimento aos requisitos de habilitação.

3.4.4. Participação em consórcio

Quanto à participação em consórcio, foram poucas as alterações promovidas pelo Edital do Bloco 03 sobre o tema. A cláusula 23.11 estabelece que cada consorciado deverá comprovar individualmente as suas condições de habilitação, salvo em relação às exigências de qualificação técnica, que poderão ser atendidas por qualquer das consorciadas. A inovação aqui reside na inclusão da expressão “*independentemente do percentual de participação no CONSÓRCIO.*”

O acréscimo se mostra salutar, já que o artigo 33, III, Lei nº. 8.666/1993 não exige, em momento algum, que a apresentação dos documentos de qualificação técnica seja realizada por consorciada que detenha percentuais pré-determinados de participação no consórcio. Entendemos que a instituição de tal exigência, sem justificativa adequada, poderia implicar em indevida restrição à competitividade no certame. O acréscimo ao edital reforça nosso posicionamento.

A cláusula 23.12 explicita as condições para apresentação de instrumento de constituição de consórcio, estando alinhado com o disposto no artigo 33 da Lei nº 8.666/1993 e artigos 19 e 20 da Lei nº 8.987/1995. Não houve significativa alteração do edital quanto ao ponto. Ressalve-se, todavia, a pontual alteração da cláusula 23.12.10, a qual impõe que a Sociedade de Propósito Específico (SPE) constituída para executar o projeto deve ter sede **exclusiva** no Município do Rio de Janeiro.

Novamente, não se vislumbram óbices jurídicos a tal modificação, sendo inclusive recomendável que a SPE tenha sede no Município, de modo a favorecer a verificação de regularidade de seu *status* societário perante a Junta Comercial.

Ainda, a cláusula 23.15 reproduz integralmente a vedação à inclusão, substituição, retirada, exclusão ou alteração da participação de qualquer consorciada, desde a data de entrega dos volumes até a assinatura do contrato. *A contrario sensu*, possível inferir que seria viável a alteração da composição ou constituição do consórcio após a assinatura do contrato.

Conforme destacamos no Parecer Conjunto nº 01/2020 – ARCY-FAG, sugere-se que essa possibilidade seja explicitada no edital, deixando claro que eventual modificação da composição societária após a assinatura do contrato dependerá de anuência prévia do Concedente.

Por fim, a cláusula 23.16 determina que não será admitida restrição ao número de consorciadas, incorporando textualmente a recomendação sugerida no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

Naquela oportunidade, consignamos que não se justifica a interpretação de que a participação de empresas estrangeiras por meio de consórcio tenha que, necessariamente, envolver uma empresa brasileira. A despeito disso, o edital do Bloco 03 foi omissivo quanto ao ponto, de modo que reiteramos a recomendação de que o edital deve admitir em cláusula específica o consórcio entre empresas estrangeiras.

3.4.5. Participação de licitantes estrangeiras

Não houve alterações substanciais quanto à participação de licitantes estrangeiras no edital de concorrência internacional do Bloco 03.

Apenas houve pontual modificação da cláusula 24.12, que trata da apresentação dos documentos de habilitação pelas matrizes ou respectivas filiais de licitantes estrangeiras. Em linha com a nossa recomendação no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, o referido item incluiu referência explícita ao § 4º do art. 32 da Lei nº 8.666/1993, que exige autenticação pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativamente ou judicialmente.

Reiteramos, por fim, nossa recomendação pretérita de que a divulgação da licitação ocorra também no exterior, a fim de que potenciais empresas estrangeiras também possam ter conhecimento do certame e, eventualmente, acudir interesse em participar.

3.5. Procedimento de análise e julgamento

3.5.1. Cronograma referencial da licitação

Não foram promovidas modificações substanciais nos eventos que integram o cronograma referencial da licitação. Quanto ao ponto, reiteramos nossa recomendação trazida pelo Parecer Conjunto nº 01/2020 – ARCY-FAG, de que, nos eventos 9 e 10, referentes ao termo final para julgamento de impugnações para licitante e não-licitante, haja a adequação da nomenclatura utilizada.

Também se vislumbram pontuais supressões na referência aos eventos 13 e 14, a fim de adequar o objeto do edital, que apenas abrange a concorrência internacional do Bloco 03, com uma única licitante vencedora. Trata-se de mera modificação gramatical, diante da licitação deserta referente ao Bloco 03.

Reitera-se, ainda, a necessária justificativa acerca da garantia de proposta ser apartada em envelope próprio e aberta em momento anterior à proposta comercial e dos documentos de habilitação.

3.5.2. Sessão de abertura da licitação

A cláusula 26 não apresentou alteração substancial no Edital do Bloco 3, houve apenas adequações da redação para o novo objeto da concorrência internacional. Por isso, nos atemos a reiterar as observações do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

3.5.3. Abertura, exame e julgamento das propostas comerciais

Não houve alterações significativas quanto ao ponto, de modo que notamos apenas a readequação da cláusula 27.20 e supressão de duas cláusulas oriundas do edital pretérito, a fim de o instrumento abranja apenas o Bloco 03.

A cláusula 27.11 elenca as hipóteses de desclassificação das propostas comerciais. Quanto ao ponto, reiteramos integralmente nossa recomendação de que haja expressa referência ao princípio do formalismo moderado, trazida pelo Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

Inclusive, a omissão acerca do referido princípio na fase de julgamento das propostas também não se justificaria, à luz da interpretação sistemática do edital do Bloco 03. É que, como se verá, a cláusula 28.8 trouxe expressa previsão do princípio em relação à fase de habilitação. Ora, se o princípio se aplica para a fase de habilitação, não há razão para não o estender à fase de julgamento, que lhe precede. A inclusão traria maior segurança jurídica, já que, independentemente da previsão expressa, sua aplicação pode ser extraída do princípio da eficiência.

No mais, as demais cláusulas que fazem referência ao procedimento de julgamento das propostas comerciais foram praticamente reproduzidas na íntegra.

Registre-se pontual alteração de redação da cláusula 27.13, a qual indicou explicitamente a competência da Comissão da Licitação para recebimento das propostas, sobretudo quando existir apenas uma licitante classificada. **Não vislumbramos efeitos jurídicos quanto a alteração, que parece ser mera adequação redacional.**

A cláusula 27.15 manteve como critério de julgamento o maior valor de outorga fixo, admitindo inclusive etapas de lance viva-voz entre estas licitantes, caso existam propostas com valor de até 20% (vinte por cento) menor do que o da proposta classificada em primeiro lugar, em linha com o artigo 18-A, I, da Lei 8.987/1995 e artigo 12, § 1º, II, da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas). Reitere-se, quanto ao ponto, nossa recomendação de que tal percentual seja devidamente esclarecido e justificado.

A cláusula 27.16.4 reproduziu as mesmas condições para a oferta de lances em viva-voz, bem como a vedação à oferta de lances intermediários. Não houve, contudo, definição do conceito de “lances intermediários” pelo certame, que pode ser extraída do art. 17, §2º, I, da Lei no 12.462/2011. Reiteramos nossa sugestão de que conste na cláusula de definições o conceito do que se entende por lance intermediário na presente licitação, bem como a justificativa para a sua vedação na etapa de lances viva-voz.

A seu turno, a cláusula 27.18, que trata da possibilidade de oferta de lances orais e ratificação dos lances finais, sofreu substanciais acréscimos.

Diante da orientação sanitária de isolamento social durante o período de pandemia global, consideramos salutar a referência à possibilidade de oferta de lances de forma eletrônica, no primeiro dia útil subsequente ao da realização da sessão pública do leilão. A fim de promover o registro e controle social dos lances ofertados, o edital caminha bem ao exigir que a participante credenciada assine a ata emitida pela Comissão de Licitação, de modo a formalizar os lances ofertados via correio eletrônico.

3.5.4. Abertura, exame e julgamento dos documentos de habilitação

Não se vislumbram alterações significativas quanto à etapa de habilitação do certame, cujas cláusulas 28 e seguintes reproduziram o **sistema de pós habilitação**. Apontamos apenas mera

adequação redacional das cláusulas 28.1, 28.3, 28.3.2, 28.4 e 28.5 e supressão da cláusula 28.7, a fim de que o instrumento abranja apenas o Bloco 03.

Em linha com as nossas recomendações no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, o edital sob exame incorporou explícita referência ao princípio do formalismo moderado, na cláusula 28.8, a qual é salutar para a correção de vícios formais e procedimentais, propiciando eficiência ao certame.

No mesmo tom, a cláusula 28.7 incorpora a orientação de que, em caso de apenas uma licitante participar do certame, seja admitida a correção de vícios de documentação de habilitação, o que evita o risco de licitação frustrada.

3.5.5. Recursos

Não vislumbramos alterações substanciais da sistemática recursal do certame, o qual mantém a adoção da **fase recursal única**.

Consideramos salutar a inclusão expressa da autoridade competente para julgamento do recurso, constante da cláusula 29.6.1 do edital, em linha com a orientação que exaramos no Parecer Conjunto nº 01-2020/ARCY-FAG. Quanto ao ponto, vale reiterar a sugestão de que seja incluída expressa previsão à autoridade competente para adjudicação e homologação do certame, a qual segue omissa no edital.

Também reiteramos integralmente a sugestão de que seja previsto expressamente o efeito suspensivo do recurso administrativo, em linha com o §2º do art. 109 da Lei nº 8.666/1993. O edital é silente quanto ao ponto, o que não afasta a incidência do dispositivo, conforme já tivemos a oportunidade de demonstrar no Parecer Conjunto nº 0-20/ARCY-FAG.

3.6. Condições para formalização do contrato

Nesse ponto, reiteramos a observação geral acerca da necessidade de inclusão do termo “*adjudicatária*” nas definições do Edital, bem como que seja realizado esclarecimento acerca da relevância da mudança do termo “*licitante vencedora*” por “*adjudicatária*”.

3.6.1. Convocação para celebração do contrato

Os itens 30.1, 30.4 e 30.5, que versam sobre prazos para convocação e assinatura do CONTRATO, estão em consonância com o disposto no art. 64 da Lei no 8.666/1993.

A cláusula 30.2.2 descreve os elementos que devem integrar a estrutura acionária e de gestão da SPE. Reiteramos a observação realizada no âmbito do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, no sentido de que deve ser avaliado pelos responsáveis pela modelagem se valeria a pena cogitar da inclusão dos seguintes elementos: (i) descrição dos atos que deverão, necessariamente, ser objeto de prévia autorização do Poder Concedente; (ii) o exercício financeiro da concessionária coincidir com o ano civil; (iii) a observância obrigatória do compromisso com princípios de governança corporativa e com a adoção de contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas; (iv) a identificação das partes relacionadas.

O subitem 30.2.3 irá prever os valores mínimos de subscrição e integralização do capital social da SPE, exigindo a sua comprovação. Nesse ponto, apenas reiteramos o esclarecimento já realizado quanto à necessidade de motivação do valor que for determinado.

A cláusula 30.2.8, que trata das Câmaras Arbitrais possíveis de escolha para eventual procedimento de arbitragem do Contrato parece ter suprimido duas possibilidades (em relação à minuta que havia sido submetida para análise no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG). A minuta anterior indicava a possibilidade de cinco câmaras: i. CAESP; ii. CAM-CCBC; iii. CBMA; iv. Câmara da FGV de Mediação e Arbitragem; e v. CAMARB.

A minuta atual, ao revés, indica três possibilidades: i. Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA; ii. Câmara da FGV de Mediação e Arbitragem; iii. Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial-Brasil – CAMARB. É preciso que seja justificado o motivo pelo qual foram suprimidas as duas câmaras (CAESP e CAM-CCBC).

A cláusula 30.2.9.1, seguindo a alteração realizada na Cláusula 22.11.2, que abandonou a exigência da CAT (Certidão de Acervo Técnico) para demonstração da experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários, também dispensou a necessidade de apresentação da CAT para a celebração do contrato, bastando que se demonstre que a SPE possui vínculo com profissional de nível superior, que tenha experiência, no mínimo, na atuação em cargos executivos seniores, nos termos apontados na cláusula.

Foi suprimida a previsão de eventual substituição do profissional indicado na fase de habilitação, como constava da minuta que foi submetida à análise à época do Edital de Concorrência Internacional nº. 01/2020. É certo que, conforme indicado no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, o esperado é que o profissional responsável seja o mesmo indicado na fase de habilitação. Assim, recomenda-se seja esclarecido se a supressão da referida cláusula indica a impossibilidade de substituição independentemente de justificação. E, caso seja essa a opção, quais as consequências de eventual impossibilidade do profissional originariamente indicado na fase de habilitação.

Também parece ter sido suprimida a antiga cláusula 30.2.9.2, que admitia a substituição do profissional durante a execução do contrato. Assim como mencionado quanto à cláusula anterior, é preciso que sejam aferidas as consequências acerca de eventual impossibilidade de continuidade do profissional indicado. Além disso, caso seja mantida a possibilidade de substituição, mantemos a recomendação de que essa dependerá de prévia aprovação do Poder Concedente, que precisará, necessariamente, verificar a experiência do novo profissional indicado.

A cláusula 30.2.9 também sofreu outras alterações, de modo a esclarecer que o vínculo do profissional à SPE pode ter diferentes formatos: relação de emprego, administrador, prestador de serviços ou carta de intenção, com apresentação das respectivas provas (cláusulas 30.2.9.3, 30.2.9.4 e 30.2.9.4.1). Apesar de mantida a possibilidade de vínculo por carta de intenção, foram suprimidas as condições previstas na cláusula 30.2.14.2, o que deve ser justificado.

3.6.2. Da concessionária

Conforme já indicado no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, as estipulações desse tópico estão alinhadas com a racionalidade de uma Sociedade de Propósito Específico, que deve ter por objeto e razão de existir a atividade que se prestou a executar.

3.6.3. Garantia de execução do contrato

A cláusula 32.2 não parece apresentar inovações em relação à minuta já analisada por essa especializada, motivo pelo qual reiteram-se as observações feitas naquela oportunidade. Cabe ressaltar apenas a necessidade de justificativa do eventual valor apresentado no item 32.1. Além disso, a alteração realizada na cláusula 32.7 não parece ter modificado substancialmente seu conteúdo, mas apenas parece ter sido realizada para uniformizar a redação em relação à cláusula 17.4 do Contrato.

3.6.4. Ressarcimento dos estudos vinculados à concessão

tópico 33 é a materialização do disposto no art. 21 da Lei no 8.987/1995²² e sofreu alteração em relação ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020. Naquele Edital, foram previstas duas parcelas de pagamento: (i) R\$ 1.800.000,00 correspondente aos estudos relacionados à concessão; e (ii) R\$ 7.703.807,31, a título de ressarcimento. No Edital do Bloco 3, que ora se examina, a sistemática de ressarcimento e remuneração proposta pelo BNDES envolve três parcelas: remuneração fixa²³, remuneração variável²⁴ e ressarcimento de custos com terceiros²⁵ (Nota AGOV/DENOR nº 07/2021 e Nota AGOV/DENOR nº 09/2021 – SEI 20132598).

Essa diferença na estrutura de remuneração encontra-se justificada na Nota AGOV/DENOR nº 07/2021 e na Nota AGOV/DENOR (SEI 20132598) nos seguintes termos:

“As principais mudanças introduzidas fazem parte do reposicionamento estratégico do BNDES na atividade de prestação de serviços, expandindo sua atuação para novos setores, ampliando e equilibrando sua carteira de projetos. Para tanto, é essencial que a precificação dos serviços do BNDES torne a atividade de estruturação de projetos sustentável, sob a ótica de portfólio.

Portanto, a precificação que vigorava em 2017, e praticada no Contrato com o Estado do RJ CEDAE nº 17.2.0389.1, refletia um posicionamento do BNDES no mercado de estruturação de projetos ainda limitado quando comparado ao presente período. Por isso, **ainda não havia parâmetros consolidados para estimar tempo e recursos a serem dedicados nas atividades de estruturação de projetos. Adicionalmente, a estrutura de prestação de serviços da instituição era proporcionalmente limitada quando comparada às demais atividades-fim, além de representar uma demanda limitada por recursos de outras áreas-meio.**”

Observada a justificativa técnica para a alteração na estrutura de remuneração, passamos à análise das cláusulas presentes no Edital do Bloco 3.

A cláusula 33.1 do Edital do Bloco 3 estabelece que a sistemática de remuneração proposta está prevista no Contrato nº 21.2.0562.1, celebrado entre o BNDES e o Estado do Rio de Janeiro (“Contrato BNDES”).

O item 33.2 prevê que as valores devidos ao BNDES a título de remuneração e ressarcimento (i) deverão ser considerados pelos licitantes para a formulação das propostas comerciais (subitem 33.2.1); (ii) serão pagos diretamente ao BNDES pela licitante vencedora (subitem 33.2.2); (iii) não estão submetidos ao valor da outorga fixa (subitem 33.2.3).

²² Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

²³ “**3.1.1. Remuneração fixa** Os valores a título de “Remuneração Fixa” têm por objetivo compensar parcialmente os custos diretos do BNDES com a estruturação do projeto, não havendo, portanto, qualquer componente de ganho econômico (lucro) para o BNDES.” (Nota AGOV/DENOR nº 07/2021– SEI 20132598)

²⁴ “**3.1.3. Remuneração variável** A Res. Dir. nº 3.736/2021 – BNDES estabeleceu que a remuneração variável para projetos de concessões e PPPs será equivalente ao valor da base de cálculo x tabela de alíquotas, sendo que estas variáveis são calculadas da seguinte forma: Valor da base de cálculo: Será obtido pela adição: (i) do valor apurado a título de pagamento de OUTORGA (no caso de outorga parcelada, o somatório nominal dos primeiros cinco anos), conforme proposto pelo vencedor da licitação realizada para a estruturação do Empreendimento; com (ii) o valor estimado do somatório nominal do investimento (CAPEX) projetado para os cinco primeiros anos, conforme apontado na conclusão dos estudos técnicos realizados pelo BNDES e aprovados pelo Cliente.” (Nota AGOV/DENOR nº 07/2021– SEI 20132598)

²⁵ “**3.2. Ressarcimento** O BNDES deverá ser ressarcido pelos gastos incorridos com a contratação de serviços técnicos de consultorias, bem como outros custos necessários à composição do Projeto de Estruturação, para cada projeto em referência.” (Nota AGOV/DENOR nº 07/2021– SEI 20132598)

A redação do subitem 33.2.3 explicita que os valores de ressarcimento e remuneração não serão descontados do valor da outorga fixa destinada ao Estado e aos titulares dos serviços de saneamento básico.

O item 33.3 previu o valor estimado de remuneração fixa em até R\$ 1.950.000,00. O valor encontra-se previsto na cláusula terceira, item I, (a), do Contrato BNDES²⁶ (SEI 21548218). Entretanto, observamos que esse valor não encontra justificativa na Nota AGOV/DENOR nº 07/2021 e Nota AGOV/DENOR nº 09/2021 (SEI 20132598).

Outra observação sobre o item 33.3 diz respeito à sua redação. O termo “parcela fixa” pode gerar confusão com outras cláusulas do Edital, como as parcelas da outorga fixa. Recomenda-se, portanto, que (i) seja utilizado o termo “remuneração fixa”, presente Nota Técnica AGOV/DENOR nº 07/2021; e (ii) conste como termo definido no Edital do Bloco 3 e, se for o caso, no contrato.

O subitem 33.3.1 determina a atualização monetária de acordo com o IPCA, o que está de acordo com a cláusula terceira, parágrafo primeiro, do Contrato BNDES²⁷ (SEI 221548218) e indica como data-base o mês de agosto de 2021.

A cláusula 33.4 dispõe sobre o ressarcimento dos gastos incorridos pelo BNDES com a contratação de serviços de terceiros e determina que a licitante vencedora comprovará o pagamento de tal ressarcimento. Segundo a cláusula quarta do Contrato BNDES (SEI 21548218) esse valor corresponde até R\$ 1.151.564,00²⁸ e a Nota Técnica AGOV/DENOR nº 07/2021 afirma que se refere à contratação do Consórcio vencedor Fator/Concremat/VG&P – Saneamento Rio de Janeiro. Em linhas gerais, a cláusula e seus subitens estabelecem o pagamento do ressarcimento como condição para assinatura do contrato, em consonância com a cláusula quinta, parágrafo primeiro, I do Contrato BNDES²⁹ (SEI 21548218) e o IPCA como índice de correção monetária, o que está em consonância com a cláusula quarta, parágrafo primeiro do Contrato BNDES (SEI 21548218).

Destacamos que o subitem 33.4.1 dispõe sobre o ressarcimento de despesas desembolsadas pelo BNDES até a assinatura do contrato. Já o subitem 33.4.2 dispõe sobre o pagamento de ressarcimento residual pelas despesas desembolsadas pelo BNDES após a assinatura do contrato de concessão.

O subitem 33.4.3 pretende estabelecer uma estimativa dos valores de ressarcimento pelos desembolsos do BNDES e pretende fixar data de referência para incidência da correção monetária. O subitem não apresenta o valor estimado e não fixa quais seriam essas datas. Além disso, a redação da parte final do subitem dispõe que às despesas dos subitens 33.4.2 e 33.4.3 serão “*somadas às despesas restantes estimadas para pagamento pelo BNDES no âmbito da estruturação da concessão.*” Não

²⁶ **TERCEIRA REMUNERAÇÃO**

O CLIENTE pagará ao BNDES, observado o disposto no Anexo I e na Cláusula Quinta (Pagamento), como retribuição pela prestação dos serviços descritos na Cláusula Primeira (Natureza e Finalidade):

I - Em caso de sucesso do Projeto, de acordo com o Parágrafo Segundo desta Cláusula, a soma dos valores estipulados nas alíneas “a” e “b” abaixo:

a) parcela fixa equivalente a R\$ 1.950.000,00 (um milhão novecentos e cinquenta mil reais); e;

²⁷ **TERCEIRA REMUNERAÇÃO (...)**

PARÁGRAFO PRIMEIRO Os valores de remuneração descritos na alínea “a” do inciso I e no inciso II do caput desta Cláusula serão reajustados a cada período de um ano, contado a partir da data do início da vigência deste Contrato, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA ou por outro índice oficial que venha a substituí-lo ou, na ausência de substituto, pela média simples dos principais índices econômicos que apuram a inflação.

²⁸ **QUARTA RESSARCIMENTO DE GASTOS COM TERCEIROS**

Observado o disposto no Anexo II e na Cláusula Quinta (Pagamento), o CLIENTE se obriga a ressarcir o BNDES pelos gastos incorridos com terceiros, no valor de até R\$ 1.151.564,00 (Um milhão, cento e cinquenta e um mil, quinhentos e sessenta e quatro reais) corrigidos conforme os Parágrafos Primeiro e Segundo desta Cláusula.

²⁹ **QUINTA PAGAMENTO**

Cabe ao CLIENTE o pagamento dos valores descritos na Cláusula Terceira (Remuneração) e na Cláusula Quarta (Ressarcimento de Gastos com Terceiros). **PARÁGRAFO PRIMEIRO** Em caso de sucesso do Projeto, a obrigação de pagamento descrita no inciso I da Cláusula Terceira (Remuneração) e na Cláusula Quarta (Ressarcimento de Gastos com Terceiros), deverá: I - ser imputada ao vencedor do certame como condição prévia à celebração do contrato de concessão decorrente;

ficam claras quais despesas adicionais seriam essas. Em prestígio à segurança jurídica do certame, recomenda-se que sejam especificadas tais despesas, com referência à cláusula do contrato de concessão, caso houver.

Também é cabível alerta quanto as datas a serem fixadas como referência para incidência da correção monetária. Como as datas ainda não foram inseridas, é preciso especial cuidado para que haja compatibilidade entre os subitens 33.4.1 a 33.4.4, evitando-se uma dupla incidência do índice de correção.

A cláusula 33.5 determina que a licitante vencedora deverá comprovar o pagamento do valor da parcela variável de remuneração de acordo com a fórmula apresentada no Edital. Um primeiro alerta é que as alíquotas presentes na tabela para o cálculo da remuneração variável não correspondem às alíquotas presentes na cláusula terceira I, (b) do Contrato BNDES (SEI 21548218). É necessário que essa diferença entre as alíquotas seja corrigida ou, ao menos, justificada.

Uma segunda observação diz respeito ao termo “*parcela variável*” que pode causar confusão na sistemática do edital. Nesse sentido, recomenda-se que seja utilizado o termo “*remuneração variável*”, presente nas Nota AGOV/DENOR nº 07/2021 e Nota AGOV/DENOR nº 09/2021 (SEI 20132598) e que conste como termo definido no Edital e, se for o caso, no contrato.

Outra observação possível diz respeito ao momento em que o licitante vencedor deverá comprovar o pagamento da remuneração variável. Esse pagamento seria condição para a assinatura do contrato de concessão? A cláusula quinta, parágrafo primeiro do Contrato BNDES (SEI 21548218) leva a crer que sim. Entretanto, como o Contrato BNDES não integra os anexos do Edital, é recomendável que a cláusula preveja expressamente o pagamento da remuneração variável como condição para assinatura do contrato.

3.7. Disposições finais

3.7.1. Comunicações

Não vislumbramos, em tese, quaisquer observações ou óbices jurídicos quanto ao conteúdo deste tópico.

3.7.2. Contagem dos prazos

Não vislumbramos quaisquer observações ou óbices jurídicos quanto ao conteúdo deste tópico, que está de acordo com o disposto no art. 110 da Lei no 8.666/1993³⁰.

3.7.3. Disposições diversas

Em linha com a sugestão realizada no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, foi introduzida a cláusula 36.2. O mesmo se diga quanto à redação da Cláusula 36.7.1 (atual 36.6.1) e quanto à localização da antiga cláusula 36.1 (atual 30.7).

A cláusula 36.6, que tratava da possibilidade de extensão da área de concessão, foi suprimida, o que significa, ao que tudo indica, que não poderão ser incluídos novos municípios, salvo o esgotamento sanitário da AP-5, previsto na cláusula 36.6.2. Tal aspecto merece confirmação. A nova redação parece

³⁰ Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário. Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

sugerir o seguinte: (i) não poderão ser incluídos novos municípios; (ii) há municípios que estão incluídos na concessão que ainda estão submetidos a concessões que foram realizadas previamente. Nesse caso, só poderão passar à operação do licitante vencedor com o término dessas concessões existentes. Pressupondo que seja essa a sistemática, **cabe realizar um apontamento.**

A cláusula 36.6.2 indica que a concessão pré-existente do esgotamento sanitário da AP-5 celebrada com o operador privado será incluída no objeto da Concessão, caso obedecidas as exigências do Contrato. Essa previsão já constava da Cláusula 36.7.2 do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020, cujas sugestões reiteramos integralmente, sobretudo quanto à necessidade de que o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana decidisse de forma expressa e específica sobre o ingresso dos futuros Municípios. A avaliação deve se dar antes da realização da licitação. Note-se que a cláusula 36.6.1 posterga essa decisão para o momento de término dos contratos atuais dos referidos Municípios com os operadores privados, o que, insiste-se, pode influenciar no valor de outorga a ser proposto pelos licitantes.

Outra questão diz respeito ao Município de Rio das Ostras que, segundo o Anexo IV e a cláusula 32.4 do Contrato de Concessão, também poderá integrar futuramente a área da concessão. Nesse sentido, o Município deve constar no item 36.6 e 36.6.2. Outras observações sobre a área da concessão foram objeto do capítulo **3.1.3** do Parecer e se aplicam nesse tópico.

De modo a serem incorporadas balizas firmes para a formulação da proposta pela licitante, em complementação, recomenda-se seja incluída no Edital a previsão de término dessa concessão que está em curso (ou seja, a partir de que momento a concessionária deverá acrescer esse local à prestação de seus serviços).

4. Análise dos anexos II (Modelo de cartas e declarações), III (Modelo de proposta Comercial) e IV (Área de concessão) do Edital de Concorrência Internacional do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto

A seguir, serão analisados aspectos relativos aos anexos II, III e IV do Edital.

4.1. Anexo II: Modelo de cartas e declarações.

O anexo II do Edital cuida dos modelos de cartas e declarações. A parte “D” destina-se a apresentar dois modelos de garantia de proposta, subdivididos da seguinte forma:

1. Garantia de proposta da licitante na modalidade fiança bancária;
2. Garantia de proposta da licitante na modalidade seguro garantia.

O primeiro ponto de destaque consiste na ausência de modelo de garantia da proposta para a caução em dinheiro e modelo de garantia da proposta para caução em títulos da dívida pública, ambas previstas como modalidades de garantia da proposta nos subitens 20.2.1 e 20.2.2 do Edital do Bloco 3. Os referidos modelos constaram no Anexo II do Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020 e não se vislumbram motivos para que não constem no presente Edital do Bloco 3.

Mesmo os modelos apresentados parecem ter adotado padrão diverso de carta, não apresentando endereçamento, o que se diferencia dos modelos apresentados no Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020. Outro ponto que merece destaque diz respeito à ausência de assinaturas nos modelos apresentados, elemento imprescindível para indicar a adesão do licitante à proposta.

Quanto à exigência de assinaturas, tanto a garantia de proposta na modalidade fiança bancária, quanto a garantia de proposta na modalidade seguro garantia envolvem apresentação de garantias que incluem assunção de obrigações por terceiros.

O primeiro modelo, a ser usado em caso de apresentação de garantia por meio de fiança bancária, envolve a assunção de obrigações pelo Banco fiador. Ocorre que os contratos, via de regra, à luz do princípio da relatividade, apenas vinculam as partes contratantes. Nesse sentido, para fins de segurança jurídica de que as obrigações ali descritas sejam eficazes e vinculem o Banco fiador, é pertinente que este modelo também preveja a sua assinatura.

A título exemplificativo, os modelos de carta de fiança bancária da Prefeitura de São Paulo³¹ e do Estado do Ceará³² reservam espaço de assinatura da instituição financeira. De igual modo, os modelos de carta de fiança bancária anexos ao edital de concorrência internacional para a concessão das linhas 8 e 9 do metrô de São Paulo também indicam a necessidade de assinatura da instituição financeira³³.

Paralelamente, o mesmo raciocínio deve ser aplicado ao quarto modelo, que se refere à modalidade seguro-garantia. Nesse caso, a seguradora também assume compromissos e, portanto, deve fazer parte do negócio jurídico. Para ilustrar, os modelos de carta de seguro-garantia da ANATEL³⁴ e da ANP³⁵ indicam a necessidade de assinatura da seguradora.

4.2. Anexo III: Modelo de proposta comercial.

Em relação ao modelo de proposta comercial (anexo III), os itens 3.1 e 3.3 do Anexo III parecem estar compatíveis com o item 21.3, a e c do Edital do Bloco 3, respectivamente.

Entretanto, o item 3.2 indica o percentual de 3% e o valor por extenso está um por cento. Seguindo as regras previstas no item 21.5, havendo divergência entre os valores numéricos e seus respectivos extensos, deve prevalecer o número por extenso. Todavia, essa interpretação traria inconsistência em relação à cláusula 21.3, b do Edital do Bloco 3 e, portanto, é preciso que o setor técnico verifique e ajuste tal ponto.

4.3. Anexo IV: Área de concessão.

O anexo IV, destinado a indicar as áreas da concessão, apresenta quadros com os Municípios e os bairros do Município do Rio de Janeiro que integram o objeto da concessão. Os bairros dos Municípios do Rio de Janeiro que integram o Bloco 3 fazem parte daquilo que se convencionou chamar de AP-5. Segundo a redação do anexo, a AP-5 é área cuja gestão comercial é de responsabilidade da Concessionária Zona Oeste Mais Saneamento até o fim do seu contrato. Ainda assim, a referida

³¹ Disponível em:

https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/minuta_carta_de_fianca_garantia_execucao_contratual_1256766594.pdf. Acesso em 18.10.2020.

³² Disponível em:

https://www.esporte.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/18/2018/12/Anexo-11_Garantia-de-execu%C3%A7%C3%A3o-contratual.pdf. Acesso em 18.10.2020.

³³ Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=29764>. Acesso em 18.10.2020.

³⁴ Disponível em:

<https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documentoVersionado.asp?numeroPublicacao=316115&documentPath=316115.pdf&Pub=&URL=/Portal/verificaDocumentos/documento.asp>. Acesso em 18.10.2020.

³⁵ Disponível em: http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round7/arquivos_r7/edital/ANEXOS_A/ANEXO_VII.doc. Acesso em 18.10.2020.

concessionária está submetida aos termos do Anexo IV – Cadernos de Encargos da Concessão e Anexo XV – Contratos de Interdependência pré-existentes, ambos anexos ao contrato de concessão³⁶.

Lembramos que o capítulo **3.1.3** deste Parecer já tratou do contexto das concessões pré-existentes na AP-5 e no Município de Rio das Ostras, por isso, reiteramos as sugestões e recomendações ali descritas e agora comentaremos a redação do Anexo IV. O Anexo destaca que nos bairros do Município do Rio de Janeiro (AP-5) e em parte do Município de Itaguaí, a CEDAE será responsável pelo fornecimento de água potável. Além disso, a operação nos municípios do Rio de Janeiro (AP-5) e de Rio das Ostras limita-se ao abastecimento de água, subtraindo a operação do esgotamento sanitário.

O primeiro ponto é que a redação do Anexo IV precisa ser aprimorada. O termo “Sistema Produtor” não se encontra definido na minuta do Edital do Bloco 3 ou na minuta do Contrato. Pela complexidade do projeto e pela intrincada gama de instrumentos contratuais que o integram, recomenda-se o uso de uma terminologia uniforme que facilite a compreensão e a segurança do Edital. É preciso definir se a CEDAE ficará responsável pelo *upstream* completo (captação, adução e tratamento de água bruta), podendo ser usado o termo “PRODUÇÃO DE ÁGUA”, conforme definido no item 1.2.47 do Edital do Bloco 3 ou se a CEDAE apenas fornecerá água potável.

No mesmo sentido, a parte final do anexo afirma que “a operação nos municípios do Rio de Janeiro (AP-5) e de Rio das Ostras limita-se ao abastecimento de água, não estando incluído no escopo a operação do esgotamento sanitário” demanda ajustes. Em primeiro lugar, a AP-5 refere-se aos bairros do município do Rio de Janeiro e não aos “municípios do Rio de Janeiro” como expresso no anexo. Em segundo lugar, reitera-se a importância de usar os termos definidos no Edital e Contrato para delimitar quais serviços estão abrangidos no escopo do Bloco 3. Ao que tudo indica, no que toca os bairros integrantes da AP-5 e o Município de Rio das Ostras, apenas os “SERVIÇOS” de abastecimento de água (termo definido no item 1.2.53, (a) do Edital) integram o escopo do Bloco 3. O serviço de esgotamento sanitário na AP-5 e em Rio das Ostras, por seu turno, está excluído do escopo do Bloco 3.

Em reforço à necessidade de se definir expressamente quais serviços integram o objeto da concessão, destacamos a redação do Caderno de Encargos (Anexos IV do contrato de concessão - SEI 23008863) que determina que a concessionária sucederá a CEDAE na prestação dos serviços de abastecimento de água, assumindo os direitos e as obrigações no contrato de interdependência existente³⁷. No mesmo sentido, o contrato de interdependência (Anexo VI ao Contrato de Concessão – SEI 23008863), no considerando VI³⁸, dispõe que a AP-5 manterá a relação de interdependência. Diante da menção expressa do contrato de interdependência pré-existente (SEI 23076975) e da aparente manutenção dos seus termos, é recomendável que se explicitem quais são os serviços efetivamente envolvidos na concessão e quais serão assumidos pela licitante vencedora, em especial, em relação à AP-5 ou Município de Rio das Ostras e Itaguaí.

Outro alerta necessário diz respeito à delimitação temporal da concessão pré-existente na área da AP-5, além de definir qual o escopo exato da concessão nessa área específica.

³⁶ No bloco 3, o Sistema Produtor operado pela CEDAE, composto pelos sistemas Guandu, Lajes, Acari e Imunana-Laranjal fornecerá água potável ao município do Rio de Janeiro (AP-5) e para uma parte do município de Itaguaí. A gestão comercial do município do Rio de Janeiro (AP-5) é de responsabilidade da Concessionária Zona Oeste Mais Saneamento, devendo a CONCESSIONÁRIA atuar, no que tange a gestão comercial, nos termos do ANEXO IV- CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSÃO e do ANEXO XV – CONTRATOS DE INTERDEPENDÊNCIA PRÉ-EXISTENTES.

A operação nos municípios do Rio de Janeiro (AP-5) e de Rio das Ostras limita-se ao abastecimento de água, não estando incluído no escopo a operação do esgotamento sanitário

³⁷ “Em vista da pré-existência do referido contrato de concessão do esgotamento sanitário da AP-5, a CONCESSIONÁRIA sucederá a CEDAE na prestação dos serviços de abastecimento de água, assumindo os direitos e as obrigações da Companhia no contrato de interdependência existente.”

³⁸ (vi) Nos municípios do Rio De Janeiro (AP-5) e Itaguaí, que são integrantes do BLOCO, as PARTES manterão relação de interdependência, nos termos do artigo 12 da Lei federal nº 11.445/07, com vistas a possibilitar a plena e eficiente execução dos serviços que constituem objeto dos CONTRATOS DE CONCESSÃO e do CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA;

Também entendemos que o Anexo IV deve fazer referência às cláusulas 23.2.22, 24.1.11, 27 e 32.4 do Contrato de Concessão que apresentam disposições específicas em relação à AP-5 e ao Município de Rio das Ostras.

5. Sugestões quanto a aspectos formais e de edição

Sugere-se uma revisão formal do parecer. Percebe-se alguns erros de digitação e de numeração dos itens.

6. Encerramento

Ante o exposto, conclui-se que, modo geral, as minutas do edital de concorrência internacional do projeto de desestatização de águas e esgoto e respectivos anexos, referentes ao Bloco 03, objeto de análise deste parecer, são viáveis juridicamente. Todavia, **parece indispensável o reforço da instrução processual, com a inclusão de notas e justificativas técnicas acerca das opções eleitas e alterações promovidas em relação ao edital anterior.**

É preciso, ainda, proceder alguns ajustes, **conforme indicados ao longo deste parecer e na sua fundamentação.** Os mais importantes (entre os quais há também recomendações, a serem avaliadas pelo gestor consoante sua conveniência e oportunidade), representaram alterações em relação ao edital examinado por ocasião do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG, estão sumariados abaixo:

1. Preâmbulo e disposições iniciais:

1.1. Qualificação do Estado:

1.1.1. Considerando a titularidade da Região Metropolitana e dos Municípios não metropolitanos dos serviços de saneamento, reiteram-se as sugestões quanto à adequação da redação dos itens 1.2.52 e 5.5 que na minuta atual correspondem aos itens 1.2.49 e 5.4 e nos itens 20.11, 20.15, 32.4 e 32.6 que mantiveram a numeração em ambas as minutas, com objetivo de incrementar a segurança jurídica do projeto;

1.2. Disposições referentes ao pagamento de outorga fixa e variável:

1.2.1. Remetemos às observações do Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG, tendo em vista que não houve alteração nesse ponto da minuta do Edital do Bloco 3;

1.3. Área da concessão e as concessões pré-existentes:

1.3.1. A primeira recomendação em relação ao item 1.2.4 foi no sentido de esclarecer se as áreas que, no futuro, se tornem urbanas passarão a integrar a concessão;

1.3.2. A segunda recomendação diz respeito às concessões pré-existentes do serviço de esgotamento sanitário na AP-5 e do Município de Rio das Ostras. Destacou-se a necessidade de explicitar as áreas de concessão pré-existentes e quais serviços serão imediatamente assumidos nessas áreas, evitando futuras discussões acerca do equilíbrio econômico-financeiro;

1.4. Outros aspectos:

1.4.1. Recomendou-se a inclusão da definição do termo “adjudicatário” na cláusula 1, já que o termo foi introduzido em diversas cláusulas do Edital do Bloco 3, como nos itens 30.1, 30.2, 30.5, 30.7, 31.1, 31.2, 31.3 e 31.5, mas não possui definição do Edital;

2. Procedimento licitatório:

2.1. Reiterou-se as recomendações presentes no Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG, em especial, em relação ao único apontamento que parece não ter sido acatado, referente ao item 9.2.1, no que diz respeito à definição do prazo de resposta das licitantes para esclarecimento sobre os documentos por elas apresentados.

3. Condições gerais:

3.1. Constatou-se a alteração da redação do item 13.2 que dispõe sobre as entidades com participação autorizada na licitação. Diante da alteração, indicou-se a necessidade de motivação específica para a alteração;

4. Garantia da proposta, proposta comercial e documentos de habilitação:

4.1. Proposta comercial:

4.1.1. Os itens 21.8.5 e 21.8.6 sofreram especial alteração, tendo sido indicadas três possíveis inconsistências que podem ser resumidas da seguinte forma: (i) abrangência da atualização monetária prevista em relação às três parcelas da outorga fixa; (ii) o termo final da incidência da correção monetária; (iii) a correção monetária deve abranger também a proposta comercial que apresente ágio em relação à outorga fixa;

4.1.2. Reiterou-se a recomendação para que a proposta comercial venha acompanhada de declarações de instituições financeiras ou mesmo auditorias independentes que atestem a viabilidade econômico-financeira da proposta comercial do licitante;

4.2. Documentos de habilitação:

4.2.1. Habilitação jurídica e qualificação econômico-financeira: Indicou-se a necessidade de motivação específica para que a não inclusão dos documentos previstos no art. 31 da Lei 8.666/1993, tais como **(i)** balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social; **(ii)** índices contábeis que demonstrem a capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato; **(iii)** capital social ou patrimônio líquido mínimo que não exceda a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, não tenham sido exigidos;

4.2.2. Qualificação técnica: as observações se deram no seguinte sentido:

4.2.2.1. Os itens 22.11.1 e 22.11.1.7 sofreram alteração da sua redação, fazendo-se necessário esclarecimento se o objetivo da alteração foi destacar a possibilidade do meio de prova por contrato de financiamento, talvez para privilegiar a competitividade;

4.2.2.2. Também no item 22.11.1 foram excluídos os exemplos do setor de infraestrutura em que a licitante poderia comprovar a captação de recursos, o que merece justificativa;

4.2.2.3. Necessidade de definição do valor mínimo de captação de recursos;

4.2.2.4. A cláusula 22.11.1.2 foi alterada para admitir expressamente o somatório do quantitativo para as licitantes individuais ou organizadas em consórcio. A cláusula 22.11.1.3 também foi alterada para prever regramento adicional em relação à comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes consorciados. É possível cogitar que a alteração possua relação com o aumento da competitividade e atração de licitantes; inobstante a isso, essa inovação depende de justificativa técnica;

4.2.2.5. Em relação ao item 22.11.1.7 sugeriu-se que a redação seja adequada para prever algumas formalidades para os documentos apresentados, como a efetiva celebração do contrato, autenticação ou reconhecimento de firma para que se incremente a segurança jurídica dos documentos apresentados;

4.2.2.6. Os itens 22.11.2 e 22.11.2.2 sofreram alteração para suprimir a exigência de CAT para comprovação da experiência profissional prevista na Edital, trata-se de alteração que reclama justificativa específica;

4.2.2.7. O item 22.11.2.1 parece ter sofrido alteração para detalhamento mais preciso da capacidade técnico-profissional, o que deve ser objeto de justificativa;

4.2.2.8. Reiterou-se as observações presentes no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG, especificamente, sobre as cláusulas 22.11.1.2, 22.11.2 e 22.11.5;

4.2.3. Regularidade fiscal e trabalhista:

4.2.3.1. Reiterou-se a recomendação presente no Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG em relação às cláusulas 22.11.6 e 22.11.7, para que se explicita qual certidão deve ser apresentada, a fim de garantir maior segurança jurídica tanto para quem participa da licitação, como para quem julga;

4.3. Participação em consórcio

4.3.1. No item 23.15, conforme já destacado no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG, sugeriu-se a previsão no Edital do Bloco 3 da viabilidade da alteração da composição ou constituição do consórcio após a assinatura do contrato, deixando claro que eventual modificação da composição societária após a assinatura do contrato dependerá de anuência prévia do Poder Concedente;

4.3.2. Reiterou-se a recomendação, presente no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG, para que o Edital do Bloco 3 admita em cláusula específica o consórcio entre empresas estrangeiras;

4.4. Participação de licitantes estrangeiras: Reiterou-se, por fim, a recomendação pretérita de que a divulgação da licitação ocorra também no exterior, a fim de que potenciais empresas estrangeiras também possam ter conhecimento do certame e, eventualmente, acudir interesse em participar.

5. Procedimento de análise e julgamento:

5.1. Cronograma referencial da licitação:

5.1.1. Quanto ao item 25.11, reiterou-se a recomendação trazida pelo Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, de que, nos eventos 9 e 10, referentes ao termo final para julgamento de impugnações para licitante e não-licitante, haja a adequação da nomenclatura utilizada;

5.1.2. Reiterou-se, ainda, a necessária justificativa acerca da garantia de proposta ser apartada em envelope próprio e aberta em momento anterior à proposta comercial e dos documentos de habilitação;

5.2. Sessão de abertura da licitação:

5.2.1. Abertura, exame e julgamento das propostas comerciais:

5.2.1.1. Reiterou-se integralmente as recomendações trazidas pelo Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG que podem ser assim enumerados (i) na cláusula 27.11, para que haja expressa referência ao princípio do formalismo moderado; (ii) no item 27.15, destacou-se a necessidade de esclarecimento e justificação quanto ao percentual de 20% para admissão de lances viva-voz; (iii) na cláusula 27.16.4, para que conste na cláusula definições do conceito de lance intermediário, bem como a justificativa para a sua vedação na etapa de lances viva-voz;

5.2.2. Abertura, exame e julgamento dos documentos de habilitação: destacou-se as alterações redacionais das cláusulas 28.1, 28.3, 28.3.2, 28.4 e 28.5 e a supressão da cláusula 28.7, a fim de adequar o instrumento ao leilão apenas do Bloco 3, além da expressão menção ao princípio do formalismo moderado na cláusula 28.8;

5.3. Recursos:

5.3.1. Recomendou-se a inclusão expressa da autoridade competente para julgamento do recurso, constante da cláusula 29.6.1, em linha com a orientação exarada no Parecer Conjunto nº 01-2020/ARCY-FAG. Quanto ao ponto, reiterou-se a sugestão de que seja incluída expressa previsão à autoridade competente para adjudicação e homologação do certame, a qual segue omissa no edital;

5.3.2. Também se reiterou a sugestão de que seja previsto expressamente o efeito suspensivo do recurso administrativo, em linha com o §2º do art. 109 da Lei nº 8.666/1993. O silêncio do Edital quanto ao ponto não afasta a incidência do dispositivo, conforme já demonstrado no Parecer Conjunto nº 0-20/ARCY-FAG;

6. Condições para formalização do contrato:

6.1. Nesse ponto, reiteramos a observação geral acerca da necessidade de inclusão do termo “adjudicatária” nas definições do Edital, bem como seja realizado esclarecimento acerca da relevância da mudança do termo “licitante vencedora” por “adjudicatária”;

6.2. Convocação para celebração do contrato: na cláusula 30.2.8, foram excluídas a CAESP e CAM-CCBC como instituições possíveis de escolha para eventual procedimento de arbitragem decorrente do Contrato, nesse sentido, é preciso que seja justificado o motivo da supressão;

6.3. Garantia de execução do contrato: na cláusula 32.1, ressaltou-se a necessidade de justificativa do eventual valor apresentado;

6.4. Ressarcimento dos estudos vinculados à concessão:

6.4.1. Destacou-se que o item 33.3 prevê remuneração fixa de R\$ 1.950.000,00 devida ao BNDES. Apesar de tal valor estar previsto na cláusula terceira, item I, (a), do Contrato BNDES (SEI 21548218), o valor não encontra justificativa na Nota AGOV/DENOR nº 07/2021 e Nota AGOV/DENOR nº 09/2021 (SEI 20132598);

6.4.2. Ainda em relação ao item 33.3, recomendou-se que seja utilizado o termo “remuneração fixa”, presente na Nota AGOV/DENOR nº 07/2021, no Edital e, se for o caso, no contrato;

6.4.3. No que toca ao subitem 33.4.3, recomendou-se o esclarecimento sobre quais seriam despesas adicionais devidas ao BNDES, devendo ser especificadas, com referência à cláusula do contrato de concessão, caso houver;

6.4.4. A cláusula 33.5 dispõe sobre parcela variável de remuneração do BNDES e a sua forma de cálculo. Destacou-se que há uma diferença entre as alíquotas presentes no Edital do Bloco 3 e as alíquotas previstas na cláusula terceira, I, (b) do Contrato BNDES, o que deve ser corrigido ou justificado. Além disso, recomendou-se o uso do termo “remuneração variável”, presente na Nota AGOV/DENOR nº 07/2021 e Nota AGOV/DENOR nº 09/2021 (SEI 20132598), que deve constar como termo definido no Edital e, se for o caso, no contrato;

6.4.5. Recomendou-se que o Edital preveja expressamente o pagamento da remuneração variável como condição para assinatura do contrato, na linha do que dispõe a cláusula quinta, parágrafo primeiro do Contrato BNDES;

7. Disposições finais

7.1. Disposições diversas:

7.1.1. Na cláusula 36.6.2, reiterou-se a necessidade de que o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana decida de forma expressa e específica sobre o ingresso dos futuros Municípios na concessão. A avaliação deve se dar antes da realização da licitação. Observou-se que a cláusula 36.6.1 posterga essa decisão para o momento de término dos contratos atuais dos referidos Municípios com os operadores privados, o que pode influenciar no valor de outorga a ser proposto pelos licitantes;

7.1.2. Deve ser confirmado se a inclusão de novos Municípios encontra-se vedada, o que se depreendeu a partir da comparação entre os editais, especialmente da antiga cláusula 36.6 do edital de concorrência internacional nº 01/20;

7.1.3. Outra questão apontada diz respeito ao Município de Rio das Ostras que, segundo o Anexo IV e a cláusula 32.4 do Contrato de Concessão, também poderá integrar futuramente a área da concessão. Nesse sentido, o Município deve constar nos itens 36.6 e 36.6.2;

7.1.4. Ainda no que diz respeito aos itens 36.6 e 36.6.2, recomendou-se que seja incluída a previsão de término das concessões que estão em curso (ou seja, a partir de que momento a concessionária deverá acrescer esse local à prestação de seus serviços);

8. Análise dos anexos II (Modelo de cartas e declarações), III (Modelo de proposta Comercial) e IV (área de concessão) do Edital do Bloco 3:

8.1. Anexo II: Modelo de cartas e declarações:

8.1.1. Alertou-se quanto à ausência do modelo de garantia da proposta para a caução em dinheiro e modelo de garantia da proposta para caução em títulos da dívida pública, o que não se vislumbraram motivos;

8.1.2. Nos modelos efetivamente anexados, destacou-se a ausência de assinaturas, elemento imprescindível para indicar a adesão do licitante à proposta. Além disso, nos modelos de garantia de proposta por fiança bancária e seguro garantia, recomendou-se que prevejam a assinatura do Banco fiador, para fins de segurança jurídica;

8.2. Anexo III: Modelo de proposta comercial:

8.2.1. Destacou-se que o item 3.2 indica o percentual de 3% e o valor por extenso está um por cento. Seguindo as regras previstas no item 21.5, havendo divergência entre os valores numéricos e seus respectivos extensos, deve prevalecer o número por extenso. Todavia, essa interpretação traria inconsistência em relação à cláusula 21.3, b do Edital do Bloco 3 e, portanto, é preciso que o setor técnico verifique e ajuste tal ponto.

8.3. Anexo IV: Área de concessão:

8.3.1. Destacou-se a necessidade de aprimoramento da redação do Anexo IV, primeiro em relação à AP-5 e parte do Município de Itaguaí, deve ser definido se a CEDAE ficará responsável pelo *upstream* completo (captação, adução e tratamento de água bruta), recomendando-se o uso do termo “PRODUÇÃO DE ÁGUA”, conforme definido no item 1.2.47 do Edital do Bloco 3 ou se a CEDAE apenas fornecerá água potável;

8.3.2. Recomendou-se a adequação da redação do Anexo para que conste que a AP-5 é formada pelos bairros do Município do Rio de Janeiro;

8.3.3. Indicou-se, também, a necessidade de definição dos serviços abrangidos no escopo do Bloco 3, dependendo ser usados os termos definidos no Edital do Bloco 3 para que não restem dúvidas. Ao que tudo indica, no que toca os bairros integrantes da AP-5 e o Município de Rio das Ostras, apenas os “SERVIÇOS” de abastecimento de água (termo definido no item 1.2.53, (a) do Edital) integram o escopo do Bloco 3. O serviço de esgotamento sanitário na AP-5 e em Rio das Ostras, por seu turno, está excluído do escopo do Bloco 3;

8.3.4. Recomendou-se, portanto, que se explicitem quais são os serviços efetivamente envolvidos na concessão e quais serão assumidos pela licitante vencedora, em especial, em relação à AP-5 ou Município de Rio das Ostras e Itaguaí;

8.3.5. Alertou-se sobre a necessidade de delimitação temporal da concessão pré-existente na área da AP-5, além de definir qual o escopo exato da concessão nessa área específica;

8.3.6. Sugeriu-se que o Anexo IV faça referência às cláusulas 23.2.22, 24.1.11, 27 e 32.4 do Contrato de Concessão que apresentam disposições específicas em relação à AP-5 e ao Município de Rio das Ostras;

9. Por fim, sugeriu-se uma revisão geral quanto aos aspectos formais e de edição da minuta do Edital do Bloco 3.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 19 de outubro de 2021.

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Procurador do Estado

Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17)

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador Assistente da Procuradoria Administrativa (PG-17)

VISTO

P.A. nº SEI-150001/008936/2021

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado,

Na qualidade de membros integrantes do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020¹, encaminhamos o Parecer Conjunto nº 01-21/ARCY-FAG (SEI 23698172), da lavra dos i. Procuradores do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO e FLÁVIO AMARAL GARCIA, por meio da qual analisaram, sob o ângulo estritamente jurídico, e a partir da consulta encaminhada pela Secretaria de Estado da Casa Civil (SEI 22458096), a minuta do Edital de Concorrência Internacional para concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares prestados nos Municípios localizados no Bloco 3 (SEI 23009325).

Destaca-se que o Parecer Conjunto foi submetido à análise e, portanto, amplamente debatido pelo Grupo de Trabalho, que, por meio dos seus Procuradores integrantes – que subscrevem a presente manifestação – permitiram ajustes pontuais e, ao final, aprovaram o trabalho conjunto.

As conclusões do Parecer Conjunto, portanto, foram integralmente chanceladas pelo Grupo de Trabalho e, de modo a evitar repetições desnecessárias, faz-se especial referência ao capítulo de encerramento do Parecer Conjunto que didaticamente listou os aspectos mais relevantes do opinamento e as recomendações para as instâncias técnicas diretamente responsáveis pela modelagem do projeto (página 35 a 43 – SEI 23698172).

Em consonância com o Parecer Conjunto, é possível destacar seis pontos de especial importância que foram abordados no opinamento, o que não exclui a leitura completa do Parecer Conjunto nº 01-21/ARCY-FAG.

O **primeiro ponto** é que a presente consulta tratou de um desdobramento da Concorrência Internacional nº 01/20, que foi parcialmente deserta. A referida concorrência visou implementar o projeto de desestatização do serviço de saneamento básico dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro, que se deu por meio de prestação regionalizada dividida em quatro blocos. Se por um lado o bloco 3 recaiu em hipótese de licitação deserta, por outro o leilão dos blocos 1, 2 e 4 foi amplamente exitoso, garantindo um ágio médio de 133% e outorga que somou R\$ 22,7 bilhões.

Daí decorre o **segundo ponto** apontado no Parecer Conjunto. A bem-sucedida experiência pretérita justifica a reprodução, com as devidas adaptações, do modelo anteriormente utilizado. Como bem destacado no Parecer Conjunto, elementos gerais inerentes a qualquer Contrato de Concessão e Edital de Licitação, bem como aspectos específicos relacionados ao projeto de concessão, foram devidamente examinados no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG e, por esse motivo, todos os apontamentos, sugestões e recomendações realizados naquela oportunidade mantêm sua pertinência e são aplicáveis ao Edital do Bloco 3 sob análise, **recomendando-se uma leitura conjunta dos pareceres.**

É nesse sentido, também, que se justifica o opinamento, ora aprovado, ter se debruçado apenas sobre as cláusulas que sofreram alterações em relação do Edital de Concorrência Internacional nº 01/20.

O **terceiro ponto** a merecer destaque é a questão da titularidade. Não obstante reiterado no parecer, relevante chamar a atenção no presente Visto a consolidada posição da Procuradoria Geral do Estado no sentido de que o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço, mas sim a Região Metropolitana e os Municípios não Metropolitanos

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

O **quarto ponto** relevante a merecer registro guarda relação com a inclusão de treze novos Municípios no objeto da concessão, são eles, Bom Jardim, Bom Jesus de Itabapoana, Carapebus, Carmo, Itaperuna, Macacu, Natividade, Rio das Ostras, São Fidélis, São José de Ubá, Seropédica, Trajano de Moraes e Vassouras. Além dos novos Municípios, continuam a integrar a área da concessão os Municípios de Itaguaí, Paracambi, Pinheiral, Rio Claro, Seropédica e os bairros do Município do Rio de Janeiro, os quais compõem a Área de Planejamento 5 (“AP-5”).

A inclusão de novos Municípios atrai uma complexidade adicional ao projeto, o que deve ser refletido na modelagem do Edital e do Contrato. Além disso, a licitação deserta pode acarretar reavaliação dos mecanismos de incentivos e de cumprimento de metas contratuais. **Todas essas inovações trazidas na minuta do Bloco 3 devem ser objeto de justificativas e motivação técnica no processo administrativo.**

Especificamente quanto à área da concessão, os pareceristas destacaram a convivência entre o presente leilão e as concessões pré-existentes do serviço de esgotamento sanitário na AP-5 e no Município de Rio das Ostras.

Da mesma forma que as concessões de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, o contrato de concessão da AP-5, firmado em 2012, é anterior à instituição da nova conformação da Região Metropolitana (que se deu com a Lei Complementar Estadual nº 184 de 2018), e à decisão do STF na adi n. 1842, época em que os Municípios se consideravam (e atuavam) como titulares do serviço, ainda que a questão estivesse aguardando a decisão do STF. Quanto ao contrato da AP-5 deve ser mencionado que sua celebração teve como base instrumento negocial celebrado entre o Estado e o Município do Rio de Janeiro (*Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações*), previamente analisado por esta PGE. Tudo isso recomenda que tais instrumentos sejam preservados, inclusive em homenagem à segurança jurídica.

O ponto de atenção a merecer reflexão detida refere-se à coordenação, articulação e governação entre o novo contrato a ser celebrado após a licitação do Bloco 03 com as referidas concessões pré-existentes do serviço de esgotamento sanitário na AP-5 e no Município de Rio das Ostras, **a justificar uma explicitação do papel e da competência da AGENERSA na regulação das distintas concessões, tudo com vistas a aumentar a segurança jurídica ex post na execução dos contratos.**

Os pareceristas apontaram, também, a necessidade de esclarecimentos quanto aos serviços que serão efetivamente prestados pela CEDAE e quais serão imediatamente assumidos pela licitante vencedora na área da concessão. Em acréscimo, recomendou-se a uniformização dos termos utilizados no Edital e no Anexo IV para deixar mais clara a definição da área de concessão e dos serviços a serem prestados.

O **quinto ponto** do opinamento a merecer destaque diz respeito à existência de pendências quanto à modelagem econômico-financeira do projeto, que ainda não foi concluída. O processo administrativo reclama reforço de instrução processual, com as justificativas e esclarecimentos necessários que iluminem as principais modificações em relação à licitação anterior e os aspectos substanciais da alteração da modelagem econômico-financeira. Lembre-se, ainda, que a minuta examinada ainda não reflete as eventuais considerações ou modificações que possam advir das audiências públicas e consultas públicas, tudo a reforçar a necessidade de robustecer a instrução processual.

O **sexto ponto** guarda relação com as alterações promovidas na cláusula de ressarcimento dos estudos vinculados à concessão, que sofreu grande alteração em relação ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/20. A nova sistemática da estrutura da remuneração apresentou justificativa na Nota AGOV/DENOR nº 07/2021 e na Nota AGOV/DENOR (SEI 20132598). Frise-se que o parecer não examinou as condições do contrato firmado entre o BNDES e o Estado do Rio de Janeiro, que foi objeto de exame específico por ocasião do Parecer nº 17/2021-GAV (SEI 20715495).

Entretanto, apontaram os pareceristas a necessidade de esclarecimentos quanto ao valor da remuneração fixa indicado, além da incompatibilidade entre as alíquotas presentes na minuta do Edital e no Contrato BNDES (SEI 21548218) em relação ao cálculo da remuneração variável.

Feitos os apontamentos acima, o Grupo de Trabalho aprova o Parecer Conjunto nº 01-21/ARCY-FAG, e reitera todas as demais conclusões e recomendações formalizadas ao longo do pronunciamento, didaticamente sintetizadas no item do seu encerramento.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2021.

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK

Procurador do Estado

HENRIQUE BASTOS ROCHA

Procurador do Estado

JOSÉ CARLOS TAVARES DE MORAES SARMENTO

Procurador do Estado

NATHALIE CARVALHO GIORDANO MACEDO

Procurador do Estado

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS

Procurador do Estado

THIAGO CARDOSO ARAÚJO

Procurador do Estado

VISTO

SEI -150001/008936/2021

Visto. **APROVO** o *Parecer Conjunto nº 01/2021-ARCY-FAG*, de autoria dos ii. Procuradores do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO e FLÁVIO AMARAL GARCIA (23698172), bem como o *Parecer Conjunto nº 01/2021-ASA/GUB*, da lavra dos ii. Procuradores do Estado ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO e GUSTAVO BINENBOJM (23629884), da d. Procuradoria-Administrativa (PG-17), **acrescidos das considerações do i. Grupo de Trabalho** instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020(24400443 e 24281479, respectivamente), que examinam, respectivamente, a minuta do Edital de Concorrência Internacional para concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares e a minuta do Contrato de Concessão, relativamente aos Municípios localizados no Bloco 3.

Chancelam-se, pois, as conclusões do *Parecer Conjunto nº 01/2021-ARCY-FAG* (23698172), cujos pontos mercedores de destaque foram assim sintetizados pelo d. Grupo de Trabalho (24400443):

1. Cuida-se de desdobramento da Concorrência Internacional nº 01/20, que visava a implementar o projeto de desestatização do serviço de saneamento básico dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro, que se deu por meio de prestação regionalizada da dividida em quatro blocos. Conquanto deserta, na oportunidade, a licitação relativamente ao Bloco 3, restou amplamente exitoso o certame quanto aos demais.
2. Em virtude de tamanho êxito, está justificada a reprodução, com as necessárias adaptações, do modelo anteriormente utilizado, de modo que se mantém pertinentes e aplicáveis as considerações do Parecer Conjunto nº 01/2020-ARCY-FAG, sendo recomendada a leitura conjunta deste com os Pareceres que ora se aprovam.
3. Reitera-se o entendimento consolidado desta Procuradoria Geral do Estado no sentido de que a titularidade do serviço em apreço pertence à Região Metropolitana e aos Municípios não metropolitanos.
4. A inclusão, no Bloco 3, dos Municípios de Bom Jardim, Bom Jesus de Itabapoana, Carapebus, Carmo, Itaperuna, Macacu, Natividade, Rio das Ostras, São Fidélis, São José de Ubá, Seropédica, Trajano de Moraes e Vassouras – mantidos os Municípios de Itaguaí, Paracambi, Pinheiral, Rio Claro, Seropédica e os bairros do Município do Rio de Janeiro integrantes da Área de Planejamento 5 (“AP-5”) – adiciona complexidade ao projeto, que deve ser refletida na modelagem do Edital e do Contrato, sem prejuízo da reavaliação dos mecanismos de incentivos e de cumprimento de metas contratuais eventualmente decorrentes da anterior licitação deserta. Nessa ordem de ideias, tais inovações trazidas na minuta devem ser objeto das necessárias justificativas e de motivação técnica no respectivo processo administrativo.
 - Ainda nesse tópico, impõe-se considerar a convivência entre o leilão e as concessões pré-existentes do serviço de esgotamento sanitário no Município de Rio das Ostras e na AP-5 – esta última contratada com base no Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações previamente analisados por esta PGE. Como observado pelos nobres pareceristas, exige a segurança jurídica que tais instrumentos sejam preservados, o que demanda serem esclarecidos os serviços que serão efetivamente prestados pela CEDAE e quais serão imediatamente assumidos pela licitante vencedora na área da concessão. Recomenda-se, ainda, a uniformização dos termos utilizados no Edital e no Anexo IV.
5. O processo administrativo reclama reforço da instrução, justificativas e esclarecimentos necessários que iluminem as principais modificações em relação à licitação anterior e os aspectos substanciais da alteração da modelagem econômico-financeira (esta ainda não concluída), assinalando-se que a minuta ainda não reflete considerações ou modificações decorrentes das audiências e consultas públicas.

6. A sistemática da estrutura da remuneração, modificada em relação ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/20, apresentou justificativa em Notas Técnicas constantes deste processo SEI. No entanto, ainda permanece necessário esclarecer quanto ao valor da remuneração fixa indicado, além da incompatibilidade entre as alíquotas presentes na minuta do Edital e no Contrato BNDES em relação ao cálculo da remuneração variável.

Por seu turno, também são aprovados os termos do Parecer Conjunto nº 01/2021-ASA/GUB (23629884), cujos pontos de maior relevo foram sintetizados pelo Grupo de Trabalho nos seguintes termos (24281479):

1. Como recomendações gerais, reiteram-se aquelas já feitas pelo d. Grupo de Trabalho relativamente ao Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, inclusive quanto a uma revisão geral da redação das cláusulas contratuais – em favor da clareza e da objetividade –, bem como quanto à viabilidade dos prazos contratuais.
2. Como recomendações específicas, orienta-se que sejam observadas todas as considerações dos nobres pareceristas relativamente às cláusulas 8, 12, 13, 27, 29, 30, 32, 33, 35, 36, 48 da minuta do contrato de concessão do Bloco 03 e, ainda, aquelas explicitamente assinaladas pelo Grupo de Trabalho.
3. Finalmente, ficam igualmente placitados os apontamentos feitos pelo d. Grupo de Trabalho ao final de sua manifestação, quais sejam:
 - **como ressalva ao Parecer Conjunto nº 01/2021-ASA/GUB**, deve prevalecer o entendimento consignado no *Parecer Conjunto nº 01/2021-ARCY-FAG*, no sentido da **inexistência de óbice jurídico para que se exija a sede da concessionária no Município do Rio de Janeiro** (tal como previsto na cláusula 14.1 da minuta do contrato). Ao revés, tal exigência não viola o princípio da competitividade - porquanto impositivo apenas no momento da celebração do contrato e previamente conhecida de todos os licitantes) -, favorecendo, ademais, a verificação da regularidade da SPE perante a Junta Comercial.
 - A necessidade de coordenação, articulação e governação entre o novo contrato e as concessões pré-existentes na AP-5 e no Município de Rio das Ostras justificam a explicitação do papel e da competência da AGENERSA na regulação das distintas concessões, admitindo-se que se inclua a previsão da possibilidade de a concessionária recorrer à Agência Reguladora para a composição de eventuais conflitos decorrentes da relação com a concessionária da AP-5.
 - Com vistas ao incremento da segurança jurídica, deve ser verificada a questão dos bens reversíveis antes da publicação do edital, porquanto ausente da cláusula 9.1 da minuta do contrato qualquer remissão a uma lista prévia. Recomenda-se a elaboração de tal lista, preferencialmente antes da licitação.

À Secretaria de Estado da Casa Civil, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 05 de novembro de 2021

BRUNO DUBEUX

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

SEI-150001/006709/2021

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

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

1

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tal conclusão seria compartilhada e esmiuçada por RAFAEL OLIVEIRA¹¹:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴ Parecer nº 04/2020 – ASA

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

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

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

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

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

3

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É o parecer, s.m.j

Rio de Janeiro, 21 de junho de 2021.

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK MARTINS

Procurador do Estado

VISTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Rio de Janeiro, 23 de junho de 2021.

BRUNO DUBEUX

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Processo SEI nº 120207/000707/2020

Transferência de serviços públicos de saneamento básico, atualmente prestados pela CEDAE, a concessionárias privadas. Obrigação de indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados. Análise jurídica da minuta de apresentada pelo BNDES, no âmbito Acordo de Cooperação Técnica para a estruturação do projeto de desestatização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário na Região Metropolitana e outros Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Lei Federal nº 11.445/2007, art. 42, §5º, com a redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020.

1. HIPÓTESE

Trata-se de parecer jurídico sobre a minuta de contrato a ser celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a CEDAE, “visando à disciplina da sub-rogação de obrigações inerentes aos contratos de programa, celebrados entre a CEDAE e os **MUNICÍPIOS** para a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário”, doravante denominada “CONTRATO DE INDENIZAÇÃO” (DOC. SEI nº 9165415)

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

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

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

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

Foi definido que, para a prestação dos serviços de abastecimento de água em 15 (quinze) municípios atualmente atendidos pelos denominados “grandes sistemas de abastecimento de água da Região Metropolitana”, a divisão dos serviços de abastecimento de água se dará no modelo *upstream/downstream*, sendo a operadora *upstream* responsável pela captação e tratamento da água e a operadora *downstream* responsável pela adução, reservação e distribuição da água.

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

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

Dentre os diversos documentos constantes no Processo Administrativo, destacamos os seguintes:

a) Minuta de contrato a ser celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a CEDAE (DOC. SEI nº 9165415), “*visando à disciplina da sub-rogação de obrigações inerentes aos contratos de programa, celebrados entre a CEDAE e os MUNICÍPIOS para a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário (“CONTRATO DE INDENIZAÇÃO”)*, **objeto deste parecer**;

b) Minutas de Convênios de Cooperação (Processo SEI nº 140001/058793/2020, DOC. SEI 8723875 e 8724022), de Contrato de Gerenciamento (Processo SEI nº 140001/058793/2020, DOC. SEI 8724367 e 8724582) e Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes entre CEDAE e municípios (Processo SEI nº 140001/058793/2020, DOC. SEI 8724786), que preveem a assunção, pelo Estado do Rio de Janeiro, de obrigações originariamente dos Municípios e da Região Metropolitana pelo Estado do Rio de Janeiro, dentre as quais a obrigação de indenizar a CEDAE por investimentos não amortizados. As referidas minutas foram **objeto de anterior parecer desta PGE (Parecer nº 05/2020 – ARCY/PG-17), ao qual nos reportamos**, sendo aqui consideradas apenas por serem instrumentos coligados integrantes do projeto, onde consta a origem da obrigação regulada pela minuta objeto deste parecer;

c) Nota Técnica – elaborada pelo escritório VG&P (DOC. SEI nº 9792296), que apresenta um panorama da estruturação do projeto e Ofício AEP n.º 018/2020, de 26 de outubro de 2020, do BNDES (DOC. SEI nº 9882315), encaminhados por e-mail (DOC. SEI nº 9936323). A referida Nota Técnica expõe fundamentos sobre os principais instrumentos da modelagem de desestatização proposta, *incluindo comentários jurídicos sobre a minuta de contrato de indenização à CEDAE, ora sob exame*.

d) Manifestação do Secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico Marcelo Lopes da Silva (DOC. SEI nº 9212400), que menciona a obrigação assumida pelo Estado de indenizar a CEDAE, expondo que o “*arranjo possibilita a viabilização da concessão no prazo esperado, ao prever que cabe ao Estado do Rio de Janeiro assumir a eventual obrigação de indenizar a CEDAE e, ao mesmo tempo, estipular que tal indenização seja paga futuramente, após a identificação dos valores devidos*”.¹

¹ No item 2.1. do documento, constam os seguintes trechos:

“2.1. A sub-rogação da eventual obrigação de indenizar a CEDAE, decorrente da extinção antecipada dos contratos celebrados entre a Companhia e os municípios

O encerramento do vínculo da CEDAE com os municípios se dará pela extinção dos contratos de programa, com a assunção, pelo Estado, do dever de indenizar a CEDAE por eventuais investimentos não amortizados, conforme disposto na minuta contratual que disciplina esta relação, ora encaminhada à PGE/RJ

Referida obrigação, que, ordinariamente, deveria ser assumida pelos titulares do serviço, foi alocada ao Estado do Rio de Janeiro, considerando-se que ele será destinatário: da maior parte do valor mínimo da outorga fixa (80%) [3]; de 50% da oferta excedente que supere os valores mínimos da outorga fixa; de 15% dos ganhos econômicos auferidos pela concessionária provenientes de receitas adicionais; e de parte do crédito das indenizações e multas por descumprimento contratual.

Assim, o Estado do Rio de Janeiro terá direito a receber a maior parte do valor mínimo da outorga fixa e também os outros valores acima mencionados, mas, em contrapartida, assume o ônus de pagar eventual indenização devida à CEDAE. Referido arranjo possibilita a viabilização da concessão no prazo esperado, ao prever que cabe ao Estado do Rio de Janeiro

Cumpra mencionar, ademais, que ao longo de todo o processo foram emitidos diversos pareceres jurídicos no âmbito desta Procuradoria Geral do Estado, dentre os quais alguns que têm pertinência com o presente opinamento, que serão mencionados no item III.

Por orientação do Subprocurador Geral do Estado, Dr. RAFAEL ROLIM DE MINTO, Presidente do Grupo de Trabalho instituído pela resolução PGE nº 4610 de 29 de setembro de 2020, com a finalidade de promover suporte jurídico e acompanhamento do projeto de desestatização dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário, foi atribuída aos signatários do presente a análise jurídica da minuta de contrato de indenização à CEDAE pela transferência de bens aos futuros concessionários privados de serviços de saneamento no Estado do Rio de Janeiro (DOC. SEI nº 9165415).

2. ESTRUTURA DO PARECER

O parecer se inicia com a apresentação das análises jurídicas nas quais foi abordada, ainda que sinteticamente, a temática da indenização devida à CEDAE: a Nota Técnica do Escritório Vernalha Guimarães & Pereira Advogados (VG&P), integrante do consórcio contratado pelo BNDES para a modelagem da operação e os pareceres da Procuradoria Geral do Estado (Parecer nº 06/2019 - JVSM/PG-17, de 25/11/2019, do Procurador do Estado José Vicente Santos de Mendonça, Parecer nº 05/2020 - ARCY/PG-17, de 09/10/2020, do Procurador do Estado André Rodrigues Cyrino e Promoção nº 02/2020 - HBR/PG-17, de 16/10/2020, do Procurador do Estado Henrique Bastos Rocha).

Em seguida, serão analisadas as questões jurídicas que merecem aprofundamento, a saber: (i) os fundamentos jurídicos da indenização prévia; (ii) a responsabilidade pelo pagamento da indenização; e (iii) diretrizes jurídicas para a avaliação da indenização.

Por fim, serão apresentadas conclusões gerais e comentários específicos sobre cláusulas da minuta de contrato em questão.

Evidentemente, em razão das *atribuições da Procuradoria Geral do Estado*, que se limitam à *consultoria jurídica*, o presente parecer tem como objetivo tão somente orientar os contornos jurídicos dentro dos quais os órgãos competentes do ESTADO deverão adotar as decisões necessárias, com vistas à contratação pretendida, após a consideração de estudos de natureza financeira e operacional, que não são objeto deste parecer.

As menções constantes deste parecer a questões de natureza financeira e orçamentária, inclusive eventualmente tomadas como premissas para o opinamento jurídico (por inevitáveis conexões, decorrentes da interdisciplinaridade do tema), devem ser revisadas por profissionais habilitados para o exercício de atribuições relacionadas a tais temas, antes da assinatura do instrumento.

3. ANÁLISE DOS OPINAMENTOS JURÍDICOS ANTERIORES

3.a. A análise jurídica na Nota Técnica do VG&P Advogados

assumir a eventual obrigação de indenizar a CEDAE e, ao mesmo tempo, estipular que tal indenização seja paga futuramente, após a identificação dos valores devidos.

[3] Nos termos da minuta de Edital, a outorga fixa é o pagamento que será realizado pelas concessionárias ao Estado do Rio de Janeiro, como condição à exploração da concessão, cujos valores mínimos previstos no instrumento convocatório serão compartilhados pelo Estado com os Municípios (em 15%, proporcionalmente ao número de habitantes de cada município) e o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana (em 5%). A oferta excedente dos valores constantes da proposta comercial da concessionária, que supere os valores mínimos de outorga fixa previstos no edital, será repartida na proporção de 50% para o Estado, e 50% para os municípios de prestação regionalizada, observada a proporcionalidade em relação ao número de habitantes de cada município."

Por meio de Nota Técnica (9792296), de 23 de outubro de 2020, o escritório VG&P Advogados apresentou a sua visão sobre os instrumentos produzidos pelo Consórcio contratado pelo BNDES, como parte da estruturação do projeto de desestatização de serviços de saneamento no Estado do Rio de Janeiro.

Dentre outros aspectos, foi abordada a questão da indenização à CEDAE relativa aos investimentos não amortizados, realizados pela Companhia durante a vigência dos contratos de programa celebrados com Municípios do Estado do Rio de Janeiro.

O escritório VG&P reconhece que o §5º, art. 42 da Lei nº 11.445/2007, incluído pelo novo marco legal do saneamento – Lei nº 14.026/2020, prescreve a necessidade de pagamento da indenização do prestador dos serviços de água e esgoto pelos investimentos vinculados a bens reversíveis que não tenham sido amortizados ou depreciados quando da transferência da prestação a um novo operador.

Entretanto, argumenta que as normas sobre indenização da Lei nº 11.445/2007 fazem remissão à disciplina das concessões públicas da Lei nº 8.987/95. Logo, a extensão deste *condicionamento* dependeria do tratamento jurídico dado às hipóteses de extinção do contrato previstas na Lei nº 8.987/95². Nessa linha, o momento da indenização não seria o mesmo em todas as hipóteses, devendo-se distinguir (i) os casos em que presente um caráter imperativo da extinção (rescisão administrativa); e (ii) os casos de extinção por inexecução ou de vício atribuível ao concessionário.

Para além disso, defende o escritório VG&P que todas as hipóteses de extinção que puderem ser implementadas *consensualmente* entre poder concedente e concessionário poderão pressupor acordo quanto aos diversos aspectos disponíveis envolvidos. Mais do que isso: mesmo as rescisões implementadas por meio de atos administrativos podem ter suas repercussões patrimoniais e outras acessórias disciplinadas por meio de acordo entre as partes, submetidas ao princípio dispositivo.

Ou seja, o condicionamento da transferência do serviço à indenização se impõe como um *direito* do operador, oponível ao titular do serviço ou ao poder concedente. E, como um direito que é, pode ser objeto de disposição pelo concessionário.

Além disso, entende o consultor jurídico que não é correto dizer que a indenização, em face do disposto no do §5º do art. 42 da Lei federal nº 11.445/2007, deverá ser prévia em todos os casos. Como um direito do concessionário, a indenização prévia só tem razão de ser na hipótese de a transferência decorrer de uma encampação. Em todos os demais casos, não haveria direito do concessionário à prévia indenização.³

O estudo menciona ainda o §2º do artigo 33, do Decreto federal nº 6.017/2007 - regulamentador da Lei dos Consórcios Públicos, segundo o qual a indenização do prestador não constitui fator impedido à retomada dos serviços ou à adoção de medidas necessárias à sua manutenção pelo seu titular.

A nota técnica (9792296) conclui, então, no seguinte sentido: (i) o caráter *prévio* de indenização somente é exigível como um direito do concessionário em hipóteses de encampação; e (ii) a indenização, como um direito do concessionário de caráter patrimonial, tem cunho disponível, inclusive quanto ao momento de sua implementação. Por fim, ainda que o direito à indenização tenha caráter prévio, o concessionário poderá dele dispor, por meio de acordo com o poder concedente.

3.a.2. Considerações sobre a Nota técnica do VG&P:

Com todo respeito à abalizada opinião jurídica do escritório VG&P, observamos que a estrutura

² (i) advento do termo contratual; (ii) encampação; (iii) caducidade; (iv) rescisão; (v) anulação e falência ou extinção da empresa

³ Não concordamos com essa distinção, pois a estrutura do projeto prevê a transferência compulsória do serviço da CEDAE para os concessionários privados, tal qual ocorre na hipótese de encampação. Como vemos à frente, a norma efetivamente confere à CEDAE o direito de indenização prévia.

do projeto prevê a transferência compulsória do serviço da CEDAE para os concessionários privados, tal qual ocorre na hipótese de encampação.

Isso porque a iniciativa do projeto de desestatização foi do Estado do Rio de Janeiro, que entrou em acordo com a Região Metropolitana e diversos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Não há notícia no processo administrativo de que a CEDAE tenha manifestado intenção de rescindir, por iniciativa própria, os contratos de programavigentes. Também não consta da motivação do projeto de desestatização que a retomados serviços decorra de descumprimentos contratuais da CEDAE.⁴

Portanto, não vislumbramos, até o momento, fundamentos fáticos que possam sustentar a tese de afastamento do direito da CEDAE de indenização prévia à transferência dos serviços.

Até concordarmos com o escritório VG&P no sentido de que a indenização prévia é direito patrimonial disponível da CEDAE. Porém, não há elementos no processo que indiquem que a CEDAE pretende renunciar a esse direito.

Ao contrário, como visto nos elementos a partir dos quais foi proferida a Promoção nº 02/2020 – HBR (Processo SEI nº 120800/001565/2020; DOC. SEI nº 9478335), existe uma preocupação da Administração da CEDAE quanto à disponibilidade de recursos financeiros para o pagamento das despesas extraordinárias que advirão da necessária reestruturação financeira da companhia⁵, bem como para os investimentos que precisará efetuar na infraestrutura da etapa *upstream* dos serviços de saneamento da Região Metropolitana.

É, em tese, possível, que a Administração da companhia pretenda dispor desse direito, mas, para isso, deverá motivar de forma independente (sem interferência do acionista controlador) e atenta aos seus deveres fiduciários estabelecidos na Lei nº 6404/76.

Como a Administração da CEDAE ainda não deliberou sobre a questão, para que o Estado do Rio de Janeiro possa avançar com o processo de desestatização de forma juridicamente segura, é recomendável que reconheça claramente o direito de indenização da CEDAE, prevendo na modelagem do projeto a obrigação de pagamento da indenização devida, até o momento da transferência dos serviços aos novos concessionários privados, em observância ao §5º do art. 42 da Lei Federal nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020:

“§ 5º A transferência de serviços de um prestador para outro será condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, facultado ao titular atribuir ao prestador que assumir o serviço a responsabilidade por seu pagamento.”

Essa recomendação se compatibiliza com o entendimento jurídico já exposto em 3 (três) pareceres jurídicos desta Procuradoria Geral do Estado, como veremos a seguir.

a) Dos pareceres jurídicos proferidos na Procuradoria Geral do Estado

As três manifestações já exaradas pela PGE, guardadas as particularidades de cada uma, decorrentes das diferenças entre as consultas formuladas, são no sentido da necessidade do pagamento

⁴ Não se está afirmando que inexistem descumprimentos contratuais pela CEDAE, o que poderia ser esclarecido pela AGENERSA, pelos Municípios, por órgãos de controle ou, em certos casos, pela própria PGE, por meio de suas procuradorias especializadas. Porém, para o presente opinamento, o que imposta é que essa não é a motivação da rescisão dos contratos de programa, mas sim a intenção dos titulares do serviço, com apoio do Estado, de promover a universalização do serviço de saneamento no Estado, reforçada esse objetivo pelo que dispôs o Novo Marco Legal do Saneamento (Lei nº 14.026/2020)

⁵ Indenizações decorrentes de rescisões de contratos de trabalho e equacionamento da parte de responsabilidade do patrocinador no plano de previdência complementar, dentre outras.

da indenização à CEDAE, pelos investimentos não amortizados, até o momento da transferência dos serviços aos novos concessionários privados, em observância ao §5º do art. 42 da Lei Federal nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020.⁶

Por meio do **PARECER Nº 06/2019 - JYSM/PG-17. DE 25/11/2019**, o Procurador do Estado JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA entendeu que, para que os bens vinculados aos serviços públicos possam ser revertidos ao Poder Concedente ou transferidos para novos operadores, os investimentos devem: (i) estar inteiramente amortizados ao final da concessão ou (ii) o titular do serviço público deve indenizar a concessionária pelo que não foi amortizado.

Segundo o parecerista, a CEDAE tem direito a ser ressarcida pelos investimentos que comprovadamente tenha feito para a prestação do serviço público nos municípios, titulares dos serviços, caso tais investimentos não estejam amortizados e o vínculo contratual entre eles seja interrompido.

Ocorre que a modelagem proposta para o projeto pressupõe que nem todos os municípios beneficiados pelo projeto - titulares do serviço - poderão indenizar a CEDAE, em razão de sua incapacidade financeira e/ou da complexidade operacional do cumprimento do dever de indenizar por dezenas de Municípios. Diante disso, duas alternativas são aventadas:

- deslocamento do ônus financeiro de indenização da CEDAE para os adjudicatários dos blocos de concessão;
- o valor indenizatório a ser recebido pela CEDAE ser 'descontado' do valor que as concessionárias estariam dispostas a pagar, a título de outorga, pelas concessões.

Seguindo esta linha de pensamento, o seguinte caminho é recomendado: cobrar a indenização dos municípios (ou se assegurar de que não poderão pagar, preenchidas as sugestões mencionadas no parecer); e, então, cobrar das futuras concessionárias, revertendo os recursos financeiros à CEDAE.

Consta ainda do parecer que, dentro da proposta de o Estado assumir a obrigação de indenizar a CEDAE, caso não haja indenização prévia, o ERJ deve reservar montante capaz de assegurar eficazmente a indenização, estabelecendo, inclusive, margem provável de variação.

i) deslocamento do ônus financeiro de indenização da CEDAE para os adjudicatários dos blocos de concessão;

ii) o valor indenizatório a ser recebido pela CEDAE ser 'descontado' do valor que as concessionárias estariam dispostas a pagar, a título de outorga, pelas concessões.

Seguindo esta linha de pensamento, o seguinte caminho é recomendado: cobrar a indenização dos municípios (ou se assegurar de que não poderão pagar, preenchidas as sugestões mencionadas no parecer); e, então, cobrar das futuras concessionárias, revertendo os recursos financeiros à CEDAE.

Consta ainda do parecer que, dentro da proposta de o Estado assumir a obrigação de indenizar a CEDAE, caso não haja indenização prévia, o ERJ deve reservar montante capaz de assegurar eficazmente a indenização, estabelecendo, inclusive, margem provável de variação.

Adicionalmente, caso se consolide o entendimento de que a indenização seria devida idealmente antes do término do contrato, eventual indenização (ou parcela dela) paga depois desse marco temporal deverá incluir, em favor da CEDAE, a remuneração do custo de oportunidade perdido e o custo do dinheiro no tempo.

Posteriormente, no **PARECER Nº 05/2020 - ARCY/PG-17. DE 09/10/2020**, do Procurador do

⁶ Como veremos à frente, em nossa opinião, a quantificação da indenização a ser paga no momento da transferência dos serviços pode ser realizada a partir da análise dos elementos idôneos disponíveis até o referido momento. É juridicamente possível prever no instrumento de indenização ajuste de contas no futuro, com base em informações que surjam posteriormente. Deste modo, não se imagina que o reconhecimento e cumprimento do dever de indenizar a CEDAE, na forma da Lei, deva atrasar o processo de desestatização dos serviços de saneamento.

Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO, foram examinadas minutas relativas à gestão associada dos serviços de saneamento básico⁷, bem como os termos de rescisão dos contratos de programa vigentes entre CEDAE e municípios (Processo SEI nº 140001/058793/2020, DOC. SEI 9153202).

Pelos termos de rescisão dos contratos de programa vigentes entre CEDAE e Municípios, estes repassam ao Estado do Rio de Janeiro os ônus financeiros de: (i) indenizar a CEDAE caso se verifique a existência de investimentos ainda não amortizados na ocasião do término do contrato, “desonerando o município de eventual indenização”; e de (ii) contratar serviços técnicos especializados que tenham por objeto a identificação de eventuais direitos indenizatórios e a quantificação dos respectivos valores relativos aos referidos contratos de programa, sendo descontados as multas, indenizações e outros valores devidos pela CEDAE.

Observa o parecerista que há também previsões nas minutas de Contratos de Gerenciamento que atribuem ao Estado ônus financeiros, para além da indenização em razão de investimentos não amortizados. E Estado também assumiria para si, total ou parcialmente, débitos decorrentes de (i) reequilíbrio econômico-financeiro em favor das delegatárias de serviços públicos⁸ e (ii) pagamento de multas às delegatárias dos serviços em razão do término antecipado dos contratos de delegação de serviços públicos⁹.

Em contrapartida, o Estado faria jus à repartição de eventuais créditos decorrentes de indenizações e multas pagas pelas delegatárias de serviços públicos e o direito de recebimento de 80% da outorga fixa e 50% da outorga fixa excedente. Contudo, o parecerista alerta que não há informações se tais créditos em potencial serão aptos a compensar os débitos assumidos, razão pela qual recomenda uma análise técnica deste ponto, fundamental na presente modelagem, notadamente sob o prisma do Regime de Recuperação Fiscal.

Sugere como caminho possível previsão no sentido de autorizar o ERJ a repassar o débito para as futuras concessionárias que assumirão a prestação dos serviços. Outra sugestão é inserir previsão no sentido de que, caso as indenizações devidas pela CEDAE ultrapassem um determinado limite (que pode ser o montante recebido pelo ERJ a título de outorga fixa), o ERJ teria direito de regresso em face dos municípios quanto ao montante excedente.

No que concerne ao momento de pagamento da indenização, o parecerista alerta para os riscos da indenização posterior, conforme previsto na minuta do contrato.

Salienta que a lógica de indenização prévia se acentuou com o advento do novo marco regulatório do saneamento básico, pois a legislação setorial passou a prever que “*a transferência da prestação dos serviços de um prestador para outro será condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados*”¹⁰.

Ademais, alerta o parecerista que o pagamento *a posteriori* contraria a própria lógica constitucional de proteção da propriedade privada, a qual só pode ser tomada com indenização justa, prévia e em dinheiro (art. 5º, XXIV, CRFB). É dizer: ainda que o titular do serviço não seja o atual prestador, a retomada e incorporação dos bens é equiparável à desapropriação. Por essas razões, o parecerista recomenda alteração da minuta para determinar que a indenização seja prévia.

Por fim, por meio da **PROMOCÃO Nº 02/2020 - HBR/PG-17, DE 16/10/2020** do Procurador

⁷ Convênio de Cooperação entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro (Processo SEI nº 140001/058793/2020, DOC. SEI 8724022), Convênios de Cooperação entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro (Processo SEI nº 140001/058793/2020, DOC. SEI 8723875), Contrato de Gerenciamento entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro (Processo SEI nº 140001/058793/2020, DOC. SEI 8724367) e Contratos de Gerenciamento entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro (Processo SEI nº 140001/058793/2020, DOC. SEI 8724582).

⁸ Remete-se à cláusula 12.1.1. do referido contrato. Muito embora haja previsão de ressarcimento da Região Metropolitana ao Estado (cf. cláusula 12.1.2 do Contrato do Gerenciamento), salienta-se que o é o Estado quem arcará com o ônus financeiro imediato junto às delegatárias dos serviços públicos.

⁹ Ver seção IV.b deste parecer para uma análise mais detalhada sobre o tema

¹⁰ Art. 42, §5º, da Lei nº 11.445/2007

do Estado HENRIQUE BASTOS ROCHA, também foi ressaltada a necessidade de que a CEDAE seja previamente indenizada pelos investimentos não amortizados, esclarecendo que, nos termos do art. 42, §5º, da Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020, a indenização não precisa ser anterior ao procedimento licitatório, mas sim à transferência do serviço para as novas concessionárias.

É aventado como caminho a ser percorrido, nessa linha, a previsão no edital de licitação que haja destinação de parte do valor da outorga a ser paga pelas concessionárias para indenização da CEDAE, ou outra modelagem que garanta a prévia e equitativa indenização à CEDAE.

Caso o edital de licitação venha a prever o pagamento, pelos novos concessionários, de outorga diferida no tempo (fixa ou variável), será possível avaliar a conveniência e a viabilidade de se vincular parte desses fluxos futuros de outorga a ajustes de contas com a CEDAE, em decorrência de fatos que venham a ser conhecidos posteriormente à indenização pela transferência dos serviços, a fim de garantir à companhia segurança quanto ao complemento de indenização por bens revertidos, cuja identificação ou correção de avaliação ocorra extemporaneamente.

Ressalta, ainda, a relevância da criação de mecanismos para futuros ajustes de contas, com alguma garantia vinculada, para mitigar os riscos de incorreções na avaliação de ativos e passivos no momento da celebração do negócio jurídico.

Por fim, o parecerista alerta que, se alguma parcela da indenização ficar a cargo do Estado, por acordo com a Região Metropolitana e demais Municípios do Estado, é necessária a indicação da origem dos recursos para indenização à CEDAE, com observância à LC nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), à LC nº 159/2017 (Lei do Regime de Recuperação Fiscal) e ao Plano de Recuperação Fiscal firmado pelo Estado com a União Federal.

3.b.2. Considerações sobre os pareceres da PGE:

Ante todo o exposto, a conclusão que podemos extrair dos opinamentos exarados por esta d. PGE é no sentido de que a transferência de serviços de saneamento atualmente prestados pela CEDAE para novos concessionários privados enseja o direito à indenização pelos investimentos em ativos não completamente amortizados.

Tal indenização deve ser prévia à transferência do serviço para as novas concessionárias, isto é, *a indenização não precisa ser anterior ao procedimento licitatório, mas sim à transferência do serviço para as novas concessionárias*. Esse entendimento foi reforçado a partir da inclusão do § 5º do art. 45 da Lei nº 11.445/2007, pela Lei nº 14.026/2020.

É necessária, ainda, a indicação da origem dos recursos para indenização à CEDAE, com observância à Lei de Responsabilidade Fiscal, à Lei do Regime de Recuperação Fiscal e ao Plano de Recuperação Fiscal firmado pelo Estado com a União Federal.

Analisadas as manifestações jurídicas prévias da PGE, passamos a comentar alguns aspectos adicionais, que se reputam úteis à clarificação da questão da indenização prévia, de forma a orientar o Estado do Rio de Janeiro a conduzir o processo de desestatização de serviços de saneamento de forma juridicamente segura.

4. ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO DEVER DE INDENIZAÇÃO À CEDAE

IV.a. Os fundamentos jurídicos da indenização prévia

O fundamento legal para a obrigatoriedade da indenização à CEDAE, previamente à transferência dos serviços aos novos concessionários, é o §5º do art. 42 da Lei Federal nº 11.445/2007, com a redação

dada pela Lei Federal nº 14.026/2020, à transferência dos serviços:

“§ 5º A transferência de serviços de um prestador para outro será condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, facultado ao titular atribuir ao prestador que assumirá o serviço a responsabilidade por seu pagamento.”

Além de assegurar, diretamente, a proteção ao patrimônio da companhia¹¹ indenização prévia à CEDAE protege indiretamente direitos do Estado do Rio de Janeiro, dos Municípios titulares do serviço e mesmo da União Federal.

Vejamos, a seguir, algumas das vertentes de direitos protegidos pelo cumprimento da obrigação de indenizar a CEDAE:

(i) Preservação da hígidez da Companhia para que cumpra o seu papel na nova modelagem do saneamento: para viabilizar o atingimento da meta de universalização do serviço preconizada na Lei nº 11.445/2007, alterada pela Lei nº 14.026/2020, a CEDAE precisará incrementar investimentos no segmento *upstream*, de forma a fornecer crescentes volumes de água limpa, para as novas concessionárias responsáveis pelo segmento *downstream*, que dependerão da CEDAE para atingir os índices contratualmente estabelecidos com vistas à universalização dos serviços de saneamento;

(ii) Obstar que CEDAE se torne estatal dependente, o que comprometeria o erário estadual: em seu necessário processo de reestruturação, a CEDAE terá desembolsos vultosos, como os decorrentes de Programa de Demissão e o equacionamento do passivo atuarial da PRECE Previdência, em relação à parcela de responsabilidade do patrocinador dos planos de previdência complementar;

(iii) Obrigação do Estado de preservação do patrimônio da CEDAE, cujas ações encontram-se gravadas como contragarantia à União Federal, pelo aval concedido à União Federal ao banco BNP Paribas, que concedeu empréstimo ao Estado, no bojo da reestruturação financeira que levou à adoção do Regime de Recuperação Fiscal. A manutenção da hígidez financeira da CEDAE é um dever do Estado perante a União Federal. Seu comprometimento poderia ser questionado pela União Federal, via Secretariado Tesouro Nacional/Ministério da Economia e por órgãos federais de controle, sob o fundamento de esvaziamento da garantia da União. A devida e tempestiva indenização mitiga esse risco;

Merece também um breve comentário o tema das relações entre o Estado do Rio de Janeiro e a CEDAE sob a perspectiva do exercício do *poder de controle*.

O Poder Público pode se valer de uma série de técnicas que a legislação coloca a seu dispor para atingir suas finalidades e satisfazer os mais diversos interesses da coletividade. Uma dessas técnicas é a *descentralização*, pela qual a Administração Pública cria entes dotados de personalidade jurídica própria para o desempenho de determinadas atividades.

Essa descentralização pode ser dada por meio da criação de entes, tanto de personalidade pública, quanto de personalidade privada. E aqui, nesse último caso, tem-se a possibilidade da criação de empresas estatais: empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Especialmente nesse último caso, o que se tem é *uma decisão política* da Administração Pública no sentido de que a *adoção da forma empresarial de atuação* mostra-se a mais adequada para o

¹¹ Trecho do Parecer ARCY Nº 05/2020: "(...) Ademais, o pagamento *a posteriori* contraria a própria lógica constitucional de proteção da propriedade privada, a qual só pode ser tomada com indenização justa, prévia e em dinheiro (art. 5º, XXIV, CRFB). Ainda que o titular do serviço não seja o atual prestador, a retomada e incorporação dos bens é equiparável a desapropriação. Ignorar isso, pode implicar afronta à própria Constituição. (...)”

cumprimento de determinado dever ou o atingimento de determinada finalidade.

Seja como for, o que se deve ter em mente é que esse tipo de escolha não é inconsequente: optar por uma *forma de atuação segundo os moldes empresariais privados* implica, dentre outras coisas, *abrir mão em larga medida de prerrogativas e poderes ínsitos a um típico regime de direito público*.

Essa sujeição ao regime privado, que já era uma realidade sob a égide do Decreto-Lei nº 200/1967, foi reafirmada e confirmada recentemente com a edição da Lei nº 13.303/2016 - Estatuto das Estatais.

Afastando controvérsias anteriores, a Lei nº 13.303/2016 sujeitou expressamente as sociedades prestadoras de serviços públicos ao regime jurídico comum das empresas estatais como se verifica no artigo 1º da Lei:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

No que diz respeito ao caso da CEDAE - que é sociedade de economia mista – está sujeita cumulativamente às normas aplicáveis às sociedades por ações (Lei nº 6.404/1976), conforme o art. 5º da Lei nº 13.303/2016:

“Art. 5º. A sociedade de economia mista será constituída sob a forma de sociedade anônima e, ressalvado o disposto nesta Lei, estará sujeita ao regime previsto na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976”.

Portanto, a disciplina fundamental da CEDAE e, mais do que isso, das relações entre ela, enquanto sociedade anônima, e seus respectivos acionistas, inclusive o controlador, será aquela encontrada na Lei das S/A.

Mas, para que não pairasse qualquer dúvida a respeito, o Estatuto das Estatais fez menção direta aos “deveres e responsabilidades” do controlador tal como disciplinados na Lei das S/A¹², de modo que, em se tratando da necessidade de indenizar a CEDAE por conta dos investimentos não amortizados, o Estado do Rio de Janeiro *não pode se comportar de maneira abusiva, i.e., deve observar as determinações da legislação no que toca com o exercício de suas prerrogativas de controlador*.¹³¹⁴

¹² “Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta. § 1º A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação”.

¹³ “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: (...) Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

¹⁴ Esse tipo de conduta pode ser caracterizada como abuso do poder de controle na forma do art. 117, § 1º, “c” da Lei das S/A, que diz o seguinte: “art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: (...) c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou **adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia** e visem a **causar**

Assim, não pode o Estado do Rio de Janeiro pretender se valer de sua posição de controlador para, de algum modo, e em alguma medida, não indenizar a CEDAE pelos investimentos não amortizados até o momento da transferência dos serviços por ela prestados às novas concessionárias privadas. A atuação do Estado do Rio de Janeiro, no seu papel de acionista controlador, deve ser no sentido de preservar a capacidade de a CEDAE prestar *um serviço público adequado*.

4.b. A responsabilidade pelo pagamento da indenização

A obrigação de indenizar a CEDAE pela transferência do serviço público de saneamento para concessionárias privadas, no montante dos investimentos não amortizados, além de já ter sido apontada nos pareceres anteriormente proferidos por esta PGE, ficou expressa no texto no novo §5º do art. 42 da Lei Federal nº 11.445/2007, incluído pela Lei Federal nº 14.026/2020, que confere expressamente à CEDAE o direito de indenização prévia à transferência dos serviços:

“§ 5º A transferência de serviços de um prestador para outro será condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, facultado ao titular atribuir ao prestador que assumirá o serviço a responsabilidade por seu pagamento.”

Como se observa, o texto de lei parte do pressuposto lógico que a indenização será paga pelos titulares do serviço, que conforme a decisão do STF na ADI 1.841, são os Municípios e, onde houver, as Regiões Metropolitanas.

Opção prevista pelo legislador é atribuir ao prestador que assumirá o serviço a responsabilidade pelo pagamento da indenização, o que é uma solução operacionalmente lógica, já que o novo prestador assumirá os serviços objeto de investimentos ainda não amortizados. Ao invés de investir na construção de todos os bens necessários para a prestação do serviço, utilizará a base de bens existente (mesmo porque as redes de saneamento levam a um monopólio natural), realizando apenas investimentos complementares.

A dificuldade de quantificação precisa do montante da indenização pode ser um problema potencial, pois não é factível realizar uma licitação em que os licitantes assumam obrigação financeira de valor indefinido, com dificuldade ou mesmo inviabilidade de definição do valor da proposta e consequente risco para a competitividade do certame.

Podem ser avaliados mecanismos de mitigação desse risco, como por exemplo, a pré-definição de um valor a ser pago pelas concessionárias à CEDAE (valor de avaliação preliminar da indenização), deixando-se o montante excedente que as licitantes estejam dispostas a pagar para vencer a licitação ser recebido pelo Estado a título de outorga e provisionado para fazer face a posteriores ajustes de contas com a CEDAE.

Entretanto, pelos documentos constantes do processo administrativo, o Estado parece ter abandonado, por ora, essa opção e pretende assumir, ele próprio, a obrigação de indenizar a CEDAE, além de outras obrigações originariamente dos titulares do serviço público (Municípios e Região Metropolitana)¹⁵, tendo como contrapartida receber os direitos de crédito de 80% da outorga fixa e

prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia (...). (grifou-se)

¹⁵ Além da obrigação de indenizar os investimentos não amortizados, o Estado ficaria obrigado a (i) promover eventual reequilíbrio econômico-financeiro em favor das delegatárias de serviços públicos e (ii) ao pagamento de multas às delegatárias dos serviços em razão do término antecipado dos contratos de delegação de serviços públicos.

50% da outorga fixa excedente, que originalmente também caberiam aos titulares dos serviços.

Trata-se de uma operação complexa, pela qual o Estado assume direitos e deveres dos Municípios titulares do serviço público, por força de instrumentos de gestão associada, a partir de uma modelagem que atribui ao Estado além da mera gestão do projeto, com o intuito de facilitar a sua execução.

A assunção pelo Estado da obrigação de indenizar a CEDAE está prevista em minutas relativas à gestão associada dos serviços de saneamento básico¹⁶, bem como nos termos de rescisão dos contratos de programa vigentes entre CEDAE e municípios (Processo SEI nº 140001/058793/2020, DOC. SEI 8724786).

Para maior clareza, transcrevem-se abaixo as cláusulas pertinentes dos referidos instrumentos:

Minuta de convênio de Cooperação entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro (Processo SEI nº 140001/058793/2020, DOC. SEI nº 8724022):

6.2.1 Na hipótese de haver obrigações pendentes entre o MUNICÍPIO e a CEDAE vinculadas aos instrumentos extintos, decorrentes de investimentos realizados pela CEDAE e ainda não amortizados, o ESTADO obriga-se desde já a assumi-las, desonerando o MUNICÍPIO de eventual indenização, conforme termo de rescisão a ser celebrado entre MUNICÍPIO e CEDAE, com interveniência da AGÊNCIA REGULADORA e do ESTADO.

Minuta de convênios de Cooperação entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro (Processo SEI nº 140001/058793/2020, DOC. SEI nº 8723875):

6.2.1 Na hipótese de haver obrigações pendentes entre os MUNICÍPIOS METROPOLITANOS e a CEDAE vinculadas a instrumentos extintos, decorrentes de investimentos realizados pela CEDAE e ainda não amortizados, o ESTADO obriga-se desde já a assumi-las, desonerando o respectivo Município de eventual indenização, conforme termo de rescisão a ser celebrado entre cada MUNICÍPIO METROPOLITANO e CEDAE, com interveniência da AGÊNCIA REGULADORA e do ESTADO.

Minuta de Contrato de Gerenciamento entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro (Processo SEI nº 140001/058793/2020, DOC. SEI nº 8724367):

4.3 Na hipótese de haver obrigações pendentes entre os MUNICÍPIOS METROPOLITANOS e a CEDAE vinculadas aos instrumentos extintos, decorrentes de investimentos realizados pela CEDAE e ainda não amortizados, o ESTADO obriga-se desde já a assumi-las, desonerando tais MUNICÍPIOS METROPOLITANOS de eventual indenização, conforme termo de rescisão a ser celebrado entre MUNICÍPIO e CEDAE, com interveniência da AGÊNCIA REGULADORA e do ESTADO.

4.3.1 O previsto na cláusula 4.3 não se aplica para instrumentos jurídicos anteriormente celebrados como condição de prestação de serviços que não são realizadas pela CEDAE.

(...)

13.2 As obrigações pendentes entre MUNICÍPIOS METROPOLITANOS e CEDAE vinculadas aos instrumentos jurídicos de vínculos extintos são sub-rogadas ao ESTADO, nesta oportunidade, razão pela qual eventual indenização em favor da CEDAE será paga pelo ESTADO, nos termos da subcláusula 4.3.

Minuta de Contratos de Gerenciamento entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro (Processo SEI nº 140001/058793/2020, DOC. SEI nº 8724786):

¹⁶ Convênio de Cooperação entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro (DOC. SEI 8724022), Convênios de Cooperação entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro (DOC. SEI 8723875), Contrato de Gerenciamento entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro (DOC. SEI 8724367) e Contratos de Gerenciamento entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro (DOC. SEI 8724582).

4.3. Na hipótese de haver obrigações pendentes entre o MUNICÍPIO e a CEDAE vinculadas aos instrumentos extintos, decorrentes de investimentos realizados pela CEDAE e ainda não amortizados, o ESTADO obriga-se desde já a assumi-las, desonerando o MUNICÍPIO de eventual indenização, conforme termo de rescisão a ser celebrado entre MUNICÍPIO e CEDAE, com interveniência da AGÊNCIA REGULADORA e do ESTADO.

4.3.1 O previsto na cláusula 4.3 não se aplica para instrumentos jurídicos anteriormente celebrados como condição de prestação de serviços que não são realizadas pela CEDAE.

Sobre a viabilidade jurídica e condições para a assunção da obrigação de indenizar pelo Estado do Rio de Janeiro, fazemos referência ao conteúdo do Parecer nº 05/2020 – ARCY/PG-17, de 09/10/2020, do Procurador do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO, que acolhemos integralmente. Como bem observado pelo Parecerista, é imprescindível que a assunção da obrigação de indenizar pelo Estado tenha substrato econômico. É dizer: a decisão de o Estado assumir para si as dívidas dos municípios – titulares do serviço de saneamento - deve partir de análises técnicas e justificativas consistentes, principalmente sobre os aspectos de ordem financeira.

Também nesse sentido, o Parecer nº 06/2020 JVSM/PG-17: "(...) Nesse caso, o referido instrumento deve (i) prever expressamente a transferência dos direitos creditórios da companhia para o Estado¹¹. É o que busca fazer a cláusula primeira da minuta. Além disso, (ii) não pode haver justo motivo dos municípios para recusar o pagamento feito pelo Estado à CEDAE - o que também parece estar superado. Cumpreresaltar, por fim, que (iii) a proposta deve possuir, por parte do Estado, substrato econômico. A decisão de assumir dívida pertencente a outro ente federativo deve estar justificada de modo consistente. O Estado do Rio de Janeiro possui condições de pagar à CEDAE? É realista imaginar que os municípios irão efetivamente pagar ao Estado? Em quanto tempo? Sob quais condições? Preenchidas tais exigências, o Estado pode se sub-rogar na posição do credor originário. (...)”

Há que se observar, contudo, que até o momento não constam do processo administrativo indicadores financeiros que propiciem a delimitação dos valores correspondentes a cada débito assumido pelo ERJ, sendo necessária a atestação por meio de parecer técnico específico do Estado, que o valor dos créditos a serem recebidos suplantam o valor dos débitos assumidos, de modo a resguardar o proveito econômico do Estado com a licitação *vis à vis* as obrigações pecuniárias assumidas, notadamente em atenção ao Regime de Recuperação Fiscal, a que está submetido o Estado, nos termos da Lei Complementar nº 159/2017.

O Estado do Rio de Janeiro não pode, segundo a lógica do Regime de Recuperação Fiscal e da própria Lei de Responsabilidade Fiscal, assumir débitos de valor totalmente indefinido. É necessário que o Estado tenha uma estimativa razoavelmente segura do montante a ser indenizado, para que possa promover o planejamento financeiro necessário para o cumprimento das obrigações assumidas¹⁷

Para maior segurança do Estado quanto à obrigação de indenização assumida, o Procurador ANDRÉ RODRIGUES CYRINO sugeriu a definição de um valor-teto para a assunção das dívidas dos Municípios, permanecendo o que for excedente ao *quantum* sob responsabilidade dos Municípios.¹⁸

Em linha de tudo o que foi colocado, ressalta-se a necessidade de apuração de um valor-base para

¹⁷ Notadamente, sem que se incorra em desnecessária repetição, débitos que não são originalmente seus, o que exsurge, mais uma vez, a necessidade de que seja explicitada a causa econômica de todo o arranjo financeiro atrelado a divisão de outorgas a essa obrigação de pagamento.

¹⁸ Tal sugestão consta do Parecer nº 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY: "(...) Uma outra alternativa para mitigar os riscos da assunção de dívidas dos municípios pelo ERJ, é inserir previsão, nas minutas de termo de rescisão e de convênio de cooperação e contrato de gerenciamento, no sentido de que, caso as indenizações devidas pela CEDAE ultrapassem um determinado limite (que pode ser o montante recebido pelo ERJ a título de outorga fixa), o ERJ teria direito de regresso em face dos municípios quanto ao montante excedente. Trata-se de alternativa sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade do gestor público e que, de todo modo, também precisaria de ser submetida ao Conselho de Supervisão do RRF, haja vista haver o risco de os municípios não pagarem o Estado. (...)”

o pagamento da indenização à CEDAE, com a indicação da fonte de recursos (possivelmente os valores de outorgas a serem pagas pelas concessionárias privadas), bem como estabeleça um limitador, a partir do qual a responsabilidade passe a ser dos Municípios, ou se constitua uma provisão com valores recebidos a título de outorga, de modo a se assegurar o lastro financeiro necessário para o cumprimento, pelo Estado, das obrigações assumidas segundo a modelagem de desestatização proposta.

4.c. Diretrizes jurídicas para a avaliação da indenização:

Não se desconhece a dificuldade para o cálculo do montante da indenização a ser paga à CEDAE. Até o momento, Estado e BNDES não lograram obter da CEDAE elementos seguros para a quantificação do valor dos investimentos não amortizados.

Nota-se, contudo, que o balanço patrimonial, documento que compõe o conjunto das demonstrações financeiras da companhia, é uma referência idônea, como ponto de partida, para a avaliação do valor da indenização devida à CEDAE, porque se trata de documento com valor legal reconhecido (art. 176 e seguintes da LSA)¹⁹, no qual a companhia deve registrar os investimentos realizados e promover, anualmente, a devida amortização e/ou depreciação desses investimentos.

Em razão de a CEDAE ser companhia de grande porte e de capital aberto, as suas demonstrações financeiras estão sujeitas também a regras da CVM, conforme o artigo 177, § 3º da Lei nº 6.404/76 e são objeto de auditoria independente:

Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

(...)

§ 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Não é razoável, portanto, que o Estado alegue que não tem parâmetro para a avaliação do valor a ser indenizado à CEDAE. O valor dos investimentos não amortizados apontado balanço patrimonial da companhia, após alguns ajustes a partir de informações disponíveis, pode servir de base para avaliação

¹⁹ Art. 176. Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício:

I – balanço patrimonial;

II - demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados;

III – demonstração do resultado do exercício; e

IV – demonstração dos fluxos de caixa; e (Redação dada pela Lei nº 11.638, de 2007)

V – se companhia aberta, demonstração do valor adicionado. (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007) (...) Art. 178. No balanço, as contas serão classificadas segundo os elementos do patrimônio que registrem, e agrupadas de modo a facilitar o conhecimento e a análise da situação financeira da companhia.

§ 1º No ativo, as contas serão dispostas em ordem decrescente de grau de liquidez dos elementos nelas registrados, nos seguintes grupos: (...)

II - ativo não circulante, composto por ativo realizável a longo prazo, investimentos, imobilizado e intangível. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009) (...)

Importante mencionar também o artigo 183 da LSA, que estabelece critérios de avaliação do ativo da companhia.

do Estado, com vistas à fixação consensual do valor-base a ser pago à CEDAE a título de indenização até o momento da transferência dos serviços às novas concessionárias, sem prejuízo de ajustes posteriores.

Importante mencionar alguns ajustes que já se mostram necessários, para o cálculo do valor da indenização a partir do balanço patrimonial da CEDAE. Os valores de investimentos não amortizados constantes do balanço não são segregados entre (i) os investimentos em ativos que continuarão a ser operados pela CEDAE (etapa *upstream*) e (ii) os investimentos em ativos que, segundo a modelagem proposta pelo BNDES, serão transferidos para as concessionárias (etapa *downstream*), bem como não são identificados os investimentos em ativos que servem à prestação de serviços em Municípios que não aderiram ao projeto de desestatização.

Além disso, é possível que se identifiquem investimentos realizados pelo Estado do Rio de Janeiro em ativos *upstream* que são atualmente operados pela CEDAE, mas não transferidos para o patrimônio da companhia. O destino natural desses bens deverá ser a integração ao patrimônio da companhia, que já opera ou poderá a vir a receber para operar, possivelmente antes da data do pagamento da indenização. Neste caso, poderá haver dação em pagamento desses ativos à companhia, como forma de extinção de uma parcela da obrigação de indenização devida pelo Estado. O recebimento de bens pela CEDAE, a título de dação em pagamento, caso ocorra, deve ser precedida de avaliação independente dos bens.

A metodologia para o cálculo dos valores a serem indenizados, a partir de ajustes no balanço patrimonial da CEDAE, pode ser objeto de controvérsia, notadamente porque em relação à indenização há interesses contrapostos entre o Estado e a CEDAE, embora logicamente conciliáveis.

Entretanto, não nos parece que a necessidade desses ajustes para apuração do valor da indenização, ainda que sujeitos a controvérsia, deva necessariamente atrasar o andamento do projeto de desestatização de serviços de saneamento. É razoável imaginar que Estado e CEDAE possam acordar a fixação de um valor-base para a indenização prévia, com base no balanço patrimonial da companhia, com os ajustes gerenciais que puderem ser efetivados até o momento da transferência dos serviços.

Importante observar que o valor de indenização apurado a partir de ajustes gerenciais, mesmo com base no balanço patrimonial da CEDAE, deverá ser objeto de auditoria independente. Isso porque não obstante o balanço patrimonial já tenha sido auditado, os relatórios gerenciais utilizados para os necessários ajustes ainda não terão sido auditados.

Nota-se, contudo, que como a indenização deverá ser paga apenas quando da transferência do serviço, e considerando o longo período até essa transferência, que compreende, além do tempo da licitação, o período de operação assistida, conforme previsão nos instrumentos do projeto, deverá haver tempo hábil para a referida auditoria.

Deve-se levar em conta também que ajustes posteriores em pagamentos devidos por transferência de ativos entre empresas são comuns no Direito Societário, inclusive em processos de desestatização. Para a solução desse problema existem mecanismos como, por exemplo, a constituição de conta vinculada. O diferimento do pagamento de parcela das outorgas devidas pelos concessionários também é um mecanismo capaz de atender às necessidades de ajustes na indenização da CEDAE, posteriores à transferência dos serviços.

Apesar de todos os ajustes necessários acima referidos, fato é que o balanço patrimonial da CEDAE, com alguns ajustes por mecanismos de contabilidade gerencial (e.g. desconto do valor dos ativos que continuarão com a CEDAE), é um indicador legítimo para a aferição do valor-base da indenização da companhia, que pode ser tomado como parâmetro para o montante a ser destinado à indenização da CEDAE no processo de desestatização.

Relembra-se que o marco temporal para indenização à CEDAE não é o momento da licitação, mas o momento da transferência dos ativos para os novos concessionários, que ocorrerá, segundo previsto no Edital de licitação, após o período de 6 (seis) meses de operação assistida.

Sem prejuízo, é necessário que o Estado e a CEDAE apurem desde logo, um valor-base a ser

destinado à indenização da CEDAE, ainda que sujeito a ajustes posteriores ao momento da licitação, de forma a que o Estado possa se assegurar que os recursos de outorga, a serem pagos pelos licitantes vencedores até o momento da transferência dos serviços, serão de montante suficiente para a indenização da CEDAE.

O que se busca, com isso, é a certeza de uma indenização a ser paga previamente à transferência dos serviços aos novos concessionários, avaliado da forma mais precisa e segura possível a partir das informações disponíveis, o que deverá afastar argumentos de expropriação indevida de ativos da Companhia.

4.c.2. A necessária contribuição da AGENERSA em relação a critérios técnicos para a apuração do valor da indenização

A definição do valor da indenização também está sujeita à análise regulatória a cargo da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA, com base na Lei nº 4.656/2005²⁰, no Decreto Estadual 45.344/2015²¹, e na Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 66/2016.²²

Sem prejuízo das atribuições da auditoria independente, a AGENERSA²³ poderá contribuir com a fixação de critérios técnicos e arbitramento de controvérsias sobre parcelas do valor da indenização devida à CEDAE. O regulador tem por função estabelecer critérios estáveis e uniformes de contabilidade regulatória.²⁴ A padronização dos critérios de avaliação contábil é, por exemplo, realidade no âmbito da ANAC²⁵ e ANTT²⁶, que disponibilizam aos regulados manuais necessários para

²⁰Dispõe o artigo 4º da Lei nº 4.656/2005:

Art. 4º - Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes: (...)

IV - fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnico, econômico, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis; (...)

VI - determinar diligências junto ao Poder Concedente, concessionários, permissionários e usuários dos serviços, podendo para tanto ter amplo acesso aos dados e informações relativos aos contratos de sua competência; (...)

VIII - contratar serviços técnicos, vistorias, estudos, auditorias ou exames necessários ao exercício das atividades de sua competência com entes públicos ou privados; (...)

XIII - exigir, conforme previsto nos contratos de concessão ou permissão, a expansão e a modernização dos serviços delegados, de modo a buscar a sua universalização e a melhoria dos padrões de qualidade, ressalvada a competência do Estado quanto a definição das políticas setoriais; (...)

²¹Decreto Estadual 45.344/2015: Estabelece as condições gerais para a Regulação e Fiscalização das Atividades da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA - e dá outras providências.

²² Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 66/2016: Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento do Estado do Rio de Janeiro nas ações de fiscalização e aplicações de penalidades à Companhia Estadual de Águas e Esgotos.

²³ A atuação das agências reguladoras é muito relacionada à busca pelo **equilíbrio sistêmico** do setor. Nesse sentido: GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: **Teoria do estado regulador**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 13-106.

²⁴Para Márcio Monteiro Reis: Parte importante dessa contabilidade regulatória, deve consistir na manutenção de um inventário dos bens reversíveis, com a indicação de seus custos de aquisição e o acompanhamento de sua amortização financeira, com base nas receitas efetivamente auferidas ao longo da execução contratual. REIS, Márcio Monteiro De onde vêm, o que são, para onde vão e quanto custam os bens reversíveis? In: Regulação e Infraestrutura, coord. Alexandre Santos de Aragão; Anna Carolina Migueis Pereira; Letícia Lobato Anicet Lisboa; Rio de Janeiro: Fórum, 2017, p.475-520.

²⁵Vide Resolução ANAC nº 522, de 18 de julho de 2019: Regulamenta as informações contábeis a serem apresentadas pelos administradores de aeroportos de movimentação relevante, de aeroportos sujeitos ao regime de Concessão Pública Federal e de aeroportos sujeitos à regulação tarifária do tipo Receita-Teto por Passageiro. A Resolução nº 533, de 12 de novembro de 2020, trata **especificamente do tema indenização por investimentos não amortizados em concessões aeroportuárias**.

²⁶Vide Resolução ANTT nº 1773, de 20 de dezembro de 2006, que criou o **Manual de Contabilidade aplicado às concessionárias ferroviárias**, revisto pela Portaria ANTT nº 142 de novembro de 2018. Já em relação ao tema **indenização**

uniformizar suas declarações contábeis.

Nesta toada, os dispositivos transcritos abaixo, extraídos do Decreto Estadual n.º45.344/2015, indicam que a AGENERSA já exerce atribuições relativas a regras de contabilidade regulatória adotadas pela CEDAE:

(...) Art. 10.

§ 2º Os ativos da Companhia Estadual de Águas e Esgotos deverão ser reavaliados, a valor novo, tendo como base o mês de agosto de 2015, para o consequente registro em sua contabilidade regulatória.

Art. 16. A CEDAE manterá contabilidade regulatória própria para efeitos de fiscalização em consonância com o plano de contas por ela sugerido e aprovado pela AGENERSA, que possibilite a perfeita compreensão do andamento do negócio, da evolução do ativo e do passivo, dos investimentos recebidos, dos critérios de depreciação e amortização, e da apropriação de custos por atividades, zona e tipo de usuários.

Parágrafo Único. Para fins do disposto no caput deste artigo, a Companhia Estadual de Águas e Esgotos, no prazo de 24 meses, apresentará Plano de Contas regulatório à AGENERSA, cabendo a Agência determinar, fundamentadamente, a realização de ajustes no Plano de Contas regulatório a ela apresentado, que deverá ser então, instituído por Resolução específica da AGENERSA.

Art.18. A CEDAE, no prazo de 18 meses, contados da publicação deste Decreto,deverá providenciar a realização de inventário de todos os seus bens e equipamentos ligados à prestação dos serviços concedidos, entregando cópia do inventário realizado à AGENERSA.

Nota-se que a atuação da AGENERSA deu origem ao processo E- 12/003.110/2017, que trata do Inventário de todos os bens e equipamentos ligados à prestação dos serviços da Companhia Estadual de Águas e Esgotos²⁷.

Posteriormente, foi proposta a contratação de uma consultoria para a validação do inventário apresentado pela CEDAE, com o objetivo de “*classificar os ativos e adequadamente enquadrá-los para fins de fiscalização e regulação*”, conforme disposto na Deliberação AGENERSA n.º 3.819/2019 – pelo que foi instaurado processo de contratação PA E-22/007.401/2019²⁸.

Portanto, a AGENERSA deverá ser instada a se manifestar sobre a questão da indenização à CEDAE, objeto deste parecer, de forma a que possa contribuir com a indicação de critérios técnicos que devam ser observados na avaliação dos investimentos da CEDAE, necessária para a apuração do montante da indenização.

por investimentos não amortizados em concessões rodoviárias, veja-se a Resolução ANTT nº 5.860, de 3 de dezembro de 2019,

²⁷O processo mencionado foi requerido à AGENERSA para exame desta Procuradoria.

²⁸As últimas informações constantes do processo dão conta de que a aludida contratação encontra-se sem novos andamentos desde 2019, na fase de elaboração de Termo de Referência

4.d.2. A observância às recomendações e determinações do Tribunal de Contas do Estado

Em 2018, o Tribunal de Contas do Estado instaurou auditoria de gestão patrimonial tendo como objeto o patrimônio imobiliário da CEDAE.

Embora a auditoria tenha se iniciado em momento no qual se cogitava a privatização da companhia, o que em grande medida pode ter motivado a urgência da atuação do Tribunal, é certo que as questões levantadas na auditoria promovida poderão ter efeitos também no que concerne à avaliação dos investimentos não amortizados da CEDAE, relativos aos bens afetos aos serviços que serão transferidos para as concessionárias privadas.

Portanto, na avaliação da indenização devida à CEDAE, deverão ser consideradas as recomendações e determinações do Tribunal de Contas do Estado, decorrentes da auditoria patrimonial em questão, que porventura recaiam sobre bens vinculados ao serviço que devam ser transferidos para as novas concessionárias.

5. CONCLUSÕES

Em face do exposto, sintetizados o entendimento adotado neste parecer nas seguintes proposições objetivas:

a) a *indenização pelos investimentos não amortizados é direito da CEDAE*, como contrapartida pela retomada do serviço antes do transcurso do tempo necessário para a amortização dos investimentos, conforme expressamente estabelecido no § 5º do artigo 42 da Lei 11.445/2007, incluído pela Lei nº 14.026/2020:

§ 5º A transferência de serviços de um prestador para outro será condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, facultado ao titular atribuir ao prestador que assumir o serviço a responsabilidade por seu pagamento.”

b) o *condicionamento da transferência do serviço à indenização é uma garantia conferida por lei à CEDAE* de recebimento da indenização. A CEDAE, portanto, pode exigir que a indenização seja paga previamente à transferência do serviço. Além disso, a indenização volta-se também à preservação da saúde da Companhia para que cumpra seu papel no novo arranjo institucional de saneamento e mitiga o risco de comprometimento financeiro futuro do Estado, que permanecerá como seu acionista controlador;

c) recomenda-se que a indenização devida à CEDAE seja paga integralmente até o momento da transferência do serviço para as novas concessionárias, por um valor-base, calculado tecnicamente, sem prejuízo de ajustes futuros decorrentes de elementos não conhecidos até o momento da indenização;

d) de acordo com a modelagem proposta e submetida à análise, nada obstante não seja titular do serviço, o Estado obriga-se a indenizar a CEDAE pelos ativos eventualmente não amortizados (exonerando os Municípios), além de outros eventuais débitos (como reequilíbrios econômico-financeiros e pagamento de multas em caso de término antecipado dos contratos de concessão). Essa opção deve partir de análise técnicas e justificativas robustas, notadamente sobre a dimensão financeira do arranjo, que deverão constar do processo;

e) a única referência hoje existente sobre o valor-base para indenização é o valor

contabilizado no balanço patrimonial da CEDAE na(s) rubrica(s) referente(s) a investimentos ainda não amortizados. Esses valores deverão sofrer ajustes cuja necessidade já é identificável como, por exemplo, (i) o expurgo do valor dos investimentos relacionados aos bens vinculados ao serviço *upstream* na Região Metropolitana, continuará a ser explorado pela CEDAE e (ii) o expurgo do valor dos investimentos em bens vinculados à prestação de serviços em Municípios não participantes da licitação para a concessão dos serviços de saneamento;

f) é possível que haja investimentos realizados pelo Estado do Rio de Janeiro em ativos que são atualmente operados pela CEDAE e cujo caminho natural será a integração ao patrimônio da companhia, que opera tais ativos. Neste caso, poderá haver dação em pagamento desses ativos à companhia, como forma de extinção de uma parcela da obrigação de indenização devida. Portanto, é juridicamente possível que a obrigação de pagamento de indenização prévia devida à CEDAE seja cumprida mediante uma combinação de pagamento em dinheiro com dação em pagamento de bens necessários à operação da companhia, desde que devidamente avaliados;

g) recomenda-se a contratação de auditoria independente para apurar o valor da indenização em prazo compatível com o cumprimento do dever de pagamento da indenização até a assunção dos serviços pelos novos concessionários;

h) caso porventura a auditoria não se encerre até o momento da transferência do serviço, a indenização poderá ser paga com base no valor dos investimentos constante do balanço patrimonial auditado da CEDAE, com os expurgos acima referidos, a serem indicados em relatórios gerenciais da companhia. Neste caso, deverá ser formalizado acordo entre a CEDAE e o ESTADO quanto a esse pagamento, de modo a viabilizar a transferência do serviço, recomendando-se a previsão no instrumento de acordo de mecanismos para pagamento de ajustes no valor da indenização, em favor da CEDAE ou do ESTADO, quando da conclusão da auditoria e da aprovação da AGENERSA;

i) recomenda-se que do instrumento a ser firmado com a CEDAE constem: (i) o valor-base da indenização; (ii) o prazo para pagamento do valor-base da indenização (anterior à transferência dos serviços para os novos concessionários) (iii) a forma de pagamento (e.g.: em dinheiro e/ou dação de bens em pagamento); (iv) eventual mecanismo de ajustes de contas por fatos que venham a ser conhecidos posteriormente ao pagamento da indenização/transferência do serviço (e.g. conta vinculada ou diferimento do pagamento de parcela da outorga devida pelos concessionários); e (v) a indicação, pelo Estado, da fonte de recursos para o pagamento da indenização (e.g. valor das outorgas pagas pelos concessionários privados) e (vi) o estabelecimento de valor-teto para o pagamento pelo Estado do montante final da indenização, com a indicação da fonte de recursos, e, caso assim entenda o gestor de forma fundamentada, fixação de um limitador, a partir do qual a responsabilidade passe a ser dos Municípios, ou se constitua uma provisão com valores recebidos a título de outorga, de modo a se assegurar o lastro financeiro necessário para o cumprimento, pelo Estado, das obrigações assumidas segundo a modelagem de desestatização proposta;

j) recomenda-se a prévia apreciação da questão pelo Conselho de Recuperação Fiscal, em atenção à LC 159/2017, em razão da assunção de obrigação de indenização à CEDAE pelo Estado do Rio de Janeiro;

k) recomenda-se seja formulada consulta à AGENERSA para que possa contribuir com aspectos técnicos pertinentes à indenização;

l) caso o Estado venha a optar pela previsão no edital de licitação de indenização à CEDAE diretamente pelas novas concessionárias, conforme previsto no § 5º do artigo 42 da Lei 11.445/2007, incluído pela Lei nº 14.026/2020, deverá definir no edital de licitação o valor a ser pago por elas à CEDAE, para que não haja prejuízo à formulação das propostas e à competitividade do certame; e

m) recomenda-se que, após a consideração do exposto neste parecer, a minuta referente à indenização seja reformulada para atender às diretrizes traçadas neste parecer, sintetizadas na conclusão acima.

Observamos que as questões de natureza financeira, comentadas neste parecer, não podem ser quantificadas por meio deste parecer jurídico, visto que os subscritores não têm qualificação técnica, nem atribuição funcional para análises de natureza financeira.

Daí a necessidade de análise complementar, por profissionais habilitados do Estado avaliem os aspectos financeiros pertinentes à indenização devida à CEDAE, de modo a confirmar, sob a ótica do Estado, a adequação da modelagem apresentada pelo BNDES.

É igualmente imprescindível que a CEDAE, como parte interessada na indenização, se pronuncie no que toca aos aspectos jurídicos e financeiros da questão.

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

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

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK MARTINS

Procurador do Estado

HENRIQUE BASTOS ROCHA

Procurador do Estado

THIAGO CARDOSO ARAUJO

Procurador do Estado

VISTO

PROC. SEI-120207/000707/2020

Visto. Aprovo o bem lançado o Parecer Conjunto nº 01/2020 - AHWM/HBR/TCA, de lavra dos i. Procuradores do Estado Augusto Henrique Werneck Martins, Henrique Bastos Rochas e Thiago Cardoso Araújo, devidamente apreciado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020, por meio do qual analisada sob o ângulo estritamente jurídico, a minuta de contrato de indenização à CEDAE pela transferência de bens aos futuros concessionários privados de serviços de saneamento no Estado do Rio de Janeiro.

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

Na oportunidade, para evitar repetições desnecessárias, **permito-me reforçar os aspectos devidamente destacados no pronunciamento oriundo do Grupo de Trabalho, sem prejuízo dos demais pontos veiculados Parecer Conjunto nº 01/2020 - AHWM/HBR/TCA.**

Nesse sentido, ainda que em termos genéricos do que aqueles veiculados nos pronunciamentos em análise, reconhece-se que:

1. A indenização pelos investimentos não amortizados é direito da CEDAE, como contrapartida pela retomada do serviço antes do transcurso do tempo necessário para a amortização dos investimentos, conforme expressamente estabelecido no §5º do artigo 42 da Lei 11.445/2007, incluído pela Lei nº 14.026/2020;

2. É necessária indicação da origem dos recursos para indenização à CEDAE, com observância à Lei de Responsabilidade Fiscal, à Lei do Regime de Recuperação Fiscal e ao Plano de Recuperação Fiscal firmado pelo Estado com a União Federal;

3. Há vertentes de direitos protegidos pelo cumprimento da obrigação de indenizar a CEDAE, notadamente (i) a preservação da higidez da Companhia para que cumpra o seu papel na nova modelagem do saneamento; (ii) obstar que CEDAE se torne estatal dependente, o que comprometeria o erário estadual; e (iii) a obrigação do Estado de preservação do patrimônio da CEDAE, cujas ações encontram-se gravadas como contragarantia à União Federal, pelo aval concedido à União Federal ao banco BNP Paribas.

4. Não pode o Estado do Rio de Janeiro pretender se valer de sua posição de controlador para, de algum modo, e em alguma medida, não indenizar a CEDAE pelos investimentos não amortizados até o momento da transferência dos serviços por ela prestados às novas concessionárias privadas.

5. A assunção da obrigação de indenizar pelo Estado tenha substrato econômico, o que significa que deverá partir de análises técnicas e justificativas consistentes, principalmente sobre os aspectos de ordem financeira;

6. O Estado do Rio de Janeiro não pode, segundo a lógica do Regime de Recuperação Fiscal e da Lei de Responsabilidade Fiscal, assumir débitos de valor totalmente indefinido, de modo que é necessário que se busque uma estimativa razoavelmente segura do montante a ser indenizado, para que possa promover o planejamento financeiro necessário para o cumprimento das obrigações assumidas.

7. O balanço patrimonial, ainda que com necessários ajustes às características do empreendimento, é uma referência idônea, como ponto de partida, para a avaliação do valor da indenização devida à CEDAE, porque se trata de documento com valor legal reconhecido (art. 176 e seguintes da LSA), no qual a companhia

deve registrar os investimentos realizados e promover, anualmente, a devida amortização e/ou depreciação desses investimentos.

8. Em que pese a necessidade de ajustes, não haveria impedimento para que Estado e CEDAE acordem a fixação de um valor-base para a indenização prévia, com base no balanço patrimonial da companhia, com os ajustes gerenciais que puderem ser efetivados até o momento da transferência dos serviços.

9. O mais relevante é que o Estado e a CEDAE apurem desde logo, um valor-base a ser destinado à indenização da CEDAE, ainda que sujeito a ajustes posteriores ao momento da licitação, de forma a que o Estado possa se assegurar que os recursos de outorga, a serem pagos pelos licitantes vencedores até o momento da transferência dos serviços, serão de montante suficiente para a indenização da CEDAE.

Por fim, registro que **as referências do pronunciamento a questões de natureza financeira e orçamentária, inclusive eventualmente tomadas como premissas para o posicionamento jurídico (por inevitáveis conexões, decorrentes da interdisciplinaridade do tema), devem ser revisadas por profissionais habilitados para o exercício de atribuições relacionadas a tais temas, antes da assinatura do instrumento.**

De resto, me reporto às demais considerações ventiladas no Parecer Conjunto e no Encaminhamento do Grupo de Trabalho.

À Secretaria de Estado da Casa Civil, em prosseguimento.

BRUNO DUBEUX
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Processo SEI nº 120207/000707/2020

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

1. Da Consulta

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Da Fundamentação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“[a]rt. 12.(...)

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

I - as atividades ou insumos contratados;

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

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

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

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

VI - as condições e garantias de pagamento;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em cenário no qual a produção de água mostrar-se escassa, não se pode perder de vista a importância da atuação da AGENERSA, pois será a CEDAE quem, de fato, alocará os quantitativos de água potável para cada concessionária.

Prosseguindo, veja-se que a subcláusula 8.6 do contrato de interdependência tem o potencial de criar situação de desequilíbrio dadas eventuais limitações na expansão da produção de água. A subcláusula 8.7 estipula que, na hipótese de investimentos na expansão da produção de água realizados pela Concessionária, esses ônus serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro a ser operado no contrato de concessão.

Ainda no que diz respeito à cláusula oitava, e levando em consideração que estamos diante de contratos coligados, cujos efeitos estão intrinsecamente relacionados, conforme já abordado, faz-se necessário um trabalho de harmonização com relação às obrigações referentes às disposições de

pontos de entrega da água tratada, com a 14 indicação da localização dos pontos, o tipo do medidor, especificações técnicas e demais informações pertinentes.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁵ “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Conclusão

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK MARTINS

Procurador do Estado

THIAGO CARDOSO ARAUJO

Procurador do Estado

HENRIQUE BASTOS ROCHA

Procurador do Estado

PROC. SEI-120207/000707/2020

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 9 de dezembro de 2020.

RODRIGO CRELIER ZAMBÃO DA SILVA

Procurador do Estado

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Procurador do Estado

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

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

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

NATHALIE CARVALHO GIORDANO MACEDO
Procuradora do Estado

VISTO

PROC. SEI-120207/000707/2020

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

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

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

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

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

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

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

Alguns outros pontos ainda merecem especial atenção:

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

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

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

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

À Secretaria de Estado da Casa Civil, em prosseguimento.

BRUNO DUBEUX
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Processo SEI nº 120207/000707/2020

Análise jurídica da minuta de Contrato de Produção de Água, que tem por objeto a exploração do sistema upstream da Região Metropolitana. Lei Federal nº 11.445/2007, art. 10-A, §2º, com a redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020. Exame da possibilidade de Contratação Direta da CEDAE via dispensa de licitação e seus requisitos. Viabilidade jurídica da minuta apresentada desde que adequada na forma deste opinamento.

1. HIPÓTESE

Cuida-se de processo administrativo tramitado por meio do Sistema Eletrônico de Informações “SEI!” tratando do Projeto de Universalização do Saneamento Básico no Estado do Rio de Janeiro. De início, parece pertinente trazer breves considerações acerca do contexto em que este projeto de alta complexidade se insere.

O cenário de crise financeira por que perpassa o Estado do Rio de Janeiro nos últimos anos fez com que o governo recorresse à União para aderir ao Regime de Recuperação Fiscal (RRF), instituído pela Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017 (LC 159), a qual prevê a apresentação pelo Estado interessado, ao Ministério da Fazenda, de um Plano de Recuperação Fiscal. O sobredito Plano exigia, dentre outras medidas legislativas, autorização para a desestatização de empresas dos setores financeiros, de energia, saneamento, dentre outros, de modo que os recursos obtidos com a privatização fossem utilizados para quitar passivos do Governo estadual.

Especificamente no caso do Plano de RRF -RJ, as ações representativas do capital social da Companhia Estadual de Águas e esgotos do Rio de Janeiro – CEDAE detidas pela Estado foram dadas em garantia à operação de crédito, no valor de R\$ 2,9 bilhões (dois bilhões e novecentos milhões de reais), celebrada entre o Banco BNP – Paribas Brasil S.A. e o Estado do Rio de Janeiro, por meio do Contrato de Mútuo nº 1.412/2017, publicado em 15 de dezembro de 2017. O fundamento para referida operação foi calcado na Lei estadual nº 7.529/2017 que autorizou a alienação pelo Poder Executivo, da totalidade das ações representativas do capital social da CEDAE, bem como a contratação da operação de crédito, enquanto não efetivada a alienação. Desta feita, o contexto de crise fiscal compeliu o Estado a aderir ao Plano de Recuperação Fiscal, cuja linha do tempo aqui detalhada aponta para a desestatização da CEDAE.

Em 19 de agosto de 2016, o Estado do Rio de Janeiro solicitou que o Banco Nacional do Desenvolvimento Social – BNDES diligenciasse a inclusão do projeto da desestatização da CEDAE no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, do governo federal. No entanto, o Estado somente celebrou o Acordo de Cooperação Técnica com o BNDES em 12 de junho de 2017.

Após a celebração do sobredito Acordo de Cooperação Técnica, o BNDES promoveu o certame licitatório nº 49/2017, que resultou na celebração do contrato nº 17.2.0389.1, em 16 de novembro de 2017, para regular a estruturação, pelo BNDES, do projeto de desestatização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário atualmente operados pela CEDAE.

Na sequência, o Banco, em 02 de fevereiro de 2018, celebrou Contrato de Prestação de Serviços OCS Nº 004/2018, referente à contratação de serviços técnicos especializados para a estruturação de projetos, visando à desestatização da companhia, tendo se sagrado vencedor do certame o consórcio

formado pelas empresas Banco Fator, Concremat Engenharia e Vernalha Guimarães e Pereira Advogados – doravante intitulado Consórcio FATOR/CONCREMAT/VGP – SANEAMENTO RIO DE JANEIRO (ora chamado de “Consórcio BNDES”).

Desta feita, o projeto resultante da comunhão de esforços conta com a experiência do BNDES, que coordenou os estudos necessários à nova modelagem contratual voltada para o atendimento da universalização do saneamento básico em nosso Estado. As pesquisas de viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços de saneamento aglutinaram os municípios em 4 (quatro) grandes blocos, seguindo a diretriz legal da prestação regionalizada, aplicada em regime de subsídio cruzado, com intuito de garantir os investimentos necessários e o cumprimento de metas, alcançando os municípios em que há déficit considerável na prestação dos serviços em função da insuficiência de recursos aportados nas últimas décadas.

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

O presente processo SEI nº120207/000707/2020 tem o propósito de analisar a viabilidade do Projeto de Universalização do Saneamento Básico no Estado do Rio de Janeiro, a partir do exame do conjunto de instrumentos jurídicos, no bojo do ao projeto de universalização do saneamento básico do Estado do Rio de Janeiro.

Tem-se, por último, a minuta do *Contrato de Produção de Água* (DOC SEI nº 9165411), o qual tem como contratantes o Estado do Rio de Janeiro, representando a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro – RMRJ e os seus respectivos Municípios, e a CEDAE, com a interveniência da AGENERSA.

Por orientação do Subprocurador Geral do Estado, Dr. RAFAEL ROLIM DE MINTO, Presidente do Grupo de Trabalho instituído pela resolução PGE nº 4610 de 29 de setembro de 2020, com a finalidade de promover suporte jurídico e acompanhamento do projeto de desestatização dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário, foi atribuída aos signatários do presente a análise jurídica da referida minuta de contrato de produção de água.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Antes de apresentarmos, de forma minudenciada e dividida em subtópicos, os aspectos jurídicos relevantes atinentes especificamente ao Contrato de Produção de Água (9165411), que tem como intuito a exploração do sistema *upstream* da Região Metropolitana mediante a prestação dos serviços de captação de água bruta, adução de água bruta e tratamento de água, e execução dos investimentos, cumpre trazermos algumas noções introdutórias a respeito do regime jurídico da produção de água atualmente vigente e as mudanças trazidas com o advento do novo marco legal de saneamento, a Lei nº 14.026/2020.

De forma breve, com a finalidade de facilitar a compreensão do tema, cumpre-nos apresentar a estruturação deste parecer, que se inicia com o exame das **(i)** noções introdutórias sobre o regime jurídico de produção de água, seguido da análise do **(ii)** instrumento jurídico proposto na modelagem apresentada pelo Consórcio BNDES, e seus desdobramentos, a saber: a) Da Possibilidade de Contratação Direta da CEDAE via dispensa de licitação; b) Dos Requisitos para a Contratação da CEDAE com dispensa de licitação; c) Razão da escolha da CEDAE como delegatária do serviço de produção de água; d) Da “Justificativa do preço” na contratação direta da CEDAE como delegatária do serviço de produção de água; e) Da Natureza Jurídica do contrato de prestação do serviço público

de produção de água; f) Da viabilidade da celebração do contrato de produção de água de longo prazo com a CEDAE; g) Da concepção geral do contrato de produção de água.

Por fim, tem-se tópico destinado ao **(iii)** cotejo entre as minutas de Contrato de Concessão e de Produção de Água, assim como a análise jurídica desta, seguida das **(iv)** conclusões gerais e comentários específicos sobre cláusulas da minuta do instrumento em questão.

2.1. Noções introdutórias sobre o regime jurídico da produção de água

A presente seção tem por objetivo apresentar as questões trazidas pela necessidade de interpretação do art. 10-A, §2º, da Lei no 11.445, modificada pela Lei no 14.026, elemento normativo central para a compreensão das opções jurídicas postas à disposição do gestor e que fundamentam, em última instância, a possibilidade de celebração de contrato de produção de água com a CEDAE, sociedade de economia mista controlada pelo Estado, sem que se imponha prévia licitação.

A análise jurídica das diversas minutas integrantes do Projeto de Concessões Regionalizadas de Abastecimento de Água e Captação e Tratamento de Esgoto na Região Metropolitana e em 27 (vinte e sete) Municípios não-metropolitanos, objeto da contratação pelo Estado do Rio de Janeiro de consultoria do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, implica a interpretação - além da Lei Nacional de Saneamento Básico¹ - de um microsistema de leis federais e estaduais², estatuidoras de diretrizes ou disciplinadoras da prestação do serviço e, antes, no reconhecimento de um interesse comum e um direito correlato à prestação efetiva e universal do serviço, neste caso originário dos direitos sociais à saúde e ao meio ambiente, inscritos no art. 6º e 225, da Constituição Federal e ainda na concretização do princípio setorial da “função social da cidade”, do art. 182, caput, também da Constituição Federal.

A instrumentalidade da licitação e do respectivo contrato administrativo de concessão de serviço público, instituída originariamente nos arts. 37, XXI, e 175, da Constituição Federal, deve atender, em última análise, à realização do direito comum ao saneamento e à urgência de sua oferta universal. A contextualização jurídica a ser formalizada nos termos do art. 5º, da Lei 8987/95,³ pelo Estado do Rio de Janeiro requer se utilize a categoria, para trazer sentido jurídico à ideia de “universalização”, cujo conteúdo exhibe, além das demais, uma acepção específica para o regime jurídico do serviço público de saneamento, porquanto resulte de um direito assegurado desde a Constituição Federal.

A circunstância de cuidar-se, na origem, de um direito de natureza fundamental⁴, revela a preocupação do Constituinte de 1988 na superação do modelo excludente e discriminatório de implantação do saneamento básico, o qual reproduziu e inspirou a expansão seletiva e preconceituosa da implantação dos serviços públicos em nosso país, em especial nas cidades mais tocadas pelos fenômenos conjuntos da urbanização e da industrialização.⁵

A partir das concessões outorgadas em meados do século XIX⁶, sem deixar de considerar as especificidades dos municípios do antigo Estado do Rio de Janeiro⁷, até a criação da CEDAG, antecessora da CEDAE, no antigo Estado da Guanabara, no início da década de 1960, pode ser

¹ Lei 11445/07, com alterações posteriores, com destaque para a Lei 14.026/20

² Ver: a Lei nº 9433/97 - Lei Nacional de Recursos Hídricos; Lei nº 10.257/01 - Estatuto da Cidade; Lei 13.089/15 - Estatuto da Metrópole; e a Lei Complementar Estadual 184/18.

³ Art. 5º, da Lei 8987/95 - “O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo”

⁴ A teoria constitucional e a jurisprudência do STF atribuem aos direitos sociais o mesmo status dos chamados direitos fundamentais, confira:

⁵ Decisões sobre “Estado de Coisas Inconstitucional” e aplicação do art. 3º, III, CF: MC 347 e a ADPF 186

⁶ concessionária Rio de Janeiro City Improvements, em 1853. Ver in ABREU, Maurício. *Evolução Urbana do Rio de Janeiro*. IPP. 2012

⁷ A Companhia de Saneamento do Estado do Rio de Janeiro - SANERJ.

constatada a ineficiência na implantação da prestação dos serviços e, em decorrência, uma expansão mais lenta do que todos os outros serviços públicos⁸, inclusive se comparada à eletrificação, cuja oferta era incipiente no início do século XX.

A urbanização do antigo Distrito Federal, portanto, é um elemento histórico, geográfico, sociológico e econômico que auxilia a explicação jurídica⁹ na contemporaneidade, ao revelar o itinerário percorrido pela prestação do serviço público de saneamento básico, no contexto da urbanização brasileira, com a explosão demográfica e a proliferação de favelas e loteamentos irregulares e clandestinos, fenômeno consequente ao fim da escravidão, ao êxodo rural e ao mencionado modelo gerador de desigualdade.

O surgimento da região metropolitana do Rio de Janeiro deu-se em circunstâncias comuns ao processo de urbanização nas grandes cidades brasileiras, mas possuía uma característica singular, que deve ser observada como um elemento de destaque na história jurídica dos serviços públicos: o fato de implantar-se originariamente em unidades distintas da Federação, O Distrito Federal e seu sucessor que seria o Estado da Guanabara¹⁰; de outro lado, o Estado do Rio de Janeiro.

Isto, antes de cogitar-se de um status jurídico-institucional especial para as regiões metropolitanas, o que se deu apenas em 1973¹¹ e, após, através da fusão dos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara, em 1975. Nesta oportunidade, já se consolidara a relação econômica entre o Rio de Janeiro e as cidades limítrofes - Nova Iguaçu, Caxias, São João de Meriti, Itaguaí – e a centralidade da capital da República, modificando a vocação agrícola dessa região e influenciando um aumento populacional notável, inversamente proporcional à oferta de serviços públicos.

O mencionado déficit na prestação de serviços públicos e a seletividade geográfica¹² que inspiraram dito “modelo”, se não enfrentado, poderá representar em um futuro próximo infração ao disposto no art. 3º, III, da Constituição Federal, no quadro de decisões incisivas do Supremo Tribunal Federal, em especial aquelas decorrentes do julgamento da ADPF 186 e da MC 347, inclusive quando se referem ao dever de promover a igualdade sob pena de reconhecer-se, na visão mais radical da questão jurídica derivada da inexistência ou precariedade dos serviços de saneamento, a ocorrência do fato omissivo definido pelo direito constitucional contemporâneo como “Estado de Coisas Inconstitucional”.

A história do direito comum de toda a população à prestação do serviço público de saneamento demonstra que a ocupação desenfreada do solo urbano ocorreu em uma velocidade jamais acompanhada pela execução de políticas públicas correlatas, com insuficiência de investimentos e a inexistência de regulação ou de participação popular. A partir da década de 1970, o chamado PLANASA - Plano Nacional de Saneamento (Lei 6528/78), estruturou o setor e introduziu o modelo de “sociedades de economia mista concessionárias”, ratificando a atuação da CEDAE, por exemplo.

O planejamento e a organização dos serviços públicos de saneamento foram revistos a partir da Lei 11.445/07, dada a recorrente constatação que envolvia o não atingimento das metas de universalização do abastecimento de água e, notadamente, do tratamento de esgoto sanitário. Registre-se que a Lei Nacional de Saneamento Básico foi editada já em contemplação à nova experiência de exercício delegado de serviço público, que desde a década de 1990 ensejara um perfil jurídico inovador que estimulava investimentos e implantava novos mecanismos de controle social das concessões e permissões, destacadamente as agências reguladoras.

⁸ Nesse sentido, ABREU, Maurício in op.cit. p. 152

⁹ Precisamente: “Muito se tem escrito sobre a importância da história do direito na formação dos juristas. Que ela serve para a interpretação do direito actual...que desenvolve a sensibilidade jurídica, que alarga os horizontes culturais dos juristas” in *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia, Mem Martins, Europa-América, p. 15*

¹⁰ O Estado da Guanabara tinha a concepção jurídica de cidade-estado

¹¹ Sobre a implantação das regiões metropolitanas no Brasil: Lei Complementar nº 14/73, alterada pela Lei Complementar nº 20/74, que instituiu a região metropolitana do Rio de Janeiro

¹² Hoje a categoria “racismo ambiental” é utilizada para explicar o que se denominou “seletividade geográfica”.

Surgiu a Lei de Saneamento igualmente no ensejo de leis relevantes que operam no mesmo sistema, caso do Estatuto da Cidade, da Lei Nacional de Recursos Hídricos e do Estatuto da Metr pole. A estas normas federais se associa a Lei Complementar n  184/18, do Estado do Rio de Janeiro, instituidora da região metropolitana do Rio de Janeiro.   um feixe de regramentos relevante para a interpreta o da licita o e da futura concessão, pela sua natureza sistêmica, no contexto das áreas urbanas objeto da presta o do serviço.

Tais pressupostos elencados adaptam-se ao modelo objeto deste Parecer Conjunto para descrever em minúcia os requisitos explicitados no dito art. 10-A,  2 , da LNSB, a partir da referência imprecisa a “empresas estaduais” - consideradas assim sociedades de economia mista ou empresas públicas constituídas para prestar o serviço público de saneamento – detentoras das outorgas suscetíveis de transferência ou preserva o da respectiva titularidade.

Na consulta sob enfoque, em seu aspecto geral, ocorrem duas modalidades legais de gestão das outorgas de recursos hídricos, isto  , haverá no modelo de reestrutura o e delega o dos serviços prestados pela CEDAE a segrega o e transferência das outorgas referentes   capta o de água nos municípios não-metropolitanos e a preserva o na sociedade de economia mista dos direitos alusivos às outorgas de capta o de recursos hídricos pertinentes aos municípios da região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse ensejo, do exercício da alternativa entre segregar ou dar continuidade,   que se cont m a pedra de toque dos procedimentos futuros em matéria de desestatiza o. Logo, há uma dependência absoluta da defini o precisa dos municípios não-metropolitanos, em que haverá segrega o e, portanto, a demonstra o inu vidosa dos sítios de capta o de  gua.

Por outro lado, na região metropolitana, impõe-se a verifica o e valida o dos estudos que dão suporte técnico para a exigida manifesta o que indique o comprometimento da presta o do serviço em caso de descontinuidade, fato que   a motiva o originária da contrata o, a ensejar a contrata o direta de longa dura o da CEDAE para a produ o de  gua. Todas as conclusões aqui referidas se identificam nos fundamentos do Parecer n 05/2020 – ARCY, desta PG-17, acerca da eventual contrata o direta da CEDAE.

Deve-se registrar, como já foi aventado, que a discrimina o de modelos de titularidade das outorgas de recursos hídricos deverá constar do ato inaugural previsto no art. 5 , da Lei 8.987/95, com a referida motiva o suficiente, lastreada em estudo técnico comprobatório da existência de abalo provável   continuidade do serviço e   consequente vantajosidade da celebra o do contrato de “produ o de água” de “longa dura o”.

2.2. O instrumento jurídico proposto na modelagem apresentada pelo Consórcio FATOR/CONCREMAT/VGP – SANEAMENTO RIO DE JANEIRO (contratado pelo BNDES)

Apresentado o arcabouço histórico e teórico que sustenta a possibilidade da celebra o do contrato de produ o de água, com contrata o da CEDAE, sem que se imponha a necessidade de licita o prévia (cuja minuta encontra-se no processo administrativo sob o  ndice SEI (9165411), cabe rememorar os entendimentos jurídicos pretéritos sobre seu cont udo.

Sobre a contrata o do serviço público de produ o de água pela CEDAE, já houve pronunciamento desta Procuradoria no **Parecer n  07-2019-ASA**, do Procurador do Estado ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, cujo cont udo será detalhado   frente, tendo em vista que se trata de análise no bojo da legisla o vigente antes do novo marco legal do saneamento (Lei n  14.026/2020).

Registre-se, ainda, que já no **Parecer 05/2020-ARCY**, o Procurador do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO tratou do tema desta contrata o em face das altera es promovidas pela Lei

nº 14.026/2020, mas não chegou a avaliar a hipótese específica do §2º, do artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007.

Consideramos imprescindível, pois, a avaliação da questão à luz do mencionado dispositivo, pois é exatamente o mesmo que fundamenta a continuidade da prestação pela CEDAE do serviço público de produção de água, como veremos a seguir.

O §2º, do artigo 10-A, da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, dispõe que:

“§ 2º As outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida, permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos e a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água.”

Esse dispositivo deve ser lido em cotejo com o art. 4º da Lei nº 11.445/2007, também acrescido pela Lei nº 14.026/2020, o qual assim dispõe:

“Art. 4º Os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico.

Parágrafo único. A utilização de recursos hídricos na prestação de serviços públicos de saneamento básico, inclusive para disposição ou diluição de esgotos e outros resíduos líquidos, é sujeita a outorga de direito de uso, nos termos da Lei no 9.433, de 8 de janeiro de 1997, de seus regulamentos e das legislações estaduais”.

Prosseguindo com o raciocínio apresentado na seção anterior, a fim de elucidarmos alguns pontos concernentes às disposições do §2º, do artigo 10-A, faz-se, no presente momento, o exame analítico do referido dispositivo, que pode ser dividido em três partes, cada uma delas veiculando um comando normativo. São elas:

(i) “As outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida.”

No trecho em comento, o comando normativo autoriza que as outorgas de recursos hídricos detidas pelas empresas estaduais de saneamento sejam “segregadas ou transferidas” da operação a ser concedida. Veja-se que o objetivo do comando legal, à luz do que foi exposto na seção anterior, parece ser garantir flexibilidade para a modelagem de desestatização do serviço de saneamento, permitindo que tais outorgas não sejam necessariamente concedidas juntamente com o serviço objeto de desestatização.

No caso do Estado do Rio de Janeiro, a modelagem proposta pelo Consórcio/BNDES não prevê a concessão do serviço de produção de água na Região Metropolitana, tampouco a transferência da outorga de recursos hídricos para as concessionárias privadas.

Como o serviço de produção de água na Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro - RMRJ será mantido com a CEDAE, segundo a modelagem proposta, não ocorre a “segregação” ou “transferência” de outorga, mas sim a sua manutenção com a CEDAE, o que denominamos aqui de *continuidade* – opção que não é vedada pelo comando legal, dado o seu conteúdo meramente autorizativo.

(ii) “permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos”

Já neste trecho, o comando normativo autoriza que o serviço público de produção de água continue a ser prestado pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos.

No caso do Estado do Rio de Janeiro, a empresa detentora da outorga de recursos hídricos é a CEDAE, que fica, portanto, autorizada a continuar prestando o referido serviço, como previsto na modelagem do Consórcio BNDES.

Tratando-se de norma autorizativa, o BNDES poderia ter elaborado modelagem de concessão do serviço de produção de água às concessionárias privadas. Entretanto, na modelagem apresentada, ora em análise, optou por propor a manutenção do referido serviço com a CEDAE, empresa estatal detentora da outorga de recursos hídricos¹³.

(iii) [permitida] “a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtor de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água.”

Neste último trecho, o comando normativo autoriza a celebração de contrato de longo prazo entre a empresa produtora de água e a empresa distribuidora de água para o usuário final, tendo por objeto a compra e venda de água.

Na modelagem apresentada para o Estado do Rio de Janeiro, o Consórcio/BNDES propõem que a CEDAE (empresa estatal produtora de água na Região Metropolitana) celebre esse contrato com as 4 (quatro) concessionárias privadas prestadoras do serviço de distribuição de água aos usuários finais, sendo certo que instrumento que consolida essa relação jurídica é o Contrato de Interdependência, objeto de apreciação em parecer jurídico próprio.

Parece-nos, assim, que a modelagem proposta pelo BNDES se encontra dentro de hipóteses admitidas, explícita ou implicitamente, pelos três comandos normativos.

Registre-se que o BNDES apresentou uma Nota Técnica datada em 23.10.2020, produzida pelo escritório Vernalha Guimarães & Pereira Advogados, participante do Consórcio BNDES contratado pelo Banco para a modelagem do projeto de concessão do serviço de saneamento no Estado do Rio de Janeiro (9792296).

A referida Nota Técnica contém justificativas jurídicas para diversos aspectos da modelagem do projeto, inclusive sobre o contato de produção de água, no item 3.3 (páginas 14 a 21), nas quais constam fundamentos jurídicos para a viabilidade da contratação direta do serviço de produção de água com a CEDAE. Tais argumentos – que deixamos de reproduzir aqui para evitar o alongamento desnecessário do parecer – reforçam o entendimento ora adotado, no sentido da viabilidade jurídica da contratação direta com a CEDAE por dispensa de licitação, com base no §2º, do artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020.

Entendemos, porém, que em complemento à referida Nota Técnica, deve ser esclarecido que as hipóteses de dispensa de licitação criadas pelo legislador, como a contratação para a produção de água com a CEDAE, não são uma imposição à Administração Pública, mas uma possibilidade, condicionada ao atendimento dos requisitos do artigo 26 da Lei nº 8.666/93, que deve incluir robusta justificativa que alicerce a opção adotada.

Tais requisitos são, pois, de natureza operacional e financeira, não podendo ser avaliados nem atendidos pelos consultores jurídicos, mas **a necessidade de observância do artigo 26 da Lei nº 8.666/93 deve ser informada ao Administrador Público.** No subtópico a seguir, trataremos detidamente da possibilidade de contratação direta da CEDAE para consecução do objeto do presente contrato de produção de água ora em exame.

¹³ relação jurídica entre os titulares do serviço de produção de água (Municípios e RMRJ), o Estado (concedente da outorga para a captação de água) e a CEDAE, é objeto, portanto, da minuta do Contrato de Produção de Água ora em exame.

2.2.1. Possibilidade de contratação direta da CEDAE via dispensa de licitação

Dentre as várias alterações empreendidas pelo novo marco legal do saneamento básico, uma das mais relevantes foi a possibilidade de segregação do serviço de saneamento em duas fases ou operações distintas, são elas: operação de *upstream*, relativa à captação, adução e tratamento de água; e operação de *downstream*, concernente à distribuição da água aos consumidores finais, bem como à captação e tratamento de esgoto e efluentes.

Essa segregação importa na possibilidade de o Poder Concedente – que, no caso tratado aqui, não é o Estado do Rio de Janeiro, mas a RMRJ e os respectivos Municípios – firmar contrato de concessão, não apenas para a *downstream*, como também para a *upstream*.

Como se verá dos próximos parágrafos, a contratação do serviço *upstream*, desde que atendidas determinadas condições, poderá se dar *diretamente*, sem a necessidade de prévia licitação pública, na forma do art. 10-A, § 2º da Lei nº 11445/2007.

Além desse dispositivo legal veiculado pela LNSB, com as alterações promovidas pela Lei nº 14026/2020, parece sustentável, igualmente, a possibilidade de contratação direta da CEDAE pela RMRJ com base no art. 24, inc. VIII da Lei nº 8666/1993, conforme se verá adiante.

Antes de abordar especificamente a possibilidade de estipulação de hipótese de dispensa de licitação, serão feitos alguns comentários a respeito do (i) regime de prestação indireta de serviços públicos por meio de concessões e permissões e (ii) da natureza instrumental da licitação pública.

(i) Modelo de prestação de serviços públicos por meio de concessão ou permissão

O modelo jurídico de prestação de serviços públicos no Brasil é o preconizado no art. 175 da Constituição¹⁴: isto é, a prestação de serviços públicos se dará diretamente, pela própria Administração Pública, ou indiretamente, por meio da delegação da atividade a entes personalizados, públicos ou privados, estes últimos selecionados mediante licitação¹⁵.

A regra é que a prestação indireta de serviços públicos se dê mediante concessão ou permissão precedida de licitação pública. Mas o caso a se notar é que, num primeiro exame, a redação do dispositivo leva à ideia da *inafastabilidade da licitação*. O “*sempre através*” do caput, do art. 175 apontaria justamente nesse sentido: no caso da prestação de serviços públicos por meio de concessão ou permissão a licitação prévia seria de rigor.

Mas o comando precisa ser harmonizado com a regra geral da licitação prevista no art. 37, inc. XXI da mesma Constituição que estipula que obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante prévia licitação, “*ressalvados os casos especificados na legislação*”. O que se pode perceber é que o legislador constituinte estipulou a licitação como regra geral das compras, aquisições e contratações públicas em geral, inclusive no que diz respeito à delegação de serviços públicos em favor de particulares, mas, ao mesmo tempo, deu margem para a positivação de hipóteses nas quais essa exigência poderia ser afastada.

(ii) Natureza instrumental da licitação pública

A exceção prevista na Constituição tem sua razão de ser. A licitação, bem como qualquer procedimento seletivo, não tem em si mesma sua razão de ser. A licitação, tal como enfatizado pela

¹⁴ “Basta o registro de que os serviços públicos podem ser prestados diretamente, pelos órgãos despersonalizados integrantes da Administração, ou indiretamente, por entidades com personalidade jurídica própria. Na prestação indireta abrem-se duas possibilidades: pode o Estado constituir pessoas jurídicas pública (autarquias e fundações públicas - as chamadas “fundações autárquicas”) ou privadas (sociedades de economia mista e empresas públicas) e, mediante lei (CF, art. 37, XIX), outorgar a tais entes a prestação do serviço público, seja de educação, água, eletricidade ou qualquer outro. Ou pode, por outro lado, delegar à iniciativa privada, mediante contrato ou outro ator negociar, a prestação do serviço” (Luís Roberto Barroso apud NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29).

¹⁵ Art. 175, *caput* da Constituição: “art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

doutrina¹⁶, é um *instrumento*, é uma *ferramenta* cuja finalidade é possibilitar *contratações vantajosas para o Poder Público*. A lógica por trás da licitação – ou de qualquer processo seletivo prévio – é a de que a *competição* entre interessados *gerará os incentivos econômicos adequados* para que a Administração Pública faça a melhor contratação possível dentro das circunstâncias limitadoras presentes na situação concreta.

A Lei nº 8666/1993, que pode ser tida como o diploma básico e geral das contratações públicas, estipula de modo expresso essa finalidade em seu art. 3º ao dizer que a licitação tem por finalidade (“destina-se”) “*garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (...)*”¹⁷.

Esse é o norte hermenêutico de todo o direito das contratações públicas: a finalidade é sempre a *vantajosidade*¹⁸ (conceito multifacetado que não se esgota apenas no aspecto pecuniário), o que significa dizer que qualquer contratação pública, inclusive no campo das concessões e permissões de serviços públicos, tem de representar uma *solução eficiente*, ou seja, uma alocação de recursos escassos que responda à alguma lógica de maximização da utilidade¹⁹.

É com o propósito de atingir de maneira eficiente essas finalidades, quaisquer que sejam elas, gerais ou setoriais, que o legislador não somente cria outros regimes e modalidades de seleção e contratação de particulares, como também define situações nas quais esse processo seletivo não ocorrerá.

O regime geral de prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição é instrumentalizado pela Lei nº 8.987/1995 que, no subsistema das parcerias (conceito alargado a partir

¹⁶ “A licitação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades. O mero cumprimento das formalidades licitatórias não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo direito. Portanto, é incorreto transformar a licitação numa espécie de solenidade litúrgica, ignorando sua natureza teleológica” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 18ª ed. São Paulo: RT, p. 67.)

¹⁷ A rigor, como se pode ver, são três objetivos ou finalidades que a licitação busca garantir: (i) isonomia: trata-se de uma finalidade de *cunho moral*, ou seja, almeja-se a lisura e *bona fides* da atuação da Administração Pública, combatendo-se personalismos, arbitrariedades e caprichos na seleção do parceiro particular; (ii) a vantajosidade: que é o que interessa aqui, ou seja, a contratação tem de ser a melhor possível para a Administração *vis-à-vis* as circunstâncias concretas da contratação; e (iii) o desenvolvimento econômico nacional sustentável: objetivo que tem um cunho mais claro e certo de regulação econômica.

¹⁸ A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação” (JUSTEN FILHO, *op.cit.*, p. 71)

¹⁹ De acordo com Fiuza e Medeiros: “[u]ma maior eficiência da máquina estatal significa que os recursos dos impostos e contribuições arrecadados da sociedade sejam revertidos para que ela cumpra seu principal objetivo, que é o de prover bens e serviços públicos à população. De fato, a eficiência do Estado na provisão de bens e serviços, assim como a eficiência de qualquer firma do setor privado, compreende três dimensões principais: técnica, alocativa e distributiva. (...) As dimensões técnica e alocativa da eficiência do Estado passam necessariamente pela eficiência dos órgãos públicos na aquisição dos insumos de suas funções de produção, tanto os insumos ditos fixos (cuja aquisição é considerada investimento, pois geram fluxos de retornos no longo prazo) como os variáveis, cujo consumo é contabilizado nas Contas Nacionais como custeio”. (FIUZA, Eduardo P; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional. Brasília: Ipea, ago. de 2014, p.11.). Com isso não se quer dizer que aspectos econômicos sejam os únicos a serem levados em conta na definição do que se entenda por uma contratação vantajosa para a Administração Pública. Como dito acima, a vantajosidade comporta múltiplas acepções e diz-se de várias maneiras. O art. 3º da Lei nº 8666/1993 deixa isso claro quando estabelece que uma das finalidades da licitação é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável que, diga-se, não se esgota numa noção puramente econômica. O desenvolvimento aí referido – reflexo do que consta do art. 1º da Constituição – implica, além dos aspectos de natureza econômica, outros como, por exemplo, de justiça e harmonia sociais manifestados na idéia de redução das desigualdades. Isso sem falar na proteção aos recursos naturais e ao meio ambiente equilibrado e humanamente saudável.

da Lei no 13.334/2016), funciona como *norma geral* a definir o quadro normativo da prestação de serviços público que conte com o concurso da iniciativa privada²⁰.

Não cabe aqui uma discussão a respeito da noção ou ideia de serviço público, bastando, para os fins deste parecer, reconhecer como serviço público aquelas atividades assim definidas pela Constituição. E, nesse sentido, o saneamento básico encontra-se caracterizado como tal, por força do disposto no art. 23, inc. IX da Constituição²¹.

E, em sendo assim, ao buscar a cooperação da iniciativa privada, o Poder Público pode fazê-lo – deve, a rigor – por meio do regime previsto no art. 175 da Constituição, assim como segundo as diretrizes gerais da Lei nº 8.987/1995, ou seja, por meio de concessão ou permissão precedidas, em princípio, de licitação pública.

O novo marco legal do saneamento público, em especial a Lei nº 11.445/2007, com as alterações introduzidas pela Lei nº 14.026/2020, deixou claro que o regime de prestação do serviço de saneamento básico é o das concessões e permissões em geral, tal como previsto na Lei nº 8.987/1995, estando sujeito, como não poderia ser diferente, à disposição do art. 175 da Constituição. Essa lógica está estampada no art. 10 da Lei nº 11.445/2007, com a nova redação dada pela Lei nº 14.026/2020, in verbis:

“Art. 10. 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”.

Mas, tal como argumentado nos parágrafos anteriores, a “licitação prévia” não é um fim em si mesmo, nem mesmo uma necessidade insuperável. É a regra, mas que, como tal, pode ser posta de lado tendo em vista as finalidades de interesse público que estão em jogo.

No caso específico que se está a analisar, o legislador optou por afastar o regime de licitação – ou mesmo de qualquer processo seletivo - no caso dos serviços de produção de água nos quais dá o fenômeno da cisão do serviço, ou seja, em que se tem estatal prestadora do serviço verticalizado. É hipótese de *contratação direta por dispensa*. Essa exceção está prevista no § 2º, do art. 10-A da Lei nº 11445/2007.

Sem prejuízo do aludido dispositivo, em reforço à possibilidade ora examinada, constata-se que a própria Lei nº 8666/1993 já prevê possibilidade de contratação direta de empresa pública. Nesse sentido, o art. 24, inc. VIII abre a seguinte possibilidade:

“[a]rt. 24. É dispensável a licitação:

(...)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

²⁰ Art. 1º da Lei nº 8987/1995: “art. 1o As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos”.

²¹ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; (...)”.

(...)”.

A leitura do texto deixa entrever que o referido dispositivo da Lei nº 8666/1993 estipula a faculdade de contratação direta, por meio de dispensa, de entidade d Administração Pública controlada por outro ente federativo. No que diz respeito ao presente caso, a CEDAE – controlada pelo Estado - poderia ser contratada diretamente, para fins d produção de água, pela RMRJ. A principal condicionante específica para o exercício desse tipo de faculdade pelo Poder Público, em atendimento ao previsto no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8666/1993 seria que o “preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

É preciso alertar, entretanto, a respeito da existência de entendimento diverso mais restritivo a respeito do dispositivo em comento. Para essa linha de pensamento, a contratação direta autorizada pelo art. 24, inc. VIII diz respeito única e exclusivamente àqueles casos nos quais a entidade contratada faz parte da mesma Administração Pública contratante²².

Mas mesmo isso não seria um impedimento à aplicação do dispositivo à hipótese deste parecer. Deve se levar em consideração o fato de que o Estado faz parte da RMRJ que é a pessoa ou ente que irá contratar diretamente a CEDAE para fins de produção de água. Portanto, a se ver as coisas desse ponto de vista, mesmo uma exegese mais restritiva do dispositivo seria atendida: o Estado compõe o ente regional contratante dos serviços da CEDAE.

Seja como for, nada obstante a possibilidade de aplicação do art. 24, VIII da Lei nº 8666/1993, tem-se que o principal dispositivo de suporte à contratação direta da CEDAE é o já referido 10-A da Lei nº 11445/2007, e este, longe de representar uma dissonância, é a consagração de entendimento pragmático a respeito da licitação. É possível notar da leitura do dispositivo que a *mens legis* é a continuidade do serviço de produção de água, o que se justifica pela essencialidade do mesmo.

Diante de tal característica, o legislador, a despeito da assimilação do serviço de saneamento ao regime das concessões e permissões, reconheceu que a solução mais eficiente à luz do interesse público, pode ser *o afastamento da exigência de licitação e a consagração de um caso de contratação direta por dispensa*.

Mas, antes de se tratar da interpretação do dispositivo – no sentido de que se está realmente diante de uma hipótese de dispensa –, é preciso assentar a possibilidade de ampliação para além do rol de dispensas previsto na Lei nº 8666/1993.

Como é de notório conhecimento, o regime geral de dispensa de licitação encontra-se previsto no art. 24 da Lei Geral de Licitações. Os atuais 35 (trinta e cinco) incisos arrolados pelo legislador estipulam as hipóteses nas quais, pelos mais variados motivos, o procedimento licitatório pode vir a ser dispensado pela Administração Pública.

O que se tem nesses casos é a inconveniência da realização do procedimento seletivo exigido constitucionalmente no art. 37, inc. XXI, o que, aliás, como visto, não se mostra incongruente com essa mesma disposição constitucional, que abre espaço para aquisições e compras públicas diretamente sem a realização de prévio procedimento licitatório.

No entanto, seria de se imaginar, à primeira vista, a impossibilidade de se ampliar o rol de hipóteses de contratação direta, e isso pelo fato de que essas hipóteses representariam uma exceção ao

²² “Portanto, o inciso VIII dá respaldo à “contratação direta” entre a pessoa de direito público e a entidade por ela criada, cujo objeto seria prestação de serviços públicos (em sentido amplo), o que abrange tanto o serviço público propriamente dito como as atividades de “suporte administrativo. Essa interpretação é reforçada pela redação do dispositivo, que explicitamente alude ao “fim específico” da entidade contratada. Identifica-se, portanto, que a contratação se relaciona com o fim específico da entidade contratada, consistente em atuar em prol e a favor da pessoa de direito público interno que a controla.” (MARÇAL, Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª Edição. Rev, atual e ampl., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Página 425)

regime legal do procedimento licitatório. É o caso de se interpretar restritivamente as exceções – e a contratação direta, tal como no caso do art. 10-A, § 2º da Lei nº 11.445/2007 seria uma exceção.

Mas, com base no que ficou dito acima, a contratação direta via dispensa de licitação não pode ser considerada uma hipótese excepcional de contratação pública a ser invocada pelo gestor apenas naquelas situações marcadas pela Lei nº 8666/1993²³.

A bem ver, a leitura que se evidencia como mais adequada com o espírito das inovações legislativas introduzidas nos últimos anos é a que rejeita a interpretação restritiva dos mecanismos de contratação direta. Exemplo recente dessas inovações é a trazida pela Lei nº 13.979/2020²⁴ que, como se depreende do art. 4º, estabelece uma hipótese específica de contratação direta por meio de dispensa.

Não se trata, por conseguinte, de vislumbrar na contratação uma medida de caráter excepcional a ser empregada apenas e tão-somente nas hipóteses arroladas pela Lei nº 8.666/1993. A não ser assim, o legislador não teria recorrido a esse instrumento ao longo dos últimos anos como forma de dotar a Administração Pública de um mecanismo de compras, aquisições e alienações mais célere, flexível e economicamente eficiente, com menores custos de transação envolvidos.

Como diz Carlos Ari Sunfeld²⁵, interpretações restritivas ou limitadores do alcance da contratação direta, notadamente no caso das hipóteses arroladas nos vários incisos do art. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, negam vigência a esses dispositivos “*por reduzirem artificialmente o âmbito definido pela lei para a inexigibilidade ou dispensa de licitação*”.

Assentadas as premissas, resta definir a *mens legis* do art. 10-A, § 2º da Lei 11445/2007. Numa primeira leitura seria de se imaginar que a hipótese ventilada não é uma de *dispensa de licitação*, mas apenas um mecanismo de estabilização de situações precárias relativamente à prestação do serviço de saneamento básico por empresas estatais estaduais. O legislador, reconhecendo a impossibilidade de se reorganizar de imediato o setor, dado o conjunto de situações jurídicas atualmente existentes – como, por exemplo, os aludidos contratos de programa –, optou por uma espécie de *regra de transição*, permitindo a manutenção das outorgas de produção de água atualmente existentes. Trata-se de, num primeiro momento, preservar a continuidade do serviço para, em seguida, partir-se para a plena assimilação dessa atividade ao regime de concessões e permissões da Lei nº 8.987/1995.

Entretanto, a leitura mais condizente, não somente com a intenção do legislador, mas com a própria redação do dispositivo, é que se está realmente diante de uma hipótese de *contratação direta por dispensa de licitação*.

Uma leitura cuidadosa do texto mostra que o legislador, no dispositivo em questão, não trata propriamente de contratos de programa, mas sim do próprio *serviço público* de produção de água. Assim, o legislador de fato criou uma faculdade para o respectivo Poder Concedente – que, repise-se, não é o Estado do Rio de Janeiro, mas a RMRJ e os respectivos Municípios – no sentido de permitir a

²³ De qualquer modo, não se esqueça que a própria Lei nº 8666/1993 autoriza a contratação direta da CEDAE com base no art. 24, inc. VIII, conforme visto acima. Portanto, ainda que a aplicação do art. 10-A, § 2º mostrasse-se, por qualquer motivo, inviável, seria possível recorrer, como tese subsidiária e auxiliar, ao art. 24, inc. VIII da Lei nº 8666/1993.

²⁴ Tal Lei foi editada no contexto de pandemia de COVID-19 e dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Contratação sem licitação para o desenvolvimento institucional (art. 24, XIII da Lei nº 8.666/1993) — limites e controle. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, p. 55-108, set. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46459>>. Acesso em: 06 Nov. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v267.2014.46459>. Insiste Sunfeld que, no caso, não se está diante de exceções ao regime da licitação pública: “[é] comum, em doutrina e jurisprudência, a afirmação (bem intencionada, mas muito infeliz) de que as hipóteses de dispensa e inexigibilidade teriam de ser interpretadas “restritivamente”, pois seriam “exceções”, a serem tratadas como excepcionalidades. É uma visão equivocada (pois exceção e excepcionalidade evidentemente não se confundem), perigosa (pois gera insegurança indevida para gestores públicos e contratados) e antijurídica (pois compromete a realização de valores públicos que o direito protege, nas normas que se tenta “reduzir” por interpretação). A interpretação sobre a dispensa e a inexigibilidade de licitação nem tem de ser restritiva, nem ampliativa. Para evitar abusos, ela tem, isto sim, de ser fiel”. (Idem)

esse último optar por dar continuidade à outorga de serviço público de produção de água atualmente existente em favor da CEDAE.

É o serviço público de produção de água que está em jogo aqui, e não apenas e tão somente a relação jurídica contratual entre a CEDAE e o Estado do Rio de Janeiro. E a opção legislativa, tal como se pode perceber do dispositivo, foi no sentido de permitir ao Poder Concedente contratar diretamente a prestação do serviço público de produção de água com a CEDAE – ou qualquer outra estatal detentora da outorga –, apenas exigindo a formalização dessa relação por meio de um instrumento adequado que, na espécie, é o contrato de produção de água.

Esse entendimento - de que não se trata aqui de uma mera solução provisória com vistas à continuidade do serviço público de prestação de água, mas de contratação direta por meio de dispensa – se confirma com a leitura da parte final do dispositivo. O legislador, não somente autoriza a continuidade do serviço de produção de água com a CEDAE, atual outorgada, como, além disso, permite que essa última firme com o concessionário varejista de água “contrato de longo prazo”.

Diante dessa constatação, não faz sentido a assertiva de que o objetivo fundamental do legislador nesse dispositivo seria o de apenas viabilizar a manutenção provisória de uma situação precária. Se o legislador autoriza que a outorgada produtora de água celebre *contratos de venda de água no atacado de longa duração*, o que se tem vista não é a precariedade, mas, muito pelo contrário, a estabilidade, a permanência dessas relações.

Tem-se, portanto, hipótese de contratação direta por dispensa de licitação, na qual o legislador considerou tal mecanismo o mais propício a atingir as finalidades pretendidas pelo novo marco legal do saneamento (Lei nº 14.026/2020).

2.2.2. Requisitos para a contratação da CEDAE com dispensa de licitação

Ultrapassado o exame da viabilidade de dispensa de licitação para a contratação da CEDAE com intuito de prestação de serviços de produção de água, neste ponto requer-se uma análise cuidadosa de alguns requisitos que devem ser apreciados pelo Estado do Rio de Janeiro, com vistas a uma decisão segura do gestor acerca da adoção da modelagem proposta pelo Consórcio/BNDES.

A criação de novas hipóteses de dispensa de licitação pelo legislador não autoriza o Administrador Público a deixar de cumprir os requisitos e formalidades para a efetivação da dispensa, estabelecidos no artigo 26 da Lei nº 8.666/93, norma geral de contratação pública. Assim, a aplicabilidade do referido dispositivo legal não é afastada pela nova hipótese legal dispensa de licitação estabelecida no Art. 10-A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020. Eis o que dispõe o artigo 26 da Lei nº 8.666/93:

“Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)”

Dos requisitos do parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8666/1993, acima transcrito, merecem especial consideração, com vistas à decisão do Administrador Público sobre a celebração do Contrato de Produção de Água com a CEDAE, proposto na modelagem do Consórcio BNDES, a razão da escolha do fornecedor ou executante (inciso II) e a justificativa do preço (inciso III). Trataremos de cada um desses requisitos em itens específicos a seguir, senão vejamos.

2.2.3. Razão da escolha da CEDAE como delegatária do serviço de produção de água (art. 26, § único, II da Lei nº 8.666/93)

Como visto, o §2º do artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, estabelece uma permissão para “a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos”.

É importante esclarecer que a titularidade dos recursos hídricos não se confunde com a titularidade do serviço público de saneamento, como bem definido no Parecer nº 05/2020 – GUB, do Procurador do Estado Gustavo Binenbojm, do qual destacamos o seguinte trecho:

O disposto no art. 4º (caput e p. único) da Lei 11.445/07, segundo o qual “os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico” e “a utilização de recursos hídricos na prestação de serviços públicos de saneamento básico, inclusive para disposição ou diluição de esgotos e outros resíduos líquidos, é sujeita a outorga de direito de uso, nos termos da Lei no 9.433, de 8 de janeiro de 1997”, não interfere na titularidade do serviço de saneamento básico e na competência para conceder esse serviço.

Este dispositivo trata sobre a outorga a ser conferida pelo titular do recurso hídrico, que será o Estado ou da União, a depender os artigos 20, III e VI, e 26, I da Constituição Federal, o que não se confunde com a titularidade do serviço de saneamento como um todo.

Na realidade, no desenho criado pelo legislador constitucional e infraconstitucional brasileiro, o ente competente para prestar o serviço deverá obter, em cada caso, uma outorga do proprietário da água. É disso que trata o art. art. 4º (caput e p. único) da Lei 11.445/07.

Consideramos, para fins do presente opinamento, que a CEDAE é detentora da outorga para a captação de água com vistas ao abastecimento dos Municípios da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, **apesar de não constar a respectiva documentação no processo**. Partindo-se dessa premissa, **a ser oportunamente confirmada com a juntada da documentação pertinente,**

verificamos que a hipótese do § 2º acima transcrito abre a possibilidade de contratação direta da CEDAE para a *prestação do serviço público de produção de água*.

Diante da viabilidade legal dessa contratação direta, com dispensa de licitação, o Administrador Público deve apresentar a “*razão da escolha do fornecedor ou executante*” (art. 26, § único, II da Lei nº 8.666/93). A manutenção pela CEDAE da outorga para a captação de água deve ser *suficientemente motivada*, pois dela decorrerá a contratação direta do *serviço público de produção de água com a CEDAE*. Veremos, a seguir, a base legal da outorga para a produção de água.

A captação de recursos hídricos (água bruta) pela CEDAE é autorizada pelo Instituto Nacional do Ambiente – INEA, mediante *outorga*, ato administrativo previsto nos artigos 11, 12, I e 14 da Lei Federal nº 9.433/97²⁶ e nos artigos 18, 19 e 22, I da Lei Estadual nº 3.239/1999.²⁷ Pela outorga para captação de água é devida uma remuneração ao INEA, com base nos artigos 5º IV, 19, 20 e 22 da Lei Federal nº 9.433/97²⁸ e no art. 27 da Lei Estadual nº 3.239/1999²⁹⁻³⁰.

Tal outorga de recursos hídricos não é necessariamente exclusiva, podendo ser concedida a múltiplos usuários, desde que respeitado um limite de vazão que não prejudique o ambiente. Em última instância, trata-se de dar uma solução prática ao problema econômico clássico de lidar com bens comuns. Esse entendimento se extrai dos seguintes artigos da Lei nº 3.239/1999 abaixo transcritos:

²⁶ Art. 11. O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água. Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos:

I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo; (...)

Art. 14. A outorga efetivar-se-á por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal.

§ 1º O Poder Executivo Federal poderá delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para conceder outorga de direito de uso de recurso hídrico de domínio da União. (...)

²⁷ Art. 18. As águas de domínio do Estado, superficiais ou subterrâneas, somente poderão ser objeto de uso após outorga pelo poder público.

Art. 19 - O regime de outorga do direito de uso de recursos hídricos tem como objetivo controlar o uso, garantindo a todos os usuários o acesso à água, visando o uso múltiplo e a preservação das espécies da fauna e flora endêmicas ou em perigo de extinção.

Art. 22 - Estão sujeitos à outorga os seguintes usos de recursos hídricos:

I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água, para consumo; (...)

²⁸ Art. 5º São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

(...)

IV - a cobrança pelo uso de recursos hídricos;(...)

Art. 19. A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva:

I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor;

II - incentivar a racionalização do uso da água;

III - obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

Art. 20. Serão cobrados os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga, nos termos do art. 12 desta Lei. (...)

Art. 22. Os valores arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos serão aplicados prioritariamente na bacia hidrográfica em que foram gerados e serão utilizados:

I - no financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos;

II - no pagamento de despesas de implantação e custeio administrativo dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

§ 1º A aplicação nas despesas previstas no inciso II deste artigo é limitada a sete e meio por cento do total arrecadado.

§ 2º Os valores previstos no caput deste artigo poderão ser aplicados a fundo perdido em projetos e obras que alterem, de modo considerado benéfico à coletividade, a qualidade, a quantidade e o regime de vazão de um corpo de água.

²⁹ Art. 27 - A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva:

I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor;

II - incentivar a racionalização do uso da água; e

III - obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos Planos de Bacia Hidrográfica (PBH's).

§ 1º - Serão cobrados, aos usuários, os usos de recursos hídricos sujeitos à outorga.

³⁰ No ponto, destaca-se a Cláusula 16.2.15 da minuta do contrato de Produção de Água, que faz referência ao pagamento de outorga como remuneração pela captação de água pela CEDAE ao INEA.

“Art. 18 - As águas de domínio do Estado, superficiais ou subterrâneas, somente poderão ser objeto de uso após outorga pelo poder público.

Art.19 - O regime de outorga do direito de uso de recursos hídricos tem como objetivo controlar o uso, garantindo a todos os usuários o acesso à água, visando o uso múltiplo e a preservação das espécies da fauna e flora endêmicas ou em perigo de extinção.

(...)

Art. 23 - Toda outorga estará condicionada às prioridades de uso estabelecidas no Plano de Bacia Hidrográfica (PBH) e respeitará a classe em que o corpo de água estiver enquadrado, a conservação da biodiversidade aquática e ribeirinha, e, quando o caso, a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário.

Art. 24 - A outorga poderá ser suspensa, parcial ou totalmente, ou revogada, em uma ou mais das seguintes circunstâncias:

I - não cumprimento, pelo outorgado, dos termos da outorga;

II - ausência de uso por 3 (três) anos consecutivos;

III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas;

IV - necessidade de prevenir ou reverter significativa degradação ambiental;

V - necessidade de atender aos usos prioritários de interesse coletivo; ou

VI - comprometimento do ecossistema aquático ou do aquífero”.

Veja-se que a outorga não confere propriedade da água ao seu detentor, mas se trata apenas de autorização de uso, para os legítimos fins a que se destina. Os arts. 25 e 26 da Lei nº 3.239/1999 também merecem destaque:

“Art. 25 - A outorga far-se-á por prazo não excedente a 35 (trinta e cinco) anos, renovável, obedecidos o disposto nesta Lei e os critérios estabelecidos no Plano Estadual de Recursos Hídricos (PEHRI) e no respectivo Plano de Bacia Hidrográfica (PBH).

Art. 26 - A outorga não implica em alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas no simples direito de seu uso, nem confere delegação de poder público, ao titular”.

Desta feita, a outorga para a captação da água destinada ao abastecimento da população logicamente deve ser concedida à empresa que detém a delegação estatal para o serviço público de produção de água, seja ela pública ou privada. Não poderia o INEA negar imotivadamente a outorga de recursos hídricos a uma empresa delegatária do serviço de produção de água.

Tanto é assim que, em relação aos Municípios participantes do projeto não compreendidos pela RMRJ, a outorga para captação de água deverá ser transferida às novas concessionárias privadas, delegatárias do serviço de produção de água para abastecimento dos Municípios componentes dos respectivos blocos.

Segundo a modelagem proposta pelo Consórcio BNDES para a concessão dos serviços de saneamento no Estado do Rio de Janeiro, a CEDAE manterá a delegação da produção de água destinada do abastecimento da Região Metropolitana. Consequentemente, a outorga para a captação de água para abastecimento da Região Metropolitana deverá permanecer com a CEDAE.

Assim, o fato de a CEDAE ter hoje a outorga para a captação de água para abastecimento da Região Metropolitana não parece constituir justificativa *suficiente* para a manutenção do serviço de produção de água com a CEDAE.

A *autorização* do §2º do artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, para a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos (CEDAE), por si só, *não obriga* o Estado a manter o serviço com a CEDAE.

O Estado poderia, em tese, optar por licitar o serviço público de produção de água na Região Metropolitana, ainda que segregado do serviço de distribuição de água e coleta e tratamento de esgoto, conforme a modelagem *upstream/downstream* proposta pelo Consórcio/BNDES.

Portanto, o Estado deve justificar a opção pela adoção da modelagem proposta pelo BNDES, de contratação direta com a CEDAE, com base em outros aspectos relevantes à tomada de decisão. Não é difícil vislumbrar motivos que, em tese, possam levar o Estado justificar essa opção pela contratação direta com a CEDAE, com base nos estudos desenvolvidos para o presente Projeto de Universalização do Saneamento Básico no Estado do Rio de Janeiro.

Pode-se pensar como possíveis necessidades e/ou vantagens, em tese (i) a garantia de segurança hídrica; (ii) a inviabilidade de, em curto prazo, um prestador privado assumir a operação de sistemas de captação e tratamento de água grandes e complexos; (iii) a conveniência da reestruturação operacional da CEDAE, com vistas à sua valorização, com a opção de futura privatização, dentre outros.

Registre-se que não compete à Procuradoria Geral do Estado adentrar nestas questões, mas cabe recomendar que o Estado, por meio da área técnica da Secretaria de Estado competente, **apresente a motivação para a opção pela celebração do contrato de produção de água com a CEDAE com dispensa de licitação (art. 10, A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020), conforme modelagem proposta pelo BNDES, ao invés da licitação desse serviço, atendendo ao requisito para dispensa de licitação estabelecido no art. 26, § único, II da Lei nº 8.666/93.**

2.2.4. “Justificativa do preço” na contratação direta da CEDAE como delegatária do serviço de produção de água (art. 26, parágrafo único, III da Lei nº 8.666/1993)

O §2º do artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, faz alusão ao *serviço público de produção de água*. Consideramos aqui que a expressão “produção de água” abrange a captação de água e o seu tratamento (etapa *upstream*), excluindo-se a distribuição da água aos usuários finais (etapa *downstream*), tal qual a modelagem proposta pelo BNDES.

Em linha do que dispõe o referido art. 26, parágrafo único, III da Lei nº 8.666/93, e também por uma exigência de motivação plena do exercício da faculdade prevista no dispositivo da Lei nº 11.447/2007, deve constar do processo administrativo *justificativa do preço* relativa a fatores econômicos próprios da economia interna relativa à prestação do serviço a ser contratado junta a CEDAE, que reflita os elementos constantes da relação entre o concessionário e os usuários do serviço.

Em outras palavras: é razoável que a remuneração da CEDAE pelo serviço seja compatível com a remuneração teórica de um contratado privado, que obtenha lucro na prestação do serviço, a partir uma estrutura de custos eficiente.

O art. 24, inc. VIII da Lei nº 8666/1993 é mais específico. Diz o dispositivo que o preço praticado na contratação direta deve ser “compatível com o praticado no mercado”. Dessa feita, no caso de aplicação desse dispositivo, seria de rigor instruir o feito com demonstrativos no sentido de que o preço da contratação direta está dentro de uma faixa que possa se considerar compatível com outras contratações semelhantes praticadas.

Recomenda-se, portanto, que o Estado avalie a equação financeira da modelagem proposta pelo Consórcio/BNDES, quanto aos seguintes aspectos financeiros: (i) montante de recursos que a CEDAE deverá investir na infraestrutura do serviço, conforme estipulado no *contrato de produção de água*, (ii) receita projetada para a CEDAE, para que tenha uma estrutura de custos eficiente, tal qual outros prestadores de serviço nesse mercado, obtendo lucro compatível com o mercado e (iii) preço cobrado das concessionárias privadas pela venda de água tratada, que será repassado aos usuários finais.

Por fim, somente após a sobredita apreciação feita pelo Estado dos estudos realizados pelo Consórcio/BNDES quanto às premissas financeiras adotadas, a fim de justificar o preço (no caso, as premissas econômico-financeiras da modelagem), de modo a cumprir a exigência do art. 26, § único, III da Lei nº 8.666/93, será possível o prosseguimento para a contratação direta – via dispensa de licitação - com a CEDAE.

2.2.5. Viabilidade da celebração do contrato de produção de água de longo prazo com a CEDAE

O contrato de produção de água, previsto pelo § 2º, art. 10-A, da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020³¹, merece breves comentários, mais centrados, contudo, nas consequências práticas do que no mero exercício da taxonomia jurídica.

O **Parecer ASA 07/2019**, anterior ao advento do novo marco legal do saneamento, afirmou que os contratos de produção de água celebrados com a CEDAE estatal teriam natureza jurídica de **contratos de programa**³². A edição da Lei nº 14.026/2020, alterando a redação do art. 10 da Lei nº 11.445/2007, pode alterar, contudo, os fundamentos do referido Parecer.³³ Para fins do presente opinamento, não nos parece imprescindível definir, na presente ocasião, a qualificação formal do contrato de produção de água proposto na modelagem do BNDES.³⁴ Importa mais que o artigo 10, A,

³¹ *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*

³² *no caso do saneamento básico upstream continuar sendo prestado pelo Estado, por meio da manutenção da CEDAE a montante, como empresa estatal, ou seja, como entidade controlada pelo Estado, o instrumento jurídico apto à delegação será o contrato de programa. Segundo o parecerista, os contratos de programa divergiriam dos contratos de concessão em razão dos seguintes pontos: (i) a delegação da prestação de serviços públicos a empresa estatal (Poder Concedente e empresa estatal) e (ii) contratação direta, sem prévia licitação, com fundamento legal para a dispensa de licitação*

³³ Nota-se que, fora a exceção do artigo 10-A, § 2º acrescido à Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, a regra geral passa a ser a inviabilidade legal da delegação do serviço público de saneamento (etapa *downstream*) por via de contrato de programa, conforme texto expresso do artigo 10 da Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020: “Art. 10. 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. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)”. A **celebração de contrato de programa passaria, assim, a ser excepcional**

³⁴ O que justifica a delegação a CEDAE, empresa estatal estadual, dos serviços de produção de água, de titularidade da Região Metropolitana, são os instrumentos de gestão associada a serem firmados. Além disso, o Estado é parte integrante e pilar da Região Metropolitana. Parece-nos razoável entender, com base no artigo 241 da CF que a Região Metropolitana pode optar por prestar o serviço de sua titularidade por meio de empresa estatal do Estado do Rio de Janeiro. Caso contrário estaria excluída da Região Metropolitana a possibilidade de prestação direta do serviço, por falta de estrutura própria para a prestação de serviços públicos. É inclusive geradora de perplexidade a possibilidade de a Região Metropolitana constituir

§ 2º da Lei no 11.445/2007, incluído pela Lei no 14.026/2020, legitima expressamente a relação jurídica e entre a empresa detentora da outorga de recursos hídricos (no caso a CEDAE) e os entes titulares dos serviços, remanescendo porém relevante **estabelecer o seu conteúdo material**³⁵.

O **conteúdo das cláusulas do contrato de produção de água** deve ser **apto a estabilizar uma relação de longo prazo**, com a definição de garantias, regras e mecanismos que incentivem uma atuação colaborativa e inibam comportamentos oportunistas, todos capazes de dar segurança à realização de novos investimentos, **possibilitando a exploração eficiente do serviço e maximizando o valor da Companhia**.

A estabilização dessa relação de longo prazo, como se verá na próxima seção, é condição de viabilidade para um desempenho satisfatório e eficiente dos demais arranjos contratuais constantes da modelagem apresentada, especificamente o contrato de interdependência e o de concessão.

Um aspecto a ser aprofundado é a viabilidade jurídica da celebração com a CEDAE do *contrato de produção de água*, a partir da adequada interpretação do art. 10-A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, que prevê 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*”.

Uma interpretação possível seria que a continuidade da prestação do serviço só poderia ocorrer com base em vínculo contratual atualmente em vigor entre o Poder Concedente e a CEDAE, conforme previsto no § 3º do artigo 10 da Lei nº 11.445/2007, incluído pela Lei nº 11.445/2007, não sendo admitida a celebração de novo vínculo contratual, como é o caso do *contrato de produção de água*.

Essa interpretação, não obstante possível, em decorrência de uma leitura isolada do referido § 3º do artigo 10, não nos parece condizente com a sistemática do art. 10-A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, que prevê 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*.

O contrato referido pelo artigo 10-A, § 2º, como indicado anteriormente no presente opinamento, é o *contrato de interdependência* (na modelagem proposta pelo Consórcio BNDES, entre CEDAE e concessionárias privadas distribuidoras de água), não o *contrato de produção de água* (entre o Poder Concedente e a CEDAE), objeto de análise de parecer jurídico próprio, diante da sua relevância e de numerosas questões jurídicas importantes que merecem uma análise detida.

Entretanto, para que a CEDAE se comprometa com investimentos de longo prazo, na infraestrutura de produção de água para venda às concessionárias privadas distribuidoras – foco dos contratos de interdependência –, é recomendável que haja previsibilidade e estabilidade no vínculo de delegação do serviço de público de produção de água.

Isso porque as concessionárias privadas serão contratualmente obrigadas a realizar vultosos investimentos para a universalização das redes e ligações de fornecimento de água, o que poderá aumentar a demanda por água tratada para o atendimento aos usuários finais. A empresa delegatária do serviço de produção de água – que no caso da modelagem proposta pelo Consórcio/BNDES, é a CEDAE – também deverá realizar paralelamente investimentos expressivos nas infraestruturas de produção de água com qualidade adequada e quantidade suficiente para as concessionárias privadas, com vistas ao atendimento dos usuários finais.

empresa estatal para a prestação do serviço público de saneamento. O que se tem na realidade é a empresa estatal de saneamento, do Estado do Rio de Janeiro, Estado congrega todos os municípios da Região Metropolitana e participa da sua gestão conjuntamente com os Municípios. Uma interpretação no sentido de que não é admissível a celebração de contrato de concessão, nem contrato de programa com a CEDAE levaria à vedação de todas as formas de delegação do serviço na etapa upstream a CEDAE, o que não nos parece coerente com o permissivo legal do art. 10-A §. 2º da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020.

Para a realização dos investimentos necessários, a CEDAE deverá efetuar um adequado planejamento operacional e financeiro, com vistas a uma impactante reestruturação, o que demanda evidentemente, uma visão de longo prazo sobre as atividades da companhia, em atenção às Leis nº 6.404/76 e nº 13.303/2016, conforme exposto na Promoção 02/2020 – HBR – PG-17.

Não é razoável supor que a *ratio* do artigo 10-A, § 2º, da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020 impeça a formalização de vínculos jurídicos estáveis com empresas estatais, com definição de obrigação de investimentos, valores e prazos compatíveis com as metas de universalização do serviço de saneamento, estabelecidas na própria Lei nº 11.445/2007.

A regra do dispositivo legal em comento configura, portanto, em nossa visão, uma exceção à regra do *caput* do artigo 10 da Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020, segundo o qual “*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*”.

A inexistência de um contrato que discipline de maneira satisfatória o serviço de produção de água na Região Metropolitana poderia gerar insegurança jurídica para os concessionários privados em relação ao cumprimento do contrato de interdependência, com impactos negativos no valor da outorga oferecido pelas licitantes privadas e conseqüente prejuízo para o Poder Concedente. Uma modelagem adequada, que possa capturar todo o valor do projeto, pressupõe segurança jurídica, decorrente de relações jurídicas seguras.

É necessário que se estabeleça com a empresa delegatária do serviço de produção de água – CEDAE – um vínculo contratual de longo prazo, em que sejam *parametrizados* os investimentos a serem realizados, a fim de viabilizar as inversões de capital necessárias para a universalização dos serviços de saneamento e a amortização dos investimentos realizados pela companhia.

Importante ter presente que a avaliação da relação jurídica estabelecida entre o Estado, como representante da RMRJ e a CEDAE por via do *contrato de produção de água*, não pode prescindir da consideração da Lei 13.303/2016, que esclareceu que as relações entre Estado e empresa estatal devem se dar em bases equitativas.

No caso da delegação de serviço público, com a imposição de obrigação de investimento amortizável em longo prazo pela empresa estatal, o Estado não pode deixar de formalizar uma relação contratual estável e de longo prazo, que garanta a necessária equitatividade na delegação do serviço.³⁶

Em outras palavras, o Estado não pode estabelecer com a empresa estatal relação jurídica em condições menos favorecidas que as relações jurídicas com objeto similar estabelecidas com as empresas privadas. Se o fizesse, impondo condições desvantajosas à empresa estatal, violando a Lei nº 13.303/2016 e a Lei nº 6.404/76.

Ressalta-se que a celebração do instrumento jurídico estável e de longo prazo com a CEDAE não significa que o serviço deverá necessariamente ser prestado pela CEDAE como empresa estatal por todo o prazo de duração do contrato. Remanescerá a possibilidade, dependente de juízo político sobre sua conveniência e oportunidade, de licitação para a privatização da CEDAE, combinada com a licitação da concessão do serviço, em momento futuro.

Nessa linha a celebração de *contrato de produção de água*, de longo prazo, com a CEDAE, tal qual proposto na modelagem do BNDES, parece: (i) atender ao interesse público relativo à segurança jurídica necessária para o projeto de universalização dos serviços de saneamento básico no Estado do

³⁶ A equitatividade de um contato entre acionista controlador e sociedade controlada não se limita a aspectos financeiros imediatamente avaliáveis. É necessário que a empresa controlada tenha respeitada a sua governança, independência técnica, gestão de riscos e outros atributos inerentes a sua personalidade jurídica e patrimônio próprios. A imposição de obrigações de investimentos amortizáveis em longo prazo deve corresponder a garantia de segurança jurídica para a operação pelo tempo necessário para a amortização dos investimentos.

Rio de Janeiro e (ii) propiciar que o Estado possa cumprir o seu papel como acionista controlador da CEDAE, orientando a companhia a realizar um adequado planejamento e reestruturação, com vistas à viabilização dos necessários investimentos, em atenção à Lei nº 6.404/76 e à Lei nº 13.303/2016, sem prejuízo da possibilidade de futura privatização da CEDAE.

2.2.6. Concepção geral do contrato de produção de água

Sem adentrar na celeuma a respeito da natureza jurídica do contrato de produção de água (ver item II.7), deve-se considerar que, mesmo na hipótese do mesmo ser tido como um *contrato de programa*, tal circunstância não impede que o instrumento contratual adote, com as adaptações necessárias, cláusulas semelhantes às do modelo de contrato de concessão a ser celebrado com as concessionárias privadas para a concessão dos serviços *downstream*.

Ao contrário, a estruturação do *contrato de produção de água com duração compatível com a duração (i) dos contratos de interdependência e (ii) dos contratos de concessão*, tem vantagens, como a uniformização da atividade regulatória em relação aos serviços das etapas *upstream* e *downstream* e a facilitação de futura transição do modelo de contrato de produção de água para o modelo de *contrato de concessão* quando da eventual privatização da CEDAE, o que pode ser escolha futura da Administração Pública.

Mas não é apenas com vistas a uma eventual privatização da CEDAE que a adequada estruturação do contrato de produção de água é relevante. A segurança jurídica em relação à preservação do equilíbrio econômico-financeiro contratual é fundamental para que a CEDAE possa realizar os investimentos necessários mantendo a sua solidez financeira, para a adequada prestação do serviço de produção de água.³⁷

Viabiliza-se, assim, que o Estado e a CEDAE tenham uma relação jurídica regida pelas melhores práticas aplicáveis aos contratos de concessão, garantindo segurança jurídica, equilíbrio econômico-financeiro do contrato e contribuindo para a efetividade da atividade regulatória da AGENERSA, dentre outros aspectos.

Acrescente-se que o artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007 elencou o conteúdo essencial de contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico:

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

I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

³⁷ A necessidade de capacidade econômico-financeira do contratado para realização dos investimentos necessários para a universalização dos serviços é expressamente mencionada no artigo 10-B da Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020: “Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei.(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reuso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 1º Os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)*”.

Nessa linha, remete-se, neste parecer, às recomendações da PGE de alterações em relação à minuta de contrato de concessão a ser celebrada com as concessionárias privadas, que foi objeto de rigorosa análise jurídica da PGE³⁸. Não se pode olvidar que os ajustes a serem efetivados na minuta de contrato de concessão decorrentes de tais recomendações devem ser refletidas na minuta do *contrato de produção de água*.

Em decorrência desse entendimento, e tendo em conta a importância de uma visão integrada da modelagem de concessão do serviço de saneamento proposta pelo Consórcio/BNDES, recomendamos que, no que for possível, o *contrato de produção de água* reproduza as cláusulas da minuta de contrato de concessão para contratação com as concessionárias privadas, com as alterações recomendadas por esta d. PGE.

2.3. Comparativo com o contrato de concessão e análise de minuta

Conforme explicitado no subtópico anterior, é importante que haja uma visão integrada e sistêmica dos contratos de concessão do serviço de saneamento e do contrato de produção de água, ambos propostos na modelagem idealizada pelo Consórcio BNDES, razão porque as cláusulas contidas nas minutas contratuais também devem estar em plena consonância.

Neste sentido, optamos por fazer uma comparação geral entre as principais cláusulas da minuta do contrato de concessão a ser celebrado com as concessionárias privadas e as cláusulas da minuta do contrato de produção de água com o intuito de analisar apenas as que tem relação específica com o serviço de produção de água, remetendo ao **Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB (documento 11065951)** as recomendações de aperfeiçoamento das cláusulas que possam ser comuns aos dois contratos.

Em grande parte, a minuta do contrato de produção de água compartilha cláusulas com a minuta do contrato de concessão. Alguns exemplos dessas cláusulas que têm o mesmo teor em ambas as minutas são as seguintes: (i) legislação aplicável e regime jurídico do contrato - cláusula 2 do contrato de produção de água e cláusula 2 do contrato de concessão; (ii) vigência - cláusula 7 do contrato de produção de água e cláusula 7 do contrato de concessão; (iii) bens vinculados aos serviços - cláusula 9

³⁸ Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB (documento 11065951).

do contrato de produção de água e cláusula 10 do contrato de concessão; (iv) financiamentos - cláusula 12 do contrato de produção de água e cláusula 20 do contrato de concessão; e (v) da regulação e fiscalização dos serviços - cláusula 13 do contrato de produção de água e cláusula 21 do contrato de concessão.

Duas cláusulas que denotam em importância e, em razão disso, merecem comentários mais detidos, dizem respeito à (i) operação assistida e (ii) ao reequilíbrio econômico-financeiro.

A operação assistida, de acordo com a definição contida na minuta do contrato de produção de água, é o período no qual haverá *compartilhamento de dados e informações* entre a CEDAE e as respectivas concessionárias particulares do *downstream* do serviço público de saneamento básico. No dizer do item 8.2 da minuta:

“8.2. A OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA compreende o compartilhamento dos dados e informações atinentes aos serviços e às atividades relacionados ao serviço público de SANEAMENTO BÁSICO.

8.2.1. Nos termos estipulados nos instrumentos de gestão associada, bem como neste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, caberá à CEDAE compartilhar informações acerca da prestação de serviços de abastecimento de água desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição, com exceção das informações relativas aos SERVIÇOS UPSTREAM que permanecerão sob responsabilidade da CEDAE neste período.

8.2.2. Nos termos estipulados nos instrumentos de gestão associada, bem como neste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, caberá à CEDAE compartilhar informações acerca da prestação de serviços de esgotamento sanitário desde as atividades de coleta, transporte e tratamento até a disposição final”.

Daí se percebe que a operação assistida é uma interface importante entre a CEDAE e as respectivas concessionárias, o que faz com que a harmonia das disposições contratuais de ambas as minutas, tanto a de produção de água, quanto a de concessão, estejam em consonância uma com a outra³⁹.

Pois bem, comparando ambas as minutas, verifica-se a existência de algumas diferenças que deverão ser, tanto quanto possível, ser verificadas, para a desejada uniformização do regime jurídico contratual nos contratos conexos. Apontaremos as de maior relevo.

De início, alerta-se quanto a recomendação assentada no **Parecer Conjunto nº01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB (documento 11065951)** que, ao analisar no âmbito do Contrato de Concessão as obrigações que supostamente serão assumidas pela CEDAE na fase de operação assistida, ressalta que em razão da relatividade inerente aos contratos, tais encargos não poderão ser vinculantes à Companhia estadual, em razão de não ocupar posição de parte naquela avença. Veja-se trecho do opinamento em menção:

“no que tange à operação assistida do sistema, chama a atenção as obrigações e encargos que a CEDAE assume sem, todavia, ser parte do contrato. Como se sabe, os contratos, à luz do princípio da relatividade, apenas vinculam as partes contratantes. Assim, como regra, não é cogente a obrigação que duas pessoas

³⁹ Isso se reforça pelo fato de que o se tem aqui, envolvendo os três instrumentos contratuais - produção de água, interdependência e concessão - são *contratos coligados*.

pactum acerca de terceiro estranho ao acordo firmado. Nesse sentido, para fins de segurança jurídica, recomenda-se que o contrato de concessão não atribua qualquer dever ou direito à CEDAE, mas, caso seja considerado pertinente para fins de determinar a sistemática da concessão, apenas faça menção ao CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, de que a CEDAE é parte e assume responsabilidades.”

Desta feita, na linha do sugerido pelos pareceristas, dada a inconveniência das atribuições destinadas à CEDAE no bojo do Contrato de Concessão, com a consequente exclusão dos direitos e deveres correlatos, entendemos pertinente que as disposições da cláusula oitava daquele ajuste, independentemente de sua exclusão ou não daquela minuta, **sejam reproduzidas na íntegra na minuta do Contrato de Produção de Água, com as adaptações que se mostrarem pertinentes, e com menção expressa ao Contrato de Concessão. Com isso garante-se que a CEDAE fique contratualmente vinculada ao conteúdo dessas disposições.**

É certo que a presente minuta do Contrato de Produção de Água tem como um dos seus anexos a minuta do Contrato de Concessão, de forma que, ao assinar a presente minuta, a CEDAE anui às disposições contidas na minuta de Concessão.

Seja como for, de modo a evitar maiores questionamentos, e na linha da recomendação referida acima do **Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB**, sugere-se a translação das disposições referentes à operação assistida que constam da minuta do Contrato de Concessão para a presente minuta.

Mas, ao fazer isso, e com vistas à maior coerência das disposições, faz-se necessário um trabalho de harmonização com relação a essas obrigações, isto é, de um lado, às da minuta de Concessão, de outro, às da minuta de Produção de Água. É preciso fundir ambas as cláusulas – nos dois casos trata-se da cláusula 8 – de modo a formar um todo coerente.

Exemplo dessa busca de coerência pode-se ver na comparação entre as subcláusulas 8.4 e 8.5 das minutas dos contratos de concessão e produção, respectivamente. Diz a subcláusula 8.4 da minuta de concessão:

“8.4 - Em até 7 (sete) dias úteis após a celebração do CONTRATO, será constituído COMITÊ DE TRANSIÇÃO, obedecidos os critérios estabelecidos na subcláusula 51.2”.

No entanto, a subcláusula 8.5 da minuta do contrato de produção dispõe de maneira diferente sobre a mesma questão:

“8.5 - Previamente à celebração de cada CONTRATO DE CONCESSÃO e início do período da OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, será constituído COMITÊ DE TRANSIÇÃO”.

De maneira semelhante, o cotejo entre as subcláusulas 8.12 e 8.15 das minutas dos contratos de concessão e produção, respectivamente, também não são consoantes. Dispõe a subcláusula 8.12 da minuta de Concessão:

“8.12 - A CONCESSIONÁRIA poderá requerer, motivadamente, à AGÊNCIA REGULADORA, em até 30 (trinta) dias anteriores à data de término da OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, a prorrogação do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, uma única vez, por até 90 (noventa) dias, nas seguintes hipóteses: (...)”.

A mesma questão – prorrogação do período de operação assistida – é regulamentada da seguinte maneira na minuta de Produção:

“8.15 - A(s) CONCESSIONÁRIA(S) poderá(ão) solicitar a prorrogação do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, uma única vez, por até 90 (noventa) dias, cabendo à(s) CONCESSIONÁRIA(S) encaminhar(em) pleito de postergação ao COMITÊ DE TRANSIÇÃO”.

Trata-se de diferenças pontuais, mas que, na compatibilização das disposições sobre a operação assistida da minuta de Concessão com a presente minuta de Produção, deverão ser solucionadas, de forma que a cláusula como um todo faça sentido.

Outras diferenças de tratamento dessa questão entre a minuta de produção e a de concessão merecem comentário.

Em prosseguimento ao cotejo realizado entre os instrumentos contratuais, é de notar que o item 8.5 da minuta do contrato de produção não define que os membros do comitê de transição deverão ser possuidores de expertise referente às atividades desempenhadas na cadeia do serviço público de saneamento básico. Nesse sentido, propõe-se que o item seja emendado à luz do correspondente na minuta do contrato de concessão, passando a contar com o seguinte trecho final: “(...) será constituído Comitê de Transição **o qual deverá ser dotado de conhecimentos técnicos afetos à prestação dos SERVIÇOS**”.

O item seguinte, 8.6, diferentemente do que consta da minuta do contrato de concessão, não especifica quais informações estão excluídas do acesso que será compartilhado com as concessionárias. Trata-se de medida da mais alta relevância, haja vista que nem toda informação empresarial da CEDAE deve ser compartilhada com as concessionárias ou terceiros estranhos à Companhia, mas apenas aquelas “*essenciais para a transição dos serviços de abastecimento e esgotamento sanitário*”. Sugere-se, dessa feita, o acréscimo da parte final do item correspondente da minuta do contrato de concessão, de modo que o presente item passe a ter a seguinte redação: “(...) e esgotamento sanitário, **destacando-se as áreas comercial, contábil-financeira e operacional**”.

No que diz respeito ao item 8.9, que trata da responsabilidade operacional da CEDAE durante o período da operação assistida, bem como da distribuição de receitas auferidas nesse tempo, a minuta do contrato de concessão prevê a possibilidade de que ambas as partes, CEDAE e concessionárias, ajustem o *compartilhamento de receitas extraordinárias*. Sugere-se, portanto, que o item 8.6.1 da minuta do contrato de concessão passe a fazer parte do item 8.9 da minuta do contrato de produção de água, de modo a prever essa possibilidade.

O item 8.19 da minuta do contrato de produção de água tem redação diversa do item correspondente da minuta do contrato de concessão. A minuta do contrato de produção de água traz a seguinte disposição:

8.19. Sem prejuízo do previsto na Cláusula 8.16, caberá ao ESTADO promover o reequilíbrio econômico-financeiro do(s) CONTRATO(S) DE CONCESSÃO em favor da(s) CONCESSIONÁRIA(S) desde que demonstrados os prejuízos

decorrentes dos atrasos no decurso do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA gerados pelo ESTADO, pela CEDAE ou em razão de eventos alheios à esfera de responsabilidade da(s) CONCESSIONÁRIA(S)”.

O item correspondente da minuta do contrato de concessão tem redação diversa:

“8.13. Sem prejuízo do previsto na Cláusula 8.11, será cabível pleito de reequilíbrio econômico-financeiro em favor da CONCESSIONÁRIA em razão da necessidade de prorrogação do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA”.

Dada a importância do tema - hipótese de reequilíbrio econômico-financeiro - e o ponto de contato entre os dois contratos faz-se necessário que as cláusulas sejam harmonizadas, evitando-se, assim, possíveis incongruências no tratamento da matéria.

Importante referir, ainda a esse respeito, que a minuta do contrato de produção de água veicula o item 8.19.1 com a seguinte redação:

“8.19.1. Eventual reequilíbrio decorrente da cláusula acima será repassado à CEDAE, caso a CEDAE tenha dado causa aos atrasos no decurso do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, nos termos da cláusula 20”.

É recomendável, pois, que item do mesmo teor conste da minuta do contrato de concessão ou que, ao contrário, essa previsão seja retirada da minuta do contrato de produção de água.

Em se tratando das hipóteses e mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro, existem algumas discrepâncias entre o tratado dado a esse tema pela minuta do contrato de produção de água e pela minuta de concessão. As principais, sem pretensão exaustiva, serão apontadas nos parágrafos a seguir.

Uma das hipóteses de revisão extraordinária do contrato de produção de água em virtude de desequilíbrio econômico-financeiro é a edição de normas que alterem as condições de prestação do serviço *upstream*. O item 20.5.4 tem a seguinte redação:

“20.5.4. edição de normas aplicáveis ao CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA ou outras determinações da AGÊNCIA REGULADORA que alterem as condições para a prestação dos SERVIÇOS UPSTREAM”.

Já a minuta do contrato de concessão é mais específica, determinando que o fato gerador de desequilíbrio contratual é somente aquele que importe em alteração as metas das desempenho e dos níveis de serviço. “*Alterar condições*” nos parece demasiadamente vago. A disposição da minuta do contrato de concessão traz maior previsibilidade, razão pela qual sugere-se a adequação desse item na minuta do contrato de produção ao item correspondente na minuta do contrato de concessão.

O item 20.5.6 traz disposição referente às hipóteses de caso fortuito e força maior. A minuta do contrato de concessão trata a questão de modo diverso, eis que distingue o caso fortuito e força maior *segurados* do caso fortuito e força maior *não segurados*, estipulando que somente os primeiros poderão vir a possibilitar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro. Por outro lado, na minuta do contrato de produção de água, neste ponto, não há diferenciação no tópico relativo ao reequilíbrio

quanto à previsão ou não em apólice de seguro, de maneira que todas as circunstâncias provenientes de caso fortuito e força maior implicam a possibilidade de reequilíbrio.

A minuta do contrato de produção de água, em seu item 20.5.12, fala da hipótese de “aumento extraordinário e imprevisível dos custos de insumos, operação e manutenção necessários à adequada prestação dos SERVIÇOS” como causa autorizadora de reequilíbrio econômico-financeiro. Diferentemente, a minuta do contrato de concessão estipulou, nesses casos, um percentual-base de 10% para o aumento extraordinário do custo de insumos, nos seguintes termos:

“12.4.18. variação extraordinária do custo de insumos específicos, assim entendida a variação acima de 10% (dez por cento) da variação contemplada na fórmula paramétrica prevista neste CONTRATO para o reajuste da TARIFA”.

Ou seja, não é qualquer variação no custo de insumos que autoriza o reequilíbrio, mas apenas aquele que superar o percentual-base de 10%. No entanto, a minuta do contrato de produção de água não estabelece esse percentual. **Sugere-se seja avaliada a adequação na minuta de contrato de produção de água com o previsto na minuta do contrato de concessão, devendo ser justificada eventual manutenção da redação atual da minuta.**

Os itens 20.14 e 20.15 não constam da minuta do contrato de concessão e possuem a seguinte redação:

“20.14. A escolha da modalidade de reequilíbrio prevista na subcláusula 20.13 deve ser tomada com observância do princípio da modicidade tarifária.

20.15. As PARTES deverão ser ouvidas previamente à definição pela AGÊNCIA REGULADORA acerca da forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, devendo suas alegações serem consideradas na motivação da decisão”.

Não existem disposições semelhantes na minuta do contrato de concessão. Há de se avaliar se esses itens devem ser excluídos da presente minuta ou se, ao contrário, devem ser incluídos da minuta de concessão.

Feitas as breves comparações em cláusulas pontuais das minutas de contratos de concessão e produção de água, sugerimos sejam feitos os reparos elencados ao longo do subtópico, de modo a harmonizar ambos os contratos, que estão no escopo da modelagem proposta pelo Consórcio BNDES. Passamos, a seguir, a tratar da análise pormenorizada da minuta contratual encartada no indexador nº **9165411**.

2.4. Análise de minuta do contrato de produção de água (9165411)

No que diz respeito à minuta do contrato de produção de água a ser firmado *por meio de contratação direta*, com o espeque no art. 10-A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, entre o Estado do Rio de Janeiro e a CEDAE, mostra-se indispensável, antes da análise das diversas cláusulas do ajuste, uma consideração de ordem geral.

É que, tal como no caso do contrato de concessão, o Estado do Rio de Janeiro, ao contrário do que pode parecer pela leitura do documento, não é o Poder Concedente do referido serviço público de produção de água. E não o é pelo simples fato de que *não é o titular constitucional do serviço público de saneamento básico*.

Como se vê das alentadas razões lançadas por ocasião do **Parecer Conjunto ARCY/FAG nº 1/20**, o STF, por ocasião do julgamento da ADIn nº 1842/RJ, sacramentou a questão. Pedimos escusas para transcrever as palavras dos ilustres Procuradores:

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

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

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

O Estado do Rio de Janeiro definitivamente não é titular do serviço público de saneamento básico, mas sim a RMRJ e os respectivos municípios que não façam parte da Região Metropolitana.

O título jurídico⁴⁰ para a participação do Estado do Rio de Janeiro na presente avença, bem como no contrato de concessão, não é um *direito nativo seu*, mas uma *delegação de poderes* da parte da RMRJ que é operada via instrumentos de gestão associada:

“[c]onsiderando esse contexto, o projeto de desestatização dos serviços de saneamento básico elaborado pelo BNDES propôs uma modelagem pela qual haveria uma dupla delegação. Os titulares dos serviços de saneamento básico (RMRJ e municípios não metropolitanos) delegariam ao ERJ, via Convênios de Cooperação, as funções administrativas de organização e promoção da

⁴⁰ Sobre a noção de título jurídico, cf. HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 140 e segs.

licitação dos serviços e de celebração, em nome dos titulares, dos contratos de delegação dos serviços e outros coligados (e.g.: contratos com instituições financeiras). E, passo seguinte, o ERJ licitaria e, em nome dos titulares, assinaria os ajustes para fins de delegação da prestação dos serviços à CEDAE e às concessionárias privadas. Ademais, o ERJ celebraria os contratos coligados, com fulcro nos poderes que lhe foram mandatados”. (grifou-se)

O Estado do Rio de Janeiro atua no presente contrato coligado de produção de água, não como titular do serviço público de saneamento básico, mas como *mandatário da RMRJ*, mandato este que se estabeleceu em função de convênio de cooperação e contrato de gerenciamento.

Diante dessa realidade, é preciso que a minuta do contrato de produção de água seja revisada e ajustada, em sua inteireza, para refletir a verdadeira posição do Estado do Rio de Janeiro. Trata-se de deixar claro que todos os direitos, poderes, faculdades, posições jurídicas, ônus e obrigações que o Estado do Rio de Janeiro exerça ou assuma, ele o faz, não em nome próprio, mas *em nome de terceiro*, ou seja, como *mandatário da RMRJ e dos respectivos municípios*. É a cautela sugerida pelo já mencionado **Parecer Conjunto ARCY/FAG nº 1/20**:

“[r]essalta-se, no entanto, que a delegação de competências, via instrumento de gestão associada, na forma do art. 241, da CRFB, não pode ser tão abrangente a ponto de caracterizar uma renúncia velada (ou delegação “em branco”). No caso da RMRJ, o STF foi ainda mais enfático, na ADI no 1.842/RJ, ao invalidar o modelo anterior de Região Metropolitana que concentrava poderes no Estado do Rio de Janeiro.

(...)

No Parecer no 09/2019 ARCY/PG-17, embora se tenha concluído pela viabilidade jurídica, em abstrato, dessa delegação de atribuições, foram alertados os riscos jurídicos de uma delegação tão ampla de poderes ao Estado do Rio de Janeiro, atentando-se à possibilidade de o Estado ser colocado em posição incompatível com a determinada pelo STF. Assim, foi sugerido que os próprios titulares figurassem como signatários dos contratos, ao invés do ERJ, que se limitaria ao papel de mandatário sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços: (...).” (grifou-se).

Para que sejam evitados questionamentos quanto à amplitude delegação e, mais do que isso, para que seja afastada a alegação de indevida renúncia de poderes e atribuições por parte da RMRJ e dos Municípios, sugere-se que seja adotado neste contrato de produção de água a mesma cautela sugerida pelos aludidos Procuradores quanto ao contrato de concessão:

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

Pois bem, feitas essas considerações de ordem geral, passa-se à breve análise das cláusulas e subcláusulas da minuta do contrato de produção de água.

A **Subcláusula 2.4** trata das prerrogativas do Estado, no que se poderia dizer um regime de direito público. São as conhecidas cláusulas exorbitantes.

Entretanto, na medida em que se trata de contrato coligado que gera impactos em outros negócios jurídicos relativos à cadeia do serviço público de saneamento básico, mostra-se conveniente que o exercício dessas prerrogativas seja sempre submetido ao prévio assentimento da Agência Reguladora – AGENERSA – ou que, ao menos, o órgão regulador seja comunicado a respeito de uma dessas medidas exorbitantes.

A medida mostra-se pertinente: cabe à Agência Reguladora prover ao ajuste dos diversos feixes de interesse em jogo na prestação do serviço de saneamento básico. Qualquer atitude que impacte o contrato de produção de água tem grande probabilidade de refletir, com maior força ainda, no contrato de concessão. Cabe à Agência Reguladora exercer o papel coordenação regulatória dos vários interesses e do exercício das diversas prerrogativas atribuídas às respectivas partes.

A **Cláusula 7** trata da vigência e autoriza a prorrogação do contrato, de modo que haja coincidência com o contrato de concessão, realidade esta que mostra a relação de *acessoriedade* do presente ajuste relativamente à concessão da atividade de distribuição de água e coleta de esgoto.⁴¹

Entretanto, cotejando-se especificamente a cláusula 7 do contrato de concessão, não se infere tratamento harmônico. Vejam-se as referidas cláusulas:

Contrato de Concessão:

7. VIGÊNCIA DA CONCESSÃO

7.1 A vigência deste CONTRATO compreende o somatório do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA e do prazo de 35 (trinta e cinco) anos de OPERAÇÃO DO SISTEMA, que se inicia a partir da emissão do TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA.

7.2 O prazo de vigência deste CONTRATO, previsto na subcláusula 0, somente poderá ser prorrogado para readequação do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO.

Contrato de Produção de Água:

7. VIGÊNCIA

7.1. A vigência deste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA será de 35 (trinta e cinco) anos, a contar do início da OPERAÇÃO DO SISTEMA pela(s) CONCESSIONÁRIA(S).

7.2. O prazo de vigência deste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA poderá ser prorrogado, para que haja coincidência com o prazo de vigência do(s) CONTRATO(S) DE CONCESSÃO.

⁴¹ Dizer que o presente contrato é acessório não implica em diminuir sua importância. Na verdade, a produção de água é de capital importância: a água é o insumo básico de todo o serviço de saneamento básico. No entanto, há de se reconhecer que a atividade central aqui é a entrega da água na residência e no estabelecimento do consumidor. Todas as demais atividades, ou melhor, todas as atividades que antecedem essa última são instrumentais, são meios para a finalidade precípua que é entregar água que atenda os padrões estabelecidos de potabilidade para as pessoas e comunidades locais. E essa finalidade é de transcendental importância.

7.3. O prazo de vigência previsto na cláusula 00, poderá ser prorrogado para readequação do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA ou para as hipóteses de extensão de prazo, previstas neste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA e na legislação.

As subcláusulas 7.2. do contrato de concessão e 7.3. do contrato de produção de água referem-se ao fenômeno da dilação ou extensão contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, recomendando-se o ajuste redacional, nos moldes já sugeridos do competente parecer que analisou a minuta de concessão. Chama a atenção, então, a dicção prevista no item 7.2 do contrato de produção de água. A princípio, havendo fixação do prazo contratual das duas avenças em 35 anos, não se vislumbra a necessidade de tal subcláusula, sugerindo-se, para fins de harmonização com o contrato de concessão, seja essa previsão suprimida ou justificada.

A **Cláusula 9** trata da questão da afetação dos bens ao serviço público de produção de água. O critério utilizado, não é de tipo subjetivo, no sentido de que todos os bens da CEDAE seriam afetados ao serviço e, por conseguinte, passíveis de reversibilidade, mas sim um de tipo finalístico: bens afetos, ou vinculados, ao serviço são os bens “necessários à prestação dos serviços upstream”.

Os bens ditos privados, ao contrário, são aqueles que, pertencendo à CEDAE, não estão diretamente ligados à prestação do serviço, ou seja, são os bens não diretamente instrumentais à realização da produção de água. A subcláusula 9.3 os exemplifica como sendo “instalações comerciais e administrativas da CEDAE, tais como escritórios, lojas, depósitos, almoxarifados e pátios de equipamentos”.

Da leitura da **Cláusula 10**, verificamos que não há definição dos valores dos investimentos necessários para o atingimento das metas do contrato, o que parece inviabilizar a definição a equação econômico-financeiro do contrato, referido na **Cláusula 20**, especialmente a **Cláusula 20.9**, que será base para o reequilíbrio contratual, o que deve ser avaliado.⁴²

Note-se que segundo a **Cláusula 10.4** do Contrato, a obrigação da CEDAE é referente ao volume de água a ser fornecido, conforme o aumento da demanda e as **Cláusulas 10.5 e 10.6** delegam à CEDAE a definição do cronograma de investimentos.

Recomenda-se o detalhamento das intervenções necessárias para o incremento da capacidade de produção e a segurança hídrica na Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, bem como das intervenções ambientais a cargo da CEDAE que devam melhorar a qualidade da água captada, o que deverá ser considerado na equação econômico-financeira do contrato.

Sugere-se também que fique expressa a responsabilidade da CEDAE pelo cumprimento de decisões judiciais e obrigações assumidas por ela própria, em Termos de Ajustamento de Conduta com órgãos de controle ou outros instrumentos juridicamente vinculantes, referentes a intervenções em infraestruturas abrangidas pelo objeto do contrato de produção de água que continuarão a ser operadas pela CEDAE – *upstream* –, considerando-se tais intervenções na equação econômico-financeira do contrato.

As responsabilidades por intervenções relativas às operações *downstream* que sejam atribuídas aos concessionários privados deverão ser especificadas nos cadernos de encargos anexos às minutas dos contratos de concessão. Aliás, nada obstante não ser objeto específico desse parecer, recomenda-se seja avaliada naquele contrato a forma de disciplina da relação entabulada nesse tocante, cabendo ao gestor decidir se a mera especificação no caderno de encargos esgota o ponto, ou, se alternativamente, parece necessário acrescer o instrumento de modo mais minudente.

⁴² Por meio do Ofício nº 905/2020 - GAP/SGE/2020 (DOC SEI 7275458), o Tribunal de Contas do Estado solicitou projeções financeiras referentes à concessão. Apesar de o Tribunal não ter mencionado expressamente a relação contratual entre Estado e CEDAE, entendemos que as mesmas informações são importantes, *mutatis mutandis*, para a projeção da equação econômico-financeira do contrato de produção de água a ser firmado com a CEDAE.

Em relação às **Cláusulas 11.1 e 16.2.16**, que se referem à contratação de terceiros pela CEDAE, recomenda-se ajuste na redação, para esclarecer que tal subcontratação pode ocorrer em relação a atividades acessórias do serviço de produção de água, mas não em relação ao núcleo o serviço público de produção de água.⁴³ Em contratos de delegação de serviços públicos, o Poder Concedente deve ter segurança em relação à habilitação técnica do concessionário e/ou de seus executivos, para a prestação do serviço, não sendo cabível uma subconcessão total do serviço. Tendo em conta a publicação da Lei nº 14.026/2020, recomenda-se a adaptação das referidas Cláusulas ao disposto no artigo 11-A da Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020⁴⁴.

Na **Cláusula 11.4**, que se refere a contratos celebrados entre a CEDAE e terceiros, recomenda-se substituir a referência a “*normas de direito privado*” por “*normas relativas aos contratos de empresas estatais, conforme o artigo 68 da Lei 13.303/2016*”. A substituição não altera o regime de contratação, mas entendemos importante manter a referência direta ao diploma legal que rege as contratações das empresas estatais, em especial ao referido artigo 68 que dispõe que “*os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado*”.

Nas **Cláusulas 12.2 e 12.2.1 e 16.2.18**, sugere-se especificar que a cessão de recebíveis do fornecimento de água é admitida apenas para financiar *investimentos* nos ativos vinculados à prestação do serviço (CAPEX), de forma a evitar que os fluxos futuros da operação sejam cedidos para o pagamento de despesas correntes (OPEX).

A **Cláusula 13** trata da regulação e fiscalização do contrato de produção de água. As disposições que chamam a atenção são as seguintes:

“13.1. Em atendimento aos princípios de independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira, transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões, compete à AGÊNCIA REGULADORA

⁴³ Com relação à inviabilidade de subcontratação total do serviço público de saneamento, já se manifestou esta PGE por meio do Parecer nº 02/2020-GUB. A consulta objeto do parecer era sobre a possibilidade de comprovação da habilitação técnica de empresas licitantes por meio da apresentação de atestados de empresas subcontratadas. Entretanto, a distinção das hipóteses não afasta a necessidade de aplicação dos mesmos fundamentos em relação à subcontratação no contrato de produção de água celebrado com a CEDAE.

⁴⁴ Nota-se que o artigo 11-A da Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020 dispõe: “*Art. 11-A. Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)*”

§ 1º *A subdelegação fica condicionada à comprovação técnica, por parte do prestador de serviços, do benefício em termos de eficiência e qualidade dos serviços públicos de saneamento básico. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)*

§ 2º *Os contratos de subdelegação disporão sobre os limites da sub-rogação de direitos e obrigações do prestador de serviços pelo subdelegatário e observarão, no que couber, o disposto no § 2º do art. 11 desta Lei, bem como serão precedidos de procedimento licitatório. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)*

§ 3º *Para a observância do princípio da modicidade tarifária aos usuários e aos consumidores, na forma da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ficam vedadas subconcessões ou subdelegações que impliquem sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)*

§ 4º *Os Municípios com estudos para concessões ou parcerias público-privadas em curso, pertencentes a uma região metropolitana, podem dar seguimento ao processo e efetivar a contratação respectiva, mesmo se ultrapassado o limite previsto no **caput** deste artigo, desde que tenham o contrato assinado em até 1 (um) ano. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)*

§ 5º *(VETADO). (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)* § 6º *Para fins de aferição do limite previsto no **caput** deste artigo, o critério para definição do valor do contrato do subdelegatário deverá ser o mesmo utilizado para definição do valor do contrato do prestador do serviço. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)*

§ 7º *Caso o contrato do prestador do serviço não tenha valor de contrato, o faturamento anual projetado para o subdelegatário não poderá ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) do faturamento anual projetado para o prestador do serviço. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)*

a regulação, controle e fiscalização deste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, durante todo o seu prazo de vigência, em conformidade com a legislação vigente, cabendo-lhe especialmente:

(...)

13.1.3. receber, apurar e solucionar as queixas e reclamações apresentadas pela(s) CONCESSIONÁRIA(S) relativas à prestação deficiente dos SERVIÇOS UPSTREAM;

13.1.4. compor conflitos entre a CEDAE, o ESTADO, a(s) CONCESSIONÁRIA(s) e os USUÁRIOS, sem prejuízo da previsão constante das Cláusulas 32 e 33.

(...)”.

Não há nenhuma atribuição específica da AGENERSA quanto à prevenção e repressão de práticas discriminatórias e tratamento privilegiado por parte da CEDAE. “Compor conflitos” é disposição por demais genérica, pelo que se recomenda maior especificidade. Seria de se esperar uma disciplina mais exaustiva e detalhada quanto às atribuições da Agência Reguladora, especialmente no que se relaciona com o seu relevante papel de coordenar os interesses dos serviços *upstream* e *downstream*.

As **Cláusulas 16.2.34 e 16.2.35** preveem a obrigação de contratação pela CEDAE de seguros com coberturas inclusive para eventos considerados casos fortuitos e força maior. Recomenda-se definir quais são esses seguros a cobertura a ser conferida, de forma a evitar controvérsias futuras, pois é sabido que nem todos os eventos indesejados são seguráveis, por falta de oferta no mercado ou inviabilidade financeira. Essa definição é importante inclusive para a composição e proteção da equação econômico-financeira do contrato.

A **Cláusula 16.2.37** refere-se à Portaria do Ministério da Saúde sobre a qualidade da água para consumo humano. É importante que no momento da celebração do contrato se verifique se a referida portaria ainda se encontra em vigor, bem como eu se preveja que as normas que porventura venham a substituir a portaria deverão ser observadas, inclusive se haverá ou não direito a reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência da alteração dos padrões de qualidade exigidos para a água a ser produzida.

A **Cláusula 17.1** define que a remuneração da CEDAE é a estabelecida nos contratos de *interdependência*, o que nos parece uma referência adequada, dado que as concessionárias privadas que efetuarão os pagamentos à CEDAE pela água produzida.

As **Cláusulas 17.5.1, 17.5.2 e 17.5.3** dispõem sobre índices de qualidade e continuidade da água, questões técnicas de grande relevância, mas que não podem ser objeto de manifestação jurídica, recomendando-se neste opinamento jurídico que sejam tratadas em parecer técnico específico, com justificativa dos índices previstos.

Especialmente em relação ao disposto na **Cláusula 17.5.2**, que dispõe que “o índice de qualidade da água visa a mensurar o padrão de potabilidade da água dos SERVIÇOS UPSTREAM a ser fornecido às CONCESSIONÁRIAS” e que “o nível de serviço definido como meta é de 90% de atendimento no período de 12 (doze) meses”, deve ser apresentado o fundamento para o estabelecimento dessa meta, bem como em que prazo o nível de serviço deverá alcançar índice de 100%, ou próximo de 100%, já que a potabilidade da água é relacionada à saúde da população, com todos os consectários jurídico-constitucionais decorrentes.

No que toca com a **Cláusula 18**, que trata da revisão extraordinária, a previsão faria mais sentido no bojo do contrato de interdependência, haja vista que é ali, e não no contrato de produção de água, que é definido o preço a ser cobrado pela produção e fornecimento de água. Seja como for, o importante

é que todos os *stakeholders*, em especial a Concessionária que será impactada por uma eventual revisão extraordinária, sejam chamados a se manifestar no competente processo regulatório instaurado com esse fim.

A **Subcláusula 19.3** traz importante disposição distinguindo alocação de riscos de reequilíbrio econômico-financeiro e determinando, além disso, que qualquer recomposição de equilíbrio econômico-financeiro não importaria em alteração da matriz de riscos originalmente fixada entre as partes.

Na **Cláusula 20.9**, deve ser definido o *spread* sobre a NTN-B, que constituirá a remuneração da CEDAE, e deverá ser compatível com os riscos assumidos no negócio e o custo de capital tecnicamente adequado da atividade objeto do contrato. Trata-se também de questão técnica de grande relevância, mas que não pode ser objeto de manifestação jurídica, recomendando-se neste opimento jurídico que sejam tratadas em parecer técnico específico.

Com relação à **Cláusula 20.12.**, deve ser justificado porque o aumento do valor real da água não gera reequilíbrio em favor do Estado. Trata-se também de questão técnica de grande relevância, mas que não pode ser objeto de manifestação jurídica, recomendando-se, da mesma forma que indicado anteriormente, sejam tratadas em pronunciamento técnico específico.

Como observação geral, nota-se que a definição dos diversos aspectos financeiros do contrato de produção de água, apesar de não serem matéria jurídica, são fundamentais para a operacionalização de um dos principais institutos jurídicos dos contratos de delegação de serviços públicos, que é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Esses aspectos devem ser tratados em parecer técnico específico.

A definição precisa de uma equação econômico-financeira para o contrato de produção e água viabilizará a manutenção da fundamental equitatividade do contrato, em atenção à Lei nº 13.303/2016, a preservação da solidez financeira da CEDAE, com vistas ao seu programa de investimentos, bem como a segurança do Estado com relação a critérios para eventual reequilíbrio econômico-financeiro.

Em caso de uma eventual e futura privatização da CEDAE e concomitante licitação da concessão do serviço de produção de água, com a anuência da Região Metropolitana, uma segura equação econômico-financeira do *contrato de programa* preservará a continuidade dos parâmetros de regulação pela AGENERSA, a serem observados pela companhia, viabilizando uma substituição suave do *contrato de programa* por um *contrato de concessão*, tudo com vistas a preservar o valor da companhia e maximizar os benefícios do Poder Público em uma eventual futura privatização.

Em relação aos bens reversíveis não amortizados, alguns breves comentários se fazem necessários.

A previsão de indenização relativa a bens reversíveis não amortizados opera como forma de garantia mínima ao particular investidor. Essa garantia deve ser lida, contudo, de forma contextual: dentro das previsões contratuais e dentro da forma como se deu a execução contratual.

A **subcláusula 23.3** prevê que a amortização em relação aos bens reversíveis deverá ser realizada durante a vigência do contrato de concessão. Essa é a situação ideal. O contrato de concessão pressupõe que a amortização se dará durante o prazo contratual.

Não tendo sido tais bens devidamente amortizados, a **subcláusula 23.2** determina que a Agência Reguladora setorial deverá, no prazo de 180 dias anteriores ao advento do termo contratual, proceder às avaliações necessárias para a determinação do montante a ser indenizado.

É de se notar que a lógica da indenização por bens reversíveis não amortizados somente faz sentido diante da extinção do contrato antes de seu termo ou em razão de fatos que perturbem a execução prevista no momento inicial do contrato.

As **cláusulas 25.7 e 28.2** corroboram com esse entendimento, prevendo a indenização para casos de: (i) caducidade; e (ii) extinção da CEDAE. Refletem o caráter **excepcional** da indenização, que não

deve ser vista como uma obrigação *ex ante* indenizatória devida pelo Estado. Essa parece ser a leitura mais correta do art. 36 da lei nº 8.987/95.

É preciso que se verifique **o porquê e o quanto, para, após essas etapas, se proceder à indenização**, recomendando-se seja avaliado se é possível alterar o contrato para prever que parâmetros orientarão a atuação da agência reguladora, mitigando o risco de insegurança jurídica ante uma demasiada amplitude discricionária.

É importante ressaltar que, em sendo a Região Metropolitana a titular do serviço público de produção de água, mesmo estando representada pelo Estado por força dos instrumentos de gestão associada, é aconselhável que a mesma seja incluída como parte no contrato, para conferir maior segurança jurídica à avença.

Por fim, alerte-se para que haja o cuidado de submeter a presente minuta ora em apreciação ao crivo prévio e formal da AGENERSA, CEDAE e REGIÃO METROPOLITANA (se incluída como signatária do contrato), bem como recomendada a observância de manifestações prévia dos órgãos de controle (TCE, MPE e MPF) que instauraram procedimentos para o acompanhamento do procedimento de desestatização dos serviços de saneamento no Estado do Rio de Janeiro.

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

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

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

3. CONCLUSÕES

Após o exame dos aspectos legais e contratuais entendidos por pertinentes no bojo do presente exame, que tratou do contrato de produção de água – etapa *upstream* – do Projeto de Universalização do Saneamento Básico do Rio de Janeiro proposto na modelagem idealizada pelo Consórcio/BNDES, fazemos uma breve recapitulação das questões aqui tratadas e que merecem reparo na instrução e maior robustez nas justificativas por parte da área técnica:

- i. O legislador optou por uma espécie de regra de transição, permitindo a manutenção das outorgas de produção de água atualmente existentes. Trata-se de, num primeiro momento, preservar a continuidade do serviço para, em seguida, partir-se para a plena assimilação dessa atividade ao regime de concessões e permissões da Lei nº 8.987/1995;
- ii. Deve ser promovida a juntada da documentação que comprove que a CEDAE é detentora da outorga para a captação de água com vistas ao abastecimento dos Municípios da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, que resta ausente no presente processo administrativo;
- iii. a discriminação de modelos de titularidade das outorgas de recursos hídricos deverá constar do ato inaugural previsto no art. 5º, da Lei 8.987/95, com a referida motivação suficiente, lastreada em estudo técnico comprobatório da existência de vantajosidade da celebração do contrato de “produção de água” com a CEDAE;

- iv. A autorização do §2º, do artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, para a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos (CEDAE), não obriga o Poder Concedente a manter o serviço com a CEDAE. O Poder Concedente pode optar, em tese, por licitar o serviço público de produção de água na Região Metropolitana, ainda que segregado do serviço de distribuição de água e coleta e tratamento de esgoto, conforme a modelagem upstream/downstream proposta pelo Consórcio/BNDES;
- v. No entanto, tem-se, *in casu*, hipótese de contratação direta por dispensa de licitação, fora do rol do art. 24, da Lei nº 8666/93, na qual o legislador considerou que tal mecanismo pode ser o mais propício para atingir as finalidades pretendidas pelo novo marco legal do saneamento, na forma do art. 10-A, § 2º da Lei 11.445/2007, alterada pela Lei nº 14.026/2020;
- vi. Sobre as hipóteses de dispensa de licitação criadas pelo legislador, como a contratação para a produção de água com a CEDAE, vale dizer que não são uma imposição à Administração Pública, mas uma possibilidade, condicionada ao atendimento dos requisitos natureza operacional e financeira – constantes do artigo 26 da Lei nº 8.666/93 –, além de robusta justificativa que alicerce a opção feita, o que deve ser apresentado nos autos;
- vii. Com vistas à decisão do Administrador Público sobre a celebração do Contrato de Produção de Água com a CEDAE, proposto na modelagem do Consórcio BNDES, a razão da escolha do fornecedor ou executante (inciso II) e a justificativa do preço (inciso III) ao art. 26 da Lei nº 8666/93 mostram-se como requisitos imprescindíveis;
- viii. O Estado deve justificar a opção pela adoção da modelagem proposta pelo BNDES, de contratação direta com a CEDAE, com base em outros aspectos relevantes à tomada de decisão, tais como, em tese: (i) a garantia de segurança hídrica; (ii) a inviabilidade de, em curto prazo, um prestador privado assumir a operação de sistemas de captação e tratamento de água grandes e complexos; (iii) a conveniência da reestruturação operacional da CEDAE, com vistas à sua valorização, com a opção de futura privatização, dentre outros. Esses são apenas exemplos de justificativas cuja procedência deverá ser verificada por profissionais habilitados, não tendo os subscritores deste parecer expertise, nem atribuição para essa avaliação;
- ix. É necessário apresentar a motivação para a opção pela celebração do contrato de produção de água com a CEDAE com dispensa de licitação (art. 10, A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020), conforme modelagem proposta pelo BNDES, ao invés da licitação desse serviço, atendendo ao requisito estabelecido no art. 26, § único, II da Lei nº 8.666/93;
- x. Muito embora o referido dispositivo seja o fundamento mais adequado da contratação direta pretendida, afigura-se também possível seja a celebração do contrato de produção de água justificada com base no art. 24, VIII, da Lei no 8.666/93, com base nas razões expostas neste parecer;
- xi. Ainda que se entenda que o art. 24, VIII, da Lei no 8.666/93 não autoriza a contratação de empresa pública ou sociedade de economia mista controlada por outro ente federativo, não se pode perder de vista que o Estado compõe a Região Metropolitana, o que pode, em tese, justificar a aplicação da hipótese de contratação direta por dispensa da CEDAE pela RMRJ. Neste caso, chama-se a atenção para a necessidade de observância de que o preço praticado seja compatível com o preço praticado no mercado;
- xii. Deve constar do processo administrativo justificativa do preço relativa a fatores econômicos próprios da economia interna relativa à prestação do serviço a ser contratado junto à CEDAE, que se debruce sobre os elementos constantes da relação entre o produtor de água (CEDAE) e as concessionárias privadas adquirentes da água tratada, fornecedoras aos usuários finais do serviço;
- xiii. Recomenda-se que o Estado avalie a equação financeira da modelagem proposta pelo Consórcio/BNDES, quanto aos seguintes aspectos financeiros: (i) montante de recursos que a CEDAE deverá investir na infraestrutura do serviço, conforme estipulado no contrato de produção de água, (ii) receita projetada para a CEDAE, para que tenha uma estrutura de custos eficiente, tal qual outros prestadores de serviço nesse mercado, obtendo lucro compatível com

- o mercado e (iii) preço cobrado das concessionárias privadas pela venda de água tratada, que será repassado aos usuários finais;
- xiv. Recomenda-se sejam ajustadas as cláusulas contratuais da minuta em análise do contrato de produção de água em consonância com a minuta do contrato de concessão, conforme considerações constantes do tópico II.3 deste parecer. É importante que haja uma visão integrada e sistêmica dos contratos existentes na modelagem idealizada pelo Consórcio/BNDES, os quais devem estar harmonicamente integrados;
- xv. No que concerne à minuta (9165411), sejam ajustadas s/ou apresentadas justificativas técnicas quanto à redação das cláusulas contratuais mencionadas no tópico II.4 deste parecer, em especial: Cláusula 2.4, Cláusula 5.1, Cláusula 7, Cláusula 10, Cláusulas 11.1 e 16.2.16, Cláusula 11.4, Cláusulas 12.2, 12.2.1 e 16.2.18, Cláusula 13, Cláusulas 16.2.34 e 16.2.35, Cláusula 16.2.37, Cláusulas 17.5.1, 17.5.2 e 17.5.3, Cláusula 17.5.2, Cláusula 18, Cláusula 20.9 e Cláusula 20.12;
- xvi. Recomenda-se o detalhamento das intervenções necessárias para o incremento da capacidade de produção e a segurança hídrica na Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, bem como das intervenções ambientais a cargo da CEDAE que devam melhorar a qualidade da água captada, o que deverá ser considerado na equação econômico-financeira do contato;
- xvii. Sugere-se também que fique expressa a responsabilidade da CEDAE pelo cumprimento de decisões judiciais e obrigações assumidas por Termos de Ajustamento de Conduta com órgãos de controle ou outros instrumentos juridicamente vinculantes, referentes a intervenções em infraestruturas abrangidas pelo objeto do contrato de produção de água que continuarão a ser operadas pela CEDAE – *upstream* –, considerando-se tais intervenções na equação econômico-financeira do contato. Recomenda-se também seja avaliada no contrato de concessão a forma de disciplina da relação entabulada nesse tocante, no que diz respeito ao segmento *downstream*, sendo recomendável, para além da especificação das obrigações nos cadernos de encargos das obrigações a serem assumidas pelas concessionárias, se é necessário estabelecer um regimento de divisão de responsabilidades com regras e procedimentos mais seguros. Tal cuidado pode evitar futuras divergências entre a CEDAE e as concessionárias privadas quanto à responsabilidade pelas intervenções necessárias nas infraestruturas de prestação de serviços públicos de saneamento;
- xviii. É aconselhável que a RMRJ seja incluída como parte no contrato, de modo a conferir maior segurança jurídica à avença, na medida em que se trata do titular do serviço público de produção de água, ainda que, no presente caso, representada pelo Estado por força dos instrumentos de gestão associada.

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

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

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

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

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

considerações e sugestões cabíveis, para posterior apreciação do Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado.

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK MARTINS
Procurador do Estado

HENRIQUE BASTOS ROCHA
Procurador do Estado

THIAGO CARDOSO ARAUJO
Procurador do Estado

PROC. SEI-120207/000707/2020

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado,

Na qualidade de integrantes do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020¹, encaminhamos o Parecer Conjunto nº 03/2020 - AHWM/HBR/TCA, de lavra dos i. Procuradores do Estado Augusto Henrique Werneck Martins, Henrique Bastos Rochas e Thiago Cardoso Araújo por meio do qual analisada, sob o ângulo estritamente jurídico, a minuta do Contrato de Produção de Água o qual tem como contratantes o Estado do Rio de Janeiro, representando a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro - RMRJ e os seus respectivos Municípios, e a CEDAE, com a interveniência da AGENERSA.

A leitura do citado pronunciamento indica que foram apreciadas as repercussões jurídicas que gravitam a contratação da CEDAE dentro da modelagem vinculada à produção de água, considerados os contornos técnicos conferidos ao processo em andamento de desestatização parcial da companhia.

O Parecer Conjunto nº 03/2020 AHWM/HBR/TCA foi submetido à análise pelo Grupo de Trabalho, que ao longo de reuniões (em regime de urgência), por intermédio dos seus Procuradores integrantes (que subscrevem a presente manifestação), realizaram profundo debate a respeito da temática em destaque.

O Grupo de Trabalho aprovou o pronunciamento, de modo todas as **conclusões do Parecer Conjunto nº 03/2020 AHWM/HBR/TCA foram integralmente chanceladas.**

É assim que, como feito em outras oportunidades, para evitar reproduções desnecessárias, faz-se especial referência aos itens didaticamente listados nas suas páginas finais, que veiculam não apenas as premissas jurídicas utilizadas pelos nobres pareceristas, mas também os aspectos mais relevantes do pronunciamento e recomendações para as instâncias políticas e técnicas diretamente responsáveis pela modelagem do projeto.

Insista-se que as conclusões finais, embora dotadas de inegável didática, não representam todos os pontos relevantes do pronunciamento, que **deverá ser lido e observado em sua integralidade pelas instâncias técnicas e políticas envolvidas.**

O Parecer Conjunto foi estruturado da seguinte forma: (i) noções introdutórias sobre o regime jurídico de produção de água, seguido da análise do (ii) instrumento jurídico proposto na modelagem apresentada pelo Consórcio BNDES, e seus diversos desdobramentos; o (iii) cotejo entre as minutas de Contrato de Concessão e de Produção de Água, das (iv) conclusões gerais e comentários específicos sobre cláusulas da minuta do instrumento em questão.

Apesar de integralmente acolhidas as considerações dos nobres pareceristas relativamente aos quatro pontos acima listados, a presente manifestação destacará os contornos jurídicos da possibilidade de contratação direta da CEDAE.

Nesse sentido, o Parecer Conjunto assenta que no caso específico que se está a analisar, o legislador optou por afastar o regime de licitação - ou mesmo de qualquer processo seletivo - no caso dos serviços de produção de água nos quais dá o fenômeno da cisão do serviço, ou seja, em que se tem estatal prestadora do serviço verticalizado. É hipótese de contratação direta por dispensa. Essa exceção está prevista no § 2º, do art. 10-A da Lei nº 11445/2007.

Na verdade, o legislador nacional a despeito da assimilação do serviço de saneamento ao regime das concessões e permissões, reconheceu que a solução mais eficiente à luz do interesse público, pode ser o afastamento da exigência de licitação e a consagração de um caso de contratação direta por dispensa.

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

Conforme bem reconhecem os nobres pareceristas, uma leitura cuidadosa do texto mostra que o legislador, no dispositivo em questão, não trata propriamente de contratos de programa, mas sim do próprio serviço público de produção de água. Assim, o legislador de fato criou uma faculdade para o respectivo Poder Concedente – que, repise-se, não é o Estado do Rio de Janeiro, mas a RMRJ e os respectivos Municípios – no sentido de permitir a esse último optar por dar continuidade à outorga de serviço público de produção de água atualmente existente em favor da CEDAE.

É o serviço público de produção de água que está em jogo aqui, e não apenas e tão somente a relação jurídica contratual entre a CEDAE e o Estado do Rio de Janeiro. E a opção legislativa, tal como se pode perceber do dispositivo, foi no sentido de permitir ao Poder Concedente contratar diretamente a prestação do serviço público de produção de água com a CEDAE - ou qualquer outra estatal detentora da outorga -, apenas exigindo a formalização dessa relação por meio de um instrumento adequado que, na espécie, é o contrato de produção de água.

O entendimento assentado no Parecer Conjunto - de que não se trata aqui de uma mera solução provisória com vistas à continuidade do serviço público de prestação de água, mas de contratação direta por meio de dispensa – se confirma com a leitura da parte final do dispositivo. O legislador, não somente autoriza a continuidade do serviço de produção de água com a CEDAE, atual outorgada, como, além disso, permite que essa última firme com o concessionário varejista de água “contrato de longo prazo”.

Diante da constatação dos nobres pareceristas, não se poderia reconhecer que o objetivo fundamental do legislador nesse dispositivo seria o de apenas viabilizar a manutenção provisória de uma situação precária. Se o legislador autoriza que a outorgada produtora de água celebre contratos de venda de água no atacado de longa duração, o que se tem vista não é a precariedade, mas, muito pelo contrário, a estabilidade, a permanência dessas relações.

Tem-se, portanto, hipótese de contratação direta por dispensa de licitação, na qual o legislador considerou tal mecanismo o mais propício a atingir as finalidades pretendidas pelo novo marco legal do saneamento (Lei nº 14.026/2020). Alternativamente, como reforço da hipótese de contratação direta com sustentação no Novo Marco Legal do Saneamento (principal fundamento), também se aponta a possibilidade de emprego do art. 24, VIII da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, o referido dispositivo da Lei nº 8666/1993 estipula a faculdade de contratação direta, por meio de dispensa, de entidade da Administração Pública controlada por outro ente federativo. No que diz respeito ao presente caso, a CEDAE – controlada pelo Estado - poderia ser contratada diretamente, para fins de produção de água, pela RMRJ. A principal condicionante específica para o exercício desse tipo de faculdade pelo Poder Público, em atendimento ao previsto no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8666/1993 seria que o “preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

Leva-se em consideração, ainda o fato de que o Estado faz parte da RMRJ que é a pessoa ou ente que irá contratar diretamente a CEDAE para fins de produção de água. Portanto, a se ver as coisas desse ponto de vista, mesmo uma exegese eventualmente mais restritiva do dispositivo seria atendida: o Estado compõe o ente regional contratante dos serviços da CEDAE.

De todo modo, reforçado que é o dispositivo do Novo Marco Legal do Saneamento que serve de principal embasamento para a contratação direta, os pareceristas apontam para a necessária observância do art. 26 da Lei nº 8.666/93, por meio do qual são fixados requisitos formais e procedimentais para as dispensas de licitação, ainda que previstas em microssistemas próprios.

É assim que o Parecer Conjunto sustenta que com vistas à decisão do Administrador Público sobre a celebração do Contrato de Produção de Água com a CEDAE, proposto na modelagem do Consórcio BNDES, deverá ser indicada a razão da escolha do fornecedor ou executante (inciso II) e apresentada justificativa do preço (incis III) ao art. 26 da Lei nº 8666/93, como requisitos imprescindíveis.

No tocante ao primeiro requisito o Estado deve justificar a opção pela adoção da modelagem proposta pelo BNDES, de contratação direta com a CEDAE, com base em outros aspectos relevantes à tomada de decisão, tais como, em tese: (i) a garantia de segurança hídrica; (ii) a inviabilidade de, em curto prazo, um prestador privado assumir a operação de sistemas de captação e tratamento de água grandes e complexos; (iii) a conveniência da reestruturação operacional da CEDAE, com vistas à sua valorização, com a opção de futura privatização, dentre outros. Esses são apenas exemplos de justificativas cuja procedência deverá ser verificada por profissionais habilitados, não tendo os subscritores deste parecer expertise, nem atribuição para essa avaliação.

É relevante que se apresente motivação para a opção pela celebração do contrato de produção de água com a CEDAE com dispensa de licitação (art. 10, A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020), conforme modelagem proposta pelo BNDES, ao invés da licitação desse serviço, atendendo ao requisito estabelecido no art. 26, § único, II da Lei nº 8.666/93.

Já para a demonstração do segundo requisito, os nobres pareceristas registram que deve constar do processo administrativo justificativa do preço relativa a fatores econômicos próprios da economia interna relativa à prestação do serviço a ser contratado junto à CEDAE, que se debruce sobre os elementos constantes da relação entre o produtor de água (CEDAE) e as concessionárias privadas adquirentes da água tratada, fornecedoras aos usuários finais do serviço.

No mais, recomenda-se que o Estado avalie a equação financeira da modelagem proposta pelo Consórcio/BNDES, quanto aos seguintes aspectos financeiros: (i) montante de recursos que a CEDAE deverá investir na infraestrutura do serviço, conforme estipulado no contrato de produção de água, (ii) receita projetada para a CEDAE, para que tenha uma estrutura de custos eficiente, tal qual outros prestadores de serviço nesse mercado, obtendo lucro compatível com o mercado e (iii) preço cobrado das concessionárias privadas pela venda de água tratada, que será repassado aos usuários finais;

Por fim, é importante observar que as questões financeiras inerentes à minuta de contrato de interdependência, ora apreciada, não podem ser analisadas e resolvidas por meio de opinamentos jurídicos, visto que os subscritores não têm qualificação técnica, nem atribuição funcional para análises de natureza financeira e operacional.

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

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

Feitos os apontamentos acima, o Grupo de Trabalho aprova o Parecer Conjunto nº 03/2020 – AHWM/HBR/TCA, no que reitera todas as demais conclusões e recomendações formalizadas no referido pronunciamento.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 9 de dezembro de 2020.

RODRIGO CRELIER ZAMBÃO DA SILVA

Procurador do Estado

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Procurador do Estado

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

NATHALIE CARVALHO GIORDANO MACEDO

Procuradora do Estado

VISTO

Visto. **Aprovo** o bem lançado Parecer Conjunto nº 03/2020 - AHWM/HBR/TCA, de lavra dos i. Procuradores do Estado Augusto Henrique Werneck Martins, Henrique Bastos Rochas e Thiago Cardoso Araújo por meio do qual analisada, sob o ângulo estritamente jurídico, a minuta do Contrato de Produção de Água o qual tem como contratantes o Estado do Rio de Janeiro, representando a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro - RMRJ e os seus respectivos Municípios, e a CEDAE, com a interveniência da AGENERSA.

Assim como fiz relativamente aos anteriores Pareceres Conjuntos submetidos ao Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020, destaco o acerto do pronunciamento que, de forma profunda e didática, sempre atento à relevância e complexidade do empreendimento, realizou minuciosa análise das repercussões jurídicas que gravitam o citado Contrato de Produção de Água, com especial destaque para a possibilidade de contratação direta da CEDAE.

Na oportunidade, para evitar repetições desnecessárias, **permito-me reforçar os aspectos devidamente destacados no pronunciamento oriundo do Grupo de Trabalho, sem prejuízo dos demais pontos veiculados Parecer Conjunto nº 03/2020 – AHWM/HBR/TCA.**

Nesse sentido, parece necessário reproduzir as principais conclusões do Parecer Conjunto, sem prejuízo do atendimento das demais recomendações extraídas da fundamentação do pronunciamento:

- i. O legislador optou por uma espécie de regra de transição, permitindo a manutenção das outorgas de produção de água atualmente existentes. Trata-se de, num primeiro momento, preservar a continuidade do serviço para, em seguida, partir-se para a plena assimilação dessa atividade ao regime de concessões e permissões da Lei nº 8.987/1995;
- ii. Deve ser promovida a juntada da documentação que comprove que a CEDAE é detentora da outorga para a captação de água com vistas ao abastecimento dos Municípios da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, que resta ausente no presente processo administrativo;
- iii. Recomendamos a edição de ato específico sobre as outorgas e sua futura transferência, ressalvada a continuidade do serviço público prestado na Região Metropolitana, a ser garantida pela preservação do sistema atual, com a celebração do contrato “de longa duração” para “produção de água”;
- iv. A autorização do §2º, do artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, para a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos (CEDAE), não obriga o Poder Concedente a manter o serviço com a CEDAE. O Poder Concedente pode optar, em tese, por licitar o serviço público de produção de água na Região Metropolitana, ainda que segregado do serviço de distribuição de água e coleta e tratamento de esgoto, conforme a modelagem upstream/downstream proposta pelo Consórcio/BNDES;
- v. No entanto, tem-se, in casu, hipótese de contratação direta por dispensa de licitação, fora do rol do art. 24, da Lei nº 8666/93, na qual o legislador considerou tal mecanismo o mais propício a atingir as finalidades pretendidas pelo novo marco legal do saneamento, na forma do art. 10-A, § 2º da Lei 11.445/2007, alterada pela Lei nº 14.026/2020;
- vi. Sobre as hipóteses de dispensa de licitação criadas pelo legislador, como a contratação para a produção de água com a CEDAE, vale dizer que não são uma imposição à Administração Pública, mas uma possibilidade, condicionada a atendimento dos requisitos natureza operacional e financeira – constantes do artigo 26 da Lei nº 8.666/93 –, além de robusta justificativa que alicerce a opção feita, o que deve ser apresentado nos autos;
- vii. Com vistas à decisão do Administrador Público sobre a celebração do Contrato de Produção de Água com a CEDAE, proposto na modelagem do Consórcio BNDES, a razão da escolha do

- fornecedor ou executante (inciso II) e a justificativa do preço (inciso III) ao art. 26 da Lei nº 8666/93 mostram-se como requisitos imprescindíveis;
- viii. O Estado deve justificar a opção pela adoção da modelagem proposta pelo BNDES, de contratação direta com a CEDAE, com base em outros aspectos relevantes à tomada de decisão, tais como: (i) a garantia de segurança hídrica; (ii) a inviabilidade de, em curto prazo, um prestador privado assumir a operação de sistemas de captação e tratamento de água grandes e complexos; (iii) a conveniência da reestruturação operacional da CEDAE, com vistas à sua valorização, com a opção de futura privatização, dentre outros;
- ix. Convém apresentar a motivação para a opção pela celebração do contrato de produção de água com a CEDAE com dispensa de licitação (art. 10, A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020), conforme modelagem proposta pelo BNDES, ao invés da licitação desse serviço, atendendo ao requisito estabelecido no art. 26, § único, II da Lei nº 8.666/93;
- x. Deve constar do processo administrativo justificativa do preço relativa a fatores econômicos próprios da economia interna relativa à prestação do serviço a ser contratado junta a CEDAE, que se debruce sobre os elementos constantes da relação entre o produtor de água e os usuários do serviço;
- xi. Recomenda-se que o Estado avalie a equação financeira da modelagem proposta pelo Consórcio/BNDES, quanto aos seguintes aspectos financeiros: (i) montante de recursos que a CEDAE deverá investir na infraestrutura do serviço, conforme estipulado no contrato de produção de água, (ii) receita projetada para a CEDAE, para que tenha uma estrutura de custos eficiente, tal qual outros prestadores de serviço nesse mercado, obtendo lucro compatível com o mercado e (iii) preço cobrado das concessionárias privadas pela venda de água tratada, que será repassado aos usuários finais;
- xii. Sejam ajustadas as cláusulas contratuais da minuta em análise do contrato de produção de água em consonância com a minuta do contrato de concessão, conforme considerações constantes do tópico II.3 deste parecer. É importante que haja uma visão integrada e sistêmica dos contratos existentes na modelagem idealizada pelo Consórcio/BNDES, os quais devem estar harmonicamente integrados;
- xiii. No que concerne à minuta (9165411), sejam ajustadas s/ou apresentadas justificativas técnicas quanto à redação das cláusulas contratuais mencionadas no tópico II.4 deste parecer, em especial: Cláusula 2.4, Cláusula 5.1, Cláusula 7, Cláusula 10, Cláusulas 11.1 e 16.2.16, Cláusula 11.4, Cláusulas 12.2, 12.2.1 e 16.2.18, Cláusula 13, Cláusulas 16.2.34 e 16.2.35, Cláusula 16.2.37, Cláusulas 17.5.1, 17.5.2 e 17.5.3, Cláusula 17.5.2, Cláusula 18, Cláusula 20.9 e Cláusula 20.12;
- xiv. Recomenda-se o detalhamento das intervenções necessárias para o incremento da capacidade de produção e a segurança hídrica na Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, bem como das intervenções ambientais a cargo da CEDAE que devam melhorar a qualidade da água captada, o que deverá ser considerado na equação econômico-financeira do contato;
- xv. Sugere-se também que fique expressa a responsabilidade da CEDAE pelo cumprimento de decisões judiciais e obrigações assumidas por Termos de Ajustamento de Conduta com órgãos de controle ou outros instrumentos juridicamente vinculantes, referentes a intervenções em infraestruturas abrangidas pelo objeto do contrato de produção de água que continuarão a ser operadas pela CEDAE – upstream –, considerando-se tais intervenções na equação econômico-financeira do contato;
- xvi. É aconselhável que a RMRJ seja incluída como parte no contrato, de modo a conferir maior segurança jurídica à avença, na medida em que se trata do titular do serviço público de produção de água, ainda que, no presente caso, representada pelo Estado por força dos instrumentos de gestão associada;

Por fim, novamente não posso deixar de consignar que as referências do pronunciamento a questões de natureza financeira e orçamentária, inclusive eventualmente tomadas como premissas para o opinamento jurídico devem ser revisadas por profissionais habilitados para o exercício de atribuições relacionada a tais temas, antes da assinatura do instrumento.

De resto, me reporto às demais considerações ventiladas no Parecer Conjunto no Encaminhamento do Grupo de Trabalho.

À Secretaria de Estado da Casa Civil, em prosseguimento.

BRUNO DUBEUX
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Processo nº SEI-140001/001485/2021

Concessão da prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Proposta de minuta de acordo a ser celebrado entre Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro. Parâmetros conformadores do acordo. Impossibilidade jurídica do acordo criar direitos e obrigações para terceiros ou invadir competências alheias. Impossibilidade do acordo interferir no projeto de concessão veiculado no Edital de Concorrência nº 01/20. Necessidade de esclarecimentos e justificativas adicionais.

- 1 -

Cuida-se de consulta formulada pela Chefia de Gabinete (12539791) visando a análise da juridicidade da Minuta de Acordo a ser celebrada entre o Estado do Rio de Janeiro, a Companhia Estadual de Águas e Esgoto – CEDAE, o Município do Rio de Janeiro e a Fundação Instituto das Águas do Município do Rio de Janeiro – RIO-ÁGUAS. Foi solicitada *urgência* na resposta à presente consulta.

O acordo tem por objeto central remover as objeções do Município do Rio de Janeiro à Concorrência Internacional nº 01/20, cujo objeto é a concessão da prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, na área de concessão, em cada um dos respectivos blocos, por meio da exploração das infraestruturas integrantes do sistema.

Essa objeção foi manifestada por ocasião da declaração de voto registrada na 4ª Reunião do Conselho Deliberativo do Instituto Rio Metrôpole, conforme ata de 12.02.20 e, ainda, em duas *ações civis públicas* propostas pelo Município do Rio de Janeiro no qual pleiteia **(i)** a declaração da inexecutabilidade parcial do Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações, firmado em 2007, bem como a sua revisão; **(ii)** anulação do procedimento licitatório inaugurado pelo Estado do Rio de Janeiro referente à concessão dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

- 2 -

As considerações que serão tecidas no presente parecer estão calcadas em **duas premissas principais** e que nortearão os comentários adiante formulados.

A **primeira** premissa é que um acordo celebrado entre dois entes federados e duas entidades que integram a sua Administração Pública Indireta deve ter por objeto *direitos patrimoniais disponíveis próprios*. Em outras palavras, o acordo não pode **(i)** criar direitos e obrigações para terceiros e **(ii)** nem interferir em competências alheias, sob pena de extrapolar os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

A **segunda** premissa é que o acordo proposto não pode, nem mesmo reflexamente, alterar as “*regras do jogo*” que estão colocadas na Concorrência Internacional nº 01/20, cujo objeto é a concessão da prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, na área de concessão, em cada um dos respectivos blocos, por meio da exploração das infraestruturas integrantes do sistema.

Qualquer cláusula que assim dispuser poderá acarretar a trágica consequência de inviabilizar a concessão que está em curso e que – ainda que seja desnecessário dizer – concretiza **relevantíssimo interesse público primário**, com a legítima expectativa de universalização das metas de tratamento de água e esgotamento sanitário e a prestação de um serviço público adequado para a população do Estado do Rio de Janeiro.

Importante consignar, ainda, as valiosas contribuições de todos os colegas integrantes do Grupo de Trabalho constituído pela Resolução nº 4610 de 29.09.20.

- 3 -

Passa-se, então, ao exame das cláusulas que constam da minuta de acordo (SEI nº12438345).

Por uma questão de método e para melhor compreensão dos aspectos jurídicos que gravitam em torno do acordo, cada cláusula será objeto de comentário específico, com a transcrição do seu teor em nota de rodapé ou no próprio corpo do parecer.

Cláusula Primeira

A Cláusula Primeira¹ dispõe que “o **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e a **CEDAE** reconhecem a titularidade do **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO** referente aos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário no âmbito do território do Município do Rio de Janeiro, consoante os limites territoriais estabelecidos pelos artigos 16, 17 e 18 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro”.

Sobre o tema da **titularidade** dos serviços de saneamento básico, já tive a oportunidade de me manifestar, por ocasião do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, que analisou a minuta do Edital de Concorrência para a concessão dos serviços de saneamento básico dos municípios do Estado do Rio de Janeiro.

Como assentado naquele opinamento, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1.842/RJ², fixou entendimento no sentido de que a competência para prestação de serviços públicos de saneamento básico é atribuída, pela Constituição, aos Municípios, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, CRFB), mas pode, por aglutinação, pertencer a uma região metropolitana (*i.e.* o colegiado de Estado e municípios), caso seja essa, eventualmente, criada por lei complementar estadual, na forma do art. 25, § 3º, CRFB³.

Significa dizer que a titularidade dos serviços públicos metropolitanos não é nem exclusiva do Estado, nem exclusiva dos Municípios; todos os entes federativos integrantes da região metropolitana a compartilham e, por conseguinte, devem ter poder de decisão e direção dos rumos dos serviços compartilhados.

Nessa linha de raciocínio, com o advento da Lei complementar nº 184/2018, a **Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro** assumiu a titularidade dos serviços públicos de interesse metropolitano, dentre os quais o saneamento básico, incluindo a captação, o tratamento e a distribuição de água potável, a coleta, o tratamento e a destinação do esgotamento sanitário, gerenciamento de

¹ CLÁUSULA PRIMEIRA - O ESTADO DO RIO DE JANEIRO e a CEDAE reconhecem a titularidade do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO referente aos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário no âmbito do território do Município do Rio de Janeiro, consoante os limites territoriais estabelecidos pelos artigos 16, 17 e 18 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro.

² ADI nº 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

³ Art. 25 (...). § 3º 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.

resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas⁴. Os Municípios não metropolitanos, por sua vez, continuam com a titularidade desses serviços.

A Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro também analisou a questão da titularidade dos serviços de saneamento básico em diversos pareceres no contexto do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, podendo mencionar, entre eles, os pareceres nº 03/2020 GUB/PG-17 e nº 04/2020 GUB/PG17⁵, fixando, em todos os precedentes, a posição de que a **competência é da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro e dos Municípios não metropolitanos.**

Mas não é só.

O art. 11, VII, da Lei Complementar nº 184/2018⁶ prevê a titularidade do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro em relação aos serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, o que inclui a competência decisória acerca da forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem.

No mesmo sentido caminha o novo marco legal do saneamento, com o artigo 8º da Lei nº 11.445/2007⁷, alterado pela Lei nº 14.026/20, sinalizando a competência da Região Metropolitana.

Logo, na medida em que o Município do Rio de Janeiro integra a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, claro está que não é possível, no presente acordo, qualquer espécie de reconhecimento da sua titularidade, sob pena de contrariedade explícita à decisão do Supremo Tribunal Federal e à legislação estadual e nacional que disciplinam a matéria.

Impõe-se, portanto, a supressão da cláusula primeira da minuta. A rigor, a supressão da cláusula primeira não gera nenhum prejuízo para as tratativas do acordo que se pretende celebrar, na exata medida em que regras de competência não têm como fonte primacial o acordo, mas a legislação estadual e nacional, bem como a própria decisão do Supremo Tribunal Federal⁸.

Em relação aos parágrafos primeiro⁹ e segundo¹⁰, que definem, respectivamente, serviço público de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, não há objeção, já que reproduzem, de um modo geral, o conceito legal previsto no art. 3º, I, “a” e no art. 3º, I, “b”, da Lei nº 11.445/2007¹¹.

⁴ Anote-se que, quanto ao gerenciamento de resíduos sólidos e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas deve-se observar os limites da competência municipal, tal como reconhecido pelo art. 3º, II, da LC 184/2018.

⁵ A questão ainda foi abordada tangencialmente em diversos pareceres proferidos nesta Especializada relativos à Região Metropolitana e ao Projeto de Desestatização dos serviços de água e esgotamento sanitário. Destacam-se os Pareceres nº 01/2019 – ARCY/PG-17; nº 09/2019 – ARCY/PG-17; nº 03/2019 – GUB/PG-17; nº 07/2019 JVSM/PG-17; nº 1A/2020 ARCY/PG-17; nº 3A/2020 – PGE/PG-17/ARCY; nº 03/2020 JVSM/PG-17; nº 04/2020 – ASA/PG-17; nº 05/2020 – ASA/PG-17 e nº 05/2020 - ARCY/PG-17.

⁶ Art. 11, VII da Lei Complementar 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: 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.

⁷ Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) 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. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

⁸ Cabe lembrar que a hipótese é substancialmente distinta dos contornos fáticos que justificaram a celebração do Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações. Naquela ocasião não houve, também, qualquer reconhecimento de competência, bem como a matéria ainda não havia sido decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹ PARÁGRAFO PRIMEIRO - Compreendem-se como serviços públicos de abastecimento de água potável as atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água, desde a captação até as ligações prediais e os seus instrumentos de medição.

¹⁰ PARÁGRAFO SEGUNDO - Compreendem-se como serviços públicos de esgotamento sanitário as atividades de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente.

¹¹ Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art7) a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) (...) ¹¹ Art. 3º, I, b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e

Cláusula Segunda

A cláusula segunda¹² tem como principal finalidade explicitar que o Acordo tem valor jurídico equivalente ao Convênio de Cooperação, previsto no § 4º, do artigo 8º da Lei Federal nº 11.445/07, cuja redação é a seguinte:

“Art. 8º

(...)

§4º Os Chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão formalizar a gestão associada para o exercício de funções relativas aos serviços públicos de saneamento básico, ficando dispensada, em caso de convênio de cooperação, a necessidade de autorização legal.”

Conforme definição da cláusula 1.2.28 do edital, *convênios de cooperação* são os instrumentos que constituem a *gestão associada* dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário entre os titulares do serviço e o Estado, com a delegação das atividades de organização e gerenciamento da prestação ao Estado, e as atividades de regulação e fiscalização à Agência Reguladora.

É, portanto, pela via do convênio de cooperação que os titulares do serviço (Região Metropolitana e Municípios não metropolitanos) delegaram ao Estado do Rio de Janeiro e Agenesra as atividades de competência específica de organização, regulação (inclusive tarifária), fiscalização e gerenciamento da prestação desses serviços.

Assim, quando o Estado do Rio de Janeiro e a Região Metropolitana celebraram convênio de cooperação voltado à delegação das referidas atividades, o Município do Rio de Janeiro, por integrar a Região Metropolitana, já havia anuído expressamente com a gestão associada.

Não parece adequado, deste modo, compreender que o acordo a ser celebrado vale ou equivale a um convênio de cooperação. Sugere-se que a redação seja modificada para explicitar que o acordo *ratifica* o convênio de cooperação que foi celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a Região Metropolitana. Outra adequação na redação da cláusula consiste na exclusão da referência à cláusula primeira, já que, conforme explicitado, a cláusula primeira deve ser suprimida.

O parágrafo único da cláusula segunda¹³ assegura ao Município do Rio de Janeiro a presença de *vogal*, com direito a voto, de que trata o art. 12, § 2º da Lei Estadual nº 4.556/05, em todas as questões relativas às áreas que abranjam seu território e que são objetos do edital de Concorrência Internacional nº 01/20.

Confira-se o teor do art. 12, § 2º da Lei Estadual nº 4.556/05:

Art. 12 - As deliberações do Conselho-Diretor serão tomadas em sessão

instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art7).

¹² **CLÁUSULA SEGUNDA** – O **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO** anui com a gestão associada dos serviços elencados na CLÁUSULA PRIMEIRA, valendo presente termo como convênio de cooperação, previsto no artigo 8º, §4º da Lei Federal nº 11.445/2007.

¹³ **PARÁGRAFO ÚNICO** – Fica assegurado ao **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO** a presença do vogal, com direito a voto, de que trata o art. 12, §2º da Lei Estadual nº 4.556/2005, em todas as questões relativas às áreas que abranjam seu território e que são objeto do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020.

pública e, devidamente fundamentadas, publicadas no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro.

§ 2º - Nas reuniões do Conselho em que estiver submetida à deliberação questão de interesse de município(s) que detenha(m) parcela do Poder Concedente na área de saneamento, garantir-se-á a presença de um vogal por ele(s) indicado, com direito a voto.

Ora, como afirmado anteriormente, a Região Metropolitana do Rio de Janeiro é o Poder Concedente em matéria de saneamento, sendo sua, portanto, a indicação do vogal e não do Estado do Rio de Janeiro.

Ao que tudo indica, o Município do Rio de Janeiro pretende, de modo *legítimo*, participar com direito a voto de todas as questões relativas às áreas que abranjam seu território e que são objetos do Edital de Concorrência nº 01/20. Sucede que, diferentemente dos Municípios não metropolitanos, não tem o Município do Rio de Janeiro a titularidade do serviço.

Assim, a via juridicamente adequada para encaminhar a indicação como vogal, em atenção ao disposto no art. 12, § 2º da Lei Estadual nº 4.556/05, é por meio de participação no Conselho Deliberativo do Instituto Rio Metrópole e não por meio de acordo bilateral com o Estado do Rio de Janeiro, sob pena de potencial violação das competências próprias da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro.

Enfim, o Estado do Rio de Janeiro estaria garantindo ao Município do Rio de Janeiro um direito (indicação de vogal) que não está na órbita das suas competências e que poderia, certamente, ser objeto de futuros questionamentos da parte do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro.

Como alternativa que alcançaria o mesmo resultado, não se vislumbra óbice a que o Estado do Rio de Janeiro se comprometa a indicar o Município do Rio de Janeiro por ocasião da votação no Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro.

Cláusula terceira

A cláusula terceira¹⁴ estabelece a anuência do Município do Rio de Janeiro aos termos do edital de concorrência nº 01/20, com as *ressalvas* constantes dos respectivos parágrafos e que refletem a própria essência do acordo que se pretende celebrar.

Importante, portanto, examinar as *ressalvas* que constam dos parágrafos subsequentes.

O parágrafo primeiro, ao que tudo indica, pretende acrescer ao Município do Rio de Janeiro 20% (vinte por cento) das receitas que ingressariam diretamente para o Estado do Rio de Janeiro. A redação da cláusula é confusa e pode gerar problemas para a concorrência que já está em andamento. Confira-se a sua redação:

PARÁGRAFO PRIMEIRO – O ESTADO DO RIO DE JANEIRO se compromete a acrescer aos repasses das outorgas previstas no edital sobredito (itens 5.4.1 e 5.5, bem como item 36.8.2 do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020) e nos contratos de concessão respectivos, em favor do **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, o montante correspondente a 20% (vinte por cento) da totalidade das receitas que ingressarem diretamente no

¹⁴ **CLÁUSULA TERCEIRA** – Considerando a gestão associada dos serviços de esgotamento sanitário e distribuição de água potável, o **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO** anui aos termos do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020 lançado pelo **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, com as *ressalvas* constantes deste termo.

Tesouro Estadual ou em entidade sob seu controle direto ou indireto em razão da outorga de cada um dos lotes da concessão, respeitado o cronograma de desembolso estabelecido.

Uma primeira advertência importante: **o Estado do Rio de Janeiro não pode, em nenhuma hipótese, dispor sobre percentuais de receitas que já estão comprometidos para os Municípios ou para a Região Metropolitana.** Seria uma interferência indevida em todos os arranjos que embasam a Concorrência Internacional nº 01/20, inviabilizando o próprio projeto.

A única leitura possível para viabilizar o acordo é que eventual repasse para o Município do Rio de Janeiro tenha por fonte única a parte que remanesce para o Estado do Rio de Janeiro.

Mesmo considerando, em tese, viável essa solução, alguns alertas parecem indispensáveis.

Em primeiro lugar, como apontado em vários pareceres, o Estado do Rio de Janeiro funciona na presente licitação como **mandatário das partes** (Região Metropolitana e Municípios não Metropolitanos). Veja-se a posição adotada no Parecer nº 05/2020 - PGE/PG-17/ARCY:

“Para contornar os custos de transação envolvidos na coordenação da delegação conjunta de serviços com múltiplos titulares (RMRJ e municípios do interior abrangidos pelo projeto), o projeto propôs a delegação de diversas funções administrativas ao Estado do Rio de Janeiro. Para isso, cada titular do serviço celebraria com o Estado, um **Convênio de Cooperação**, delegando à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA) as funções de fiscalização e regulação dos serviços e ao ERJ as funções de organização e promoção da licitação dos serviços e de gerenciamento dos contratos de delegação (contratos de concessão e de programa), mais outros coligados. **Isso significa que o Estado do Rio de Janeiro, além de licitar os serviços, figuraria como signatário dos contratos, no lugar dos titulares dos serviços, na qualidade de mandatário, assumindo para si direitos e obrigações que seriam deles. Com os titulares remanesceriam as funções de planejamento setorial, de fiscalização (paralelamente à AGENERSA) e de retomada dos serviços.**” (grifos não são do original).

Essa posição, frise-se, foi ratificada no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG e no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

A modelagem do projeto prevê então que o Estado do Rio de Janeiro **(i)** atue como representante dos titulares dos serviços; **(ii)** receba parcela significativa do valor da outorga fixa e da oferta que venha exceder os valores mínimos da outorga fixa.

As **duas principais causas econômicas** que justificam esse recebimento da maior parcela dos recursos auferidos a título de outorga pelo Estado do Rio de Janeiro seriam: **(i)** compensar os custos de transação para assumir, em nome dos titulares, a função de mandatário na licitação e na própria gestão dos serviços **(ii)** a assunção das obrigações de indenização dos investimentos feitos pela Cedae nos Municípios e que não foram amortizados.

A manifestação da Secretaria de Estado da Casa Civil (SEI 12169402) explicita e define as razões econômicas da modelagem:

“Ademais, alguns fatores suportam a existência de causa econômica suficiente

para o recebimento de outorga fixa pelo Estado do Rio de Janeiro. **Primeiro e mais importante, conforme estabelecido pela modelagem do Projeto, o Estado do Rio de Janeiro assumiu a obrigação de indenizar a Cedae pelos investimentos feitos pela Companhia e ainda não amortizados**, diante da rescisão que se promoverá de contratos que detém com os municípios para a prestação de serviços *downstream*.

Além disso, a partir do desenho proposto para a gestão associada dos serviços, o **Estado do Rio de Janeiro assume a organização e a gestão da operação, melhorando a governança do Projeto, de forma a garantir maior atratividade ao empreendimento**. Isso, por sua vez, gera efeitos positivos que serão apropriados pelos titulares dos serviços. O Estado do Rio de Janeiro, portanto, figurará como parte contratual perante as concessionárias, representando municípios e Região Metropolitana, originariamente titulares do serviço, o que **reduz custos de transação e, assim, riscos das concessionárias privadas, circunstância que empresta maior atratividade à concessão, beneficiando a posição dos próprios titulares do serviço**.

Com a implementação do Projeto, o Estado passará a ter a responsabilidade de coordenar, gerenciar e organizar a prestação dos serviços com todos os operadores, o que justifica (apesar de não ser o único motivo para tanto) a percepção de parcela relevante de valores da outorga fixa, até mesmo por conta de sua atuação institucional, que agrega valor ao projeto (valor este intangível, porém).

Soma-se aos fatores acima expostos o fato de que o **Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de acionista majoritário da CEDAE, terá os seus dividendos reduzidos, em razão da rescisão dos contratos de programa atualmente em vigor**, privilegiando o interesse público primário como norteador das suas decisões, em prol dos múltiplos benefícios sociais que serão gerados com a concessão.

Assim, de modo resumido, o recebimento de parcela da outorga fixa pelo Estado do Rio de Janeiro foi viabilizado pela decisão do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ) e pela celebração dos instrumentos de gestão associada com os municípios do interior, tendo por causas econômicas o fato de assumir obrigações originalmente dos municípios (em especial, o dever de indenizar a Cedae pelos investimentos não amortizados); de reduzir o potencial de dividendos a serem recebidos por ser acionista majoritário da Companhia, bem como do valor que agrega ao projeto, por conta de sua atuação institucional." (sem grifos no original)

Indispensável, deste modo, que antes da celebração deste ou de qualquer acordo, **seja apresentada justificativa técnica e econômica**, com a demonstração de que o repasse de 20% (vinte por cento) para o Município do Rio de Janeiro:

- (i) não inviabiliza o exercício de todas as obrigações assumidas pelo Estado do Rio de Janeiro no exercício das funções que lhe foram delegadas por meio dos Convênios de Cooperação;
- (ii) não inviabiliza o dever de o Estado indenizar a Cedae pelos investimentos não amortizados nos Municípios;
- (iii) tem fundamento técnico e que há justificativa econômica e financeira que autorize o Município do Rio de Janeiro a receber o acréscimo de 20% (vinte por cento)
- (iv) produzirá benefícios para o projeto de concessão com os eventuais acordos e transações a

serem firmados nos processos judiciais mencionados na cláusula quinta na rescisão parcial do Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações, em especial considerando os pedidos de natureza econômica deduzidos pelo Município do Rio de Janeiro nas referidas ações;

- (v) se o acréscimo para o Município (com a conseqüente redução para o Estado) é compatível com as obrigações assumidas no âmbito da adesão ao Regime de Recuperação Fiscal, sendo recomendável, inclusive, a oitiva do Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal.

Também é **recomendável** que a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do seu Conselho Deliberativo, assine o presente acordo na qualidade de **interveniente anuente**, o que, certamente, aumentaria a segurança jurídica do ajuste.

Ainda que o acordo tenha por objeto extinguir as ações judiciais entre as partes e, evidentemente, reduzir risco jurídico para a concorrência nº 01/20 e para o próprio projeto (o que pode, inclusive, torná-lo mais atrativo, com potencial aumento do valor de outorga), fato é que o acordo é celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro (integrante e, ainda, mandatário da Região Metropolitana) com um dos Municípios que também a integram, a justificar a recomendação acima formulada¹⁵. Caso por alguma razão não seja possível a anuência da Região Metropolitana, recomendável que lhe seja dada ciência dos termos do acordo.

Com esses **esclarecimentos, advertências e recomendações**, passa-se ao exame do parágrafo primeiro da cláusula terceira que, repita-se, apresenta redação bastante confusa, a merecer a sua integral reformulação.

Ao que tudo indica, esse acréscimo de 20% sobre os ingressos no Tesouro Estadual incidiria sobre **três conjuntos de receitas**: (i) outorga fixa; (ii) oferta excedente; (iii) reequilíbrios que decorram do ingresso de novos Municípios nos blocos licitados.

As cláusulas 5.4 e 5.4.1, 5.4.2 e 5.4.3 tratam da outorga fixa:

5.4. O pagamento do valor da OUTORGA FIXA será promovido diretamente ao ESTADO, representante dos titulares do serviço, e está dividido em 3 (três) parcelas. A primeira parcela, no valor de 65% (sessenta e cinco por cento) da OUTORGA FIXA, será paga como condição para assinatura do CONTRATO. A segunda parcela, no valor de 15% (quinze por cento) da OUTORGA FIXA, será paga até 2 (dois) dias úteis após a emissão do TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA e/ou início da OPERAÇÃO DO SISTEMA pela CONCESSIONÁRIA, o que ocorrer primeiro. E, a terceira parcela, no valor de 20% (vinte por cento) da OUTORGA FIXA, será paga até o final do terceiro ano de vigência do CONTRATO, contado a partir da emissão TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA e/ou início da OPERAÇÃO

¹⁵ Oportuno lembrar que a Resolução CD nº 08 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, de 28.12.202, que autorizou a delegação de atividades específicas ao Estado do Rio de Janeiro e deliberou sobre a forma de prestação dos serviços de água e esgotamento sanitário, também definiu os percentuais de repasse no seu artigo 8. Confira-se: 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 para os municípios agrupados no respectivo bloco, 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 Metrópole, por meio do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no art. 20 da Lei Complementar Estadual nº 184/2018. §1º - Os valores de outorga a serem repartidos entre os municípios compreendidos no escopo do projeto observarão os percentuais previstos no Anexo I desta Resolução. §2º - Eventual oferta excedente, realizada no âmbito da 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.

DO SISTEMA pela CONCESSIONÁRIA, o que ocorrer primeiro.

5.4.1. Caberá ao ESTADO, representante dos titulares do serviço, o repasse do valor referido no item 5.4 aos MUNICÍPIOS atendidos pela prestação dos SERVIÇOS no percentual de 15% (quinze por cento) do valor da OUTORGA FIXA, proporcional ao número de habitantes de cada MUNICÍPIO, com base em dados da Estimativas de População dos Municípios, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com data de referência em 1º de julho de 2020.

5.4.2. Caberá ao ESTADO o repasse do valor referido no item 5.4 ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana no percentual de 5% (cinco por cento) do valor da OUTORGA FIXA.

5.4.3. O valor remanescente, qual seja, 80% (oitenta por cento) será destinado ao ESTADO.

Assim, sobre todas as parcelas de outorga fixa previstas na cláusula 5.4, **15% (quinze por cento)** serão destinadas aos Municípios, a partir do critério do número de habitantes, e **5% (cinco por cento)** para o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana. Não por outra razão que remanescerá para o Estado do Rio de Janeiro **80% (oitenta por cento)**.

Sugere-se, portanto, que seja esclarecido, no que se refere ao valor a ser percebido como **outorga fixa**, que a cláusula preveja a incidência dos **20% (vinte por cento)** a favor do Município do Rio de Janeiro tomando como referência os **80% (oitenta por cento)** previstos na cláusula 5.4.3.

Seguindo essa linha, também incidirá o percentual de **20% (vinte por cento)** sobre a **oferta excedente**, que vem prevista na cláusula 5.5 do edital:

5.5. A oferta excedente dos valores constante da PROPOSTA COMERCIAL da CONCESSIONÁRIA, que supere os valores mínimos de OUTORGA FIXA previstos no item 5.2, terá o excedente repartido na proporção de 50% (cinquenta por cento) para o ESTADO e 50% (cinquenta por cento) para os MUNICÍPIOS de prestação regionalizada observada a proporcionalidade em relação ao número de habitantes de cada Município, com base em dados do documento Estimativas de População dos Municípios, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com data de referência em 1º de julho de 2020.

A racionalidade referida para a **outorga fixa** deve ser a mesma para a oferta **excedente**. Em termos objetivos: o acréscimo de **20% (vinte por cento)** somente poderá incidir nos **50% (cinquenta por cento)** destinados ao Estado de Janeiro, sob pena de vulnerar o arranjo definido nos diversos ajustes e contratos que embasam a Concorrência nº 01/21.

O terceiro e último conjunto de receitas é aquele descrito no item 36.8.2 do edital de Concorrência Internacional nº 01/20 e que disciplina o **ingresso de novos Municípios** e eventual partilha dos resultados positivos fruto do reequilíbrio econômico-financeiro. Confira-se:

36.8. A inclusão do(s) serviço(s) mencionados no subitem 33.4 no objeto do CONTRATO, terá como condições suspensivas (i) a ciência da CONCESSIONÁRIA a respeito da referida inclusão mediante notificação a ser efetuada pelo ESTADO; (ii) o reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, caso demonstrado o desequilíbrio; e (iii) a definição de INDICADORES DE DESEMPENHO E METAS DE ATENDIMENTO em

sinergia com o CONTRATO.

36.8.1. A inclusão de novo serviço deverá garantir ao MUNICÍPIO que teve seu serviço incluído, assim como à REGIÃO METROPOLITANA, em caso de serviços incluídos no âmbito desta, o mesmo percentual de OUTORGA VARIÁVEL já definida neste EDITAL para os demais MUNICÍPIOS e para a REGIÃO METROPOLITANA.

36.8.2. Caso o reequilíbrio econômico-financeiro previsto no subitem 36.8 demonstre que a inclusão do serviço gerou resultado positivo para a CONCESSIONÁRIA, este resultado será repassado ao ESTADO, aos MUNICÍPIOS e à REGIÃO METROPOLITANA a título de OUTORGA FIXA.

36.8.2.1. O pagamento da OUTORGA FIXA de que trata o subitem 36.8.2 deverá ser compartilhado entre ESTADO, MUNICÍPIOS e REGIÃO METROPOLITANA na mesma proporção definida pelo subitem 5.4.

O percentual de **20% (vinte por cento)** somente poderá incidir no resultado positivo que decorrer de reequilíbrio econômico-financeiro da parte a ser percebida pelo Estado do Rio de Janeiro, não podendo incidir sobre a parcela destinada aos demais Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana.

Sugere-se, portanto, que a redação da cláusula seja desdobrada em **três itens específicos**, deixando claro que o percentual de **20% (vinte por cento)** sempre incidirá na parcela de recebíveis a que faz jus o Estado do Rio de Janeiro, não avançando na parcela destinada aos demais Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana.

Ainda em relação à redação do parágrafo primeiro da cláusula terceira, cabe uma última observação. A referência a que o montante correspondente a *20% (vinte por cento) da totalidade das receitas que ingressarem diretamente no Tesouro Estadual ou em entidade sob seu controle direto ou indireto* não reflete a realidade que se apresenta no contrato.

Isso por **duas razões**.

A *primeira razão* é que **todas** as receitas ingressam diretamente no Tesouro Estadual, cabendo ao Estado do Rio de Janeiro o posterior **repasso** para os Municípios, como se depreende da cláusula quarta da minuta do Convênio de Cooperação¹⁶ e do artigo 9º, da Resolução CD do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro nº 08 de 28.12.2020¹⁷.

¹⁶ Transcrição da cláusula com base na minuta disponibilizada para a análise da PGE no PA SEI-14000 11058793/2020: **CLÁUSULA QUARTA – DAS ATIVIDADES DE ORGANIZAÇÃO** 4.1. As PARTES acordam que as atividades inerentes à organização e gerenciamento dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário objeto deste Convênio, **cabem ao ESTADO**, com exclusividade. 4.2. Constituem atividades inerentes à organização dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário: (...)4.1.1. **Distribuir entre os Municípios do BLOCO, o percentual de 15% (quinze por cento) do valor definido nos respectivos CONTRATOS DE CONCESSÃO a título de valor mínimo de OUTORGA FIXA**, distribuição essa que deverá ser proporcional ao número de habitantes de cada município, com base em dados da Estimativas de População dos Municípios, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com data de referência em 1º de julho de 2018, em atendimento à divisão estabelecida na Resolução do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro nº 05/2020. O percentual restante de 85% será distribuído na proporção de 80% para o ESTADO e 5% para o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana. **4.1.1.1.** Eventual oferta excedente, realizada no âmbito da licitação em lotes de concessão, referente aos CONTRATOS DE CONCESSÃO, e 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 BLOCO, observada a proporcionalidade em relação ao número de habitantes de cada Município, com base em dados da Estimativas de População dos Municípios, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com data de referência em 1º de julho de 2018;

¹⁷ 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. A terceira parcela, no valor de 20% (vinte por cento) da outorga fixa, será até o último dia do terceiro ano de vigência do CONTRATO. Parágrafo Único – **O Estado repassará integralmente** até 5 (cinco) 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

A parcela a ser percebida pelos Municípios não é depositada diretamente pelas Concessionárias. Quem recebe é o Estado do Rio de Janeiro, a quem compete, na sequência, providenciar o repasse de acordo com os percentuais estabelecidos. Assim, o percentual de 20% (vinte por cento) não incide sobre a “*totalidade das receitas que ingressarem diretamente no Tesouro Estadual ou em entidade sob seu controle direto ou indireto*”, como referido no parágrafo primeiro da cláusula segunda, **mas apenas sobre as receitas que remanescerem após o repasse para os Municípios e para o Fundo da Região Metropolitana.**

A *segunda razão* é que existem receitas que ingressam diretamente no Tesouro Estadual e que não constituem base de cálculo para a incidência do percentual dos 20% (vinte por cento). É o caso, entre outras, das *receitas adicionais*, que estão previstas na cláusula 27.15 do contrato de concessão¹⁸ e dos *valores oriundos das penalidades* (cláusula 37.17¹⁹ do edital), a reforçar que a premissa utilizada no parágrafo primeiro da cláusula terceira, a saber, “*totalidade das receitas que ingressarem diretamente no Tesouro Estadual ou em entidade sob seu controle direto ou indireto*”, está **equivocada.**

Prosseguindo, passa-se ao exame do parágrafo segundo da cláusula terceira²⁰ que, assume especial importância na medida em que **exclui da base de cálculo do percentual referido no parágrafo primeiro:** (i) as obrigações do Estado do Rio de Janeiro contraídas junto à União Federal decorrentes do empréstimo realizado com BNP-Paribas; (ii) as obrigações de aporte para indenização de ativos não amortizáveis da CEDAE, limitados os valores de indenização a R\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos mil reais).

Assim, se bem compreendido os objetivos do parágrafo segundo da cláusula terceira, uma vez contabilizado o valor das receitas mencionadas no parágrafo primeiro, seriam promovidas **duas exclusões**, a saber, das obrigações do Estado decorrentes do empréstimo realizado com o BNP-Paribas e as obrigações de aporte para indenização de ativos não amortizáveis da CEDAE, limitados os valores de indenização a um bilhão e meio de reais.

A ressalva constante do inciso II, do parágrafo segundo parece conflitar com a posição da Procuradoria Geral do Estado adotada no Parecer Conjunto nº 01/2020 - AHWM/HBR/TCA.

Os pareceristas concluíram que a indenização pelos investimentos não amortizados é **direito da Cedae**, como contrapartida pela retomada do serviço antes do transcurso do tempo necessário para a amortização dos investimentos, conforme expressamente estabelecido no § 5º do artigo 42 da Lei 11.445/2007, incluído pela Lei nº 14.026/2020.

Recomendaram, ainda, que a indenização devida à CEDAE seja paga integralmente até o momento da transferência do serviço para as novas concessionárias, por um valor-base, calculado tecnicamente, sem prejuízo de ajustes futuros decorrentes de elementos não conhecidos até o momento da indenização.

Enfim, a recomendação dos pareceristas é que o valor que remanescer ao Estado do Rio de Janeiro deverá ser destinado ao pagamento devido à Cedae, o que parece conflitar com o inciso II, do

municípios não metropolitanos e ao Instituto Rio Metrópole.

¹⁸ 27.15. O prazo de todos os contratos de exploração comercial celebrados pela CONCESSIONÁRIA para fins de obtenção de RECEITAS ADICIONAIS não poderá ultrapassar o prazo da CONCESSÃO. 27.15.1. Os ganhos econômicos provenientes de RECEITAS ADICIONAIS serão partilhadas entre a CONCESSIONÁRIA, e o ESTADO, nos percentuais, respectivamente, de 85% (setenta e cinco por cento) para a CONCESSIONÁRIA e 15% (quinze por cento) para o ESTADO, sobre o valor da receita bruta, devendo tais valores serem contabilizados em conta específica e individualizada por natureza e o repasse ocorrer mensalmente. 27.15.1.1. Os valores de que trata a subcláusula anterior e que sejam compartilhados com o ESTADO, deverão ser segregados pela CONCESSIONÁRIA na CONTA VINCULADA e utilizados pelo ESTADO exclusivamente para os fins previstos no ANEXO XI – CONTRATO DE CONSTITUIÇÃO DE CONTA VINCULADA.

¹⁹ 37.17. As importâncias pecuniárias resultantes da aplicação das multas reverterão ao ESTADO.

²⁰ **PARÁGRAFO SEGUNDO** – Estão excluídas da base de cálculo do percentual referido no parágrafo primeiro:

I- as obrigações do **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** contraídas junto à União Federal decorrentes do empréstimo realizado com BNP-Paribas (contrato nº XXXXX);

II- as obrigações de aporte para indenização de ativos não amortizáveis da CEDAE, limitados os valores de indenização a R\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos mil reais).

parágrafo segundo da cláusula terceira, em especial em razão de um limite de valor de indenização de um bilhão e meio de reais **que aparece sem qualquer justificativa ou motivação.**

Lembre-se, por oportuno, que o Parecer Conjunto nº 01/2020 - AHWM/HBR/TCA entendeu que a única referência hoje existente sobre o valor-base para indenização **é o valor contabilizado no balanço patrimonial da CEDAE na(s) rubrica(s) referente(s) a investimentos ainda não amortizados.** Esses valores deverão sofrer ajustes cuja necessidade já é identificável como, por exemplo, (i) o expurgo do valor dos investimentos relacionados aos bens vinculados ao serviço *upstream* na Região Metropolitana, continuará a ser explorado pela CEDAE; e (ii) o expurgo do valor dos investimentos em bens vinculados à prestação de serviços em Municípios não participantes da licitação para a concessão dos serviços de saneamento.

Em termos objetivos: qualquer acréscimo que venha a ser cogitado para fins de repasse ao Município do Rio de Janeiro deveria incidir apenas **residualmente**, ou seja, após o cumprimento da obrigação com o BNP e com a CEDAE, não parecendo que o parágrafo segundo da cláusula terceira reflita a orientação traçada no Parecer Conjunto nº 01/2020 - AHWM/HBR/TCA.

O parágrafo terceiro²¹ da cláusula terceira parece contrariar expressamente o edital e o contrato de concessão. Isso porque o Estado do Rio de Janeiro estaria cedendo ao Município do Rio de Janeiro os respectivos direitos creditórios a que vier a fazer jus nos termos do acordo, anuindo com a apresentação da cessão aos concessionários para que liquidem as suas obrigações devidas ao Estado do Rio de Janeiro diretamente ao Município do Rio de Janeiro.

Ora, a sistemática adotada na modelagem da concessão é diversa. Os recursos ingressam no tesouro estadual que, na sequência, promove os repasses. Esse é o teor da cláusula 5.4 do Edital, da cláusula 36.2 do Contrato de Concessão, do artigo 9º, da Resolução CD do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro nº 08 de 28.12.2020 e da cláusula quarta da minuta de Convênio de Cooperação, que ora se transcreve²²:

CLÁUSULA QUARTA – DAS ATIVIDADES DE ORGANIZAÇÃO

4.1. As PARTES acordam que as atividades inerentes à organização e gerenciamento dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário objeto deste Convênio, **cabem ao ESTADO**, com exclusividade.

4.2. Constituem atividades inerentes à organização dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário: (...)

4.1.1. **Distribuir entre os Municípios do BLOCO, o percentual de 15% (quinze por cento) do valor definido nos respectivos CONTRATOS DE CONCESSÃO a título de valor mínimo de OUTORGA FIXA**, distribuição essa que deverá ser proporcional ao número de habitantes de cada município, com base em dados da Estimativas de População dos Municípios, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com data de referência em 1º de julho de 2018, em atendimento à divisão estabelecida na Resolução do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro nº 05/2020. O percentual restante de 85% será distribuído na proporção de 80% para o ESTADO e 5% para o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana.

4.1.1.1. Eventual oferta excedente, realizada no âmbito da licitação em lotes de

²¹ **PARÁGRAFO TERCEIRO** – Considerando o cronograma de desembolso previsto no item 36.2 da minuta de contrato de concessão constante no Anexo I ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020, bem como o valor apurado a partir dos parágrafos primeiro e segundo desta Cláusula, o ESTADO DO RIO DE JANEIRO cede ao MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, os respectivos direitos creditórios a que vier a fazer, anuindo, desde já, a apresentação da presente cessão aos Concessionários para que liquidem as suas obrigações devidas ao ESTADO DO RIO DE JANEIRO diretamente ao MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.

²² Transcrição da cláusula com base na minuta disponibilizada para a análise da PGE no PA SEI-14000 11058793/2020.

concessão, referente aos CONTRATOS DE CONCESSÃO, e 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 BLOCO, observada a proporcionalidade em relação ao número de habitantes de cada Município, com base em dados da Estimativas de População dos Municípios, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com data de referência em 1º de julho de 2018;

Logo, o parágrafo terceiro da cláusula terceira cria uma injustificável exceção para o Município do Rio de Janeiro e **interfere diretamente nas obrigações dos Concessionários**. Eventual modificação da sistemática de ingresso das receitas demandaria alteração das cláusulas do edital e contrato que tratam do tema, republicação do edital e reinício da contagem do prazo mínimo para a realização da licitação.

Em razão das ponderações acima mencionadas, não faz sentido, igualmente, a previsão do parágrafo quarto²³ da cláusula terceira, porquanto penaliza o concessionário por eventual atraso no repasse dos valores indicados no *caput*, criando uma obrigação para os concessionários estranha ao edital, ao contrato e aos instrumentos de gestão associada.

O parágrafo quinto²⁴ indica a conta de titularidade do Município do Rio de Janeiro na qual devem ser depositados os percentuais devidos. Trata-se de cláusula meramente operacional, mas que fica prejudicada diante das questões anteriormente cogitadas acerca do pagamento direto ao Município do Rio de Janeiro a ser promovido pelas Concessionárias.

O parágrafo sexto²⁵ da cláusula terceira estabelece que eventuais revisões, aditivos, encampação, subdelegação, rescisão ou qualquer outra alteração dos futuros contratos de concessão a serem celebrados em decorrência da Concorrência Internacional nº 01/2020 motivadas, inclusive, pela necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro não poderão implicar na diminuição do repasse indicado no parágrafo primeiro.

Ao que parece, pretende o parágrafo sexto assegurar que o percentual de 20% será mantido independente dos fatos supervenientes que possam acometer a execução contratual, em uma espécie de blindagem a favor do Município do Rio de Janeiro.

O problema é que a cláusula abre espaço para interpretações descabidas e para a assunção de riscos injustificados para o Estado do Rio de Janeiro. Veja-se, por exemplo, o que disciplinam as cláusulas 34.9 e 34.9.9 do contrato de concessão:

34.9. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO será implementada por meio de uma das alternativas abaixo, por decisão justificada da AGÊNCIA (...)

34.9.9. **redução no valor da OUTORGA FIXA**, quando houver obrigação vincenda do pagamento de OUTORGA FIXA;

²³ **PARÁGRAFO QUARTO** - O atraso no repasse dos valores indicados no *caput* ensejará o pagamento de multa correspondente a 2% (dois por cento) do valor do atraso, acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês *pro rata die* e de correção monetária pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA.

²⁴ **PARÁGRAFO QUINTO** – Os recursos devidos ao Município do Rio de Janeiro deverão ser depositados na conta XXXX, do Banco XXXX, de titularidade da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro – CNPJ XXXXXX.

²⁵ **PARÁGRAFO SEXTO** – Eventuais revisões, aditivos, encampação, subdelegação, rescisão ou qualquer outra alteração dos futuros contratos de concessão a serem celebrados em decorrência da Concorrência Internacional nº 01/2020 motivadas, inclusive, pela necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro não poderão implicar na diminuição do repasse indicado no parágrafo primeiro.

Suponha-se, por hipótese, um desequilíbrio econômico-financeiro causado pelo próprio Município do Rio de Janeiro. A prevalecer a redação do parágrafo sexto, estaria imune e blindado a qualquer evento (inclusive aqueles que deram causa), colocando-o numa posição como se fosse um ente externo à concessão, o que, efetivamente, não se passa.

Cláusula Quarta

Quanto à cláusula quarta²⁶ e seus parágrafos primeiro²⁷ e segundo²⁸, não se vislumbra maiores objeções. A cláusula quarta explicita que o acordo tem o mesmo prazo de vigência dos contratos de concessão, inclusive quanto às prorrogações. O parágrafo primeiro prescreve que a produção dos efeitos do termo fica condicionada à realização da Concorrência Internacional nº 01/20 e à celebração dos contratos de concessão, ao passo que o parágrafo segundo reduz os efeitos do acordo apenas aos contratos que forem efetivamente celebrados.

Cláusulas Quinta

A cláusula quinta²⁹ detalha o consentimento das partes com a suspensão dos processos no curso do procedimento licitatório. Uma vez concretizado o certame e assinado o contrato de concessão são previstas obrigações no sentido de solucionar de forma consensual os referidos processos. **Sobre o tema, sugere-se análise específica da Procuradoria Especializada que conduz os processos**

Cláusula Sexta

A cláusula sexta formaliza o acordo da rescisão parcial do Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações celebrado em 28.02.07, bem como do seu primeiro termo aditivo celebrado, ressalvada a manutenção de sua eficácia em relação ao contido no parágrafo segundo.

²⁶ **CLÁUSULA QUARTA** – Este termo tem o mesmo prazo de vigência dos contratos de concessão relacionados ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020, inclusive eventuais prorrogações.

²⁷ **PARÁGRAFO PRIMEIRO** – À exceção do disposto na **CLÁUSULA PRIMEIRA**, a produção dos efeitos deste TERMO fica condicionada à realização da licitação cujos procedimentos foram estabelecidos pelo Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020 e à celebração dos respectivos contratos de concessão.

²⁸ **PARÁGRAFO SEGUNDO** – Caso por qualquer motivo a Concorrência Internacional nº 01/2020 não se concretize em relação a um ou mais dos Blocos estabelecidos no referido Edital, ou caso não venham a ser celebrados os contratos de concessão relacionados a um ou mais dos Blocos estabelecidos no referido Edital, o presente TERMO produzirá seus efeitos em relação aos contratos que vieram ser celebrados.

²⁹ **CLÁUSULA QUINTA** – Em relação aos processos judiciais nºs 5036779-30.2019.4.02.5101, 5036855- 20.2020.4.02.5101 e 0025972-03.2019.8.19.0001, as PARTES definem os seguintes termos:

I – anuem com a suspensão dos processos até a concretização do procedimento licitatório previsto no Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020 e a assinatura dos respectivos contratos de concessão, na forma do artigo 313, II, CPC, devendo cada parte peticionar individualmente comunicando a suspensão acordada no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da assinatura do presente TERMO;
II – concretizado o procedimento licitatório previsto no Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020 e assinados os respectivos contratos de concessão:

III Caberá ao **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO** e à **FUNDAÇÃO RIO ÁGUAS** desistirem do recurso de apelação apresentado nos autos do processo nº 5036855-20.2020.4.02.5101, em curso na 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; acarretando o trânsito em julgado da sentença antes proferida, sem ônus de sucumbência;

IV Caberá ao **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO** desistir do processo nº 5036779-30.2019.4.02.5101, em curso na 24ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, contando com o consentimento do **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e da **CEDAE**, na forma do artigo 485, §4º do CPC, acarretando a extinção do processo na forma do artigo 485, VIII, do CPC, suportando cada uma das partes os respectivos honorários de seus advogados, e o **MUNICÍPIO** as eventuais custas e despesas processuais incidentes; e

V Caberá à **CEDAE** desistir do processo nº 0025972-03.2019.8.19.0001, em curso na 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, contando com o consentimento do **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, na forma do artigo 485, §4º, do CPC, acarretando a extinção do processo na forma do artigo 485, VIII, do CPC; suportando cada uma das partes os respectivos honorários de seus advogados, e a **CEDAE** as eventuais custas e despesas processuais incidentes.

PARÁGRAFO PRIMEIRO – As providências do item II deverão ser adotadas pelas PARTES indicadas no prazo de 15 (quinze) dias contados da assinatura do último contrato de concessão relacionado ao de Concorrência Internacional nº 01/2020.

PARÁGRAFO SEGUNDO – O presente TERMO servirá como a declaração de consentimento prevista no artigo 485, §4º do CPC, competindo à parte autora das ações arroladas no item II do *caput* comunicar ao juízo respectivo, requerendo a homologação da desistência da ação.

Como já referido, essa é uma matéria que se insere no rol de competências da Região Metropolitana, haja vista a sua titularidade enquanto Poder Concedente, ao contrário do que ocorreu por ocasião da celebração do Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações.

Vale anotar, inclusive, que o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana na Resolução n° CD n° 08, de 28.12.20, já havia inclusive deliberado sobre a ressalva contida no parágrafo segundo da cláusula sexta, conforme se vê do 3°, do art2° da referida Resolução³⁰.

Sugere-se a oitava da Procuradoria Especializada acerca da cláusula sexta, considerando que o referido Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações também é objeto de ação judicial.

Cláusulas Sétima, Oitava e Nona

As cláusulas sétima, oitava e nona envolvem a publicação do acordo e remessa aos respectivos Tribunais de Contas, não havendo qualquer objeção.

Cláusula Décima

A cláusula décima implica no reconhecimento de que o acordo é firmado em caráter irrevogável e irretratável, sendo que o descumprimento de qualquer cláusula nele prevista importará em sua rescisão, devendo a parte lesada buscar a tutela específica da obrigação descumprida ou sua conversão em perdas e danos. Entretanto, como se procurou demonstrar ao longo do parecer, **a minuta de acordo não se encontra, por ora, em condições de ser formalizada.**

- 4 -

Como se procurou demonstrar ao longo do parecer, **a minuta de acordo não se encontra em condições de ser celebrada**, na exata medida em que esbarra nas **duas premissas** que foram fixadas no início deste opinamento, a saber, ***(i)*** o acordo não pode criar direitos e obrigações para terceiros e nem interferir em competências alheias; ***(ii)*** o acordo proposto não pode, nem mesmo reflexamente, alterar as “*regras do jogo*” que estão colocadas na Concorrência Internacional n° 01/20.

Sugere-se sejam adotadas todas **as adequações, recomendações e solicitações de esclarecimentos e justificativas** que foram apontadas ao longo deste parecer, bem como eventual nova minuta de acordo que venha a ser elaborada seja objeto de apreciação jurídica pela Procuradoria Geral do Estado, dada a evidente relevância e repercussão da matéria.

Recomenda-se, ainda, que a proposta de acordo seja objeto de análise pela Procuradoria Especializada que conduz os processos judiciais, bem como pela própria Cedae, que também seria signatária do acordo.

Por derradeiro, cabe anotar que o presente opinamento não se imiscuiu em qualquer aspecto político, técnico, econômico ou financeiro inerente ao tema, na medida em que falece competência à Procuradoria Geral do Estado para adentrar nos aspectos de mérito da proposta de acordo.

É o parecer, s.m.j

³⁰ § 3° - 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 05 no Município do Rio de Janeiro permanecerão sendo prestados por meio dos contratos de concessão em execução até a extinção destes instrumentos, seja em virtude do advento do termo contratual ou outra forma de extinção antecipada.

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 2021.

FLAVIO AMARAL GARCIA

Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa

VISTO

Visto. Aprovo o Parecer nº 01/21, da lavra do i. Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa Flávio Amaral Garcia, por meio do qual analisada a viabilidade jurídica da Minuta de Acordo a ser celebrada entre o Estado do Rio de Janeiro, a Companhia Estadual de Águas e Esgoto – CEDAE, o Município do Rio de Janeiro e a Fundação Instituto das Águas do Município do Rio de Janeiro – RIO-ÁGUAS, que tem por objeto central remover as objeções do Município do Rio de Janeiro à Concorrência Internacional nº 01/20, cujo objeto é a concessão da prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, na área de concessão, em cada um dos respectivos blocos, por meio da exploração das infraestruturas integrantes do sistema.

De início, reforço as premissas básicas lançadas pelo nobre parecerista, porquanto cristalino que o acordo não pode criar direitos e obrigações para terceiros, interferir em competências alheias (sob pena de extrapolar os limites impostos pelo ordenamento jurídico) e, ainda, nem mesmo reflexamente, alterar as “regras do jogo” que estão colocadas na Concorrência Internacional nº 01/20.

Consoante bem destacado no opinamento em análise, qualquer cláusula que contrarie os parâmetros acima poderá acarretar a trágica consequência de inviabilizar a concessão que está em curso e que - ainda que seja desnecessário dizer - concretiza relevantíssimo interesse público primário, com a legítima expectativa de universalização das metas de tratamento de água e esgotamento sanitário e a prestação de um serviço público adequado para a população do Estado do Rio de Janeiro.

Dito isso, **acolho e ratifico todas as considerações do Parecer nº 01- 21/FAG**, dentre as quais, ainda que sem caráter exaustivo, destaco:

1) Retirada da Cláusula Primeira, em razão da sua incompatibilidade com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.842/RJ, com diversos precedentes da Procuradoria-Geral do Estado (Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG e Pareceres nº 03/2020 GUB/PG-17 e nº 04/2020 GUB/PG17), e com a Lei complementar nº 184/2018;

2) No que diz respeito à Cláusula Segunda, além da retirada expressa da menção à Cláusula Primeira, cabe reconhecer a impossibilidade de que o acordo celebrado seja equiparado a um convênio de cooperação. Nesse sentido, sugere-se que a redação seja modificada para explicitar que o acordo em destaque apenas ratifica o convênio de cooperação que foi celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a Região Metropolitana.

3) No mais, quanto ao parágrafo único da Cláusula Segunda, é de se registrar que a via juridicamente adequada para encaminhar a indicação como vogal, em atenção ao disposto no art. 12, § 2º da Lei Estadual nº 4.556/05, é por meio de participação no Conselho Deliberativo do Instituto Rio Metrópole e não por meio de acordo bilateral com o Estado do Rio de Janeiro, sob pena de potencial violação das competências próprias da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro.

4) Relativamente à Cláusula Terceira, a fixação da premissa inafastável segundo a qual a única leitura possível para viabilizar o acordo é que eventual repasse para o Município do Rio de Janeiro tenha por fonte única a parte que remanesce para o Estado do Rio de Janeiro. Ademais, observada a condicionante, acrescenta-se a indispensabilidade de que antes da celebração deste ou de qualquer acordo, seja apresentada justificativa técnica e econômica, com a demonstração de que o repasse de 20% (vinte por cento) para o Município do Rio de Janeiro: (i) não inviabiliza o exercício de todas as obrigações assumidas pelo Estado do Rio de Janeiro no exercício das funções que lhe foram delegadas por meio dos Convênios de Cooperação; (ii) não inviabiliza o dever de o Estado indenizar a Cedae pelos investimentos não amortizados nos Municípios; (iii) tem fundamento técnico e que há justificativa econômica e financeira que autorize o Município do Rio de Janeiro a receber o acréscimo de 20% (vinte por cento) (iv) produzirá benefícios para o projeto de concessão com os eventuais acordos e transações a serem firmados nos processos judiciais mencionados na cláusula quinta na rescisão parcial do Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações, em especial

considerando os pedidos de natureza econômica deduzidos pelo Município do Rio de Janeiro nas referidas ações; (v) se o acréscimo para o Município (com a consequente redução para o Estado) é compatível com as obrigações assumidas no âmbito da adesão ao Regime de Recuperação Fiscal, sendo recomendável, inclusive, a oitiva do Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal.

5) Ainda no contexto da Cláusula Terceira, parece recomendável que a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do seu Conselho Deliberativo, assine o acordo na qualidade de interveniente anuente, de modo a incrementar a segurança jurídica do ajuste. Caso por alguma razão não seja possível a anuência da Região Metropolitana, recomendável que lhe seja dada ciência dos termos do acordo.

6) Quanto ao parágrafo primeiro da Cláusula Terceira, recomenda-se que: (i) a redação seja desdobrada em três itens específicos, para deixar claro que o percentual de 20% (vinte por cento) sempre incidirá na parcela de recebíveis a que faz jus o Estado do Rio de Janeiro, não avançando na parcela destinada aos demais Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana; (ii) seja abandonada, porque equivocada, a premissa de que dever-se-ia considerar a “totalidade das receitas que ingressarem diretamente no Tesouro Estadual ou em entidade sob seu controle direto ou indireto”, notadamente pelo fato de que, na realidade, todas as receitas ingressam diretamente no Tesouro Estadual, cabendo ao Estado do Rio de Janeiro o posterior repasse para os Municípios e, ainda, por existirem receitas que ingressam diretamente no Tesouro Estadual, mas que não constituem base de cálculo para a incidência do percentual dos 20% (vinte por cento).

7) No que diz respeito ao parágrafo segundo da Cláusula Terceira, importante destacar o alerta no sentido de que qualquer acréscimo que venha a ser cogitado para fins de repasse ao Município do Rio de Janeiro apenas poderá incidir residualmente, após o cumprimento da obrigação com o BNP e com a CEDAE, observada a orientação traçada no Parecer Conjunto nº 01/2020 - AHW/M/HBR/TCA.

8) Relativamente aos parágrafos terceiro, quarto e quinto da Cláusula Terceira, é relevante registrar que interferem diretamente na sistemática de ingresso das receitas, o que demandaria alteração das cláusulas do edital e contrato que tratam do tema, o que se revela inadmissível no atual estágio do processo licitatório, além de gerar indesejável privilégio ao Município do Rio de Janeiro vis a vis os demais integrantes da Região Metropolitana.

9) O parágrafo sexto da Cláusula Terceira traz a injustificada previsão de que eventuais revisões, aditivos, encampação, subdelegação, rescisão ou qualquer outra alteração dos futuros contratos de concessão a serem celebrados em decorrência da Concorrência Internacional nº 01/2020 motivadas, inclusive, pela necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro, não poderão implicar na diminuição do repasse indicado no parágrafo primeiro. Trata-se de previsão que também pretende criar privilégio desproporcional ao Município do Rio de Janeiro, no que traz a pretensão de manutenção do percentual de 20% independente dos fatos supervenientes que possam acometer a execução contratual.

É assim que, sem prejuízo de outras recomendações expressamente veiculadas no Parecer nº 01-21/FAG, a conclusão a que se chega é de que o acordo, nos termos em que inicialmente proposto, não é juridicamente viável.

A conclusão acima também foi adotada na 12ª Reunião do Grupo de Trabalho instituído pela resolução PGE nº 4610 de 29 de setembro de 2020, oportunidade em que foi aprovada a confecção de novo instrumento de acordo, já compatível com as considerações trazidas no Parecer nº 01-21/FAG, além de voltado a incrementar a segurança jurídica no ajuste, de modo a reduzir, consequentemente, indesejados riscos aos gestores públicos (estaduais e municipais) envolvidos.

Nesse sentido, submeto a minuta (a ser incluída no expediente pelo apoio deste Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado) ao juízo do Exmo. Secretário de Estado da Casa Civil, destacando, em acréscimo, que não foram apreciados os aspectos técnicos e financeiros subjacentes ao ajuste, e que o envio da versão alternativa de acordo não dispensa a apresentação de motivação adequada para eventual celebração, oportunidade em que também deverá ser demonstrado, conforme acima exposto, que o repasse de 20% (vinte por cento) para o Município do Rio de Janeiro: (i) não inviabiliza o

exercício de todas as obrigações assumidas pelo Estado do Rio de Janeiro no exercício das funções que lhe foram delegadas por meio dos Convênios de Cooperação; (ii) não inviabiliza o dever de o Estado indenizar a Cedae pelos investimentos não amortizados nos Municípios; (iii) tem fundamento técnico e que há justificativa econômica e financeira que autorize o Município do Rio de Janeiro a receber o acréscimo de 20% (vinte por cento) (iv) produzirá benefícios para o projeto de concessão com os eventuais acordos e transações a serem firmados nos processos judiciais mencionados na cláusula quinta na rescisão parcial do Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações, em especial considerando os pedidos de natureza econômica deduzidos pelo Município do Rio de Janeiro nas referidas ações; (v) se o acréscimo para o Município (com a consequente redução para o Estado) é compatível com as obrigações assumidas no âmbito da adesão ao Regime de Recuperação Fiscal, sendo recomendável, inclusive, a oitiva do Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 1 de fevereiro de 2021

BRUNO DUBEUX

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

SEI-120228/000163/2021

Saneamento Básico. Concessão da prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Gestão do Sistema de Fornecimento de Água. Anexo X do Edital de Concessão – Regramento do Sistema de Fornecimento de Água. Implantação do Centro de Controle Operacional – CCO.

Contratação de empresa para implantação e construção do CCO pelo Instituto Rio Metrópole (IRM). Inteligência do art. 15 do Anexo X. Interpretação sistemática do Anexo e dos demais instrumentos contratuais. Contratação pelo Instituto Rio Metrópole com o custeio privado das Concessionárias. Funções e relevância do Centro de Controle Operacional – CCO. Possível conflito de interesses entre CEDAE e concessionárias. Função equidistante e neutral do IRM. Responsabilidade pública.

Ausência de fato superveniente apto a ensejar a mutabilidade contratual. Razões invocadas para alteração contratual insuficientes. Exercício da competência e de opções discricionárias que se tornam vinculadas com a realização da licitação.

Necessidade de realização de licitação pelo IRM, na forma definida no edital. Princípio da isonomia e criação de valor para o mercado a partir de um ativo público.

-1-

Trata-se de consulta formulada pelo Instituto Rio Metrópole (IRM), por meio da CI IRM/DIRSMI SEI N°10 (doc. 18110039) e CI IRM/DIRPP SEI N°12 (doc. 18112310), indagando acerca da viabilidade jurídica das Concessionárias de saneamento básico contratarem diretamente as empresas especializadas na implantação e construção do Centro de Controle Operacional – CCO, a partir das referências técnicas previamente determinadas pelo Instituto Rio Metrópole – IRM.

A Diretoria de Saneamento Metropolitano Integrado do IRM aduz que existem **dificuldades técnico-burocráticas** para viabilizar certame licitatório, mesmo com o custeio sendo arcado pelas Concessionárias. Ainda que responsável pela gestão do CCO, indaga-se se o IRM poderia simplesmente **referenciar as contratações necessárias a serem efetivadas pelas concessionárias diretamente** (doc. SEI 18110039).

A Diretoria de Planejamento e Projetos ratifica o entendimento e conclui como necessária a contratação diretamente por parte das concessionárias, cabendo ao IRM referenciar tecnicamente o escopo das contratações necessárias à gestão e implantação futura do CCO, **considerando não encontrar meios de realizar o certame licitatório sem prévia disponibilidade orçamentária, já que o pagamento será custeado pelas concessionárias.**

A questão foi objeto de análise por meio do Parecer nº 13/2021/IRM/PROC, da lavra do Procurador do Estado **JOSÉ CARLOS TAVARES DE MORAES SARMENTO**, atualmente Procurador-Geral do Instituto Rio Metrópole (doc. 18915149), no qual concluiu **“ser viável que a contratação de empresas especializadas na implantação e construção do Centro de Controle Operacional - CCO se faça por meio das próprias Concessionárias”** (doc. SEI 18915149).

O parecerista apresentou, em síntese, os seguintes fundamentos: **(i)** a interpretação sistemática do Anexo X, em especial o art. 10, leva a crer que cabe ao Instituto Rio Metrópolea gestão do Sistema de Fornecimento de Água – SFA, inclusive a **gestão** do Sistema de Macro Adução de Água – SMA, a ser executado pelo CCO; **(ii)** interpretação do art. 15 do Anexo X, no sentido de que a implantação do CCO será integralmente custeada pelas Concessionárias; daí decorreria a conclusão de que nenhum recurso público seria empregada na construção, fornecimento de bens ou mesmo despesas operacionais, o que afastaria o regime das licitações; **(iii)** a previsão do §7º, do art. 15 do Anexo X, que permite a substituição, pelo IRM, das empresas responsáveis pelo CCO, sem paralelo com o art. 78 e seguintes da Lei 8.666/1993; **(iv)** como argumento final, afirma a ausência de reserva orçamentária, requisito para um eventual procedimento de licitação, previsto no art. 7º, §2º, III, da Lei 8.666/1993.

Esta é a história relevante do processo. Passo a opinar.

-2-

O Centro de Controle Operacional

Cabe um breve esclarecimento preliminar quanto ao Anexo X - Regramento do Sistema de Fornecimento de Água, objeto da presente consulta. **O referido Regramento é parte integrante do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020**, que teve por objeto a concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos municípios do Estado do Rio De Janeiro e, portanto, **deve ser lido em conjunto com todos os instrumentos contratuais que estruturam o projeto de concessão regionalizada**. Não pode e não deve ser interpretado isoladamente.

Como visto no relatório, a questão central a ser dirimida envolve a análise da implementação do **CCO para o Sistema de Macro Adução da Região Metropolitana (“CCO da Região Metropolitana”)**, referente à concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos municípios do Estado do Rio de Janeiro.

Essa é uma advertência importante, porque a leitura do Anexo IV (Caderno de Encargos) do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020 **revela a existência de dois CCOs diferentes na Concessão**: (i) o CCO a ser projetado e implementado pelas Concessionárias em cada Bloco (cláusula 6.7.1 do Caderno de Encargos)¹; e, (ii) o CCO da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (cláusula 6.7.2. do Caderno de Encargos)².

No que interessa especificamente a consulta formulada, a cláusula 6.7.2 do Caderno de Encargos indica que o CCO da Região Metropolitana se encontra detalhado no Anexo VI (Contrato de Interdependência) e no Anexo X (Regramento do Sistema de Fornecimento de Água do Contrato de Concessão).

¹ 6.7.1 CCOs para as localidades atendidas em cada bloco

A CONCESSIONÁRIA deverá projetar e implantar Centro de Controle Operacional (CCO) na quantidade factível com cada localidade operada, que possibilite a supervisão remota dos sistemas em operação, por intermédio da obtenção dos principais dados e grandezas por telemetria, da análise online em modelagens previamente desenvolvidas e a tomada de decisão e atuação remota em tempo real, via telecomando. (<http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos/grupo2/ANEXO-IV-Caderno-de-Encargos.pdf>. Acesso em 19/07/2021)

² 6.7.2 CCO para o sistema de macro adução da Região Metropolitana do Rio de Janeiro

Os procedimentos para implantação e regras de governança do CCO do Sistema de Macro Adução (SMA) da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ) encontram-se detalhados no Anexo VI – Contrato de Interdependência e Anexo X – Regramento do Sistema de Fornecimento de Água do Contrato de Concessão. (<http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos/grupo2/ANEXO-IV-Caderno-de-Encargos.pdf>. Acesso em 19/07/2021)

Fica claro, portanto, que o edital estabeleceu uma disciplina diferente quanto ao papel das concessionárias em cada um dos CCOs, também sendo possível perceber, de pronto, que as atribuições do CCO impactam não apenas o **contrato de concessão**, como também o **Contrato de Interdependência** (Anexo VI), celebrado entre a CEDAE e as Concessionárias, e o **Contrato de Produção de Água**, celebrado entre a CEDAE e o Estado, na qualidade de representante da Região Metropolitana.

Extraídas as primeiras conclusões a partir da leitura conjunta do edital e anexos (e não apenas do Anexo X isoladamente), importante compreender a relevantíssima função do CCO para o sistema de macro adução da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ).

O CCO é definido pelo artigo 2º do Anexo X como a “**unidade responsável pelo gerenciamento da operação de todo o Sistema de Macro Adução de Água Tratada da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ).**”

Trata-se de unidade essencial do Sistema de Fornecimento de Água (SFA) do Estado do Rio de Janeiro, que integra a estrutura de governança para relacionamento e complementação do contrato de concessão de prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água do Estado³.

O CCO desempenha **função relevantíssima** quanto à vazão de água nos macromedidores, segundo condições e limites estabelecidos pelo instrumento convocatório. O monitoramento de informações inclui a realização de medições e aferições técnicas da água fornecida pela CEDAE e de consumo de água pelas Concessionárias (art. 13, inciso I, do Anexo X). Além disso, o CCO subsidia a Agência Reguladora com informações acerca da quantidade e qualidade de água produzida e distribuída no âmbito dos Blocos que integram a Região Metropolitana (art. 13, inciso III, do Anexo X), promovendo o gerenciamento de toda a operação e a definição das diretrizes operacionais a serem seguidas pelas equipes de operação das Concessionárias (art. 13, IV, do Anexo X).

Nesse sentido, o CCO constitui importante instrumento de gestão do Sistema de Fornecimento de Água (SFA), bem como do Sistema de Macro Adução de Água Tratada (SMA), ambos dirigidos pelo Instituto Rio MetrÓpole – IRM⁴. As atribuições técnicas do CCO são enumeradas pelo art. 13 do Anexo X, nos seguintes termos:

Art. 13. O CCO terá as seguintes atribuições técnicas:

- I. Constituir um sistema integrado de informações acerca das medições técnicas relativas ao fornecimento pela CEDAE e ao consumo de água pelas CONCESSIONÁRIAS;*
- II. Prestar os serviços de aferição técnica dos dados de consumo, vazão e gestão do processo de quantificação de valores para a cobrança pela CEDAE e pagamento por cada CONCESSIONÁRIA do consumo mensal de água fornecida, nos termos estabelecidos neste instrumento;*
- III. Elaborar e encaminhar à AGÊNCIA REGULADORA, a cada mês, desde o início de sua operação, relatório contendo informações sobre a quantidade e a qualidade da água produzida e distribuída no âmbito dos BLOCOS que*

³ Nos termos do art. 1º do Anexo X do edital do contrato de concessão: “Art. 1º. Este regulamento estabelece a disciplina acerca do funcionamento do Sistema de Fornecimento de Água (SFA) associado à prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água do ESTADO, com vistas a delimitar responsabilidades e atribuições entre todos os integrantes do SFA e definir a estrutura de governança para o seu relacionamento, em complementação à regulação do CONTRATO e do respectivo EDITAL, do CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA e do ANEXO VI - CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA.”

⁴ Nos termos do art. 10 do Anexo X do edital do contrato de concessão: “Art. 10. O INSTITUTO RIO METRÓPOLE será o ente responsável pela gestão do SFA, compreendendo a gestão do SMA, por meio do CCO, o monitoramento e fornecimento de informações técnicas relevantes quanto à vazão de água nos macromedidores, segundo as condições e limites estabelecidos neste instrumento.”

integra a Região Metropolitana do Rio de Janeiro;

IV. Gerenciar toda a operação do SMA da RMRJ, que engloba a definição de diretrizes operacionais a serem seguidas pelas equipes de operação (i.e.: equipes volantes) das CONCESSIONÁRIAS, manutenção de modelo hidrodinâmico calibrado do SMA (i.e.: digital twin), o recebimento, processamento e interpretação de sinais e informações dos PMs e o controle operacional dos EMCs instalados ao longo das linhas do SMA, de forma a assegurar que os volumes e vazões planejadas pelas CONCESSIONÁRIAS ou que os limites impostos pela AGÊNCIA REGULADORA sejam atendidos.

Note-se que as atribuições do Centro de Controle Operacional (CCO) são fundamentais à adequada prestação do serviço de abastecimento de água potável no Estado do Rio de Janeiro. São atribuições eminentemente **técnicas**, que exigem *expertise* e **precisão na medição da quantidade e da qualidade da água fornecida**. O CCO também se presta a funções **diretivas**, já que todo o SMA da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro seguirá as diretrizes operacionais traçadas pelo Centro (art. 13, inciso IV, do Anexo X).

Definidas as atribuições do CCO da Região Metropolitana, é importante entender a disciplina para a sua implantação. A partir da leitura do art. 17 do Anexo X, vê-se que existem **4 (quatro) etapas de implementação do CCO**: *(i)* a modelagem; *(ii)* a elaboração de projetos básico e executivo; *(iii)* a realização das obras para construção; e, *(iv)* a fase de comissionamento.⁵

A leitura coordenada de todos os instrumentos contratuais revela a necessidade de uma **atuação integrada** entre CEDAE, Concessionárias e Instituto Rio Metr pole (IRM) para a implementação do CCO da Região Metropolitana.

Explica-se: atualmente, a CEDAE é a detentora das informações e da estrutura técnica e operacional do Centro de Controle, eis que era a responsável, até então, por prestar os serviços parcialmente concedidos. É exatamente nesse sentido que o art. 22 do Anexo X⁶ determina que, durante o período de implantação do CCO, **o IRM proverá a gestão do sistema provisório de fornecimento de água**, valendo-se de instalações e estruturas fornecidas pela CEDAE.

Associada à atuação da CEDAE, e indicando a estruturação conjunta do CCO, o mesmo artigo do Anexo X determina que as Concessionárias disponibilizarão profissionais tecnicamente capacitados para compor os quadros necessários para a operação do sistema.

Trata-se de um **modelo de verdadeira cooperação técnica**, no qual IRM, CEDAE e as Concessionárias deverão atuar em conjunto para a melhor implementação do Centro de Controle Operacional. Essa participação dialógica faz sentido, considerando que a CEDAE e as Concessionárias possuem as informações técnicas necessárias para a estruturação do CCO, devendo atuar nos respectivos espaços de suas capacidades para melhor implementação do referido Centro de Controle Operacional.

Além disso, a implementação do CCO impacta em todos os agentes mencionados. **Impacta nos interesses da CEDAE**, seja porque continuará a prestar os serviços *upstream*, consistente na captação, adução e tratamento de água bruta, na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, na forma do Contrato de Produção de Água⁷, seja porque é responsável pelo fornecimento de água potável por atacado às

⁵ Art. 17. A implantação do CCO está dividida em quatro etapas: I. Modelagem; II. Projetos; III. Obras; e IV. Comissionamento.

⁶ Art. 22. Durante o período de implantação e até que se inicie o funcionamento definitivo do CCO, o INSTITUTO RIO METR POLE proverá a gestão do sistema provisório de fornecimento de água, valendo-se de instalações e estruturas fornecidas pela CEDAE para tanto, assim como da disponibilização de profissionais tecnicamente capacitados pelas CONCESSIONÁRIAS com vistas a compor os quadros necessários para a operação técnica do sistema.

⁷ “5. **OBJETO 5.1.** O presente CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA tem por objeto a exploração do SISTEMA UPSTREAM mediante a prestação dos serviços de captação de água bruta, adução de água bruta e tratamento de água, e

Concessionárias, na forma do Contrato de Interdependência (Anexo VI)⁸.

Importante mencionar que, por meio do Contrato de Produção de Água, a CEDAE está submetida ao atendimento de metas contratuais previstas nas cláusulas 17.5 e 17.6⁹.

De igual forma, o **CCO impacta, também, nos interesses das Concessionárias**, porque as informações angariadas pelas medições são essenciais para aferir o cumprimento das metas contratuais e de universalização do serviço. O atingimento de tais metas, segundo a modelagem do contrato, resulta em consequências para a remuneração das Concessionárias.

E, evidentemente, o CCO impacta diretamente no **interesse da sociedade e dos usuários da prestação do serviço de saneamento básico**, além da própria **Agência Reguladora**, que possui um papel de fiscalização da execução do contrato de concessão.

Esses **múltiplos interesses** poderão ser, por vezes, **conflitantes**. Tanto é verdade que o artigo 3º, inciso II, do Anexo X prevê como diretriz da governança do Sistema de Fornecimento de Água (SFA) a adoção da **arbitragem** como mecanismo de solução de conflitos envolvendo as relações decorrentes do SFA.

Também no artigo 4º, inciso IV, do Anexo X, menciona-se a priorização da resolução amigável de conflitos, como a **mediação**, no caso de surgimento de conflitos, controvérsias ou divergências, reforçando novamente o papel da **arbitragem** para solucionar conflitos entre quaisquer das Concessionárias que atuam na Região Metropolitana, a CEDAE e o Instituto Rio Metrópole, inclusive quanto à medição da quantidade de água produzida e/ou distribuída para os Blocos, nos termos do Contrato de Concessão (Anexo I) e do Contrato de Interdependência (Anexo VI).

Diante dessa variedade de interesses que, como mencionado, podem ser conflitantes, é possível supor a razão do Anexo X e do Anexo IV terem previsto uma **modelagem especial** para o CCO da Região Metropolitana: a circunstância de que o Instituto Rio Metrópole exerce papel fundamental e dotado de **neutralidade** para a melhor implementação do CCOe, conseqüentemente, de execução do contrato de concessão.

Essa foi a opção do Edital, inclusive em relação à implantação do CCO e à **responsabilidade** do IRM pela contratação da(s) empresa(s). Pela importância, confira-se o disposto no artigo 15 do Anexo X:

*Art. 15. O CCO será **implantado por empresa(s) ou entidade(s) capacitada(s), contratada(s) pelo Instituto Rio Metrópole, às expensas da Concessionárias, nos termos definidos neste instrumento.***

execução dos investimentos necessários à consecução desse objeto pela CEDAE, em regime de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, com unicidade de regulação e compatibilidade de planejamento para todos os MUNICÍPIOS ATENDIDOS.”

⁸ “**3. DO OBJETO 3.1.** Este CONTRATO tem por objeto regular a relação de interdependência entre as PARTES, notadamente as obrigações e responsabilidades relativas à produção e ao fornecimento de água potável por atacado pela CEDAE à CONCESSIONÁRIA, nos MUNICÍPIOS ATENDIDOS, a partir do SISTEMA UPSTREAM.”

⁹ **17.5. A CEDAE se obriga, nos termos e condições estipulados neste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, a cumprir as metas de atendimento adequado dos SERVIÇOS UPSTREAM.**

17.5.1 Compõem os indicadores das metas de atendimento adequado dos SERVIÇOS UPSTREAM: (...)

17.5.2 O índice de qualidade da água visa a mensurar o padrão de potabilidade da água dos SERVIÇOS UPSTREAM a ser fornecido às CONCESSIONÁRIAS. O nível de serviço definido como meta é de 90% de atendimento no período de 12 (doze) meses.

17.5.3 O índice de continuidade visa a mensurar a continuidade dos SERVIÇOS UPSTREAM às CONCESSIONÁRIAS, por meio dos relatórios emitidos pelo CENTRO DE CONTROLE E OPERAÇÃO DE DADOS DO SISTEMA. O nível de serviço definido como meta é de 98% de atendimento.

17.6. As metas de atendimento adequado de que trata a subcláusula acima serão regularmente aferidas pela AGÊNCIA REGULADORA através da verificação via inspeção em campo, dos registros da CEDAE e do CENTRO DE CONTROLE E OPERAÇÃO DE DADOS DO SISTEMA, dos relatórios de análises físico-químicas, bacteriológica, microbiológica em laboratório e em campo e dos registros de reclamações feitas pelas CONCESSIONÁRIAS.

§ 1º A(s) empresa(s) e/ou entidade(s) capacitada(s) contratada(s) pelo Instituto Rio Metrópole para implantação do CCO deverá (ão) possuir experiência técnica na execução de serviços semelhantes ou equivalentes e será (ão) remunerada(s) pelas Concessionárias pela prestação dos serviços referidos, fornecimento dos bens e execução das obras demandadas para a conclusão dos escopos referidos adiante.

§ 2 Os custos relativos à contratação referida no art. 15, relativos à implantação do CCO, assim como todos os custos inerentes ao seu funcionamento, compreendendo-se todos os custos e despesas operacionais incidentes, serão arcados exclusivamente pelas concessionárias, ficando cada concessionária responsável por custear ¼ (um quarto) do valor global resultante, ao longo de todo o período da Concessão.

§3º o Instituto Rio Metrópole arcará com o custeio de seus servidores e agentes eventualmente integrados na implantação e operação do CCO.

§4º A(s) empresa(s) e/ou entidade(s) contratada (s) para os fins do artigo 15 emitirá(ão) diretamente a cada uma das concessionárias a fatura correspondente ao pagamento de sua quota-parte relativamente aos serviços por si prestados, cabendo a cada uma das Concessionárias promover diretamente o respectivo pagamento

§ 5º A(s) empresa(s) e/ou entidade(s) contratada(s) para os fins do art. 15 deverá(ão) comunicar ao Instituto Rio Metrópole eventuais inadimplementos de qualquer concessionária relativamente ao pagamento de sua quota-parte.

§6º O inadimplemento da obrigação de pagamento de sua quota-parte sujeitará a Concessionária à aplicação das mesmas sanções previstas no contrato para a de descumprimento da distribuição definida do volume mínimo de água potável à Concessionária à jusante, a ser aplicada pela Agência Reguladora, no âmbito da relação jurídica da Concessão, nos termos da subcláusula 37.5.6 do Contrato.

§ 7º O Instituto Rio Metrópole poderá substituir qualquer uma das empresas ou entidades responsáveis pela implantação do CCO, desde que haja concordância da Cedae e das Concessionárias¹⁰.

Note-se que o dever de implementação e de contratação atribuído ao Instituto Rio Metrópole aparece em outros dispositivos do Anexo X, como no § 1º do artigo 18¹¹, no parágrafo único do artigo

¹⁰ O parágrafo 7º do art. 15 não autoriza concluir que o IRM pode desfazer o vínculo com as empresas que vierem a ser contratadas, com possibilidade de substituição do contratado. O referido dispositivo demanda interpretação conforme, já que admiti-la em seus próprios termos implicaria violação ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CRFB). Por outro lado, ainda que fosse viável a contratação entre concessionárias e particulares (do que não se cogita), em típica relação privada-privada, tal cláusula também não se sustentaria. Em qualquer dos dois cenários, tal cláusula importaria violação ao ato jurídico perfeito. No âmbito das relações privadas, a substituição da contratada demandaria pagamento de indenização à título de lucros cessantes, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do Poder Concedente. O mesmo ocorreria na presente relação contratual, sem que se possa escapar do dever de ressarcir a contratada pelos prejuízos incorridos na execução do objeto.

¹¹ “Art. 18. §1º A(s) empresa(s) ou entidade(s) contratada(s) pelo INSTITUTO RIO METRÓPOLE para o desenvolvimento da etapa de Modelagem da implantação do CCO deverá(ão), com colaboração das CONCESSIONÁRIAS e da CEDAE, que serão responsáveis por municiá-la de informações, concluir todas as atividades dessa etapa em até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da assinatura dos Contratos de Concessão, coincidindo-se com a data prevista para o término do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA da CONCESSÃO.”

19¹², no § 1º do artigo 20¹³. Não se trata de uma disciplina isolada, mas de uma **decisão deliberada** de atribuir ao IRM a **implementação do CCO** e não apenas sua **gestão**.

O edital adotou um **regime híbrido** no qual o IRM promove a contratação, mas com **recursos privados** das Concessionárias. Ora, qual a razão de o edital não ter adotado a solução alvitrada na consulta, ou seja, a de atribuir diretamente às Concessionárias o dever de implantação do CCO? Tudo indica ter sido o fato da constatação da **multiplicidade de interesses potencialmente conflitantes** que gravitam em torno das funções do CCO e que, seguramente, impactarão nos contratos de produção de água e do contrato de interdependência. A possibilidade de conflito é evidente, tanto que o Anexo X se preocupou com a adoção da arbitragem e da mediação como métodos adequados para solucionar futuras controvérsias.

O ponto é relevante para afastar qualquer tipo de postura conservadora no sentido de que as Concessionárias não poderiam desenvolver adequadamente o CCO. Não é disso que se trata. Modernamente, tem sido muito comum a transferência da execução, inclusive de projetos, para o setor privado, afastando uma certa prepotência estatal acerca da definição unilateral do objeto.

É o que ocorre, por exemplo, em modelagens de concessão e parcerias público-privadas, contratação integrada e semi-integrada e o próprio diálogo competitivo, recentemente instituído pela Lei nº 14.133/21, quando o próprio licitante contribui para o desenvolvimento da solução a ser adotada. Tem sido cada vez mais comum concessionários e contratados assumirem a concepção de projetos e a sua implementação, o que se afigura como justificável, designadamente em contratações mais complexas e sofisticadas.

A questão aqui é diversa.

A **impossibilidade** de as Concessionárias assumirem a implementação do CCO decorre de **dois fatores relevantes**: (i) não foi essa a opção do Edital, que limitou a participação das concessionárias ao custeio do CCO; (ii) essa opção, ao que tudo indica, decorre da percepção de que não seria prudente atribuir às Concessionárias a implementação do CCO, quando presente o potencial conflito de interesses entre elas e entre elas e a própria CEDAE, com impactos que poderiam afetar os contratos de produção de água e de interdependência.

Daí a opção pela implementação e gestão ter sido delegada ao IRM, que figura como a autarquia competente para executar as decisões do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (cláusula 1.2.39 do Edital de Concessão¹⁴).

Também reforça essa conclusão o artigo 10 do Anexo X, quando explicita que compete ao IRM a gestão do Sistema de Fornecimento de Água (SFA) e Sistema de Macro Adução de Água Tratada (SMA), por meio do CCO¹⁵. O parágrafo primeiro do referido dispositivo é ainda mais claro,

¹² “Art. 19. A etapa de Projetos é composta pelas atividades de elaboração de projetos básicos e executivos de Pontos de Medição (PM), de Estruturas de Medição e Controle (EMC) e do próprio Centro de Controle Operacional (CCO).
Parágrafo único. **A(s) empresa(s) ou entidade(s) contratada(s) pelo INSTITUTO RIO METRÓPOLE para o desenvolvimento da etapa de Projetos da implantação do CCO** deverá(ão) concluir todas as atividades da etapa de Projetos em até 180 (cento e oitenta) dias, contatos a partir da data prevista para o término do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA da CONCESSÃO.”

¹³ “Art. 20. A etapa de Obras é composta pelas atividades de implantação do CCO e sistemas de telemetria, definidos previamente nas etapas de Modelagem e Projetos.

§1º. **Todas as atividades da etapa de Obras da implantação do CCO deverão ser executadas por empresas ou entidades especializadas contratadas pelo INSTITUTO RIO METRÓPOLE;**”

¹⁴ “1.2.39. INSTITUTO RIO METRÓPOLE: autarquia competente para executar as decisões do Conselho Deliberativo da REGIÃO METROPOLITANA do Rio de Janeiro, nos termos da Lei Complementar estadual nº 184/2018;”

¹⁵ Nos termos do art. 10 do Anexo X do Edital: “Art. 10. **O INSTITUTO RIO METRÓPOLE será o ente responsável pela gestão do SFA, compreendendo a gestão do SMA, por meio do CCO, o monitoramento e fornecimento de informações técnicas relevantes quanto à vazão de água nos macromedidores, segundo as condições e limites estabelecidos neste instrumento.**”

especificando a responsabilidade do IRM pela implantação plena do CCO¹⁶.

Como se não bastasse, o parágrafo segundo contempla uma **regra de transição**: enquanto não for implantado o CCO, compete ao IRM a gestão de um CCO provisório do SFA¹⁷. Se o próprio IRM promoverá a gestão de um **CCO provisório** até que seja ultimada a contratação de particular, como entender que a contratação para gestão definitiva do CCO não será liderada pelo IRM? Não há como, sob pena de subverter a máxima segundo a qual *maiori, ad minus*.

Outro aspecto merece atenção.

Com efeito, a elaboração de um edital de licitação pressupõe o exercício de opções discricionárias que foram, inclusive, amplamente debatidas com a sociedade, com os usuários e com os operadores econômicos. A partir do momento que a licitação é realizada, **aquela discricionariedade se transmuda em vinculação**, limitando as possibilidades de posteriores alterações. Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁸:

Uma vez realizadas as escolhas atinentes à licitação e ao contrato, exaure-se a discricionariedade, que deixa de ser invocável a partir de então – ou, mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita, como regra, a refazer toda a licitação, ressalvadas as hipóteses de inovações irrelevantes para a disputa.

A realização da licitação convolou a opção discricionária de atribuir ao IRM a implementação do CCO em decisão vinculada, que poderia ser alterada, eventualmente, em situações excepcionais que decorressem de **fatos supervenientes**. Como se verá no próximo item, não é esse o caso.

Uma **última observação** se faz, ainda, relevante para a exata compreensão do dever de implementação do CCO. O fato de o edital ter atribuído a responsabilidade ao IRM na contratação de terceiros não quer dizer que não possa e que não deva receber contribuições das Concessionárias, da CEDAE e da AGENERSA na definição dos seus aspectos essenciais. Todos são interessados no adequado funcionamento do CCO, podendo interagir e colaborar diretamente com o IRM.

A **governança** do Sistema de Fornecimento de Água é pautada pela **colaboração** (art. 4º, IV, do Anexo X), sendo gerida por um Conselho com representantes das quatro Concessionárias, do Instituto Rio Metrópole, da Cedae, do Estado e da Agência Reguladora (art. 5º, do Anexo X), a demonstrar o caráter de colaboração, integração e cooperação que deve pautar o SFA e o CCO.

Contudo, a **responsabilidade** pela implementação do CCO é **pública e não privada**. E essa responsabilidade pública foi atribuída ao IRM, não tendo sido apresentado nenhum fato novo superveniente na consulta que alterasse as premissas fixadas no edital. É o que severá na sequência.

¹⁶ Nos termos do art. 10 do Anexo X do Edital: “Art. 10, §1º Para o exercício das funções que lhes são atribuídas, o **INSTITUTO RIO METRÓPOLE deverá responsabilizar-se pela implantação plena do CCO**, nos termos do art. 17, que deverá ocorrer em até 3 (três) anos contados da assinatura do CONTRATO, assim como de sua gestão ao longo do prazo da CONCESSÃO, nos termos definidos neste instrumento.”

¹⁷ Nos termos do art. 10 do Anexo X do contrato de concessão:

“Art. 10, §2º Até o início do funcionamento do CCO, o INSTITUTO RIO METRÓPOLE se responsabilizará pela gestão de um centro de controle e operação provisório do SFA, nos termos definidos neste instrumento, assegurando as condições adequadas para a gestão do SMA, assim como para o fornecimento de informações técnicas quanto à vazão de água nos macromedidores.”

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.85.

Da inexistência de ato novo superveniente apto a justificar a delegação da implementação do CCO às Concessionárias

A pretensão de se atribuir às Concessionárias a implementação do CCO teve por fundamento dois motivos principais: *(i)* dificuldades técnico-burocráticas para viabilizar certame licitatório pelo IRM; *(ii)* inexistência de meios de realizar o certame licitatório sem prévia disponibilidade orçamentária, considerando que o custeio será arcado pelas concessionárias.

Antes de adentrar no exame das causas invocadas pelo IRM para justificar a alteração, relevante destacar que a **mutabilidade** dos contratos administrativos, designadamente os contratos de concessão, é uma característica intrínseca e inerente a esses ajustes de longo prazo.

Já tive a oportunidade de sustentar¹⁹ que na regulação por contrato, em especial nos setores de serviços e infraestruturas públicas, seria irrealístico considerar uma completude absoluta nas previsões e estipulações contratuais. É quase que intuitiva a percepção de que não é possível uma perfeita cognição do futuro a partir das expectativas, dados e cenários dopassado.

As mudanças são inexoráveis e a manutenção absoluta das condições idealizadas por ocasião da realização das licitações, em contratos de longo prazo, é praticamente impossível²⁰. Tudo muda e a regulação por contrato deve se ocupar em conferir segurança jurídica às mutações, que, certamente, impactarão essas relações duradouras. **Os contratos de concessão são naturalmente incompletos** e, contribui para essa percepção, o traço da **mutabilidade**²¹ como uma realidade que integra a sua essência.

Todavia, a despeito do reconhecimento da mutabilidade e da incompletude dos contratos de concessão, a hipótese ora em exame não se alinha e não se adequa a tais pressupostos teóricos.

Em **primeiro lugar**, porque a licitação acabou de ser realizada. Não houve sequer tempo de os contratos de concessão terem sido assinados, estando, ainda, na fase intermediária entre a realização da licitação e a celebração dos contratos de concessão. O ônus argumentativo para alterar o edital é sempre maior quando a pretensão de modificação é, do ponto de vista temporal, tão próxima da data do recente leilão realizado.

Em **segundo lugar**, não foi apresentado nenhum **fato novo superveniente** que justificasse a alteração pretendida. A principal razão para a proposição de assunção da obrigação pelas Concessionárias seria a suposta dificuldade técnico-burocrática do IRM para promover a implementação do CCO.

Ora, essa não parece ser uma causa dotada de legitimidade para alterar a **responsabilidade pública** atribuída ao IRM, já que, desde a época da modelagem da licitação, deveria o IRM se preparar

¹⁹ GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, Parcerias e Regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 148.

²⁰ “Por isso que se pode afirmar que essa convivência entre a mutabilidade e a segurança jurídica dos contratantes é da essência das concessões. Sem a certeza da mutabilidade, os usuários, o concedente e, porque não dizer, o próprio concessionário ficarão sem a prestação de um serviço público de forma adequada — é absolutamente inimaginável supor que a forma de prestação dos serviços de telefonia, transportes, energia elétrica, etc., permaneçam inalterados por 15 ou 20 anos, imunes às alterações tecnológicas que lhes são inerentes. Note-se que será do interesse do próprio concessionário efetuar os investimentos necessários de modo a implementar essas evoluções tecnológicas. Caso contrário, a satisfação de seus usuários estará certamente comprometida — e com ela o sucesso de seu empreendimento.” (MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. *Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 171•183, abr./jun. 2011)

²¹ “Em primeiro lugar, há distinção relativa ao objeto contratual. As concessões envolvem serviços públicos, que se subordinam inerentemente ao **princípio da mutabilidade**. A mudança das condições da concessão é decorrência da alteração imposta quanto à execução dos serviços públicos. (...) A segunda diferença relaciona-se com a duração dos contratos. O contrato de concessão envolve, de genérico, longos prazos de vigência, o que propicia inevitável possibilidade de modificação de circunstâncias. Ao longo do tempo, podem cambiar as necessidades públicas, ser introduzidas novas exigências, produzirem-se novas soluções técnicas. Não é possível impor que, ao longo de vinte anos, sejam mantidas as mesmas condições contratuais originalmente previstas.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p.117-180, out./dez. 2004, p. 144/145).

para se desincumbir das suas obrigações, sendo a **implementação e gestão** do CCO talvez a mais relevante e determinante atribuição do IRM para o sucesso das concessões.

A própria jurisprudência do Tribunal de Contas da União²² explicita a necessidade de ocorrência de **atos supervenientes** como causa justificadora de alteração dos contratos.

A **mutabilidade não pode ser degenerada**²³, conferindo-se um amplo poder discricionário de rever opções que foram feitas à época do certame e que passaram a ser vinculadas com a publicação do edital. Admitir essa possibilidade seria violar o **princípio da concorrência e da vinculação ao instrumento convocatório**.

Insista-se no ponto: não se trata de argumentação formalista, já que a mutabilidade é inerente aos contratos de concessão, como acima demonstrado. Entretanto, a mutabilidade encontra **limites e parâmetros conformadores**, sob pena de se alterar drasticamente as regras do jogo.

Bem vistas as coisas, desde a realização das audiências e consulta pública, passando pela publicação do edital de concessão até o presente momento, não houve qualquer mudança no quadro fático subjacente à prestação do serviço público.

Outro aspecto que corrobora as premissas até agora assentadas é o fato de que a Comissão de Licitações, durante a fase de esclarecimentos ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020, elucidou questionamentos sobre o Anexo X do referido Edital. Em resposta aos questionamentos 259 e 260²⁴, que requereram esclarecimentos exatamente sobre o art. 22 e art. 15, ambos do Anexo X, a resposta foi a seguinte:

Resposta ao pedido de esclarecimento 259, que trata sobre a contratação para a gestão do CCO, na forma prevista no art. 22 do Anexo X:

“(i) O CCO será contratado pelo Instituto Rio Metrópole; (ii) A remuneração da contratada será arcada pelas Concessionárias, de acordo com o §2º, art. 15 do Anexo X ao Contrato de Concessão. O valor da contratação dependerá do resultado do procedimento licitatório a ser realizado pelo Instituto Rio Metrópole, não havendo um limite pré-estabelecido; (iii) O acompanhamento da prestação dos serviços da contratada será realizado pelo Instituto Rio Metrópole e pelo Conselho do SFA. A eventual contratação de um verificador independente pode ser aprovada pelo Conselho do SFA, sendo computado o custo desta contratação na aferição da solução menos onerosa.”

Resposta ao pedido de esclarecimento 260, que trata, especificamente, sobre a contratação para a implementação do CCO, na forma prevista no art. 15 do Anexo X:

²² No **Acórdão nº 215/1999 – Plenário**, o Relator Ministro José Antônio Barreto de Macedo consignou que as alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contrato de obras e serviços têm como pressuposto **atos supervenientes** não previstos por ocasião da contratação inicial. No **Acórdão nº 1.446/2018**, o Relator Ministro Bruno Dantas consignou que a execução dos investimentos na área comum do porto organizado, relativa ao contrato de arrendamento portuário, exigiria a identificação de **fato superveniente** não previsto inicialmente na avença.

²³ “Por fim, é de se salientar que a mutação aqui defendida não pode ser vista como ilimitada, de tal sorte que degenera o contrato original. **A mutação do contrato de concessão possui sim limites, seja quanto ao seu objeto (a prestação devida), seja quanto ao seu conteúdo (a relação jurídico-contratual)**. O que é alterável diz com as necessidades decorrentes da própria evolução do serviço público concedido, tais como: a forma de sua prestação, seu momento, o prazo contratual, sua intensidade e abrangência, etc. Entretanto, e isso precisa ficar bem sedimentado, **a mutabilidade de que se está tratando não poderá servir a interesses do concedente ou do concessionário com vistas a alterar o objeto e conteúdo do contrato — leia-se: alterar o próprio serviço que foi concedido.**” (grifei; MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 171•183, abr./jun. 2011)

²⁴ <http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/duvidasEsclarecimentos.php>. Acesso em 13/07/2021.

*“(i) **O CCO será contratado pelo Instituto Rio Metrópole**; (ii) A remuneração da contratada será arcada pelas Concessionárias, de acordo com o § 2º, art. 15 do Anexo X ao Contrato de Concessão. O valor da contratação **dependerá do resultado do procedimento licitatório a ser realizado pelo Instituto Rio Metrópole**, não havendo um limite pré-estabelecido; (iii) A metodologia de acompanhamento da prestação dos serviços da contratada deverá estar disposta no contrato celebrado. O Conselho do SFA poderá definir as condições mínimas de acompanhamento deste contrato. Caso seja cabível na metodologia de acompanhamento da prestação dos serviços a ser definida, o certificador independente poderá auxiliar neste acompanhamento.”*

Como se pode perceber por meio da resposta, ficou claro para a sociedade, para os usuários, para os Municípios, para a CEDAE, para a AGENERSA, para os operadores econômicos e para o próprio IRM que o CCO seria de **responsabilidade pública**, ainda que com o custeio privado pelas Concessionárias.

Essa foi a **regra do jogo** posta, cuja natureza vinculante é reforçada pela resposta dada aos esclarecimentos solicitados. Segundo dispõe a cláusula 10.4 do Edital de Concessão, tais esclarecimentos integram o edital como se nele estivessem transcritos, senão vejamos:

“10.4. Os esclarecimentos prestados pela COMISSÃO DE LICITAÇÃO integrarão o conteúdo deste EDITAL como se nele estivessem transcritos, sendo que qualquer outra informação não constante deste EDITAL ou dos esclarecimentos prestados pela COMISSÃO DE LICITAÇÃO, eventualmente obtida pelas LICITANTES de qualquer outra forma, não vinculará a COMISSÃO DE LICITAÇÃO ou o ESTADO.”

Conforme já tive a oportunidade de aduzir, inclusive lastreado na posição do Superior Tribunal de Justiça²⁵:

A resposta ao pedido de esclarecimentos e a própria impugnação são vinculantes, com a interpretação acolhida obrigando a Administração e os próprios licitantes. Nesse sentido já decidiu o STJ no REsp 198.665-RJ, ao determinar que ‘a resposta de consulta a respeito de cláusula do edital de concorrência pública é vinculante, desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados ela adere ao edital.’”

Assim, por qualquer ângulo que se examine a questão, não se vislumbra como a responsabilidade pela implementação do CCO seja objeto de transferência para as Concessionárias.

O **aspecto orçamentário**, igualmente, não parece constituir óbice. Em primeiro lugar, porque, desde o início, já sabia o IRM que os recursos seriam privados e não públicos. Em segundo lugar, porque sendo privada a natureza dos recursos, eles sequer ingressam no orçamento do IRM.

O formato adotado é incomum e dotado de certo hibridismo, na medida em que o ente público é obrigado a realizar uma licitação, ainda que a contratação não seja custeada com recursos públicos. Não vislumbro na modelagem qualquer ilegalidade ou dificuldade operacional para sua implementação.

²⁵ GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 2018, p 219

O que se quis assegurar foi a **responsabilidade pública** na implementação e gestão do CCO, promovendo-se, entretanto, uma desoneração dos cofres públicos com o dever de custeio sendo assumido pelas Concessionárias.

A realização de licitação na hipótese não está vinculada à existência ou não de recursos públicos. Decorre da **responsabilidade pública** (e não privada) pela correta implementação do CCO e a observância do **princípio da isonomia**, já que criará valor para o mercado, valor esse que ostenta natureza pública e não privada.

Em termos objetivos: os recursos são privados, mas o ativo é público. A contratação do CCO tem origem em relação contratual de direito público e da exploração de serviços que se inserem na competência de entes públicos (não privados).

Lembre-se, ainda, que o IRM, que exercerá o papel de contratante, é entidade autárquica, integrante da Administração Pública Indireta, vinculada à Secretaria de Estado de Governo e Relações Institucionais²⁶, o que atrai a incidência do regime de contratações públicas e reforça a necessidade de realização de procedimento licitatório prévio à implementação do CCO. Tal natureza jurídica de direito público também consta expressamente do edital de concessão (cláusula 1.2.39 do Edital de Concessão).

A seleção das sociedades empresárias para implementar o CCO criará uma **posição de vantagem** para os que se sagrarem vencedores da licitação, posição essa que precisa, em razão do princípio da isonomia, ser legitimada por intermédio de processo seletivo público e não por uma escolha privada das Concessionárias.

A Procuradoria Geral do Estado consolidou recentemente esse posicionamento. Veja-se a conclusão alcançada no Parecer nº 21/2021 – GUB:

*“Na verdade, existem diversas editoras capacitadas a prestar os serviços procurados pela PGE-RJ. Além disso, não se verifica nenhuma das previsões dispostas em lei quanto à dispensa de licitação. Ademais, **ainda que a PGE-RJ não dispense recursos financeiros com as publicações, o Estado estaria a gerar uma posição de vantagem, a uma determinada editora privada, com exclusão de todas as outras possíveis interessadas. A escassez do objetivo – pois somente uma editora poderá ser contratada, em caráter exclusivo – combinado à geração de benefício econômico para o agente econômico privado, torna imperiosa a realização da licitação.**”²⁷ (grifei)*

Sustentei a mesma conclusão no visto de aprovação parcial do referido parecer:

“Ainda que não exista contrapartida financeira da parte da Procuradoria Geral do Estado, fato é que eventual contratação direta com exclusividade geraria um benefício direto para um determinado particular a partir de escolhas dotada de maior grau de subjetivismo. Se não pela competitividade, pela isonomia deve ser cogitada licitação ou, ao menos, qualquer outro processo seletivo que atenda aos princípios da publicidade, da isonomia e da eficiência.”²⁸

²⁶ Decreto nº 46.893 de 23 de dezembro de 2019. “Art. 2º - O Instituto Rio Metrópole é uma entidade submetida ao **regime autárquico especial**, vinculado à Secretaria de Estado de Governo e Relações Institucionais.”

²⁷ Disponível em: <https://documentacao.pge.rj.gov.br/bnportal/pt-BR/search/79914?exp=%22%7B2021-%7D%22%2F%20fanodoc%20%22%22%2Fnumero%20Gustavo%2Fprocurador%20Binenbojm%2Fprocurador>. Acesso em 21.07.2021

²⁸ Disponível em: <https://documentacao.pge.rj.gov.br/bnportal/pt-BR/search/79914?exp=%22%7B2021->

Enfim, deve ser afastada a ideia de que a ausência de dispêndio público para a contratação afasta a observância da regra licitatória. A licitação, enquanto procedimento transparente e imparcial, afigura-se como um corolário do princípio da isonomia (art. 5º, caput, CRFB)²⁹.

Por derradeiro, necessário anotar que licitação não precisa ser sinônimo de morosidade e burocracia. Embora tanto a Lei nº 8.666/1993 quanto a Lei nº. 14.133/2021 tenham optado pelo maximalismo nos certames licitatórios, existem uma série de modelagens que permitem conciliar eficiência e efetividade na execução do objeto e observância de certame prévio, célere e objetivo.

Um dos grandes custos de transação nas licitações públicas é o problema do fluxo financeiro-orçamentário e o risco de inadimplemento dos entes públicos no cumprimento das suas obrigações financeiras. Tal risco não se evidencia no caso em exame, porquanto o custeio será das Concessionárias, a reforçar a premissa de que, a partir de uma atuação colaborativa e integrada, poderá o IRM exercer o seu relevantíssimo papel na implementação e gestão do CCO, fulcral para a adequada prestação do serviço público nos blocos.

-4-

Conclusões

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

a-) O IRM deve assumir não apenas a gestão, como a implementação e a contratação do Centro de Controle Operacional (CCO), eis que assim determinou expressamente o Anexo X do Edital de Concorrência Internacional nº 01/20. Em vários dispositivos do Anexo fica evidenciada a assunção desta **responsabilidade pública** pelo IRM;

b-) Razoável supor que a escolha do IRM para implementar e contratar o CCO não foi aleatória, mas orientada pela correta percepção acerca da existência de distintos interesses conflitantes entre os diversos atores envolvidos. Tanto é assim que o Anexo X se preocupou com a solução de conflitos e controvérsias, prevendo a possibilidade de instituição da arbitragem e da mediação. A equidistância e a neutralidade poderão ser suprimidas com a assunção da obrigação de implementação do CCO pelas Concessionárias;

c-) A opção pela implementação do CCO pelo IRM foi exercida a partir de uma competência discricionária, por ocasião da modelagem do edital e da sua intensa discussão com a sociedade, usuários e operadores econômicos. A partir do momento que se dá a publicação do edital e a consequente realização de licitação, tem-se a convalidação da discricionariedade em vinculação, não podendo as regras do jogo serem alteradas, em especial quando nenhum fato novo se sucedeu;

d-) Os motivos invocados pelo IRM não parecem suficientes para alterar as regras do jogo fixadas por ocasião do edital e da realização da licitação. Não são fatos novos ou mesmo supervenientes, mas aspectos da contratação que eram inteiramente conhecidos do IRM por ocasião do certame;

e-) A alegação de dificuldades técnico-burocráticas não é motivo para uma alteração tão substancial naquilo que foi ajustado na época da licitação. A implantação e a operação do CCO é uma das atribuições mais relevantes a cargo do IRM na modelagem concessional, sendo certo que a atuação colaborativa e cooperativa entre todos os integrantes é o esperado, em especial da Cedae e das

[%7D%22%2Fanodoc%20%2221%22%2Fnumero%20Gustavo%2Fprocurador%20Binenbojm%2Fprocurador>](#) Acesso em 21.07.2021

²⁹ Não se ignora que o art. 7º, §2º, III, Lei nº. 8.666/93 e art. 6º, XXIII, Lei nº. 14.133/2021 elencam como requisito da fase interna da licitação a existência de dotação orçamentária prévia que ampare a contratação pública. Sem embargo, entendo que tal regra prevista na legislação especial não pode suplantiar a concretização direta dos princípios constitucionais, notadamente o da isonomia (art. 5º, caput, CRFB).

Concessionárias;

f-) o modelo híbrido adotado, com o IRM fazendo a licitação e as Concessionárias custeando a contratação, já era conhecido pelo próprio IRM à época da licitação. Também não se vislumbra nenhum óbice de natureza financeira, na medida em que tais recursos não entrarão no orçamento do IRM. Deve o edital incluir cláusula refletindo a dinâmica de que os pagamentos serão efetivados pelas Concessionárias, concretizando no instrumento convocatório a diretriz traçada no Anexo X.

g-) a mutabilidade é inerente aos contratos de concessão, que se sujeitam com maior intensidade às alterações políticas, econômicas, sociais e técnicas; por isso que tais contratos são qualificados como incompletos. No caso em exame, entretanto, não se vê causa legítima e razoável para alteração das regras do jogo, em especial porque as circunstâncias fáticas são rigorosamente as mesmas.

É o parecer, s.m.j.,

Rio de Janeiro, 02 de agosto de 2021.

FLAVIO AMARAL GARCIA
Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa

VISTO

Visto. Aprovo o bem lançado Parecer nO 07/2021 - FAG, da lavra do i. Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa FLÁ VTO AMARAL GARCIA, por meio do qual analisada consulta formulada pelo Instituto Rio Metrópole (IRM), por meio da CI IRM/DIRSMI SEI N°10 (doc. 18110039) e CI IRM/DIRPP SEI N° 12, no tocante à viabilidade jurídica das Concessionárias de saneamento básico contratarem diretamente as empresas especializadas na implantação e construção do Centro de Controle Operacional - eco, a partir das referências técnicas previamente determinadas pelo Instituto Rio Metrópole – IRM.

É assim que **acompanho a divergência** instaurada relativamente ao Parecer na 13/2021/IRM/PROC, da lavra do Procurador do Estado JOSÉ CARLOS TAVARES DE MORAES SARMENTO, atualmente Procurador-Geral do Instituto Rio Metrópole, no qual apresentada a conclusão no sentido da viabilidade de “que a contratação de empresas especializadas na implantação e construção do Centro de Controle Operacional – CCO se faça por meio das próprias Concessionárias”.

Os fundamentos do Parecer na 07/2021 – FAG, com os quais estou integralmente de acordo, desaguam em conclusões precisas e objetiva, aqui reproduzidas para fins meramente didáticos:

a-) O IRM deve assumir não apenas a gestão, como a implementação e a contratação do Centro de Controle Operacional (CCO), eis que assim determinou expressamente o Anexo X do Edital de Concorrência Internacional n° 01/20. Em vários dispositivos do Anexo fica evidenciada a assunção desta responsabilidade pública pelo IRM;

b-) Razoável supor que a escolha do IRM para implementar e contratar o CCO não foi aleatória, mas orientada pela correta percepção acerca da existência de distintos interesses conflitantes entre os diversos atores envolvidos. Tanto é assim que o Anexo X se preocupou com a solução de conflitos e controvérsias, prevendo a possibilidade de instituição da arbitragem e da mediação. A equidistância e a neutralidade poderão ser suprimidas com a assunção da obrigação de implementação do CCO pelas Concessionárias;

c-) A opção pela Implementação do CCO pelo IRM foi exercida a partir de uma competência discricionária, por ocasião da modelagem do edital e da sua intensa discussão com a sociedade, usuários e operadores econômicos. A partir do momento que se dá a publicação do edital e a consequente realização de licitação, tem-se a convolação da discricionariedade em vinculação, não podendo as regras do jogo serem alteradas, em especial quando nenhum fato novo se sucedeu;

d-) Os motivos invocados pelo IRM não podem ser suficientes para alterar as regras do jogo fixadas por ocasião do edital e da realização da licitação. Não são fatos novos ou mesmo supervenientes, mas aspectos da contratação que eram inteiramente conhecidos do IRM por ocasião do certame;

e-) A alegação de dificuldades técnico-burocráticas não é motivo para uma alteração tão substancial naquilo que foi ajustado na época da licitação. A implantação e a operação do CCO é urna das atribuições mais relevantes a cargo do IRM na modelagem concessional, sendo certo que a atuação colaborativa e cooperativa entre todos os integrantes é o esperado, em especial da Cedae e das Concessionárias;

f-) O modelo híbrido adotado, com o IRM fazendo a licitação e as Concessionárias custeando a contratação, já era conhecido pelo próprio IRM à época da licitação. Também não se vislumbra nenhum óbice de natureza financeira, na medida em que tais recursos não entrarão no orçamento do IRM. Deve o edital incluir cláusula refletindo a dinâmica de que os pagamentos serão efetivados pelas Concessionárias, concretizando no instrumento convoca/ório a diretriz traçada no Anexo X.

g-) A mutabilidade é inerente aos contratos de concessão, que se sujeitam com maior intensidade às alterações políticas, econômicas, sociais e técnicas; por isso que tais contratos são

qualificados como incompletos. No caso em exame, entretanto, não se vê causa legítima e razoável para alteração das regras do jogo, em especial porque as circunstâncias fáticas são rigorosamente as mesmas.

Destaco, por fim, que o Parecer nº 07/2021 – FAG, foi devidamente chancelado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020 em reunião realizada no dia 2 de agosto de 2021.

Ao Instituto Rio Metrópole, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 3 de agosto de 2021

RAFAEL ROLIM DE MINTO
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Processo nº E-14/001.053834/2019

Saneamento Básico. CEDAE. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto. Exame da viabilidade jurídica do modelo proposto. Desnecessidade de lei autorizativa estadual para a concessão dos serviços públicos de saneamento a operadores privados. Dispensa constante da legislação federal de forma expressa. Desnecessidade de leis autorizativas dos municípios integrantes da Região Metropolitana: possibilidade de participação, com direito a voto, com base na Lei complementar criadora da Região Metropolitana. Inaplicabilidade de norma de lei estadual que veda a subconcessão de serviços, pois o Estado não será poder concedente, nem subconcedente, na modelagem da Região Metropolitana.

Senhor Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa:

Cabendo-me analisar os quesitos 1.5, 1.7, 1.8 e 1.9 da consulta atinente viabilidade jurídica do projeto de desestatização dos serviços de água e esgotos, no âmbito da Região Metropolitana criada pela Lei complementar estadual nº 184/2018, passo diretamente à fundamentação e às respostas respectivas a cada um deles.

1.5. Considerando que o Rio Metr pole ou os municípios não incluídos na Região Metropolitana são os titulares dos serviços públicos de saneamento, há necessidade de edi o de lei autorizativa estadual com vistas a autorizar a concessão dos serviços públicos de água e esgoto pelo ERJ a operadores privados?

Não.

A União, no âmbito de sua competência constitucional para legislar sobre normas gerais de contrata es públicas (CF, art. 22, XXVI), editou a Lei n  9.074/1995, dispensando expressamente a exigência de lei autorizativa para concessões de serviços de saneamento básico e limpeza urbana. Confira-se o teor literal do seu art. 2 :

*Art. 20   vedado   União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, **dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana** e nos já referidos na Constitui o Federal, nas Constitui es Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei no 8.987, de 1995. (destaque em negrito)*

Como se sabe, a doutrina controverte acerca da exigência ou não de lei autorizativa para a concessão de serviços p blicos¹, ante o disposto no art. 175 da Constitui o, segundo o qual “*incumbe*

¹ Não pretende o presente parecer aprofundar a discussão sobre a necessidade de lei autorizativa específica para a concessão de serviços públicos. Marçal Justen Filho, defendendo a necessidade de lei autorizativa: “*A análise do art. 175, caput, propicia fortes indícios da impossibilidade de outorga de concessões e permissões sem autoriza o legislativa. Numa etapa interpretativa prévia, pode-se observar que a ordem inversa da ora o produz efeitos semânticos. O sujeito da ora o   a*

ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Inobstante as divergências teóricas existentes sobre o tema, especificamente para o setor de saneamento básico, o art. 2º da Lei 9.074/1995 resolve de forma expressa a questão, uma vez que se trata de lei de **normas gerais**, aplicáveis, como tais, a todos os entes da Federação.

Como se não bastasse, grande parte das competências legislativas em matéria de saneamento - enquadrado na disciplina geral do sistema das águas (art. 22, IV, da Constituição Federal)² – é conferida à União pela Lei Fundamental. A partir da referência genérica a águas feita no art. 22, inciso IV, a Constituição atribui à União a criação do **sistema de gerenciamento de recursos hídricos** (art. 21, XIX), a definição de **critérios para a outorga de uso da água** (art. 21, XIX), a **proteção ambiental e o controle de poluição** (art. 24, I), e a fixação de diretrizes para o saneamento (art. 21, XX). Nesse contexto, foi editada a Lei federal nº 11.445/2007, que prevê diretrizes nacionais para o saneamento básico³.

Assim, a União tem competência para editar normas gerais sobre as formas de prestação do serviço de saneamento, de modo que a ressalva constante do art. 2º da Lei nº 9.074/1995 é indubitavelmente aplicável a todos os entes federativos, dispensada, portanto, a necessidade de edição de lei autorizativa estadual, municipal ou distrital para a concessão dos serviços públicos de água e esgoto pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal.

Há, todavia, dispositivos nas leis orgânicas de Municípios da região metropolitana que exigem lei autorizativa para a concessão dos serviços de saneamento básico ou para a concessão de serviços públicos em geral para a iniciativa privada. Como se constata da leitura do Anexo 1 (acostado ao final), as Leis Orgânicas dos seguintes Municípios possuem dispositivos com tais vícios de juridicidade: Rio de Janeiro, Duque de Caxias, Itaguaí, Japeri, Maricá, Nilópolis, Niterói, Paracambi, Rio Bonito, Seropédica e Tanguá. Nessas hipóteses, sugere-se como medida de aprimoramento institucional e incremento de segurança jurídica:

(i) se forem referentes à concessão dos serviços de saneamento básico:

(i.1.) a revogação de tais dispositivos pelas Câmaras Municipais; ou

(i.2.) a emissão de parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República e com a legislação federal de regência;

(ii) se forem referentes à prestação de serviços públicos em geral, seja acrescentada ressalva quanto à concessão dos serviços de saneamento básico, em consonância com o art. 2º da Lei federal nº 9.074/1995.

'prestação de serviços públicos' e foi colocado no final da oração. A frase inicia-se com o verbo 'incumbe', o que acentua a carga impositiva do vocábulo. A redação conduz o leitor ao entendimento de que o Poder Público tem um poder e um dever. Cabe-lhe prestar os serviços públicos, o que exclui que terceiros o façam sob o regime de livre iniciativa. Simultaneamente, tem o dever de prestá-los. Esse dever-poder será desenvolvido na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. A proximidade entre a cláusula 'na forma da lei' e as expressões 'diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão' leva ao entendimento de que a lei disporá também acerca dessa alternativa. Portanto, caberá à lei estabelecer se o regime de concessão ou permissão será adotado. Sem lei prevendo a outorga da gestão ao particular, a prestação do serviço far-se-á diretamente pelo Estado". (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 175). Em sentido contrário, Marcos Juruena Villela Souto defende: "A delegação de serviço público mediante concessão configura ato de gestão, que, na sistemática constitucional da separação de Poderes, cabe, principiologicamente, ao Poder Executivo. Desta forma, não deve o Poder Legislativo interferir em atribuição de outro Poder, já que, não obstante os controles constitucionais recíprocos, silo ambos independentes e autônomos no exercício de suas respectivas funções" (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo das concessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 48).

² É natural que o saneamento sofra repercussão direta do tratamento jurídico das águas, na medida em que esta é seu elemento material primário.

³ BARROSO, Luís Roberto. Saneamento Básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. Revista de informação legislativa, v. 38, n. 153, p. 255-270, jan./mar. 2002

1.7. As Leis Orgânicas de Maricá (art. 41), São Gonçalo (art. 16, XVI c/c art. 10, parágrafo único) Tanguá (art. 14, §1º e Rio de Janeiro (art. 22, §1º estabelecem que a sua participação na região metropolitana deverá ser precedida de autorização legislativa. Considerando esse contexto, é viável que tais municípios participem do Rio Metr pole e exerçam seu direito de voto no Conselho Deliberativo sem a respectiva autorização legislativa municipal?

Sim.

A Constituição da República conferiu autonomia política, administrativa e financeira aos Municípios (art. 30), mencionados como integrantes do sistema federativo (art. 1º), ao lado dos Estados, do Distrito Federal e da União Federal (art. 18)⁴. A autonomia municipal, no entanto, não deve ser encarada como uma vedação à articulação de atividades e ações públicas com os demais entes federativos.

Na verdade, a crescente demanda por serviços públicos exigiu a criação de um modelo que conferisse eficácia e eficiência ao exercício de certas atividades que não reuniriam condições de ser prestadas, isoladamente, pelos Municípios. A fim de atender às demandas da sociedade, tomou-se necessária uma ação conjunta dos diversos entes subnacionais entre si, e com a União Federal.

Essa integração pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante os arts. 3º, II, e 24 da Lei federal nº 11.445/2007 e 241 da Constituição da República, como compulsoriamente, por lei complementar estadual que venha a instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

Nesse contexto, o artigo 25, § 3º da Constituição estabelece a possibilidade de criação de regiões metropolitanas nos seguintes termos:

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. (..)

§ 3º 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”

Como se vê, julgou por bem o legislador constituinte transpor aos Estados a capacidade para, por meio de lei complementar, criar mecanismos de coordenação e execução de serviços de interesse comum de um conjunto de Municípios limítrofes. A instituição de tais mecanismos por lei complementar estadual não deve ser vista, por isso mesmo, como incompatível com a autonomia municipal. Esta não é preexistente à

Constituição, mas sim conformada pelo próprio Texto constitucional. A mesma Constituição que confere aos Municípios autonomia é que prevê a possibilidade de criação de regiões metropolitanas por meio de lei complementar estadual *“para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”*.

O ponto é observado de forma arguta por Caio Tácito:

“A Lei complementar estadual, instituidora da região metropolitana, afirma a íntima correlação de interesses que, em benefício do princípio da continuidade, da produtividade e da eficiência, torna unitária e coordenada,

⁴ A autonomia municipal compreende a autoadministração - entendida como capacidade decisória para tomada decisões de interesses locais -, o autogoverno – que possibilita eleição do chefe do Executivo Municipal e dos representantes do Legislativo e a auto-organização – que atribui competência para a edição de suas respectivas leis.

*em entidade própria, segundo a lei complementar, a gestão de serviços e atividades originariamente adstritos à administração local. A avocação estadual da matéria ordinariamente municipal não viola a autonomia do Município na medida em que se fundamenta em norma constitucional, ou seja, em norma de igual hierarquia. É a própria Constituição que, ao mesmo tempo; afirma e limita a autonomia municipal”.*⁵

A questão foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, entendeu ser compulsória a adesão dos Municípios à região metropolitana, desde que regulamente constituída.⁶

Realmente, se a própria Constituição previu a criação das regiões metropolitanas por lei complementar estadual, sem exigir qualquer tipo de autorização legislativa dos Municípios envolvidos, não há que se falar em incompatibilidade da autonomia municipal com a compulsoriedade da integração metropolitana.

Aliás, é exatamente esse o sentido que uma interpretação sistemática da Constituição, orientada pelo princípio da unidade hierárquico-normativa das suas normas, e que leve em conta a sua sistematicidade e harmonia, impõe⁷.

Foi nesse cenário normativo e jurisprudencial que o Estado do Rio de Janeiro, atendendo ao disposto no art. 25, §3º da Constituição da República, editou a Lei complementar nº 184/2018, que instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, composta por 22 municípios, dentre os quais os Municípios de Maricá, São Gonçalo, Tanguá e Rio de Janeiro (art. 1º). A todos eles foi assegurada a participação no Conselho Deliberativo e direito a voto, conforme art. 10 da aludida Lei complementar.

Por tudo isso, é possível afirmar que não só é viável, como é compulsória a participação dos Municípios de Maricá, São Gonçalo, Tanguá e Rio de Janeiro no Rio MetrÓpole, com seus respectivos direitos de voto, no Conselho Deliberativo, sendo vedada a exigência de lei municipal autorizativa. Por evidente, reconhecer a necessidade de leis municipais autorizativas importaria reconhecer *a fortiori* a possibilidade de as municipalidades integrantes na Região Metropolitana denegarem a autorização, o que seria algo bizarro, incompatível com a natureza compulsória da avocação realizada pelo Estado-membro, em cumprimento ao mandamento constitucional. Fosse assim, bastaria aos municípios integrantes da região metropolitana se quedar inertes ou rejeitar expressamente a tal autorização para que o art. 25, §3º, da Constituição Federal tivesse a sua eficácia reduzida a zero. Ora, como já dito, a intenção do constituinte parece ter sido criar um mecanismo compulsório que vencesse as barreiras da cooperação entre diferentes municípios de modo a viabilizar serviços públicos de natureza transcendente ao território de cada municipalidade.

⁵ TÁCITO, Caio. Saneamento básico - Região Metropolitana - Competência estadual. Revista de Direito Administrativo nº 213, p. 323/327, 1998.

⁶ “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.” (ADI 1842/RJ). O caráter compulsório da participação dos Municípios em regiões metropolitanas já foi acolhido pelo Pleno do STF nas ADIs 796/ES, 1841/RJ e 1842/RJ. O acórdão proferido na AD11841/RJ ostenta a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. REGIOES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS, MICRORREGIÃO. C.F., art. 25, § 3º. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 357, parágrafo único. I. - A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, depende, apenas, de lei complementar estadual. II. - Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 357 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. III - ADIn julgada procedente”.

⁷ “O princípio da unidade é uma especialização da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas. (...) Na harmonização e sentido entre normas contrapostas, o intérprete deverá promover a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um” BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 290-291.

Assim, os dispositivos que condicionam a participação de tais Municípios na região metropolitana à lei autorizativa municipal não se mostram compatíveis com uma interpretação sistemática da Constituição da República. Consoante entendimento já esposado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, acima referido, a instituição e a regulamentação de regiões metropolitanas no Brasil prescindem de tal tipo de lei autorizativa dos municípios dela integrantes.

1.8. As leis Orgânicas de alguns municípios vedam a concessão dos serviços de saneamento básico para a iniciativa privada ou estabelecem restrições relevantes. Considerando esse contexto, indaga-se: caso tais municípios estejam inseridos no Rio Metr pole,   viável que eles participem das delibera es do Conselho Deliberativo do Rio Metr pole com direito   voto?

Sim.

Como já se disse no ponto 1.7, a adesão dos Municípios   região metropolitana   compulsória, sendo a eles assegurada, nos termos do art. 10 da Lei complementar n  184/2018, a participa o no Conselho Deliberativo, com direito a voto. A participa o destes Municípios na soluço das questões metropolitanas, segundo o espírito democrático que deve nortear tal atua o,   essencial, pois envolve interesses comuns destes e do Estado-membro.

O saneamento básico   t pico caso de serviço que exige planejamento, organiza o e execu o de forma integrada entre Municípios envolvidos, sob pena de não ser satisfatoriamente realizado. Vale destacar que as atividades do Poder Público em matéria de saneamento básico podem assumir uma série de diferentes modelagens, podendo limitar-se ao plano municipal ou exigir integra o no nível estadual, segundo o grau de abrangência e de interdependência da presta o do servi o⁸.

O Estado do Rio de Janeiro, ao editar a Lei complementar n  184/2018, no seu art. 3 , II, entendeu ser o saneamento básico de interesse comum dos Municípios envolvidos, *in verbis*:

Art. 3 o Consideram-se de interesse metropolitano ou comum as jun es 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 legisla o federal, incluindo a capta o, o tratamento e a distribui o de água potável, a coleta, o tratamento e a destina o do esgotamento sanitário, gerenciamento de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, sendo que:

a) quanto ao gerenciamento de resíduos sólidos, os interesses metropolitanos, desde que não colidam com competências do ente municipal, referem-se às atividades de manejo, de infraestrutura e de viabiliza o de instala es operacionais de transbordo, centro de triagem, tratamento e destina o final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos, tal como especificado pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana;

b) quanto   drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, o interesse metropolitano limita-se a macrodrenagem, a infraestrutura e instala es operacionais de macrodrenagem de águas pluviais;

c) quanto ao reconhecimento do sistema de tempo seco como medida estratégica ao sistema de tratamento de esgotos.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. Saneamento Básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. Revista de informa o legislativa, v. 38, n. 153, p. 255-270, jan./mar. 2002

Nesse sentido, o art. 11 da mesma Lei complementar atribui ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro competência para:

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.

Em outras palavras, de forma quase acaciana, como o serviço de saneamento básico é de interesse metropolitano, sua titularidade deverá ser exercida de modo compartilhado entre os Municípios integrantes da região metropolitana,

Portanto, considerando a integração compulsória dos Municípios à região metropolitana - já ratificada pelo STF - e a Lei complementar criadora do Rio MetrÓpole, será competente a Região Metropolitana, por meio de seu Conselho Deliberativo, e não os Municípios dela integrantes, para dispor sobre a forma de prestação do serviço de saneamento, a qual não se encontra mais circunscrita à esfera municipal.

Diante da existência de dispositivos que vedam a concessão dos serviços de saneamento básico para a iniciativa privada ou estabelecem restrições relevantes em alguns dos Municípios integrantes da Região Metropolitana, sugere-se:

(i) a revogação de tais dispositivos pelas Câmaras Municipais; ou

(ii) a emissão de parecer pela Procuradoria de cada U01 desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador Geral, entendendo serem inválidas por incompatibilidade com a Constituição da República e com a legislação estadual.

Como se vê do *Anexo 1* (acostado ao final), as Leis Orgânicas dos seguintes Municípios possuem dispositivos com tais vícios: Cachoeiras de Macacu, Itaboraí e Mesquita.

1.9. Se o ERJ proceder com a concessão regionalizada dos serviços, há incidência do art. 31, da Lei estadual nº 2.831, de 13 de novembro de 1997 (Lei estadual de concessões), no que tange à proibição implícita de subconcessão integral?

Não.

A titularidade dos serviços de saneamento não será transferida ao Estado do Rio de Janeiro, mas à Região Metropolitana, o que significa que ele não pode conceder tais serviços, muito menos disciplinar a possibilidade ou não de subconcedê-los. Em outras palavras, só pode subconceder (ou proibir a subconcessão) quem é concessionário, o que também não é o caso do Estado do Rio de Janeiro.

Conforme explicado no item anterior, o serviço de saneamento básico foi previsto pela Lei complementar estadual nº 184/2018 como serviço de interesse comum, sendo sua titularidade exercida de modo compartilhado pelos Municípios integrantes da Região Metropolitana, no âmbito e nos termos da forma de funcionamento deste previstos no referido diploma legislativo complementar estadual.

Com efeito, o art. 11, VII, “a” e “b” da Lei, já mencionado acima, atribui ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, competência para:

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;

O planejamento e a execução do serviço de saneamento de forma integrada pela Região Metropolitana não têm por objetivo definir que o Estado atue como um prestador, mas sim que atue na condição de um *coordenador* de tal serviço. O Estado não se confunde com a Região Metropolitana, esta sim competente para decidir a forma de prestação dos serviços. Dito de outra forma, é de competência da Região Metropolitana, por meio de seu Conselho Deliberativo, decidir se o serviço de saneamento básico será prestado diretamente ou por meio de concessão, e se haverá ou não possibilidade de subconcessões.

Assim, entende-se que o disposto no artigo 31 da Lei estadual nº 2.831/1997, que disciplina a possibilidade de subconcessão no âmbito de concessões de serviços públicos realizadas pelo Estado do Rio de Janeiro⁹, simplesmente não incide e, portanto, não se aplica no presente caso.

É o parecer

GUSTAVO BINENBOJM

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

⁹ Art. 31 da lei estadual nº 2831/1997: É admitida a subconcessão parcial, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo Poder Concedente.

§ 1º - A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência promovida pelo Poder Concedente.

§ 2º - O subconcessionário se sub-rogará em todos os direitos e obrigações da subconcedente.

VISTO

VISTO. Por estar de acordo, aprovo, com alguns acréscimos, os seguintes pareceres: Parecer nº 03/2019 - GUB; Parecer nº 07/2019 NSM/PG-17; e Parecer nº 07/2019 - ASA, da lavra, respectivamente, dos i. Procuradores do Estado, Gustavo Binenbojm, José Vicente dos Santos de Mendonça e Alexandre dos Santos Aragão. Os referidos pareceres analisam, cada qual, diferentes quesitos a respeito da consulta acerca de aspectos jurídicos relativos à privatização da CEDAE, encaminhada pelo i. Subprocurador do Estado, Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves.

Na Promoção nº 02/2019 – PGE/PG-17/ARCY, de 29 de outubro de 2019, que inaugura os trabalhos desta especializada, dividi os quesitos formulados em quatro grupos de indagações (de forma similar à separação proposta pelo BNDES), vinculando cada um deles a um procurador. Conforme o modelo da promoção, apresenta-se a seguinte divisão:

- 1) **Primeiro grupo: a competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro.** Quesitos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.6, os quais foram respondidos por mim no **Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17;**
- 2) **Segundo grupo: a questão federativa em face das leis locais e legislação estadual.** Quesitos 1.5, 1.7, 1.8 e 1.9, os quais foram respondidos pelo Procurador Gustavo Binenbojm, no **Parecer nº 03/2019 – GUB;**
- 3) **Terceiro grupo: pagamentos ao Estado do Rio de Janeiro e indenizações.** Quesitos: 2.1 e 3.1, os quais foram respondidos pelo Procurador José Vicente Santos de Mendonça, no **Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17;**
- 4) **Quarto grupo: privatização da CEDAE *up stream* e suas implicações.** Quesitos: 1.10 e 4.1, os quais foram respondidos pelo Procurador Alexandre Santos de Aragão, no **Parecer nº 07/2019 – ASA.**

Por questões de economia processual, decidi apreciar os Pareceres dos i. Procuradores do Estado, acima elencados em **Visto Conjunto**. Para fins de clareza, tratarei de cada parecer na ordem apresentada acima, a partir de cada quesito encaminhado, com os acréscimos que esta Chefia entendeu necessários:

2) **Parecer nº 03/2019 - GUB. A questão federativa em face das leis locais e legislação estadual. Quesitos 1.5, 1.7, 1.8 e 1.9:**

1.5. Considerando que o Rio Metrópole ou os municípios não incluídos na Região Metropolitana são os titulares dos serviços públicos de saneamento, há necessidade de edição de lei autorizativa estadual com vistas a autorizar a concessão dos serviços públicos de água e esgoto pelo ERJ a operadores privados?

Em resposta ao quesito 1.5., o Parecer nº 03/2019 – GUB concluiu:

1. Não é necessária a edição de lei autorizativa estadual, ante o disposto no art. 2º da lei federal nº 9.074/1995, que expressamente a dispensa nos casos de concessão do serviço de saneamento básico. Referida lei trata de normas gerais aplicáveis a todos os entes da Federação.

2. Há, todavia, Municípios da região metropolitana (destacados no anexo ao Parecer nº 03 /2019 - GUB) que exigem lei autorizativa para a concessão dos serviços de saneamento ou, de forma genérica, para todos os serviços públicos que vierem a ser concedidos, sendo recomendado, nessas hipóteses:

(i) se forem referentes à concessão dos serviços de saneamento básico:

(i.1.) a revogação de tais dispositivos pelas Câmaras Municipais; ou

(i.2.) a emissão de parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República e com a legislação federal de regência;

(ii) se forem referentes à prestação de serviços públicos em geral, seja acrescentada ressalva quanto à concessão dos serviços de saneamento básico, em consonância com o art. 2º da Lei federal nº 9.074/1995.

1.7. As Leis Orgânicas de Maricá (art. 41), São Gonçalo (art. 16, XVI c/c art. 10, parágrafo único) Tanguá (art. 14, §1º) e Rio de Janeiro (art. 22, §1º) estabelecem que a sua participação na região metropolitana deverá ser precedida de autorização legislativa. Considerando esse contexto, é viável que tais municípios participem do Rio Metr pole e exerçam seu direito de voto no Conselho Deliberativo sem a respectiva autorização legislativa municipal?

Em resposta ao quesito 1.7., o Parecer nº 03/2019 - GUB concluiu:

1. A criação de regiões metropolitanas não viola a autonomia municipal. A mesma Constituição que confere aos Municípios autonomia, prevê a possibilidade de criação de regiões metropolitanas por meio de lei complementar estadual, sem exigir para tanto a qualquer tipo de autorização legislativa dos Municípios envolvidos (art. 25 §3º da Constituição da República).
2. Nesse cenário, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei complementar nº 184/2018, que instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, composta por 22 municípios, dentre os quais se incluem os Municípios de Maricá, São Gonçalo, Tanguá e Rio de Janeiro (art. 1º). A referida lei instituidora assegurou a todos eles direito de participação e de voto no Conselho Deliberativo.
3. É, portanto, possível que tais Municípios participem do Rio Metr pole e exerçam seu direito de voto no Conselho Deliberativo, sendo vedada a exigência autorização legislativa municipal. Os dispositivos que condicionam a participação de tais Municípios na região metropolitana à lei autorizativa municipal não se mostram compatíveis com uma interpretação sistemática da Constituição da República.

1.8. As leis Orgânicas de alguns municípios vedam a concessão dos serviços de saneamento básico para a iniciativa privada ou estabelecem restrições relevantes. Considerando esse contexto, indaga-se: caso tais municípios estejam inseridos no Rio Metr pole, é viável que eles participem das deliberações do Conselho Deliberativo do Rio Metr pole com direito à voto?

Em resposta ao quesito 1.8., o Parecer nº 03/2019 - GUB concluiu:

1. É viável a participação desses Municípios nas deliberações do Conselho Deliberativo da RM, considerando a Lei complementar que a instituiu e a decisão do STF quanto à integração compulsória dos municípios integrantes.
2. Será competente a Região Metropolitana, por meio de seu Conselho Deliberativo, e não os Municípios dela integrantes, para dispor sobre a forma de prestação do serviço de saneamento, a qual não se encontra mais circunscrita à esfera municipal.
3. Assim, diante da existência de dispositivos em Leis Orgânicas que vedam a concessão dos serviços de saneamento básico para a iniciativa privada ou que estabelecem restrições relevantes em alguns dos Municípios integrantes da Região Metropolitana, o parecer recomendou:

(i) se forem referentes à concessão dos serviços de saneamento básico:

(i.1.) a revogação de tais dispositivos pelas Câmaras Municipais; ou

(i.2.) a emissão de parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República e com a legislação federal de regência;

(ii) se forem referentes à prestação de serviços públicos em geral, seja acrescentada ressalva quanto à concessão dos serviços de saneamento básico, em consonância com o art. 2º da Lei federal nº 9.074/1995.

1.9. Se o ERJ proceder com a concessão regionalizada dos serviços, há incidência do art. 31, da Lei Estadual nº 2.831, de 13 de novembro de 1997 (lei estadual de concessões), no que tange à proibição implícita de subconcessão integral?

Em resposta ao quesito 1.9., o Parecer nº 03/2019 - GUB concluiu que:

1. A titularidade dos serviços de saneamento não será transferida ao Estado do Rio de Janeiro, mas à Região Metropolitana, o que significa que ele não pode conceder tais serviços, muito menos disciplinar a possibilidade ou não de subconcedê-los.
2. O Estado só pode subconceder os serviços dos quais é concessionário. Logo, entende-se que o disposto no artigo 31 da Lei estadual nº 2.831/1997, que disciplina a possibilidade de subconcessão no âmbito de concessões de serviços públicos realizadas pelo Estado do Rio de Janeiro, não incide sobre os serviços titularizados pela Região Metropolitana pelos municípios não metropolitanos e, portanto, não se aplica no presente caso.

Em suma: não é necessária a edição de lei autorizativa estadual para possibilitar a concessão dos serviços de saneamento básico, uma vez que a Lei Nacional nº 9.074/1995 a dispensa (1.5). As leis de municípios metropolitanos que proíbem ou restringem a concessão do serviço público de saneamento básico (1.8) ou que condicionam a participação de municípios na RM à autorização legislativa (1.7) não se mostram compatíveis com a interpretação sistemática da CRFB. E a previsão de lei estadual disciplinando subconcessão não incide sobre serviços que não são titularizados pelo Estado do Rio de Janeiro, como é o caso do saneamento básico, a luz da jurisprudência do STF (1.9).

Registro, por fim, que, em acréscimo ao **Parecer nº 03/2019 – GUB**, entendo que deve se estender ao **quesito 1.7** a recomendação feita nos **quesitos 1.5 e 1.8**, no sentido de que as previsões de Leis Orgânicas que condicionam a participação de municípios na RM à autorização legislativa, para fins de segurança jurídica, devam ser objeto de:

(i.1) revogação pelas respectivas Câmaras Municipais;

(i.2) parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República;

Meus acréscimos:

Entendo que tais recomendações devem se aplicar também ao quesito 1.7., tendo em vista que, a despeito de já existir vasta jurisprudência do STF declarando normas do gênero inconstitucionais, os dispositivos das leis orgânicas objeto da presente consulta não foram especificamente objeto de invalidação.

Adicionalmente, quanto solução apresentada no item (i.2) dos quesitos 1.5 e 1.8 (e também recomendada por mim para o quesito 1.7), recomendo que se verifique, em cada município com legislação contrária ao projeto, o itinerário para que sejam atribuídos efeitos vinculantes aos respectivos pareceres. Isto é: não basta que haja um parecer do Procurador Geral. É preciso que se lhe atribua efeitos vinculantes, o que só será possível na forma da legislação local.

Acrescento, por fim, que também seria interessante se **considerar o ajuizamento da devida ação de controle concentrado de constitucionalidade para impugnar os dispositivos das legislações municipais em análise**, a exemplo da propositura de Representação de Inconstitucionalidade pelo Governador do Estado ou pelo Procurador Geral do Estado, conforme previsto no art. 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

3) **Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17. Terceiro grupo: pagamentos ao Estado do Rio de Janeiro e indenizações. Quesitos: 2.1 e 3.1:**

2.1. Considerando a disciplina a ser estabelecida com base nas deliberações dos titulares dos serviços de água e esgoto e nos instrumentos de gestão associada a serem celebrados, o ERJ poderá

figurar como beneficiário dos pagamentos de outorga a serem efetuados pelos adjudicatários dos contratos de concessão? E dos valores decorrentes da alienação do controle da CEDAE?

Em resposta ao quesito 2.1., o Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17 concluiu:

1. O ERJ poderá figurar como beneficiário dos valores decorrentes de alienação do controle acionário da CEDAE, tendo em vista ser o titular do direito de propriedade das ações, motivo pelo qual os referidos valores devem ser revertidos ao Estado;
2. O ERJ também pode figurar como beneficiário do pagamento das outorgas a serem feitas pelos adjudicatários dos contratos de concessão. Tal conclusão decorre: (i) de leitura adequada do princípio da indisponibilidade do interesse público – em que não há relação necessária entre indisponibilidade do interesse público e indisponibilidade de interesses patrimoniais –, (ii) de se buscar realizar o interesse público em concreto, sem se deixar levar por fantasmagorias abstratas, e (iii) de se reconhecer a tendência legislativa atual, em prol da consensualidade e dos acordos administrativos.
3. Concretamente, o recebimento de parcela dos recursos relativos às outorgas dependerá de acordo a ser celebrado entre o ERJ e os municípios, exigindo-se que tal acordo seja motivado e possua causa econômica.

3.1. A extinção dos contratos de programa vigentes entre a CEDAE e os municípios incluídos no projeto, com a consequente limitação de escopo incumbido a tal companhia, enseja o direito desta a perceber indenização pelos investimentos em ativos não completamente amortizados?

Em resposta ao quesito 3,1., o Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17 concluiu:

1. Por força da previsão do art. 36 da Lei nº 8.987/95, a CEDAE possui direito à indenização pelos investimentos não amortizados do serviço público de saneamento básico. Tal indenização se destina à compensação pela perda dos benefícios decorrentes da exploração, e que resultariam da continuação desta;
2. O documento do BNDES leva em consideração duas alternativas: (i) repassar o ônus das indenizações aos concessionários, com base no risco de inadimplência dos municípios; ou (ii) a CEDAE abrir mão das indenizações que lhe seriam devidas, a fim de evitar risco de circulação ineficiente de recursos, já que, se a CEDAE assim procedesse, poderia haver um aumento do valor a ser recebido pelas outorgas pagas pelos concessionários. Quanto à opção (ii), o BNDES partiu da premissa de que o ERJ, na qualidade de acionista controlador da sociedade de economia mista, poderia abrir mão das indenizações para tomar a licitação das concessões mais atraente;
3. Quanto a tais afirmações, se mostra necessário identificar, de modo concreto e específico, quais são os valores devidos, por cada município, a título de indenização por investimentos realizados pela CEDAE. Em outras palavras, faz-se mister realizar levantamento dos investimentos, preferencialmente por auditoria independente ou por acordo entre as partes;
4. Depois, interessante que sejam realizadas negociações entre a CEDAE e os municípios, com vistas ao recebimento de recursos (o que pode incluir parcelamentos e descontos). Não se deve assumir, sem maiores detalhamentos e tentativas, que todos os municípios sejam incapazes de pagar as indenizações devidas à CEDAE e, ato seguinte, o Estado impor à sua controlada que abra mão de recursos;
5. Nos casos em que efetivamente as indenizações não sejam possíveis pela via negociada, sugeriu-se, em princípio, que o ônus de seu pagamento seja deslocado para as futuras concessionárias, uma vez que não há certeza de que as licitações refletirão o possível “desconto” a decorrer de se abrir mão das indenizações devidas à estatal estadual (sequer se há certeza de que as licitações terão êxito);
6. Além disso, a CEDAE e o ERJ são entes distintos, logo o ERJ não pode desconsiderar as regras de governança e interesses descoincidentes de sua controlada para forçar que ela abra mão de recursos próprios, ainda que futuros. Tal postura, inclusive, corre o risco de ser

tomada como abuso do poder de controle, considerando que pode ir de encontro com interesses legítimos de seus empregados, fornecedores e demais acionistas.

Em suma: (2.1) O ERJ poderá figurar como beneficiário dos valores decorrentes da alienação do controle acionário da CEDAE, tendo em vista ser o titular do direito de propriedade das ações, O ERJ também pode figurar como beneficiário do pagamento das outorgas, com base em uma leitura adequada do princípio da indisponibilidade do interesse público. Para o ERJ receber as outorgas, deverá, a luz da consensualidade administrativa, celebrar acordo com os municípios, o que depende de motivação que demonstre a existência de causa econômica. (3.1) Por força da previsão do art. 36 da Lei 8987/95, a CEDAE possui direito à indenização pelos investimentos não amortizados do serviço público de saneamento básico. Nos casos em que efetivamente as indenizações não sejam alcançáveis pela via comercial, sugeriu-se, em princípio, que o ônus de seu pagamento seja deslocado para as concessionárias. Desaconselhou-se a hipótese de a CEDAE abrir mão dos valores devidos.

Um único acréscimo:

Quanto à resposta ao quesito 3.1, vale acrescentar que a própria Lei de Relicitação (Lei nº 13.448/2017), mencionada no Parecer nº 07/2019 JVSMPG-17, prevê, no seu art. 15, § 1º, I, a possibilidade de o novo concessionário ser o responsável pela indenização ao concessionário anterior. Confira-se:

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

§ 1º Também poderão constar do termo aditivo de que trata o caput deste artigo e do futuro contrato de parceria a ser celebrado pelo órgão ou pela entidade competente:

I - a previsão de que as indenizações apuradas nos termos do inciso VII do §1º do art. 17 desta Lei serão pagas pelo novo contratado. Nos termos e limites previstos no edital da relicitação:

4) Parecer nº 07/2019 – ASA. Quarto grupo: privatização da CEDAE *up stream* e suas implicações. Quesitos: 1.10 e 4.1:

*1.10. Qual instrumento jurídico pode ser utilizado, considerando a base legal vigente para viabilizar a delegação de serviços *upstream* à CEDAE?*

Em resposta ao quesito 1.10., o Parecer nº 07/2019 – ASA concluiu:

1. O instrumento jurídico adequado para viabilizar a delegação de serviços *upstream* à CEDAE varia conforme a ocorrência ou não de sua privatização;
2. Se não houver privatização, isto é, caso a Companhia continue com natureza de pessoa jurídica integrante da Administração Pública Indireta, o instrumento jurídico pertinente para viabilizar a delegação de serviços *upstream* à CEDAE é o contrato de programa, na forma do art. 13, §5º da Lei nº 11.107/2005;
3. Já na hipótese de efetiva privatização da CEDAE *upstream*, ou seja, caso o Estado deixe de ter mais de 50% das ações com direito a voto, o instrumento jurídico adequado para viabilizar a delegação é o contrato de concessão, com licitação prévia na modalidade de concorrência, na forma do artigo 175 da CRFB, da Lei nº 8.987/1995, e com aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993;
4. Ressalta-se que, para formular esta resposta, o parecerista partiu da pressuposição de que as operações referentes à alienação das ações e à delegação dos serviços públicos seriam feitas concomitantemente, resguardando-se diante de situação distinta. Logo, caso o consulente

pretenda realizar as referidas operações de forma não concomitante, sugeriu-se que se proceda nova consulta a esta Procuradoria.

4.1. Privatização da CEDAE upstream: É possível a futura alienação de ações representativas do controle da CEDAE upstream por meio de procedimentos de oferta pública de ações, com pulverização de ações sem formação de bloco de controle, procedida no ambiente de negociação da Bolsa de Valores, nos termos da legislação incidente sobre as operações de mercado de capitais?

Em resposta ao quesito 4.1., o Parecer nº 07/2019 - ASA concluiu:

1. Entendeu-se que a adoção de uma estrutura pulverizada de controle da concessão resta impossibilitada devido ao caráter de prestadora de serviços públicos da CEDAE. Por tal razão, a companhia deve se submeter aos critérios da Lei nº 8.987/1995, tais como a exigência de qualitativos técnicos (arts. 15, VII; 23, III; 29 VII e X; 38, § 1º) e a requisição de prévia anuência do Poder Concedente para realização da transferência do controle da concessionária, sob pena de caducidade da concessão (art. 27);
2. Assim, há uma *ratio legis* que privilegia a necessidade de qualitativos técnicos e a atuação do poder concedente quanto ao controle societário da concessionária, baseadas em uma matriz axiológica que consagra os princípios da continuidade do serviço público e da eficiência;
3. Em última análise, a verificação quanto ao cumprimento destes requisitos legais quedaria prejudicada diante da ausência de um controle definido ou de ampla fluidez dele. Desse modo, se tomaria inviável a proposta apresentada na consulta, que alvitra uma estrutura pulverizada de controle quando da concessão;
4. Ademais, cumpre ressaltar que, para além das respostas aos quesitos, o parecer em questão ainda recomendou seguinte:

(i) Independentemente do modelo escolhido para viabilizar a delegação dos serviços e/ou a alienação das ações da CEDAE *upstream*, deve-se realizar uma análise econômico-mercadoológica prévia, quanto à pertinência da manutenção do controle acionário e quanto ao momento mais adequado para a venda dos serviços;

(ii) É fundamental para a segurança jurídica e para a otimização das licitações dos serviços que os critérios de fixação do preço da água sejam balizados de forma contundente e prévia, bem como seus respectivos reflexos, de forma exata, visto que a água é o insumo mais relevante para a atividade de saneamento básico *upstream*;

Em suma: (1.10) para avaliar qual o instrumento jurídico adequado à delegação de serviços *upstream* à CEDAE deve-se levar em conta a ocorrência ou não de sua privatização. Caso a CEDAE permaneça como pessoa-jurídica integrante da Administração Pública Indireta, o instrumento jurídico adequado à delegação de serviços é o contrato de programa. Por outro lado, caso se efetive sua privatização, é o contrato de concessão, precedido por licitação na modalidade concorrência. (4.1) Além disso, entende-se pela impossibilidade de alienação por meio de pulverização de ações da CEDAE, devido a seu caráter de prestadora de serviços públicos.

Não tenho acréscimos ao parecer nº 07/2019 – ASA.

À PG-2, para superior consideração.

Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2019.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado
Procurador-Chefe da PG-17

Anexo 1:

	Previsão na Lei Orgânica	Estabelece a necessidade de lei autorizativa para a concessão de serviços públicos?	Veda a concessão dos serviços de saneamento básico para a iniciativa privada ou estabelece restrições relevantes?
Rio de Janeiro	Arts. 30, VI, "a", XIX, "c", XXIX, 31, 140, 148, 149, 150, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489.	Sim, Art. 31 – A competência para exploração de serviços de água e esgoto, referida no art. 30, VI, a, será exercida pelo Município diretamente, através de organismo próprio, ou mediante concessão. Parágrafo único - A atribuição da concessão e a conclusão do respectivo convênio dependem de autorização prévia da Câmara Municipal.	Não.
Belford Roxo	Arts. 17, X e XVII, 18, 151, 181, 238, 268, 273, 293	Não.	Não.
Cachoeiras de Macau	Arts. 28, 164, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 280	Não.	Sim. Art. 164 - Incumbe ao Município, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. § 4º - As concessões de que trata este artigo em nenhuma hipótese poderão exceder prazo de 10 (dez) anos, prorrogável por lei a

			critério do Poder Público, no máximo por igual período, executando-se as de transportes rodoviários passageiros.
Duque de Caxias	Arts. 8º, VI, 9, 12, XIV, 68, 70, 82, 84, 158, 159	<p>Sim. Art. 69 O ato de outorga ou renovação de concessão e permissão de serviços públicos será apreciado pela Câmara Municipal.</p> <p>Art. 158 Ressalvadas as atividades de planejamento e controle, a Administração Municipal poderá desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que conveniente ao interesse público, à execução indireta, mediante concessão ou permissão do serviço público ou de utilidade pública, verificado que a iniciativa privada esteja suficientemente desenvolvida e capacitada para o seu desempenho.</p> <p>§ 1º A concessão ou permissão de serviço público ou de utilidade pública, sempre a título precário, será precedida de licitação após autorização legislativa.</p>	Não.
Guapimirim	Arts. 16, VI, 23, I e VI, 108, 167, 172, 173, 174, 175, 176,	Não.	Não.

	177, 178, 194, 267, 291, 317		
Itaboraí	Arts. 37, 39, 41, VII, 130, 167, 174, 184, 266	Não.	Sim. Art. 37 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. § 1º - O Poder Executivo poderá autorizar, a título precário e por prazo nunca superior a 3 (três) anos, improrrogáveis, a exploração de serviço público em áreas consideradas de interesse público.
Itaguaí	Arts. 16, X e XVIII, 17, 52, V, 208, 223, 226, 337, 338, 344	Sim. Art. 52- Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de Competência do Município especialmente sobre: V - concessão, permissão e autorização de serviços públicos; Art. 99 - Compete ao Prefeito, entre outras atribuições: XXXVII - Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a celebrar: Convênios, Concessões, acordos, termos de ajustamento de conduta, termos aditivos, ou qualquer outro instrumento celebrado pelo Município com a	Não.

		<p>União, com o Estado, com pessoa Jurídica de Direito Público Interno, de Direito Privado, com Instituições estrangeiras ou Multinacionais, de forma abrangente e no interesse do Município, terá sua validade condicionada a prévia autorização Legislativa</p>	
Japeri	<p>Arts. 15, V e XIII, 32, IV, 33, XXVIII, 133, I, “g”, 145, 177, 221, 222, 223</p>	<p>Sim. Art. 32 - Cabe à Câmara Municipal, com sanção do Prefeito, exceto quando se tratar de Lei Orgânica, dispor sobre as matérias de Competência do Município e, especialmente: IV - autorizar a concessão e permissão de serviços públicos.</p>	<p>Não. Tem dispositivo que autoriza a concessão. Art. 222 - Os serviços de distribuição de água, coleta e disposição de esgotos, coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos e lixo urbano, poderão ser concedidos à empresas públicas e privadas.</p>
Magé	<p>Arts. 7, VI, “b”, 14, 68, XXVIII, 87, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 151, 153, 236, 253</p>	<p>Não.</p>	<p>Não.</p>
Maricá	<p>Arts. 49, XII, 50, 74, XVI, 75, XXXIX, 258, 266, 267, 269, 270, 271, 272, 345, 369, 376</p>	<p>Sim. Art. 75 - E da competência exclusiva da Câmara Municipal: XXXIX - autorizar a concessão de serviços públicos, na forma 267 da lei. Art. 269 - A permissão de serviço a título precário será outorgada por decreto do Prefeito, após edital de</p>	<p>Não.</p>

		chamamento de interessados para escolha do melhor pretendente, sendo que a concessão só será feita com autorização legislativa, mediante contrato, precedido de concorrência pública.	
Mesquita	Arts. 8, III e IX, 13, 130, 158, 159, 161, 223, 224, 225, 226, 227, 228	Não.	Sim. Art. 224 O serviço público de que trata o "caput" do artigo anterior será organizado, prestado, explorado e fiscalizado diretamente pelo Município, vedada a outorga mediante concessão, permissão ou autorização, exceto à entidade pública municipal existente ou que venha a ser criada para tal fim, ou a entidade pública estadual.
Nilópolis	Arts. 13, X e XVIII, 14, 104, 105, 152, 153, 186, 203, 206	Sim. Art. 104 - A permissão de serviço público, a título precário, será outorgada por decreto do Prefeito, após edital de chamamento de interessados para a escolha do melhor pretendente, sendo que a concessão só será feita com autorização legislativa, mediante contrato, procedido de concorrência pública § 1º - Serão	Não.

		<p>nulas de pleno direito as permissões, as concessões, bem como quaisquer outros ajustes feitos em desacordo com o estabelecido neste artigo. § 2º - Os serviços permitidos ou concedidos ficarão sempre sujeitos à regulamentação e fiscalização do Município, incumbindo, atualização e adequação às necessidades dos usuários. § 3º O Município poderá retomar, sem indenização os serviços permitidos ou concedidos, desde que executados em desconformidade com o ato ou contrato, bem como aqueles que se revelarem insuficientes para o atendimento dos usuários.</p>	
Niterói	Arts. 12, XXXI, XXXIII, XXXIV, 13, 38, V, “b”, 110, 213, 316, 328, 373	Sim. Art. 38 Compete à Câmara Municipal, com sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do Município, especialmente se a matéria for a respeito de: V • autoriza a concessão: b) de serviços públicos;	Não.

Nova Iguaçu	Arts. 14, X e XVII, 151, 180, 238, 269	Não.	Não.
Paracambi	Arts. 14, XI, XIX, 15, 106, 184, §2º XII, XVII, 195, 225	Sim. Art. 106 - A permissão de serviço público, a título precário, será outorgada por decreto do Prefeito, após edital de chamamento de interessados para escolha do melhor pretendente, sendo que a concessão só será feita com autorização legislativa mediante contrato, precedido de concorrência pública. § 1º - Serão nulas de pleno direito as permissões, as concessões, bem como quaisquer outros ajustes feitos em desacordo com o estabelecido neste artigo.	Não.
Petrópolis	Arts. 16, §1º, VIII, XII, 20, 124, 127, 128, 137, 166	Não.	Não.
Queimados	Arts. 12, V, IX, 13, 20, 36, I, “j” 108, 111, 160, 169, 196, 197, 198	Não.	Não. Tem dispositivo que autoriza. Art. 197 - Os serviços de coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos e de lixo urbano poderão ser concedidos a empresas públicas e privadas.
Rio Bonito	Arts. 4, V, 5, 15, XI, 69, 94, 96	Sim. Sim. Art. 14 - E da competência exclusiva da Câmara, além de outras atribuições previstas	Não.

		<p>nesta Lei Orgânica: XI - aprovar contrato de concessão de serviços públicos na forma da lei; Art. 69 - O Município organizará e prestará diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão os serviços públicos de sua competência § 2º - a concessão de serviço Público será outorgada mediante contrato precedido de concorrência e autorização legislativa.</p>	
São Gonçalo	Arts. 11, V, 111, VII, 113, 128, 206	Não.	Não.
São João de Meriti	Arts. 18, 84, 85, 86, 100, 106	Não.	Não.
Seropédica	Arts. 11, V, XIII, “d”, IX, 12, 28, 104, 105, 199	<p>Sim. Art. 28 - Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre as matérias de competência do Município e, especialmente: IV - autorizar a concessão e permissão de serviços públicos; Art. 104 - A permissão de serviço público, a título precário, será outorgado por decreto do Prefeito, após edital de chamamento de interessados para escolha do melhor pretendente, sendo que a concessão só será feita com</p>	Não.

		autorização legislativa mediante contrato, precedido de concorrência pública	
Tanguá	Arts. 20, VI, XVI, “d”, IX, 21, 27, 41, I, “j”, 45, IV, 127, 129, 130, 175, 185, 217, 262, 263, 264	Sim. Art. 45 - Cabe à Câmara de Vereadores, com a sanção do Prefeito, dispor sobre as matérias da competência do Município e, especialmente: IV - autorizar a concessão e permissão de serviços públicos;	Não. Tem dispositivo que autoriza. Art. 263 - Os serviços de distribuição de água, coleta e disposição de esgotos, coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos e de lixo urbano poderão ser concedidos a empresas públicas e privadas.

VISTO

Visto. **Aprovo** os Pareceres nº 09/2019 ARCYIPG-17, 03 /2019 GUB, 07/2019 JVSM/PG-17 e 07/2019 ASA/PG-17, da lavra, respectivamente, dos Procuradores do Estado **ANDRE RODRIGUES CYRINO, GUSTAVO BINENBOJM, JOSE VICENTE SANTOS DE MENDONÇA e ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO, com acréscimos** sugeridos no Visto nº 11 /19 da lavra do Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17) **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO** (fls. 2021213).

Os opinamentos examinaram consulta formulada pelo Diretor Presidente da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro – CEDAE indagando acerca da viabilidade jurídica do Projeto de Desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela CEDAE, a fim de dar cumprimento ao Plano de Recuperação Fiscal acordado entre o Estado do Rio de Janeiro e a União Federal, com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDS tendo sido o responsável pelo modelagem do projeto.

Os pareceres examinaram **quatro blocos de complexas questões jurídicas**, a saber: **(i)** a competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro na formatação institucional do modelo; **(ii)** a questão federativa em face das leis locais e da legislação estadual; **(iii)** os pagamentos devidos ao Estado do Rio de Janeiro e as indenizações; **(iv)** a privatização da CEDAE *upstream* e suas implicações.

Importante referir que **as conclusões dos Pareceres 03/2019 GUB, 07/2019 JVSMIPG-17 e 07/2019 ASAIPG-17 foram compendiadas no Visto nº 11/19 - PGEIPG-17 da lavra do Procurador Chefe da Procuradoria Administrativa (fls. 2021213).**

Em relação ao Parecer nº 09/2019 ARCYIPG-17, os quesitos foram, igualmente, respondidos de forma bastante objetiva, com as suas conclusões sendo integralmente aprovadas no presente Visto.

À CEDAE, em devolução.

Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2019.

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Lei Complementar Estadual nº 184/2018. Órgão Executivo. Autarquia Estadual Instituto Rio Metr pole. Viabilidade jurídica da sua integra o   Região Metropolitana. Vincula o ao Conselho Deliberativo, não mais integrando a Administra o Pública Estadual. Necessidade de edi o de nova Lei Complementar Estadual, alterando a LC não 184/2018. Considera es.

Exmo. Senhor Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa:

1. Trata-se de processo administrativo instaurado pela Promo o não 03 /2019 (fls. 03) do Exmo. Procurador-Chefe da *Procuradoria Administrativa* – PG-17, Dr. André Rodrigues Cyrino, por ordem do Procurador-Geral do Estado, Dr. Marcelo Lopes, para análise da *"possibilidade de que o Instituto Rio Metr pole, autarquia criada pela Lei Complementar não 184/2018, deixe de integrar a Administra o Pública estadual, e passe a integrar a própria Região Metropolitana, entendida como ente federativo sui generis"*. Questiona-se, ainda, como se deve proceder para realizar essa modifica o.

2. O presente administrativo foi instruído com cópia do Parecer não 03 /2019 ARCY/PG-17 (fls. 04/28), da lavra do Ilmo. Procurador do Estado, Dr. André Rodrigues Cyrino, o qual tratou de questões jurídicas decorrentes da Lei Complementar Estadual não 184/2018, que instituiu a modelagem atual da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ). Dentre os pontos analisados, o Parecer tratou da viabilidade de cria o, pela referida lei, da Autarquia Especial Estadual Instituto Rio Metr pole, como  rg o Executivo da RMRJ.

3. Na ocasião, o Parecer não 03/2019 ARCYIPG-17 concluiu pela viabilidade jurídica do desenho institucional trazido pelo art. 13, *caput*, da LC não 184/2018¹, no qual o Instituto, com natureza jurídica de autarquia especial, vincula-se, (i) de um lado,   Administra o do Estado do Rio de Janeiro para fins organizacionais, e, (ii) de outro lado, quanto às suas decisões finalísticas, aos comandos do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (CDRM). Posteriormente, tal orienta o foi reforçada pelo Parecer não 08/2019 ARCY/PG-17, também da lavra do Procurador do Estado André Rodrigues Cyrino².

4. Já a presente consulta, diversamente, trata da possibilidade de altera o da referida modelagem de modo que a autarquia Instituto Rio Metr pole passe a se vincular integralmente   RMRJ, isto  , tanto quanto às decisões finalísticas, como para fins organizacionais. Desse modo, deixaria de ser uma

¹Art. 13 Fica criado o Instituto da Região Metropolitana do Rio de Janeiro -Instituto Rio Metr pole, entidade integrante, para fins organizacionais, da Administra o Pública Estadual indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada, para fins organizacionais, ao Governo do Estado, com a fun o de executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como de assegurar suporte necessário ao exercício de suas atribui es, em especial quanto ao detalhamento das diretrizes gerais, planos e normas metropolitanas, definidas pelo próprio Conselho Deliberativo. (*grifou-se*)

² Conforme arguiu o Parecer não 08/2019 ARCYIPG-17: *"o Instituto Rio Metr pole não perde sua natureza de autarquia estadual pelo simples fato de estar vinculado às decisões da Região Metropolitana. Trata-se de novo desenho institucional que se insere no âmbito da discricionariedade legislativa capaz de aglutinar interesses regionais na forma do art. 23, parágrafo único da Constitui o da República"*

autarquia estadual vinculada ao CDRM, e se tomaria, por conseguinte, uma espécie de *autarquia integralmente metropolitana*.

5. A esse respeito, registre-se que, à época da concepção do anteprojeto de lei que, posteriormente, deu origem à LC Estadual nº 184/2018, o Parecer nº 02/15-RTAM-PG-2, da lavra do Ilmo. Procurador do Estado, Dr. Rodrigo Tostes Mascarenhas, esclareceu que a opção de conferir ao Órgão Executivo a forma de autarquia em regime especial integrante da Administração Pública Estadual se deu com o objetivo de contornar as dificuldades práticas que envolvem a criação de um Consórcio Público interfederativo, com o ônus de repassar o custo majoritário de sua manutenção ao Estado do Rio de Janeiro³.

6. Assim, contornaram-se eventuais questionamentos acerca da necessidade de lei autorizativa de cada município integrante, dentre outros requisitos formais previstos na Lei de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/05), para que se conferisse personalidade jurídica à Região Metropolitana⁴.

7. É o relatório. Passo a opinar.

8. Parece-me plenamente possível a transformação do Órgão Executivo da RMRJ, a autarquia estadual Instituto Rio Metrópole, em uma autarquia integralmente metropolitana, cuja organização passaria a competir ao CDRM, composto pelo colegiado de Estado e municípios metropolitanos.

9. Tanto é assim que o próprio STF, no julgamento da ADI nº 1.842/RJ, admite uma ampla liberdade de escolha legislativa do desenho institucional da RM, desde que a modelagem eleita seja capaz de 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"*.⁵

10. Como bem explica o voto do Ministro Ricardo Lewandowski⁶

"É importante ressaltar que não se pretende aqui estabelecer um padrão único e homogêneo gestão dos novos entes territoriais, porquanto há especificidades regionais que devem ser respeitadas na organização, planejamento, regulação, execução e fiscalização das funções públicas de interesse comum que neles se desenvolvem.

Existe, contudo, **não se pode olvidar, um mínimo denominador comum**, derivado dos princípios e regras constitucionais que regem a matéria, o qual condiciona e legitima o relacionamento dos diferentes entes da Federação entre si.

No caso das entidades regionais, o mínimo denominador comum para o seu adequado funcionamento consiste no **compartilhamento das decisões relativas às funções públicas de interesse comum**, inclusive quanto ao poder de concessão dos respectivos serviços, de tal modo que não haja concentração dessa competência na esfera de um único ente, seja ele o Estado instituidor, o Município-pólo ou qualquer dos demais Municípios, e **desde que não se dê a**

³ Nas palavras do parecerista: *"A solução 'teoricamente ideal' seria a formação de um consórcio. Mas a atual RM do Rio de Janeiro tem 22 entes. Fazer com que todos estes entes entrem voluntariamente num consórcio, com todas suas exigências formais, nos pareceu, 'na prática', inviável"* e *"A criação de autarquia estadual para funcionar como órgão executivo da RM traz um ganho de simplicidade e clareza, mas tem um custo. O custo é que, sendo estadual, esta autarquia será custeada por recursos do orçamento estadual"* [Fls. 5/ § 25].

⁴ Conforme explana o Parecer nº 02/15-RTAM-PG-2: *"Atribuir personalidade jurídica à própria RM talvez fosse possível, mas entraríamos em terreno completamente inexplorado. Tratar-se-ia de que? Um novo integrante da federação, uma 'administração direta 11 metropolitana, uma autarquia metropolitana? Seria nesse caso dispensável a lei de cada um dos entes? Como conciliar todas essas dificuldades – de ordem prática e jurídica - para a implementação de um ente dessa natureza e, ao mesmo tempo, evitar questionamentos capazes de inviabilizar a implementação de solução tão urgente e necessária?"* [Fls. 6/ § 28].

⁵ ADI 1842/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

⁶ ADI 18421RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. pl Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06 /0312013, inteiro teor, p. 257.

preponderância da vontade de determinado ente federado sobre os outros no processo de tomada de decisão." (destacou-se)

11. Na mesma linha, segue o voto do Ministro Gilmar Mendes⁷:

"Nada obstante a discussão doutrinária quanto à possibilidade de a região metropolitana, a microrregião e o aglomerado urbano deterem personalidade jurídica própria [...], **o importante é a existência de estrutura** (convênio, agência reguladora, conselho deliberativo etc.) **com alguma forma de participação de todos os entes envolvidos**, capaz de concentrar em um órgão uniformizador e técnico, responsável pela regulação e controle do serviço de saneamento básico.

[...]

Ressalte-se, porém, que a participação dos entes nessa decisão colegiada não necessita ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente." (destacou-se)

12. Em outras palavras, a preocupação da Suprema Corte reside na **promoção da participação, em algum grau** (mesmo que não paritário), de todos os entes federativos integrantes da RM, sobretudo dos municípios menores, na gestão dos serviços metropolitanos.

13. É O caso da modelagem atual que garante, em abstrato, a pluralidade da composição do Órgão Deliberativo da RM e a isonomia material do poder de voto de cada ente integrante, via distribuição de pesos dos votos, segundo critérios razoáveis (art. 10, LC 184/2018). Por mais que a estruturação e a organização do Instituto Rio Metrópole caiba exclusivamente ao ERJ, o poder de decisão sobre a execução das políticas metropolitanas remanesce com o CDRM, já que a autarquia, do ponto de vista material, submete-se ao decidido pelo CD.

14. Por outro lado, transformar O Instituto Rio Metrópole em uma autarquia integralmente metropolitana, com participação proporcional de cada ente federado na sua administração, **potencializa, de forma ainda mais intensa, o espírito de integração e cooperação interfederativa** preconizada no art. 25, §3º, da CRFB⁸ e na jurisprudência do STF⁹ ao permitir que os municípios **participem** não apenas das decisões sobre os rumos dos serviços metropolitanos, como **também do efetivo acompanhamento da execução destes**. Assim, tende a efetivar ainda mais os objetivos da RMRJ (art. 6º, LC 184/2018) de combate às desigualdades intrametropolitanas (inciso I) e de busca do equilíbrio entre os municípios que a compõe (inciso II).

15. Como já explanado, o STF admite uma ampla liberdade na formatação formal dos órgãos metropolitanos, não havendo qualquer óbice à constituição de uma autarquia metropolitana, vinculada, para fins organizacionais, ao CDRM. Pelo contrário, tal possibilidade é chancelada expressamente na ADI nº 1.842/RJ:

⁷ ADI 1842/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, inteiro teor, pp. 183-184.

⁸ Art. 25, § 3º 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.** (destacou-se)

⁹ Conforme bem esclarece o voto do Ministro Ricardo Lewandowski: "*Parece-me, portanto, que a gestão compartilhada das novas regiões, previstas no art. 25, § 3º, da CF, entre os Municípios e o Estado, é a solução que melhor se harmoniza com a preservação da autonomia local e a imprescindível atuação do ente instituidor como coordenador das ações que envolvam o interesse comum de todos os integrantes do ente regional*" (destacou-se). ADI 184200, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, inteiro teor, p. 247.

"Ora, se a região metropolitana é um conceito jurídico que institucionaliza um fenômeno empírico, a saber, a existência de núcleos urbanos contíguos, com interesses públicos comuns, correspondendo, na abalizada lição de Alaor Caffé, a uma autarquia territorial, intergovernamental e plurifuncional, sem personalidade política, torna-se, então, necessário compreendê-la a partir de noções que superem a visão tradicional que se têm da própria federação."¹⁰ (*destacou-se*)

"Em suma, a própria lei complementar que institui a entidade regional poderá lhe conferir personalidade jurídica - que terá natureza territorial-autárquica -, transferindo àquela a titularidade dos serviços públicos reputados de interesse comum, exercendo-a por delegação dos entes federados que detém a titularidade originária".¹¹ (*destacou-se*)

16. Assim, conforme consta dos trechos acima, parece viável juridicamente a criação de uma entidade metropolitana *sui generis*, desde que (i) **mediante lei complementar estadual**, visto se tratar de órgão integrante da Região Metropolitana; e desde que (ii) **com personalidade jurídica de direito público**, dada sua natureza autárquica.

17. Logo, para promover a transformação pretendida no Instituto Rio Metrôpole, entendo ser necessária a alteração da LC Estadual nº 184/2018, em especial do artigo 13, que trata da vinculação da autarquia ao ERJ. E também entendo ser mais prudente que se adote a personalidade jurídica de direito público, tendo em vista que, dentre as competências legais do Instituto Rio Metrôpole, constam atividades que envolvem poder de império, como, *e.g.*, a possibilidade de intervenção em serviços públicos (art. 13, I, "c" e II, "c", LC nº 184/2018) e de condução de licitações (art. 13, I, "a")¹².

18. Vale frisar que tal autarquia metropolitana referenciada nos trechos acima, por mais que se assemelhe à associação pública interfederativa prevista na Lei de Consórcios Públicos, não se confunde com esta; trata-se de entidade federativa *sui generis* que não se submete ao rito e aos requisitos da Lei de Consórcios Públicos.

19. Assim, para a constituição da autarquia metropolitana, é desnecessária a obtenção de autorização legislativa específica de cada ente federativo metropolitano, visto que, segundo a

¹⁰ ADI 1842/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, inteiro teor, pp. 242-243.

¹¹ ADI 1842/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, inteiro teor, pp. 258-259.

¹² Art. 13 Fica criado o Instituto da Região Metropolitana do Rio de Janeiro -Instituto Rio Metrôpole, entidade integrante, para fins organizacionais, da Administração Pública Estadual indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada, para fins organizacionais, ao Governo do Estado, com a função de executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como de 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.

I - em matéria de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário:

a) conduzir ou acompanhar as licitações e encaminhar para assinatura do Presidente do Conselho os contratos, convênios e outros instrumentos que, precedidos ou não de licitação, tenham como objeto a prestação de serviços de saneamento;

(...)

c) executar intervenção nos serviços delegados, aprovada pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, ouvida a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro-ALERJ;

II - em matéria de mobilidade urbana metropolitana:

(...)

c) executar a intervenção nos serviços delegados, aprovada pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, ouvida a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro- ALERJ por projeto de lei.

jurisprudência do STF, uma vez editada a Lei Complementar Estadual que institui a Região Metropolitana, a adesão dos municípios é compulsória (ADIs nº 796/ES, 1841/RJ e 1842/RJ)¹³.

20. Ora, não faria sentido a adesão dos municípios ser compulsória em relação aos Órgãos Deliberativo e Consultivo da RM, mas não o ser quanto ao Órgão Executivo. A exigência de autorização legislativa tratar-se-ia de um contrassenso, já que acarretaria, na prática, na obstrução das atividades da RM, indo de encontro ao espírito da CRFB e da ADI 1842/RJ¹⁴.

21. Noutro giro, vale observar que, caso efetivamente se transforme o Instituto Rio Metr pole em autarquia metropolitana, seria oportuno promover a adequa o de seus regulamentos internos, em especial revogando os dispositivos que prevejam a submissão de minutas e de manifesta es do Instituto Rio Metr pole ao crivo da PGERJ.

22. O Parecer n  08/2019 ARCY/PG-17, ao apreciar a questão, entendeu pela validade de tais previsões quando dissessem respeito a aspectos organizacionais da autarquia, visto que a autarquia se vincula ao Estado para fins estritamente organizacionais. Contudo, uma vez que o Instituto Rio Metr pole passe a se vincular para fins organizacionais ao CDRM, a submissão de tais minutas e manifesta es ao crivo da PGE-RJ passaria a violar a autonomia federativa dos municípios integrantes da RM, já que o art. 16 da LC 184/2018¹⁵ designou   Procuradoria do Instituto Rio Metr pole (composta por procuradores do estado e dos municípios) a competência para representa o judicial e consultoria jurídica da RMRJ.

23. Por fim, antes que se prossiga com a transforma o do Instituto Rio Metr pole em autarquia metropolitana, relevante averiguar se o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, previsto no art. 20 da LC n  184/2018, possui recursos para arcar com os custos de manuten o da autarquia, atualmente a cargo do ERJ por integrar a Administra o Pública Estadual.

  o parecer.

GUSTAVO BINENBOJM

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

¹³ ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999; ADI 1842/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 06/0312013.

¹⁴Nessa linha: Nesse contexto,   preciso garantir, por um lado, que um município isoladamente n  obstrua todo o esforço comum para viabilidade e adequa o da fun o de saneamento básico em toda região metropolitana, microrregião e aglomerado urbano" (*grifou-se*) ADI 1842/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/0312013, inteiro teor, p. 177.

¹⁵Art. 16 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.

VISTO

Visto nº 13/2019 – PGE/PG-17/ARCY

Processo Administrativo E-14/001.063825/2019

VISTO. Por estar integralmente de acordo, aprovo o erudito Parecer GUB nº 04/2019, da lavra do i. Procurador do Estado, Gustavo Binenbojm, que analisou a possibilidade de que o Instituto *Rio* Metr pole, autarquia criada pela Lei Complementar nº 184/2018 que hoje integra (para fins organizacionais) a Administra o Pública indireta do Estado do *Rio* de Janeiro, deixe de ser uma entidade estadual, e passe a integrar a própria Região Metropolitana (RM).

Segundo as conclusões apontadas no Parecer GUB nº 04/2019:

1.   plenamente possível a transforma o da autarquia estadual Instituto Rio Metr pole em uma autarquia integralmente metropolitana, que passaria a responder, diretamente, para todos os fins, ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (CDMR), composto pelo colegiado de Estado e municípios metropolitanos.

2. Transformar o Instituto Rio Metr pole em uma autarquia integralmente metropolitana, com participa o proporcional de cada ente federado na sua administra o, potencializa, de forma ainda mais intensa, o espírito de integra o e coopera o interfederativa. Mais: o modelo vai ao encontro da decisão do STF na ADI nº 1842, ao mesmo tempo em que promove ainda mais os objetivos da RMRJ (art. 6 , LC nº 184/2018) de combate às desigualdades intrametropolitanas e de busca do equilíbrio entre os municípios que a compõe.

3. Segundo o STF (ADI nº 1842) a Constitui o conferiu ampla liberdade legislativa para fins de defini o de desenho institucional dos órgãos metropolitanos, não havendo impedimentos   constitui o de uma autarquia metropolitana, vinculada, para fins organizacionais, ao CDRM.

4. A transforma o em questão pressupõe a altera o da Lei Complementar Estadual nº 184/2018, em especial do artigo 13, que trata da vincula o da autarquia ao Estado do Rio de Janeiro.

5. Tal autarquia metropolitana não se confunde com a associa o pública interfederativa prevista na Lei de Consórcios Públicos. Trata-se de entidade federativa *sui generis* que não se submete ao rito e aos requisitos da Lei de Consórcios Públicos. Assim,   desnecessária a obten o de autoriza o legislativa específica de cada ente federativo metropolitano, visto que, segundo a jurisprudência do STF, uma vez editada a Lei Complementar Estadual que institui a Região Metropolitana, a adesão dos municípios   compulsória. Caso contrário, a autoriza o legislativa de cada município acarretaria, na prática, obstru o das atividades da RM.

6. Caso o Instituto Rio Metr pole se transforme em autarquia metropolitana, seria oportuno promover a adequa o de seus regulamentos internos, em especial revogando dispositivos que prevejam a submissão de minutas e de manifesta es do Instituto Rio Metr pole (de cunho organizacional) ao crivo da PGE-RJ. No novo desenho, tal competência será da Procuradoria do Instituto Rio Metr pole.

7. Por fim, necessário averiguar se o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana possui recursos para arcar com os custos de manuten o da autarquia, atualmente a cargo do Estado do Rio de Janeiro por integrar a Administra o Pública Estadual.

  PG-2, para superior considera o.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2019.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO
Procurador do Estado
Procurador-Chefe da PG-17

O presente processo administrativo cuida de análise da possibilidade jurídica da transformação do Instituto Rio Metrópole em uma autarquia metropolitana.

Considerando as conclusões alcançadas no Parecer nº 04/2019 GUB, chancelado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa e aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado, no sentido da viabilidade jurídica da existência de uma autarquia integralmente metropolitana, solicito, em acréscimo, seja examinado o regime jurídico dos servidores integrantes dos quadros da referida autarquia, se transferida para a Região Metropolitana, em especial: (i) no que se refere à submissão ao teto remuneratório constitucional; e, (ii) caso exista vinculação ao teto, quanto ao parâmetro para sua aplicação.

À D. PG-17, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 17 de janeiro de 2020.

MARCELO LOPES DA SILVA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

VISTO

P.A. nº E-14/063825/2019

Visto. **Aprovo** o Parecer nº 04/2019-GUB, da lavra do Procurador do Estado **GUSTAVO BINENBOJM**, chancelado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17) **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO**, que concluiu pela viabilidade jurídica do Instituto Rio Metr pole, autarquia criada pela Lei Complementar nº 184/18, deixe de ser uma entidade estadual e passe a integrar a Região Metropolitana.

As **conclusões** do parecerista, compendiadas no Visto de fls. 38/39, podem ser assim sintetizadas:

a-)   juridicamente viável a transforma o da autarquia estadual Instituto Rio Metr pole em uma autarquia integralmente metropolitana, que passaria a responder, diretamente, para todos os fins, ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, composto pelo colegiado do Estado e dos Municípios metropolitanos;

b-) Transformar o Instituto Rio Metr pole em uma autarquia integralmente metropolitana, com participa o proporcional de cada ente federado na sua administra o, potencializa, de forma ainda mais intensa, o espírito de integra o e coopera o interfederativa. Mais: o modelo vai ao encontro da decisão do STF na ADI nº 1842, ao mesmo tempo que promove ainda mais os objetivos da Região Metropolitana (art. 6 , LC nº 184/18) de combate às desigualdades intrametropolitanas e de busca do equilíbrio entre os Municípios que a compõe;

c-) Segundo o STF (ADI nº 1842) a Constitui o conferiu ampla liberdade legislativa para fins de defini o de desenho institucional dos órgãos metropolitanos, não havendo impedimentos   constitui o de uma autarquia metropolitana, vinculada, para fins organizacionais, ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana;

d-) A transforma o em questão pressupõe a altera o da Lei Complementar nº 184/18, em especial do artigo 13, que trata da vincula o da autarquia ao Estado do Rio de Janeiro;

e-) Tal autarquia metropolitana não se confunde com a associa o pública interfederativa prevista na Lei de Consórcios Públicos. Trata-se de entidade federativa *sui generis* que não se submete ao rito e aos requisitos da Lei de Consórcios Públicos. Portanto,   desnecessária a obten o de autoriza o legislativa específica de cada ente federativo metropolitano, visto que, segundo a jurisprudência do STF, uma vez editada a Lei Complementar Estadual que institui a Região Metropolitana, a adesão dos Municípios   compulsória. Caso contrário, a autoriza o legislativa de cada Município acarretaria, na prática, obstru o das atividades da Região Metropolitana;

f-) Caso o Instituto Rio Metr pole se transforme em autarquia metropolitana, seria oportuno promover a adequa o de seus regulamentos internos, em especial revogando dispositivos que prevejam a submissão de minutas e manifesta es do Instituto Rio Metr pole (de cunho organizacional) ao crivo da PGE-RJ. No novo desenho, tal competência será da Procuradoria do Rio Metr pole;

g-) Por fim, necessário averiguar se o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana possui recursos para arcar com os custos da manuten o da autarquia, atualmente a cargo do Estado do Rio de Janeiro por integrar a Administra o Pública Estadual.

Ao Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado, **MARCELO LOPES DA SILVA**, em resposta   indaga o formulada às fls. 03.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2019.

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Consulta. Contrato nº 17.2.0389.1. Estado do Rio de Janeiro e BNDES. Análise da juridicidade da comprovação de atestação técnica por meio de subcontratadas. Impossibilidade. Art. 25 da Lei n. 8987/95. Arts. 72 e 78, VI da Lei n. 8666/93. Subcontratação da fração principal do objeto contratual. Distinção entre fração do objeto do próprio objeto da licitação. Possibilidade de utilização da figura do consórcio de empresas. Precedentes do Tribunal de Contas da União e Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

1 – CONSULTA

A consulta foi encaminhada a esta Procuradoria Especializada pelo Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves, em caráter de urgência, via correio eletrônico, para exame e parecer sobre consulta formulada no âmbito do Contrato nº 17.2.0389.1, celebrado pelo Estado do Rio de Janeiro com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), referente ao projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE.

O Contrato nº 17.2.0389.1, celebrado em 16 de novembro de 2017, visa a regular a forma e os prazos de pagamento da remuneração e dos ressarcimentos dos gastos com serviços de terceiros necessários à implementação do projeto de concessão regionalizada dos Municípios, atualmente operados pela CEDAE.

Considerando o desenvolvimento e o interesse do Estado no Projeto, tendo em vista a sua condição de acionista majoritário da CEDAE e a necessidade de privatização da sociedade empresária estatal, foi solicitada manifestação desta Procuradoria.

O parecer em tela se destina exclusivamente ao exame e resolução do quesito correspondente ao item nº 3 da Consulta, o qual me foi designado pelo Procurador- Chefe desta Especializada, Dr. André Rodrigues Cyrino. Confirma-se a dicção do referido quesito:

É juridicamente viável a comprovação de requisitos de habilitação técnica, referentes à experiência em operação de sistemas de saneamento, por meio de atestados emitidos em nome de sociedade subcontratada?

Cumprido informar, por fim, que o presente parecer se originou de consulta enviada por correio eletrônico, sem formação de processo administrativo físico, razão pela qual não há numeração processual indicada em epígrafe e pela qual não há instrução documental, impossibilitando o conhecimento de quaisquer outros elementos alheios à minuta enviada. No entanto, não há impedimentos à elaboração do presente parecer, tendo em vista se tratar de questão unicamente de direito.

Cabendo-me, portanto, analisar a viabilidade jurídica de comprovação de requisitos de habilitação técnica, referentes à experiência em operação de sistemas de saneamento, por meio de atestados emitidos em nome de sociedade subcontratada, passo diretamente à fundamentação e à resposta à consulta formulada.

2 – INVIABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DE ATESTAÇÃO TÉCNICA POR MEIO DE SUBCONTRATADAS

A subcontratação consiste na transferência da execução de parte da obra ou serviço a um terceiro estranho ao contrato, mantendo-se, contudo, a responsabilidade do subcontratante perante a Administração Pública pela parcela da obra ou serviço subcontratada.

O edital e o contrato podem admitir certa margem de subcontratação do objeto com vistas ao alcance de especialização e eficiência na execução contratual. Em outras palavras, a subcontratação atende ao legítimo objetivo de ampliar a competitividade da disputa, possibilitando a participação de interessados que, a princípio, não teriam condições de participar do procedimento licitatório.

Embora, em teoria, apresente inegáveis vantagens à Administração, a subcontratação deve ser realizada nos limites previstos pelo legislador constitucional e infraconstitucional. Isto é, para além dos princípios da competitividade e da eficiência, o administrador público está adstrito a uma série de outros princípios (tais como os previstos no art. 37 da Constituição Federal e no art. 14 da Lei n. 8987/95) e regras, que devem ser observados no momento de subcontratar.

Os arts. 25 da Lei n. 8987/95¹ e 72 e 78, VI da Lei n. 8666/93², preveem expressamente a possibilidade de, no âmbito de contrato celebrado com a Administração, o contratado subcontratar, ou seja, transferir a um terceiro a execução de determinadas obrigações específicas assumidas.

Tais dispositivos condicionam a viabilidade da subcontratação à expressa previsão no instrumento convocatório e no contrato. Sendo estes omissos, presume-se proibida a subcontratação. Não fixam, no entanto, percentual mínimo ou máximo para subcontratar, tratando-se de matéria de índole discricionária, “que, contudo, se sujeita ao controle de razoabilidade, para que não haja desvirtuamento do objeto do contrato”³.

Vale ressaltar, no entanto, que apenas parte do objeto do contrato celebrado com a Administração Pública pode ser subcontratada. Essa é a linha consagrada pelo Tribunal de Contas da União, que já decidiu ser “inadmissível subcontratação total, por ofensa às normas regentes dos contratos administrativos”⁴.

Para o TCU, ainda que a subcontratação tenha sido admitida pela Administração no edital do

¹ Art. 25. *Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.*

§ 1º *Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.*

§ 2º *Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.*

§ 3º *A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.*

² A lei 8666 de 1993 é aplicada em caráter subsidiário às concessões públicas. Segundo o disposto nos seus arts. 72 e 78: Art. 72. *O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.*

Art. 78. *Constituem motivo para rescisão do contrato: VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato*

³ Garcia, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 429.

⁴ TCU, Plenário, Acórdão nº 2189/11, Rel. Min. José Jorge, 17.08.2011, Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 76. Entendendo pela inconstitucionalidade e ilegalidade da subcontratação total do objeto contratual, por caracterizar contratação de empresas sem o devido procedimento licitatório, podem ser citados, além deste Acórdão, a Decisão nº 420/2002, e os Acórdãos nº 554/2005, 247/2005 e 11.908/2011.

certame, “deveria ocorrer apenas com relação a parte do objeto contratado originariamente, nunca envolvendo a sua integralidade”. Nesse sentido, “a cláusula contratual que permite a cessão ou transferência total fere o art. 72 da Lei 8.666/93.”⁵⁻⁶

A subcontratação total do objeto revela que aquele que fora contratado não deveria sequer ter sido selecionado no procedimento licitatório, pois não teria capacidade de executar o objeto, violando os princípios da competitividade e da isonomia.

Além de estar limitada a um percentual do valor total do contrato, quando autorizada, a subcontratação não deve contemplar atividades correspondentes às parcelas de maior relevância técnica exigidas para fins de qualificação dos licitantes.

Isso porque tais parcelas são elencadas pela Administração com o objetivo de analisar a experiência prévia do licitante, como forma de assegurar a sua real possibilidade ou competência para executar o contrato futuro em disputa.

Se revelaria completamente incompatível com esta finalidade a delegação de tais atividades a terceiros mediante subcontratação. Isto afastaria a segurança objetivada pela Administração ao estabelecer o rol de parcelas de maior relevância e fixar os respectivos requisitos de qualificação técnica

Esse é o entendimento do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro⁷ e do Tribunal de Contas da União. Destaca-se trecho do Acórdão 3144/2011, proferido pelo Plenário do TCU:

23. A licitação se destina a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração. E a proposta mais vantajosa não é apenas a de menor preço, mas igualmente a que contempla a técnica adequada e a execução por empresa apta para tanto. Ou seja, busca-se com o certame licitatório também selecionar o contratado que melhor atenda às necessidades da administração.

(...)

26. Assim, não faria sentido admitir que tais parcelas cruciais do objeto, para cuja execução foi selecionado o licitante mais apto, fossem posteriormente transferidas a terceiro por este escolhido. Isso tornaria completamente desnecessário o procedimento de habilitação e, conseqüentemente, esvaziaria de qualquer significado ou finalidade os

⁵ TCU, Plenário, Acórdão n.º 2813/2010-Plenário, Rel. Min. Subst. Weder de Oliveira, 20.10.2010, Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos n. 39.

⁶ É esse o posicionamento de Flávio Amaral Garcia, para quem “a subcontratação não pode ser confundida com intermediação, nem com falseamento do princípio da licitação, o que ocorreria na hipótese de subcontratação da integralidade do objeto. A prática é expressamente vedada no art. 73 da Lei 8.666/1993”. Garcia, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 430.

⁷ À título de exemplo, os processos TCE-RJ n.º 100.389-4/17, 227.942-8/17 e 227.163-4/17. No processo TCE-RJ n.º 100.389- 4/17, de 09.05.2017, assim entendeu a Sessão Plenária: “A subcontratação, quando autorizada, deve estar limitada a um percentual do valor total do contrato e não deve contemplar atividades correspondentes às parcelas de maior relevância técnica exigidas para fins de qualificação dos licitantes. Nesse sentido, deverá o Jurisdicionado fixar no instrumento convocatório e no contrato um limite percentual sobre o valor do contrato dentro do qual será possível a subcontratação. Considero que a análise quanto ao percentual permitido a título de subcontratação parcial deverá ser providenciada pelo Jurisdicionado, de forma que não cabe a esta Corte sugerir a adoção de um percentual. Deverá, sim, a Administração, no momento de avaliar a subcontratação, se nortear com base em parâmetros de razoabilidade, a fim de impedir a cessão ou transferência a terceiros do escopo principal do objeto licitado, o que dá azo à rescisão contratual, na forma do art. 78, VI, da CRFB. Nesse sentido, o subitem 13.4.1.4 1.11 deverá ser compatibilizado com o item 9 do ANEXO I – PROJETO BÁSICO, de forma a definir com clareza as parcelas de maior relevância, justificando as mesmas e observando que a parcela de maior relevância técnica não poderá ser objeto de subcontratação, conforme entendimento recente desta Corte de Contas.”

*dispositivos da lei que o preconizam, o que não pode ocorrer.*⁸

Em outras palavras, tal instituto deve ser encarado com excepcionalidade, sob pena de desfigurar o processo de escolha inerente ao próprio procedimento licitatório.

Ademais, consoante art. 25, §2º da lei 8987/95, os subcontratados mantêm vínculo contratual apenas com o contratado, de natureza civil, próprio e autônomo. Portanto, o contratado não se demite das responsabilidades assumidas no ajuste com a Administração. O vínculo do Poder Público é com aquele que participou da licitação e comprovou possuir as condições de executar a contento o objeto contratual.

Assim, quem responde pelos atos e omissões do subcontratado perante a Administração é o contratado. Repita-se: não há qualquer relação entre Poder Público e subcontratado, de modo que, também pelos atos ou omissões desta, o contratado é plenamente responsável⁹.

Tanto o contratado se responsabiliza pelo todo, que ponderou o Tribunal de Contas da União que “não há dispositivo legal que imponha às subcontratadas a necessidade de comprovar os requisitos de qualificação técnica. Tal exigência recai exclusivamente sobre a contratada, que se responsabiliza, técnica e contratualmente, pelos serviços executados por terceiros (art. 72 da Lei 8.666/1992)”.¹⁰

A subcontratação, portanto, só deve ser excepcionalmente admitida se parcial e quando não se mostrar viável, sob a ótica técnico-econômica, a execução integral do objeto pela contratada. Além disso, deverá estar prevista no instrumento convocatório e no contrato, permitida de forma expressa pela Administração contratante.¹¹

Para o fim de diferenciar subcontratação total e parcial do objeto, no entanto, se revela necessário distinguir fração do objeto do contrato do próprio objeto da licitação.

Se a fração do objeto a ser subcontratada for a fração principal, ela acaba se confundindo com o próprio objeto do contrato, inviabilizando a subcontratação. A subcontratação só será admitida se a fração do objeto atribuída ao subcontratado for acessória, secundária. Nessa hipótese, a fração principal do objeto será atribuída diretamente pela Administração Pública ao contratado que se submeteu ao procedimento licitatório.

À guisa de exemplo, sendo celebrado um contrato de elevada complexidade, como uma empreitada integral, a exigir do contratado a execução das obras, serviços e instalações, surgindo no curso do contrato um serviço especializado, que demande uma mão-de-obra que o contratado não

⁸ TCU, Plenário, Acórdão n.º 3144/2011-Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, 30.11.2010, Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos n. 88.

⁹ Tribunal de Contas da União condiciona a legalidade e constitucionalidade das subcontratações à ausência de qualquer mitigação ou transferência de responsabilidade da licitante vencedora, subcontratante, vedando a sub-rogação do contrato e a subcontratação total: “*Sub-rogação consiste na entrega da totalidade do objeto contratado a terceiro alheio à avença. Vale dizer que, na sub-rogação, pessoa estranha ao ajuste firmado assume, sem ter participado da licitação, todos os direitos e deveres consignados no contrato inicial, afastando qualquer responsabilidade do contratado. Não encontra amparo na Lei de Licitações a sub-rogação*”. Licitações e Contratos: Orientações da Jurisprudência do TCU. 4 ed. ver., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 792.

¹⁰ TCU, Plenário, Acórdão n.º 2910/2009-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 02.12.2009.

¹¹ O Acórdão 3.378/2012 do TCU menciona como regra a previsão expressa no edital ou no contrato. Segundo o TCU, só será admitida a subcontratação sem previsão editalícia ou contratual quando não haja expressa vedação e quando surja no curso da execução contratual “*um fato superveniente à celebração da avença, de sorte a garantir a viabilidade da execução do contrato administrativo mesmo ante a eventuais circunstâncias que impeçam a execução integral do avençado nos moldes originais em que fora pactuado*”. TCU, Plenário, Acórdão n.º 50/2012-Plenário, Rel. Min. José Jorge, 05.12.2012.

possui, seria possível se admitir uma subcontratação¹². Isso porque esse serviço seria uma fração do objeto do contrato, e não o objeto do contrato em si.

Não é o que acontece na hipótese objeto de questionamento. Quando se fala em *operação de sistemas de saneamento*, essa atividade configura fração principal do objeto do contrato, que se confunde com o próprio objeto contratual. Não se pode admitir subcontratação de parcela tão significativa. Ao se exigir tanto do subcontratado, acaba por transformar a subcontratação em espécie consórcio.

A figura do consórcio de empresas surge justamente como solução jurídica contemplada pelas leis 8987/95 e 8666/93¹³ para esse tipo de atuação. Os consórcios constituem verdadeiras “associações empresariais” dirigidas a viabilizar a participação de particulares que, sozinhos, não disporiam das condições necessárias para realizar o objeto do contrato. Nesse contexto, a participação de consórcios atua em benefício da competitividade, ampliando os limites de participação de interessados.

No consórcio, cada sociedade mantém sua personalidade jurídica, com uma empresa líder, mas todas mantendo vínculo com a Administração. Ademais, os documentos exigidos para aferição de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal são exigidos de cada uma das entidades consorciadas, conforme arts. 19, III da Lei n. 8987/95 e 33, III da Lei n. 8666/93.

Isso significa que, em um consórcio, cada uma de suas empresas participantes deverá comprovar preencher os requisitos previstos em lei para execução do objeto do contrato.

Por outro lado, em uma subcontratação, requisitos de qualificação técnica do objeto contratual devem ser exigidos do contratado, pois é ele quem tem que executar o objeto principal do contrato, e não a subcontratada. Exigências para uma subcontratação com a modelagem proposta seriam tantas e tamanhas que fariam surgir um consórcio sem previsão no direito brasileiro.

Nesse sentido, seria inviável juridicamente a comprovação de atestação técnica referente à experiência em operação de sistemas de saneamento por meio de subcontratada, porque, nessa hipótese, se estaria exigindo dela requisito de qualificação que, além de alta relevância técnica, é necessário para a execução do próprio objeto contratual.

3 – CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível sintetizar as conclusões deste parecer nos seguintes enunciados objetivos:

- (i) A subcontratação deve ser admitida em caráter excepcional, se parcial e quando não se mostrar viável, sob a ótica técnico-econômica, a execução integral do objeto pela contratada. Não se admite a subcontratação total do objeto do contrato celebrado com a Administração Pública.

¹² Segundo Marçal Justen Filho, a subcontratação é usual em casos que envolvem execuções contratuais complexas, “*em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade ou possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo*”. O autor acrescenta que uma diretriz essencial para se avaliar a conveniência da subcontratação são as práticas do mercado, isto é, “*se, na iniciativa privada, prevalece a subcontratação na execução de certas prestações, o ato convocatório deverá albergar permissão para que idênticos procedimentos sejam adotados na execução do contrato administrativo*”. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012, p. 944-945.

¹³ A lei 8987/95 admite a participação de consórcio de empresas em concessão de serviços públicos precedida ou não de obra pública, nos termos de seus arts. 2º, II e III, 19 e 20. A lei 8666/93, por sua vez, admite a participação de consórcios em certames licitatórios, observado seu art. 33.

- (ii) A subcontratação não deve contemplar atividades correspondentes às parcelas de maior relevância técnica exigidas para fins de qualificação dos licitantes, exigidas pela Administração com o objetivo de analisar a experiência prévia do licitante, como forma de assegurar a sua real possibilidade ou competência para executar o contrato futuro em disputa.
- (iii) Consoante art. 25, §2º da Lei n. 8987/95, a subcontratada mantém vínculo contratual apenas com o contratado, que, por sua vez, não se demite das responsabilidades assumidas no ajuste com a Administração. O vínculo do Poder Público é com aquele que participou da licitação e comprovou possuir as condições de executar a contento o objeto contratual.
- (iv) Se é o contratado que se responsabiliza pelo todo, não faz sentido impor à subcontratada a necessidade de comprovar os requisitos de qualificação técnica. Tal exigência recai exclusivamente sobre aquele que se responsabiliza, técnica e contratualmente, pelos serviços executados por terceiros, isto é, o contratado.
- (v) A subcontratação só será admitida se a fração do objeto atribuída ao subcontratado for acessória, secundária. Se a fração do objeto a ser subcontratado for a fração principal, ela acaba se confundindo com o próprio objeto do contrato, inviabilizando a subcontratação.
- (vi) Operação de sistemas de saneamento é atividade correspondente à fração principal do objeto do contrato, que se confunde com o próprio objeto do contrato. Não se pode admitir subcontratação de parcela tão significativa, sob pena de transformar a subcontratação em espécie consórcio.
- (vii) É inviável juridicamente a comprovação de atestação técnica referente à experiência em operação de sistemas de saneamento por meio de subcontratada, porque tal exigência equivaleria a requisito de qualificação que, além de alta relevância técnica, é necessário para a execução do próprio objeto contratual. Os atestados devem ser emitidos em nome do contratado, pois é ele quem tem que executar o objeto principal do contrato.

É o parecer

Rio de Janeiro, 22 de abril de 202.

GUSTAVO BINENBOJM

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

VISTO

Por estar de acordo, aprovo o erudito Parecer GUB nº 02/2020, da lavra do i. Procurador do Estado, Gustavo Binenbojm, que analisou a viabilidade jurídica de comprovação de requisitos de habilitação técnica, referentes à experiência em operação de sistemas de saneamento, por meio de atestados emitidos em nome de sociedade subcontratada.

A indagação do referido Parecer pretendia responder ao item nº 3 de consulta formulada no âmbito do Contrato nº 17.2.0389.1, celebrado pelo Estado do Rio de Janeiro e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), referente ao projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela empresa estatal estadual CEDAE.

Segundo as conclusões apontadas:

1. A subcontratação deve ser realizada em caráter excepcional, referente à parcela do objeto contratado, quando não se mostrar viável a execução integral do objeto pela contratada.
2. A subcontratação não deve contemplar atividades de maior relevância técnica exigidas na qualificação do procedimento licitatório.
3. Apenas o contratado tem o dever de comprovar o preenchimento de requisitos de qualificação técnica, pois é ele que se responsabiliza perante a Administração Pública.
4. Não pode ser realizada subcontratação de fração principal do objeto do contrato, que se confunde com o próprio objeto contratual.
5. Operação de sistemas de saneamento é atividade correspondente à fração principal do objeto do contrato, se confundindo com o próprio objeto contratual.

Em suma: diante dos limites relativos à subcontratação, é juridicamente inviável a comprovação de atestação técnica referente à experiência em operação de sistemas de saneamento por meio de subcontratada, tal como proposto. Tal exigência equivaleria a requisito de qualificação que, além de alta relevância técnica, é necessário para a execução do próprio objeto contratual. Os atestados devem ser emitidos em nome do contratado, pois é ele quem tem que executar o objeto principal do contrato.

À PG-2, para superior consideração.

Rio de Janeiro, 22 de abril de 2020.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado Procurador-Chefe da PG-17

VISTO

Aprovo o bem lançado, concludente e objetivo Parecer 02/2020 – GUB, da lavra do Procurador do Estado GUSTAVO BINENBOJM, aprovado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17), ANDRÉ RODRIGUES CYRINO, referente ao projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto, sublinhando, em especial:

- 1 – Apenas se admite a subcontratação em caráter excepcional, desde que seja parcial, recaia sobre parte acessória/secundária do contrato e não contemple atividades correspondentes às parcelas de maior relevância técnica exigidas para fins de qualificação dos licitantes.
- 2 – Havendo subcontratação de parte do objeto contratado, a subcontratada mantém vínculo contratual apenas com o contratado, que participou da licitação. Este, por sua vez, mantém vínculo com o Poder Público, perante o qual se responsabiliza pelo cumprimento do objeto contratual, conforme inteligência do art. 25, § 2º, da Lei n. 8987/95.
- 3 – A exigência de comprovar os requisitos de qualificação é do contratado, que se responsabiliza técnica e contratualmente pelos serviços executados por terceiros.
- 4 – É inviável juridicamente a comprovação de atestação técnica referente à experiência em operação de sistemas de saneamento por meio de empresa subcontratada, porque tal exigência equivaleria a requisito de qualificação que, além de alta relevância técnica, compõe a fração principal do objeto do contrato, confundindo-se com o próprio objeto contratual. Portanto, os atestados devem ser emitidos em nome do contratado, pois é ele quem tem que executar o objeto principal do contrato.

Rio de Janeiro, 7 de maio de 2020.

MARCELO LOPES DA SILVA
PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Consulta. Região Metropolitana. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto Prestados pela CEDAE. Edital de contrato de concessão de prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Cláusula 7 do contrato de concessão. Prazo de duração do contrato de 35 anos. Artigo 175 da Constituição Federal. Lei Federal nº 8987/1995. Artigo 3º da Lei Estadual nº 2.831/1997.

1 – CONSULTA

A consulta foi encaminhada a esta Procuradoria Especializada pelo Procurador- Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Marcelo Lopes da Silva, para exame e parecerde aspectos do projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela empresa estatal CEDAE.

Especificamente, indaga-se sobre o prazo de vigência de 35 anos previsto na cláusula 7 do contrato de concessão de prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário, constante no anexo I do edital de licitação atualmente sujeito à fase de consulta pública.

Ao mesmo tempo em que o contrato prevê que o seu prazo de vigência será de 35 anos, o art. 3º da Lei Estadual nº 2.831/1997 limita em no máximo 25 anos o prazo dos contratos de concessão nos quais figura como poder concedente o Estado do Rio de Janeiro.

Daí surge o questionamento sobre a possibilidade de previsão de vigência de 35 anos do contrato ora analisado e o seu fundamento legal, ou se, ao contrário, seria aplicável o art. 3º da Lei Estadual nº 2.831/1997, se submetendo ao limite máximo de 25 anos.

Especificamente, formularam-se os seguintes quesitos:

1. Qual o fundamento legal do prazo de 35 anos previsto no edital de licitação ora em consulta pública?
2. A limitação de 25 anos para contratos de concessão prevista na Lei Estadual 2.831/1997, art. 3º, é constitucional?
3. O prazo limite de 25 anos para contratos de concessão previsto na Lei Estadual 2.831/1997 é aplicável à concessão do serviço público de saneamento básico, ora em consulta pública, se considerarmos que o Estado possa ser o poder concedente no serviço de saneamento? E se considerarmos que o Estado não seja o poder concedente?

Cumprir informar, por fim, que o presente parecer se originou de consulta enviada por sistema eletrônico, sem formação de Processo Administrativo físico, razão pela qual não há numeração processual indicada em epígrafe e pela qual não há instrução documental, impossibilitando o conhecimento de quaisquer outros elementos alheios à minuta enviada. No entanto, não há impedimentos à elaboração do presente, tendo em vista se tratar de questão unicamente de Direito.

Cabendo-me, portanto analisar referidos quesitos, passo diretamente à fundamentação e à resposta da Consulta.

2 – PRAZO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

O fundamento constitucional dos contratos de concessões de serviços públicos está consubstanciado no art. 175, tendo sido editadas, com base neste dispositivo, a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e a Lei nº 9.074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

Em se tratando de contrato administrativo¹, a União editou as Leis nº 8.987/95 e 9.074/95 baseada no art. 22, XVII da Constituição Federal, segundo o qual compete privativamente à União editar “*normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios*”. Tais diplomas normativos são, portanto, normas gerais, aplicáveis a todos os entes federativos.

Nesse sentido, inclusive, dispõe o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95², prevendo a aplicação da Lei por todos os entes federativos, que deverão promover, por sua vez, as adaptações necessárias de suas próprias legislações à lei geral, atendendo as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

O art. 2º, II da Lei nº 8.987/95³ conceitua o contrato de concessão de serviço público como sendo o ajuste por meio do qual o poder concedente (ente público) transfere para o concessionário (pessoa jurídica ou consórcio de empresas), mediante licitação, na modalidade concorrência, por sua conta e risco e por prazo determinado, a realização de um serviço público.

Portanto, está na essência do contrato de concessão a sua duração por um prazo determinado. Em outras palavras, “*a Lei 8.987/1995 prevê que é cláusula essencial do contrato o prazo da concessão, não fixando, entretanto, prazos mínimos ou máximos*”⁴.

Envolvendo vultosos investimentos, é comum que tais contratos sejam pactuados com longos prazos de duração. Isso não significa que tais prazos possam ser fixados com absoluta liberdade, mas sim que devem se atentar para a possibilidade de amortização dos investimentos realizados pelo concessionário, somada à obtenção do seu justo lucro. Com efeito, só prazos mais longos na prestação de serviços podem tornar atrativos os investimentos vultosos exigidos do particular. A definição de prazo é, na realidade, um dos parâmetros fundamentais para a correta delimitação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

¹ Embora seja contrato administrativo, o legislador optou por disciplinar os contratos de concessões em diploma diverso da lei nº 8666/93, que se aplica subsidiariamente às concessões públicas. Isso porque, nas palavras de Flávio Amaral Garcia, “pela importância das concessões e pela necessidade de conferir maior segurança jurídica aos investidores, entendeu-se que seria indispensável que esse modelo contratual fosse disciplinado em lei específica. Assim, foi editada a Lei 8.987, de 13.2.1995”. Garcia, Flávio Amaral. Concessões, Parcerias e Regulação. 1 Ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 28.

² Art. 1º da Lei nº 8.987/95: As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos. Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

³ Art. 2º, II da Lei nº 8.987/95: Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

⁴ Garcia, Flávio Amaral. Concessões, Parcerias e Regulação. 1 Ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 33.

Ausente previsão de um prazo limite para os contratos de concessão nas normas gerais da União, lei específica dos entes poderá estabelecer seus próprios limites, compatíveis com a sua realidade socioeconômica, mas sem se descuidar do fato de que as concessões requerem altos investimentos do concessionário.

Seguindo essa linha de raciocínio, foi editada a Lei Estadual nº 2.831/1997, que dispõe sobre o regime de concessões e permissões de serviços e de obras públicas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. A Lei, aplicável para os casos em que o poder concedente é o Estado do Rio de Janeiro (art. 2º, I⁵), prevê no seu artigo 3º um prazo limite para os contratos concessionais submetidos a sua disciplina, *in verbis*:

Art. 3º - O prazo do contrato de concessão não poderá exceder 25 (vinte e cinco) anos, permitida a prorrogação, por uma só vez e, no máximo, por igual período, desde que comprovada a prestação adequada do serviço.

Parágrafo único - O prazo da concessão deve atender ao interesse público e às necessidades exigidas pelo valor do investimento, visando à justa remuneração do capital investido, ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e à modicidade tarifária.

Esse dispositivo está em consonância com a ideia de que a Lei nº 8.987/95 trata de normas gerais, e, portanto, não pode interferir de maneira desproporcional na autonomia dos entes federados e na gestão dos seus respectivos serviços, se revelando constitucional.

Por outro lado, não sendo o poder concedente o Estado do Rio de Janeiro, mas outro ente ou a Região Metropolitana, sem legislação específica dispendo sobre o limite de vigência de seus contratos de concessão, estes poderão decidir qual o prazo aplicável em cada modelagem concessional, com base no art. 2º, II da lei 8987/95, que exige apenas que o prazo seja determinado.

Em outras palavras, se a Lei 8.987/95 não prevê o prazo máximo do contrato de concessão, este poderá ser estabelecido nas legislações específicas dos entes federados, ou, na sua falta, o poder concedente poderá determinar o prazo que entender adequado em cada contrato.

Logo, é com fundamento no art. 2º, II da lei 8987/95, que, ausente previsão de limite máximo em dispositivo legal, o poder concedente respectivo pode estabelecer o prazo de vigência do contrato concessional, atendo-se às peculiaridades do caso concreto, à realidade socioeconômica, e à necessidade de o particular recuperar os investimentos por ele realizados na prestação do serviço objeto da concessão.

Assim, saber qual o poder concedente na concessão do serviço público de saneamento básico ora analisado é fundamental para se definir se o prazo de vigência desse contrato deverá se submeter ou não a algum limite.

Em sendo o poder concedente o Estado do Rio de Janeiro, aplica-se o art. 3º, da Lei Estadual nº 2.831/1991, de modo a se subordinar ao prazo limite de vigência de 25 anos. Sendo outro ente ou a Região Metropolitana o poder concedente na presente hipótese, deve se analisar a existência de legislação específica ou, não havendo, aplicável o prazo de vigência de 35 anos previsto no edital de licitação, com fundamento no art. 2º, II da Lei nº 8.987/95.

⁵ Art. 2º - Para os fins desta Lei, considera-se: I - Poder Concedente ou Permitente: o Estado.

3 – INAPLICABILIDADE DO PRAZO DA LEI ESTADUAL Nº 2.831/1997 À CONCESSÃO ANALISADA

Conforme analisado no tópico anterior, é fundamental saber qual o poder concedente do contrato ora analisado para saber se há um prazo limite de vigência a ele aplicável.

A titularidade do serviço de saneamento básico e o poder de conceder tal serviço foram objeto de análise dos pareceres nº 03/2020 GUB/PG-17 e nº 04/2020 GUB/PG- 17⁶, desta Especializada.

No parecer nº 03/2020 GUB/PG-17 concluiu-se que, quando da instituição da Região Metropolitana e da concessão do serviço público de saneamento, há sucessão no polo ativo relativamente aos contratos municipais de concessão em vigor. Nos termos do referido parecer:

Com a instituição da Região Metropolitana pela LCE nº 184/18, os serviços de saneamento dos Municípios metropolitanos passam a ser por elas titularizados, de modo que a Região Metropolitana sucedeu os Municípios nos contratos concessionais em vigor, passando a figurar como poderconcedente.

Já no Parecer nº 04/2020 GUB/PG-17, foi questionada a titularidade do serviço público de saneamento básico e a competência para concedê-lo. Concluiu-se que, em regra, os Municípios são titulares do serviço público de saneamento básico, o que significa que a competência para conceder este serviço também é, em regra, municipal. No entanto, havendo a instituição da Região Metropolitana, ela se tornará a titular do serviço público de saneamento básico, de modo que também passará a ser dela incompetência para conceder esse serviço.

Tais pareceres partiram do julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1842/RJ, que fixou entendimento de que a titularidade do serviço de saneamento básico é, em princípio, municipal, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, CRFB), mas pode, por aglutinação, pertencer a uma Região Metropolitana (i.e. o colegiado de Estado e Municípios), caso seja essa, eventualmente, criada por Lei Complementar Estadual, na forma do art. 25, § 3º, CRFB. Isso significa dizer que a titularidade dos serviços públicos metropolitanos não é nem exclusiva do Estado, nem exclusiva dos Municípios, mas sim todos os entes federativos integrantes da Região Metropolitana a compartilham e, por conseguinte, devem ter poder de decisão e direção dos rumos dos serviços compartilhados. Seguindo esta linha de raciocínio, o STF reconheceu que o poder concedente do serviço de saneamento básico passaria a ser do colegiado formado pelos Municípios e pelo Estado Federado⁷.

Com efeito, o art. 11, VII, da Lei Complementar nº 184/2018⁸ prevê a titularidade do Conselho

⁶ A questão ainda foi abordada tangencialmente em diversos pareceres proferidos nesta Especializada relativos à Região Metropolitana e ao Projeto de Desestatização dos serviços de água e esgotamento sanitário. Destacam-se os Pareceres nº 01/2019 – ARCY/PG-17; nº 09/2019 – ARCY/PG-17; nº 03/2019 – GUB/PG-17; nº 07/2019 JVSM/PG-17; nº 1A/2020 ARCY/PG-17; nº 3A/2020 – PGE/PG-17/ARCY; nº 03/2020 JVSM/PG-17; nº 04/2020 – ASA/PG-17; e nº 05/2020 – ASA/PG-17.

⁷ Destaca-se trecho do Acórdão: "O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. (...) 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 (...). (...) Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado". (grifou-se) ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. pi Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

⁸ Art. 11, VII da Lei Complementar 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,

Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro em relação aos serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, o que inclui a competência decisória acerca da formade prestação dos serviços, sua delegação e modelagem.

Concebeu-se, nesse cenário, o Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto, elaborado pelo BNDES. O projeto, objeto do edital ora analisado, foi decorrência, além do Regime de Recuperação Fiscal a que se comprometeu o Estado do Rio de Janeiro⁹, da reinauguração da Região Metropolitana do Rio de Janeiro pela Lei Complementar Estadual nº 184/2018. Esta Lei Complementar entrou em vigor em janeiro de 2019, transferindo a titularidade dos serviços de saneamento básico no âmbito dos Municípios metropolitanos à Região Metropolitana, demandando a extinção dos contratos atuais com a CEDAE e a celebração de novos contratos pela Região Metropolitana.

Para contornar os custos de transação envolvidos na coordenação da delegação conjunta de serviços com múltiplos titulares (Região Metropolitana e Municípios não metropolitanos abrangidos pelo projeto), o projeto propôs a delegação de diversas funções administrativas ao Estado do Rio de Janeiro. Cada titular do serviço celebraria com o ERJ um Convênio de Cooperação, delegando à AGENERSA as funções de fiscalização e regulação dos serviços e ao ERJ as funções de organização e promoção dalicitação dos serviços e de gestão dos contratos de delegação (contratos de concessão e de programa), mais outros coligados. Isso significa que o ERJ, além de licitar osserviços, assinaria os contratos como parte, no lugar titulares, na qualidade de mandatário, assumindo para si direitos e obrigações que seriam deles. Com os titulares remanesceriam as funções de planejamento setorial, fiscalização (paralelamente à AGENERSA) e retomada dos serviços¹⁰.

É nesse sentido que o edital de licitação objeto do presente parecer menciona o Estado do Rio de Janeiro, sendo um “*mandatado, por meio da formalização de instrumentos de gestão associada, para organizar, conceder e gerir a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitária* *ÁREA DECONCESSÃO*” (Cláusula 1.2.28 do edital de licitação).

Em outras palavras, o Projeto não prevê o Estado do Rio de Janeiro como poder concedente, pois ele não o é. O poder concedente, como mencionado acima, é a Região Metropolitana ou os Municípios não metropolitanos. Isso significa que **o limite máximo de 25 anos de vigência dos contratos de concessão previsto no art. 3º da Lei Estadual 2.831/1997 não se aplica ao referido contrato, pois este artigo somente é aplicável aos contratos concessionais cujo poder concedente seja o Estado do Rio de Janeiro.**

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.

⁹ O ERJ, ao aderir ao Regime de Recuperação Fiscal, se comprometeu a desestatizar os serviços de saneamento básico no âmbito estadual e a privatizar a CEDAE, como forma de contornar a crise fiscal do Estado.

¹⁰ Quanto a esta modelagem, destacam-se as ressalvas apontadas pelo Ilmo. Procurador do Estado André Rodrigues Cyrino quanto aos seus riscos. O Procurador menciona o posicionamento adotado pelo STF na ADI 1842/RJ, que rechaça expressamente a concentração do poder decisório e do Poder Concedente dos serviços públicos metropolitanos em um único ente federativo. Nesse sentido, recomenda, no Parecer nº 09/2019 – ARCY/PG-17, “que fique claro que a competência para firmar os contratos de concessão permaneça com os titulares do serviço público (Região Metropolitana e municípios não metropolitanos), ainda que haja a delegação de determinadas competências ao Estado”. Para tanto, sugere “que o Estado do Rio de Janeiro exerça função análoga a de um mandatário sem representação, não figurando como parte nos contratos de concessão”. Isto porque “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.”. Semelhante recomendação é feita nos Pareceres 1A/2020 ARCY/PG-17 e nº 3A/2020 – PGE/PG-17/ARCY. A despeito dos riscos envolvidos, o Procurador entende pela viabilidade do modelo no Parecer nº 3A/2020 – PGE/PG- 17/ARCY, “já que se trata de uma das muitas formas possíveis de cooperação interfederativa (art. 241, da CRFB c/c art. 65, parágrafo único da CERJ), encontrando respaldo no art. 8º da Lei federal nº 11.445/2007, que reconhece a possibilidade de delegação da funções de organização, regulação, fiscalização e prestação de serviços de saneamento básico”.

Não sendo o poder concedente o Estado do Rio de Janeiro, e, não havendo previsão de limite máximo de prazo em norma específica dos Municípios não metropolitanos abarcados pelo Projeto ou da Região Metropolitana, estes podem estabelecer, na modelagem dos contratos concessionais dos quais fizerem parte, com fundamento no art. 2º, II da lei nº 8.987/95, qual o prazo de vigência aplicável. Assim, válida a estipulação do prazo de 35 anos na cláusula 7 do contrato ora analisado, *in verbis*:

7. VIGÊNCIA DA CONCESSÃO

7.1. A vigência deste CONTRATO compreende o somatório do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA e do prazo de 35 (trinta e cinco) anos de OPERAÇÃO DO SISTEMA, que se inicia a partir da emissão do TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA.

7.2. O prazo de vigência deste CONTRATO, previsto na subcláusula 7.1, poderá ser prorrogado para readequação do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO.

Apenas um adendo: conforme preconizado no projeto de desestatização sob análise, as concessões dos serviços públicos de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário celebrados com operadores privados pré-existentes nas áreas urbanas da Região Metropolitana e nos Municípios não metropolitanos não serão prejudicadas (cláusula 36.6). Quanto aos Municípios metropolitanos que atualmente já não são atendidos pela CEDAE (Niterói, Guapimirim e Petrópolis), a cláusula 36.6.2 do edital de licitação especificamente prevê a manutenção dos respectivos contratos de concessão com outros operadores, não sendo abrangidos pela delegação proposta no projeto¹¹. Assim, quanto a estes contratos de concessão pré-existentes, devem ser observados os prazos por eles estipulados e os limites, se existentes, previstos na legislação destes Municípios¹².

Repita-se: na linha da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1842 e do Parecer nº 04/2020 GUB/PG-17, o serviço público de saneamento básico é de titularidade municipal, o que significa que a competência para conceder esse serviço também é, em regra, municipal. Apenas havendo a instituição da Região Metropolitana que ela se tornará a titular do serviço público de saneamento, de modo que passará a ser dela também a competência para conceder esse serviço. De qualquer forma, conforme o decidido pelo STF, em nenhuma das hipóteses, o poder concedente seria o Estado, podendo ser atribuído à Região Metropolitana ou aos Municípios.

Destaca-se trecho do Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17, de lavra do Ilmo. Procurador do Estado André Rodrigues Cyrino, nesse sentido:

O STF entendeu, na ocasião, que, em nenhuma circunstância, o Estado

¹¹ O Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17 opinou pela manutenção dos contratos de concessão em curso celebrados pelos municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, por se tratarem de atos jurídicos perfeitos protegidos pelo art. 5º, XXXVI, da CRFB c/c art. 6º, §1º, da LINDB e art. 27 da LCE nº 184/2018. Entendeu que, com o desfazimento dos referidos contratos, os serviços deverão se submeter plenamente ao regime metropolitano. Também entendendo pela manutenção de tais contratos, em homenagem à garantia do ato jurídico perfeito, o Parecer nº 03/2020 GUB/PG-17.

¹² 36.6. As concessões dos serviços públicos de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário celebrados com operadores privados pré-existentes nas áreas urbanas da REGIÃO METROPOLITANA, e nos MUNICÍPIOS não serão prejudicadas, haja vista constituírem-se como ato jurídico perfeito. 51 36.6.1. Ao término de cada concessão no item 36.6, o ESTADO, após manifestação prévia favorável da REGIÃO METROPOLITANA ou o MUNICÍPIO titular do respectivo serviço público a ser incluído, poderá decidir pela inclusão dos referidos serviços públicos no objeto do CONTRATO DE CONCESSÃO, observado o procedimento estabelecido no CONTRATO.

possui o poder concedente do serviço, nem mesmo com a instituição de uma região metropolitana. Superou-se, assim, o entendimento pretérito de que, na hipótese de criação de uma região metropolitana por lei complementar estadual, o serviço público de saneamento básico passaria a ser titularizado pelo Estado que a instituiu.

4 - CONCLUSÃO

Ante o exposto, é possível sintetizar as conclusões e recomendações alcançadas ao longo do parecer da seguinte forma:

1. Qual o fundamento legal do prazo de 35 anos previsto no edital de licitação ora em consulta pública?

O fundamento legal do prazo de vigência de 35 anos previsto no edital de licitação ora em consulta pública é o art. 2º, II da lei 8987/95, que, ao se referir ao prazo dos contratos de concessão, exige apenas que estes sejam determinados.

Isto é, não havendo previsão de um limite máximo de vigência dos contratos de concessão na Lei 8.987/95, norma geral, esta limitação poderá ser estabelecida nas legislações específicas, ou, na sua falta, o poder concedente poderá estabelecer o prazo que entender adequado em cada contrato, se atendo às peculiaridades do caso concreto, à realidade socioeconômica, e à necessidade de o particular recuperar os investimentos por ele realizados na prestação do serviço objeto da concessão.

2. A limitação de 25 anos para contratos de concessão prevista na Lei Estadual 2.831/1997, art. 3º, é constitucional?

Como a Lei 8.987/95 não prevê um limite máximo de prazo de vigência nos contratos de concessão, pode o Estado do Rio de Janeiro estabelecer esse limite em sua legislação específica, como o fez no art. 3º, da Lei Estadual nº 2.831/1997, sendo esta norma constitucional.

3. O prazo limite de 25 anos para contratos de concessão previsto na Lei Estadual 2.831/1997 é aplicável à concessão do serviço público de saneamento básico, ora em consulta pública, se considerarmos que o Estado possa ser o poder concedente no serviço de saneamento? E se considerarmos que o Estado não seja o poder concedente?

O prazo limite de 25 anos para contratos de concessão previsto na Lei Estadual 2.831/1997 não é aplicável à concessão do serviço público de saneamento básico, ora em consulta pública. Isto porque o poder concedente não é estadual.

No julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1842/RJ, a Corte fixou entendimento de que a titularidade do serviço de saneamento básico é, em princípio, municipal, mas pode, por aglutinação, pertencer a uma Região Metropolitana (i.e. o colegiado de Estado e Municípios), criada por lei complementar estadual, na forma do art. 25, § 3º, CRFB. A titularidade dos serviços públicos metropolitanos, portanto, não é nem exclusiva do Estado, nem exclusiva dos Municípios, mas sim todos os entes federativos integrantes da Região Metropolitana a compartilham e, por conseguinte, devem ter poder de decisão e direção dos rumos dos serviços compartilhados. Seguindo esta linha de raciocínio, o STF reconheceu que o poder concedente do serviço de saneamento básico passaria a ser do colegiado formado pelos Municípios e pelo Estado Federado.

Em consonância com a decisão do STF, o Parecer nº 04/2020 GUB/PG-17 opinou pela titularidade municipal do serviço público de saneamento básico, o que significa que a competência para conceder esse serviço também é, em regra municipal. Apenas havendo a instituição da Região Metropolitana que ela se tornará a titular do serviço público de saneamento, de modo que passará a ser dela também a competência para conceder esse serviço.

De qualquer forma, conforme o decidido pelo STF, em nenhuma das hipóteses, o poder concedente seria o Estado, podendo ser atribuído à Região Metropolitana ou aos Municípios

Não sendo o poder concedente o Estado do Rio de Janeiro, este contrato não se submete ao limite de 25 anos previsto na Lei Estadual nº 2.831/1997.

Por fim, é preciso fazer uma ressalva: as respostas aos referidos quesitos foram formuladas baseadas no julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1842. Em face deste julgado foram opostos embargos de declaração, de modo que, havendo eventual modificação de entendimento quando do seu julgamento, este parecer deverá ser revisto.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 18 de junho de 2020.

GUSTAVO BINENBOJM

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

VISTO

Visto nº 15/2020 - PGE/PG-17/ARCY

VISTO. Por estar de acordo, aprovo o Parecer nº 06/2020 - GUB, da lavra do i. Procurador do Estado, Dr. Gustavo Binenbojm, que analisa questões relacionadas ao prazo previsto na Cláusula 7 da minuta do contrato de concessão de prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário, ora em consulta pública¹. Como se sabe, a referida minuta de cláusula contratual estabelece que o prazo da concessão será de 35 anos.

Indaga-se se tal regra encontraria obstáculo no art. 3º da Lei estadual nº 2.831/1997, que limita em 25 anos o prazo dos contratos de concessão do Estado do Rio de Janeiro. A resposta, conforme o parecerista, é negativa, embora o referido prazo seja constitucional.

Segundo as conclusões apontadas no Parecer nº 06/2020 - GUB:

1. Quanto à sua incidência para contratos no âmbito de outros entes federativos, tem-se que a Lei federal nº 8.987/95 trata de normas gerais. Tal estatuto lei não pode interferir de maneira desproporcional na autonomia dos entes federados e na gestão dos seus respectivos contratos, em linha com o art. 22, XXVII da Constituição. Um aspecto que pode ser regulado pelos demais entes é o prazo contratual (norma especial). Nesse sentido, o art. 3º da Lei estadual nº 2.831/1997, ao fixar o prazo de 25 anos aos contratos de concessão em que o Estado do Rio de Janeiro figura como poder concedente (art. 2º, I, da mesma lei), revela-se constitucional.

2. O Estado do Rio de Janeiro não tem competência para figurar como poder concedente de serviços de saneamento básico. Tal competência é titularizada pelos municípios ou pela Região Metropolitana, quando existente. Por isso, na modelagem ora em consulta pública, o Estado age apenas como mandatário. O modelo tem o objetivo de diminuir custos de transação e viabilizar a coordenação de um projeto de grande magnitude, e que demanda cooperação interfederativa.

3. Não havendo legislação específica que disponha sobre o limite de vigência de seus contratos de concessão, Municípios e Região Metropolitana poderão decidir o prazo aplicável em cada modelagem concessional, tendo por base o art. 2º, II, da Lei federal nº 8.987/95, que apenas exige que o prazo seja determinado, sem fixar limite.

4. O limite máximo de 25 anos de vigência dos contratos de concessão previsto no art. 3º da Lei estadual nº 2.831/1997 não se aplica a contrato de concessão de prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário em que o poder concedente é a Região Metropolitana ou os municípios não metropolitanos. Tal dispositivo somente é aplicável aos contratos de concessão em que o poder concedente seja o Estado do Rio de Janeiro.

5. É válida, portanto, em tese, a estipulação do prazo de 35 anos na cláusula 7 da minuta de contrato analisado.

À PG-2, para superior consideração.

Rio de Janeiro, 22 de junho de 2020.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

¹ V. Diário Oficial de 08/06/2020 (pp. 15 e 16), PA nº 120307/000707/2020. Também disponível em <http://www.rj.gov.br/consultapublica/>, acesso em 19.6.20.

VISTO

SEI – 140001/029015/2020

Visto. **Aprovo** o Parecer nº 06/2020/GUB/PG-17, da lavra do Procurador do Estado **GUSTAVO BINENBOJM**, placitado pelo Visto nº 15/2020/PG-17/ARCY, da lavra do Procurador Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17) **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO**, que examinou consulta formulada pelo Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro acerca do **prazo de 35 (trinta e cinco) anos** previsto na Cláusula 7 da minuta do contrato de concessão de prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário, que ora se encontra em consulta pública.

Concluiu o parecerista que, não obstante a Lei nº 8.987/95 tratar de normas gerais de concessões, não há qualquer inconstitucionalidade na disciplina do prazo pelos demais entes federados, o que ocorreu no âmbito do Estado do Rio de Janeiro que, por intermédio do artigo 3º da Lei nº 2.831/97, fixou o prazo máximo de 25 (vinte anos) para os contratos de concessão em que o Estado figura como Poder Concedente.

Entretanto, o prazo limite de 25 anos para contratos de concessão previsto na Lei Estadual 2.831/1997 não é aplicável à concessão do serviço público de saneamento básico, ora em consulta pública, na medida em que o Poder Concedente não é estadual.

Ao Procurador-Assessor **JOÃO MORAES**, para ciência e circulação do parecer e Visto a todos os envolvidos no processo de concessão.

Rio de Janeiro, 20 de julho de 2020.

SERGIO LUIZ BARBOSA NEVES
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Consulta. Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos. Taxa fundada no exercício do poder de polícia. Artigo 145, II da CRFB. Artigos 77 e 78 do CTN. Tributo de natureza contraprestacional. Lei Estadual nº 4.555/2005. Lei Estadual nº 4.556/2005. Decreto Estadual nº 37.930/2005. Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA. Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nos 01, 02 e 04. Serviços de titularidade da Região Metropolitana ou dos Municípios não Metropolitanos. Exercício do poder de polícia pela AGENERSA, a quem a taxa é integralmente devida. Inaplicabilidade das normas estaduais de partilha do produto da arrecadação entre as agências reguladoras estaduais.

1. A Consulta

A consulta foi encaminhada a esta Procuradoria Especializada pelo Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Rafael Rolim de Minto, tendo em vista consulta formulada pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA quanto à destinação dos recursos provenientes da taxa de regulação prevista no item 21.8 dos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nºs 01, 02 e 04 decorrentes do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro.

O processo administrativo foi instaurado a partir do Ofício Of. AGENERSA/PRESI SEI nº 89 (doc. SEI nº 20744260), encaminhado pelo Conselheiro-Presidente da AGENERSA, visando a esclarecer se os valores recolhidos pelas concessionárias de saneamento básico à título de taxa de regulação se submeterão à divisão prevista na Lei Estadual nº 4.555/2005. Essa Lei prevê a repartição das taxas recolhidas na proporção de cinquenta por cento para a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro e cinquenta por cento para a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro.

O Conselheiro-Presidente da AGENERSA fundamentou a sua consulta nos seguintes pontos:

- (i) O contrato de concessão é celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro na qualidade de gestor contratual, representante dos titulares dos serviços concedidos, a(s) Concessionária(s) e a AGENERSA, como interveniente-anuente, e tem por objeto a prestação regionalizada, com exclusividade, dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário nas áreas de concessão relativas aos blocos nos 01, 02 e 04;
- (ii) O art. 19, §3º, inciso II, da Lei Estadual nº 4.555/2005 (AGETRANSP), regulamentado pelo Decreto nº 37.930/2005, determina que os recursos do Fundo de Regulação dos Serviços Concedidos e Permitidos, integralizado pela Taxa de Regulação, serão repartidos meio a meio (50%) entre a AGETRANSP e a AGENERSA;

(iii) A Lei nº 4.556, de 06 de junho de 2005 (AGENERSA), em seu art. 19, caput, aponta que a Taxa de Regulação de Serviços Concedidos será recolhida diretamente pelo Concessionário aos cofres do supracitado Fundo. Além disso, os itens 25.2.37 e 21.8 do contrato de concessão determinam o dever de a Concessionária realizar o pagamento da Taxa de Fiscalização sobre os Serviços Públicos Delegados à Agência Reguladora;

(iv) O edital da licitação para a contratação em comento define a AGENERSA como agência reguladora da temática contratual (item 1.2.2) e, por esse motivo, a define como interveniente-anuente no instrumento concessório e nos instrumentos conexos;

(v) O item 21.8 do contrato e o item 3.1 do Anexo III do edital reafirmam a necessidade do pagamento do valor dessa Taxa frente às atribuições que essa Agência assumirá, o que, segundo afirmado pela Consulta, resultaria no entendimento de que será de exclusividade da AGENERSA a receita auferida, cuja finalidade é a promoção de melhorias, exclusivamente na esfera de competência dessa Agência Reguladora e, sobretudo, diante do interesse das licitantes na promoção de melhorias regulatórias em seu próprio setor.

Ato contínuo, o processo foi encaminhado à Secretaria de Estado da Casa Civil. A Assessoria da Secretaria de Estado da Casa Civil proferiu o Despacho SECC/ASSGE, doc. SEI nº 21348493, concluindo que “seria irregular a transferência para a AGETRANSP de valores que, na origem, são provenientes de serviços municipais, sem relação com a atividade e sem que haja ação da referida agência sobre os municípios em sua atividade direta”.

Na ocasião, a Assessoria da SECC entendeu que, por inexistir no artigo 19 da Lei Estadual nº 4.556/2006 – Lei que cria e disciplina a AGENERSA – previsão de repartição dos valores da taxa de regulação dos serviços de saneamento pela AGENERSA e AGETRANSP e, por “não haver qualquer convênio entre municípios, o Instituto Rio Metrôpole e o governo do Estado do Rio de Janeiro na área de transportes”, não deveria haver a transferência dos recursos provenientes da taxa de fiscalização à AGETRANSP.

Posteriormente, o processo foi enviado à Procuradoria Geral do Estado, tendo o Subprocurador-Geral do Estado, Dr. Rafael Rolim de Minto (doc. SEI nº 24957839) encaminhado à consulta a esta Especializada.

Cabendo-me, portanto, analisar controvérsia relacionada à destinação da taxa de regulação prevista no item 21.8 do Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nos 01, 02 e 04, passo diretamente à fundamentação e à resposta à consulta.

2. O regime jurídico das taxas de polícia

Segundo o artigo 145, II da Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir taxas, “**em razão do exercício do poder de polícia** ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” (grifos acrescentados).

As taxas também estão disciplinadas nos artigos 77 a 80 do Código Tributário Nacional. De acordo com o artigo 77 do CTN:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato

gerador o **exercício regular do poder de polícia**, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas. (grifos acrescentados)

Os contornos da definição de taxa pela legislação constitucional e infraconstitucional deixam claro que as taxas são tributos retributivos ou contraprestacionais, vinculados a uma prestação estatal específica em favor do contribuinte. Isto é, as taxas não podem ser cobradas sem que o ente público exerça efetivamente o poder de polícia ou preste ao contribuinte, ou coloque à sua disposição, um serviço público específico e divisível¹.

Além disso, do ponto de vista do sistema tributário da Federação brasileira, as taxas pertencem à competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, sendo possível que cada ente político institua referido tributo, desde que guardado o vínculo com o serviço prestado ou a atividade de polícia exercida.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a taxa, contraprestação a uma atividade do Poder Público, não pode superar a relação de razoável equivalência que deve existir entre o custo real da atuação estatal referida ao contribuinte e o valor que o Estado pode exigir de cada contribuinte, considerados, para esse efeito, os elementos pertinentes às alíquotas e à base de cálculo fixadas em lei².

Assim, embora não seja possível, na maioria dos casos práticos, apurar com exatidão o custo da fiscalização de polícia realizada ou, ainda, o custo do serviço público prestado a cada contribuinte, é imperioso necessário existir uma correlação razoável entre o valor cobrado pelo Estado à título de taxa e o custo do serviço ou do exercício do poder de polícia, uma vez que a taxa se destina precipuamente a custear tais atividades.

Entre as espécies de taxas, as taxas de polícia são aquelas que possuem como hipótese de incidência o exercício regular de uma atividade administrativa de ordenação da vida econômica e social, qual seja, o exercício do poder de polícia. Nem toda manifestação do poder de polícia, no entanto, enseja a incidência de taxa³. Como já tivemos oportunidade de nos manifestar:

¹ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 588.322 (Tema 217 de Repercussão Geral) entendeu ser imprescindível a regularidade do exercício do poder de polícia para a cobrança da taxa de localização e fiscalização: “Recurso Extraordinário 1. Repercussão geral reconhecida. 2. Alegação de inconstitucionalidade da taxa de renovação de localização e de funcionamento do Município de Porto Velho. 3. Suposta violação ao artigo 145, inciso II, da Constituição, ao fundamento de não existir comprovação do efetivo exercício do poder de polícia. 4. O texto constitucional diferencia as taxas decorrentes do exercício do poder de polícia daquelas de utilização de serviços específicos e divisíveis, facultando apenas a estas a prestação potencial do serviço público. 5. A regularidade do exercício do poder de polícia é imprescindível para a cobrança da taxa de localização e fiscalização. 6. À luz da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a existência do órgão administrativo não é condição para o reconhecimento da constitucionalidade da cobrança da taxa de localização e fiscalização, mas constitui um dos elementos admitidos para se inferir o efetivo exercício do poder de polícia, exigido constitucionalmente. Precedentes. 7. O Tribunal de Justiça de Rondônia assentou que o Município de Porto Velho, que criou a taxa objeto do litígio, é dotado de aparato fiscal necessário ao exercício do poder de polícia. 8. Configurada a existência de instrumentos necessários e do

² “Em síntese, a Jurisprudência da CORTE afirma que a remuneração das taxas, pela sua natureza contraprestacional, está obrigatoriamente atrelada a uma lógica de razoável equivalência com os custos suportados pelo Estado na fiscalização, embora nada impeça que, ao perseguir alguma entre as várias aproximações possíveis para a quantificação desses gastos, a lei se ampare em características inerentes ao contribuinte fiscalizado. Afinal, como as taxas materializam uma forma de reverter aos particulares encargos necessários para minorar o risco envolvido com determinados direitos e liberdades, é possível aplicar também a essa espécie de tributo a noção adequada de capacidade contributiva”. (Voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes, ADI 5480/RJ, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020)

³ Vale destacar o entendimento de Ricardo Lobo Torres, para quem “qualquer ato que constitua emanção da atividade estatal de disciplina da liberdade individual em benefício do bem-estar geral, prestado ou posto à disposição do obrigado”

Com efeito, a edição de regulamentos e a aplicação de sanções, embora etapas da atividade de polícia administrativa, não configuram, via de regra, fatos geradores do tributo, uma vez que a produção normativa da Administração não se refere a nenhum sujeito passivo determinado, enquanto as sanções por atos ilícitos, por definição, não configuram obrigação tributária, nos termos do art. 3º do CTN.

As taxas de polícia decorrem apenas do (i) exercício efetivo de atividade fiscalizatória e da emanção de (ii) atos de consentimento, mediante provocação do interessado que pretenda a constituição de certos direitos dependentes, na forma da lei, da manifestação da Administração ou de quem lhe faça as vezes. Isso significa que as hipóteses de incidência de taxa devem ser devidamente individualizadas pela lei de cada unidade da Federação, não se confundindo com a totalidade das etapas do poder de polícia.⁴

Ademais, o exercício do poder de polícia ensejador da cobrança de taxas precisa ser regular, desempenhado em consonância com a lei, com obediência ao princípio do devido processo legal e sem abuso ou desvio de poder. Em vista disso, o Código Tributário Nacional conceitua o poder de polícia como:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

As taxas de regulação instituídas por Agências Reguladoras, tal como a “Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos”, instituída no âmbito do Estado do Rio de Janeiro pelas Leis Estaduais nº 4.555/2005 e 4.556/2005 e objeto do presente parecer, constituem espécie de taxa incidente sobre a prestação de serviços decorrentes do exercício do poder de polícia. Isso porque configuram contraprestação paga às Agências Reguladoras pelo exercício de seus poderes regulatórios e fiscalizatórios, na forma das leis que as disciplinam.

Seguindo a linha de raciocínio até aqui exposta, a taxa acima mencionada é tributo contraprestacional, vinculado à atividade de polícia efetivamente exercida por Agências Reguladoras Estaduais, e destinada precipuamente ao seu custeio, devendo a sua base de cálculo atender a uma relação razoável equivalência com o custo de sua atuação.

Partindo-se dessa premissa, será analisada a possibilidade de os valores recolhidos à título de “Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos” pelas concessionárias de saneamento básico

constitui hipótese de incidência da taxa de polícia. TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito financeiro e tributário. 20ª edição, revista e atualizada até a EC 95/16 e de acordo com o NCP. Rio de Janeiro: Renovar, 2018. p. 392.

⁴ BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 82-83.

serem repartidos na proporção firmada pela Lei Estadual nº 4.555/2005 e pelo Decreto Estadual nº 37.930/2005.

3. A destinação da Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos

A Lei Estadual nº 4.555/05 extinguiu a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP, e criou a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transporte Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP. Segundo o artigo 2º da Lei Estadual, é finalidade da AGETRANSP:

Art. 2º - A AGETRANSP tem por finalidade exercer o poder regulatório, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos concedidos de transporte aquaviário, ferroviário e metroviário e de rodovias nos quais o Estado figure, por disposição legal ou pactual, como o Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais regulamentares e consensuais pertinentes.

O artigo 19 da Lei Estadual nº 4.555/05, por sua vez, criou a “Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos”, prevendo, em seu parágrafo 3º, II, que “os recursos do Fundo serão repartidos meio a meio entre a AGETRANSP e a AGENERSA”⁵.

Já a Lei Estadual nº 4.556/2005 criou a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, com as seguintes finalidades:

Art. 2º - A AGENERSA tem por finalidade exercer o poder regulatório, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos concedidos:

I - na área de energia do Estado do Rio de Janeiro, nela incluída a distribuição de gás canalizado e outras formas de energia, nos quais o Estado figure por

⁵ Artigo 19 da Lei Estadual nº 4.555/2005: “Art. 19 - A Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos será recolhida diretamente pelo Concessionário ou Permissionário de Transportes Aquaviário, Ferroviário ou Metroviário e de Rodovias, aos cofres do Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, criado pela presente Lei, cuja alíquota será 0,5% (meio por cento) sobre o somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente pelo Concessionário ou Permissionário, nas atividades sujeitas à regulação da AGETRANSP, nos termos do art. 2º desta Lei, excluídos os tributos sobre elas incidentes. § 1º - A taxa a que se refere o caput deste artigo deverá ser recolhida até o décimo dia útil do mês subsequente ao do ingresso da receita correspondente às tarifas cobradas pelo Concessionário ou Permissionário. Ver tópico

§ 2º - O não recolhimento da taxa no prazo fixado no parágrafo anterior implicará em multa de 10% (dez por cento), e juros moratórios de 1% (um por cento) a cada 30 (trinta) dias de atraso, bem assim na incidência de correção monetária, na forma da legislação em vigor. Ver tópico (1 documento)

§ 3º - Fica criado o Fundo de Regulação dos Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, ao qual compete arrecadar e gerir os recursos provenientes do recolhimento da taxa de regulação de serviços concedidos e permitidos, devidos pelas concessionárias e permissionárias à AGETRANSP e

AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro: I - o Fundo será gerido por um Conselho Diretor, formado por 02 (dois) membros, sendo um o Presidente da AGETRANSP e outro o Presidente da AGENERSA; Ver tópico **II - os recursos do Fundo serão repartidos meio a meio entre a AGETRANSP e a AGENERSA**; III - o Poder Executivo fica autorizado a abrir créditos suplementares e programas de trabalho necessários à criação do Fundo de Regulação dos Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, o qual será regulamentado por ato próprio do Poder Executivo.” (grifou-se)

disposição legal ou pactual, como Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais regulamentares e consensuais pertinentes;

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.

O artigo 19 da Lei Estadual nº 4.556/2005 disciplina a “Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos”, a ser recolhida diretamente pelo Concessionário ou Permissionário nas atividades sujeitas à regulação da AGENERSA, conforme se destaca a seguir:

Art. 19 - A Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos será recolhida diretamente pelo Concessionário ou Permissionário aos cofres do Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, criado pela Lei de Criação da AGETRANSP, na área de energia ou saneamento básico, cuja alíquota será 0,5% (meio por cento) sobre o somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente pelo Concessionário ou Permissionário, nas atividades sujeitas à regulação da AGENERSA, nos termos do art. 2º desta Lei, excluídos os tributos sobre elas incidentes.

§ 1º - A taxa a que se refere o caput deste artigo deverá ser recolhida até o décimo dia útil do mês subsequente ao do ingresso da receita correspondente às tarifas cobradas pelo Concessionário ou Permissionário.

§ 2º - O não recolhimento da taxa no prazo fixado no parágrafo anterior implicará em multa de 10% (dez por cento), e juros moratórios de 1% (um por cento) a cada 30 (trinta) dias de atraso, bem assim na incidência de correção monetária, na forma da legislação em vigor.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos serviços públicos de energia elétrica de que trata a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Tanto o artigo 19 da Lei Estadual nº 4.555/05, como o artigo 19 da Lei Estadual nº 4.556/05, ao preverem a cobrança de taxa pelo exercício da atividade da Agência Reguladora respectiva, destinam referida contraprestação ao Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, que, a seu turno, é regulamentado pelo Decreto Estadual nº 37.930, de 07 de julho de 2005.

Os artigos 2º e 3º do Decreto Estadual nº 37.930/2005 assim dispõem:

Art. 2.º Constituem recursos do FUNDO DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS CONCEDIDOS E PERMITIDOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO os recolhimentos oriundos da cobrança da taxa de regulação devida pelas concessionárias e permissionárias à AGETRANSP e à AGENERSA.

Art. 3.º As Agências, AGENTRANSP e AGENERSA, representadas pelos respectivos Conselheiros Presidentes, providenciarão a abertura de conta corrente específica para o recolhimento da receita do Fundo, mencionada no art. 1.º deste Decreto.

§ 1.º Os valores ingressos na conta-corrente de que trata o caput deste artigo, serão automaticamente transferidos na forma do disposto no inciso II do § 3.º do art. 19 da Lei Estadual n.º 4.555, de 06 de junho de 2005, para contas correntes específicas e individualizadas de cada Autarquia, para atender as despesas à conta dos Programas de Trabalho constantes do orçamento de cada Agência, cujas dotações serão resultantes do remanejamento dos saldos orçamentários da extinta Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP-RJ.

§ 2.º A abertura da conta-corrente mencionada no caput deste artigo poderá ser realizada pelo Presidente da AGETRANSP, como membro do Conselho-Diretor do Fundo, ficando valores ingressos retidos até o início das atividades da AGENERSA, quando deverá ser feito o rateio de que trata o inciso II do § 3.º do art. 19 da Lei n.º 4.555, de 06 de junho de 2005.

Portanto, os recursos recolhidos a título de taxa pelo exercício de atividade de polícia exercida tanto pela AGETRANSP, quanto pela AGENERSA, são destinados ao Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro e, posteriormente, “para contas correntes específicas e individualizadas de cada Autarquia, para atender as despesas à conta dos Programas de Trabalho constantes do orçamento de cada Agência” (artigo 3º, §1º do Decreto Estadual nº 37.930/2005).

Os diplomas normativos acima mencionados estão em consonância com a ideia de que os Estados-Membros possuem competência para instituir taxas destinadas a ressarcir os cofres estaduais com o custo dispensado no exercício de atividades de polícia realizadas sobre concessões e permissões nas quais figuram como Poder Concedente.

Ora, se o Estado tem competência para o exercício de ações típicas de poder de polícia, podendo promover a fiscalização de atividades exercidas por concessionárias de serviços públicos dos quais é titular por meio da criação de Agências Reguladoras, também tem competência para instituir a exigência de contraprestação a ser paga pelos particulares pelo exercício de atividade de polícia nesse sentido. A competência para instituir a taxa é conexa àquela de fiscalizar.

Acontece que, no caso objeto do presente parecer, o exercício do poder de polícia dos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nos 01, 02 e 04 decorrentes do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro não se dá a título próprio.

A AGENERSA figura, nessa situação, como mera delegatária do exercício do poder de polícia, assim como o Estado do Rio de Janeiro é mero mandatário dos titulares dos serviços, sem poderes de apresentação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços⁶, consoante disposto na subcláusula 1.1.26 dos contratos concessionais.⁷ Explica-se.

O STF, no julgamento da ADI nº 1.842/RJ, fixou entendimento de que a titularidade do serviço de saneamento básico (em princípio municipal) será da Região Metropolitana, uma vez instituída por

⁶ Remete-se aqui às observações feitas no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG quanto ao papel do Estado de mero representante dos titulares dos serviços, e não de Poder Concedente

⁷ “1.1.26. ESTADO: Estado do Rio de Janeiro, mandatado, por meio da formalização de instrumentos de gestão associada, para organizar, conceder e gerir a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na ÁREA DE CONCESSÃO.”

lei complementar estadual. Como a adesão dos Municípios à Região Metropolitana é compulsória, com a sua instituição, a titularidade dos serviços deixa de ser dos Municípios metropolitanos e passa a ser da Região Metropolitana, i.e., o colegiado de Estado e Municípios. A titularidade dos serviços de saneamento é, desse modo, ou municipal, ou da Região Metropolitana instituída, e não estadual.⁸

Na modelagem dos contratos concessionais ora analisados, cada titular do serviço celebrará com o Estado um convênio de cooperação, delegando à AGENERSA as funções de fiscalização e regulação dos serviços. Caberá ao ERJ as funções de organização e promoção da licitação dos serviços e de gerenciamento dos contratos de delegação mais outros coligados. Isso significa que o Estado do Rio de Janeiro, além de licitar os serviços, figurará como signatário dos contratos, no lugar dos titulares dos serviços, na qualidade de mandatário, assumindo para si direitos e obrigações que seriam deles. Com os titulares remanescerão as funções de planejamento setorial, de fiscalização (paralelamente à AGENERSA) e de retomada dos serviços.

Como delegatária das funções de regulação e fiscalização do serviço de saneamento básico, a subcláusula 1.2.2 do edital de licitação para celebração contratos concessionais estabelece ser da AGENERSA a “competência para regular, controlar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico”, figurando como interveniente-anuente na celebração dos contratos de concessão (subcláusula 1.2.15⁹) e dos convênios de cooperação (subcláusula 1.2.17¹⁰).

Além disso, a subcláusula 21.1 dos contratos de concessão¹¹ confere à AGENERSA independência decisória e autonomias administrativa, orçamentária e financeira próprias do regime jurídico de autarquia especial que lhe é reconhecido. Com efeito, as Agências Reguladoras são entes administrativos não diretamente subordinados à Chefia do Executivo, responsáveis pela gestão de determinados setores da economia. São entidades administrativas dotadas de autonomia reforçada, que é assegurada por autonomia política, administrativa, orçamentária e financeira.

A autonomia financeira das Agências é garantida, justamente, por meio de receitas próprias e pela gestão financeira independente. Referida autonomia é de suma importância, tendo em vista o papel das Agências em assegurar um ambiente de estabilidade institucional e segurança jurídica em médio e longo prazo, assumindo um compromisso no setor que está sendo regulado.

É por isso que a cláusula 3.1 do Anexo III do edital de licitação e a subcláusula 21.8 dos contratos concessionais preveem pagamento de uma taxa pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização exercidas pela AGENERSA, nos seguintes termos:

3.1 A LICITANTE assume a obrigação de pagar o valor de 0,5% (meio por cento) do somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente, pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização do CONTRATO que será transferido à AGÊNCIA REGULADORA.

⁸ Conforme consta do Acórdão: "O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. (...). 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 (...). (...) **Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado**". (ADI 1842, ReI. Min. Luiz Fux, ReI. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013). (grifou-se)

⁹ "1.2.15. CONTRATO: instrumento jurídico e seus Anexos, a ser celebrado entre o ESTADO e a CONCESSIONÁRIA, com interveniência anuente da AGÊNCIA REGULADORA nos termos da minuta do ANEXO I – MINUTA DO CONTRATO e Anexos deste EDITAL;"

¹⁰ "1.2.17. CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA: instrumento jurídico a ser celebrado entre a CONCESSIONÁRIA e a CEDAE, com a interveniência-anuente da AGÊNCIA REGULADORA e do ESTADO, que dispõe sobre o fornecimento de água potável à CONCESSIONÁRIA."

21.8. Durante todo o prazo de CONCESSÃO, a CONCESSIONÁRIA recolherá mensalmente à AGÊNCIA REGULADORA a Taxa de Fiscalização sobre os Serviços Públicos Delegados pelo Estado do Rio de Janeiro, em valor correspondente a 0,5% (meio por cento) do somatório das receitas auferidas mensalmente **pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização.** (grifou-se)

É com fundamento em todo esse arcabouço normativo e contratual que se pode concluir não ser admissível que Leis Estaduais ou Decreto Estadual alterem a destinação do produto de arrecadação de taxa regulatória decorrente da fiscalização de polícia sobre serviços que não são de titularidade estatal.

Vale dizer: se a referida taxa de polícia, como visto no tópico anterior, é tributo essencialmente contraprestacional, devido em função e para o custeio do exercício do poder de polícia pela AGENERSA; se os valores recolhidos à título de taxa de polícia são decorrentes de serviço de titularidade da RM ou dos Municípios não metropolitanos; e se o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço de saneamento básico, havendo previsão nos instrumentos editais e contratuais quanto ao papel da AGENERSA de mera delegatária do exercício do poder de polícia, não poderiam Leis Estaduais ou Decreto Estadual prever a partilha do produto de arrecadação de taxa regulatória decorrente da fiscalização de polícia sobre serviços que não são de titularidade estatal.

O regime jurídico das taxas de polícia e a própria titularidade e modelagem dos contratos de concessão celebrados afastam a aplicação do disposto do artigo 19, §3º, II da Lei Estadual nº 4.555/06 e do artigo 3º, §1º do Decreto Estadual nº 37.930/2005 nesse caso em concreto.

Não seria possível, desse modo, a transferência para outra Agência Reguladora Estadual que não a AGENERSA de valores que, na origem, são provenientes de serviços municipais ou metropolitanos, sem que tais Municípios ou a Região Metropolitana se submetam à ação de agência reguladora diversa.

4. Conclusão

Diante do exposto, é possível sintetizar as conclusões deste parecer nos seguintes enunciados objetivos:

1. As taxas são tributos disciplinados no artigo 145, II da Constituição Federal e 77 a 80 do Código Tributário Nacional, de competência comum de todos os entes federativos, caracterizadas por serem retributivas e contraprestacionais, vinculadas a uma prestação estatal específica em favor do contribuinte.
2. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve haver uma correlação razoável entre o valor cobrado pelo Estado a título de taxa e o custo do serviço ou do exercício do poder de polícia, uma vez que a taxa se destina precipuamente a custear tais atividades.
3. Entre as espécies de taxas, as taxas de polícia são devidas pelo exercício regular de uma atividade administrativa de ordenação da vida econômica e social.
4. As taxas de fiscalização instituídas por Agências Reguladoras, tal como a “Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos”, instituída no âmbito do Estado do Rio de Janeiro pelas Leis Estaduais nº 4.555/2005 e 4.556/2005 e objeto do presente parecer, constituem espécie de taxa incidente sobre a prestação de serviços decorrentes do exercício do poder de polícia. Devem, portanto, ser contraprestacionais, vinculadas à atividade de polícia efetivamente exercida por agências reguladoras estaduais, e destinadas precipuamente ao seu custeio.

5. Consoante as Leis Estaduais nº 4.555/05 e 4.556/05, e o Decreto Estadual nº 37.930/2005, os recursos recolhidos à título de taxa pelo exercício de atividade exercida tanto pela AGETRANSP, quanto pela AGENERSA, são destinados ao Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro e, posteriormente, “para contas correntes específicas e individualizadas de cada Autarquia, para atender as despesas à conta dos Programas de Trabalho constantes do orçamento de cada Agência”.
6. O exercício do poder de polícia dos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nos 01, 02 e 04 decorrentes do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro não se dá à título próprio. A AGENERSA é mera delegatária do exercício do poder de polícia, assim como o Estado do Rio de Janeiro é mero mandatário dos titulares dos serviços, sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços.
7. Os valores recolhidos à título de taxa de polícia são decorrentes de serviço de titularidade da RM ou dos Municípios não metropolitanos (ADI nº 1.842/RJ), havendo previsão nos instrumentos editalícios e contratuais quanto ao papel da AGENERSA de mera delegatária do exercício do poder de polícia.
8. Como a taxa de polícia é tributo essencialmente contraprestacional, devido em função e para o custeio do exercício do poder de polícia pela AGENERSA, e o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço de saneamento básico, não poderiam Leis Estaduais ou Decreto Estadual prever a partilha do produto de arrecadação de taxa regulatória decorrente da fiscalização de polícia sobre serviços que não são de titularidade estatal.

Desse modo, entende-se por inaplicável a repartição dos valores recolhidos à título de taxa de polícia entre AGETRANSP e AGENERSA, na forma do art. 19, §3º, inciso II, da Lei Estadual nº 4.555/2005, regulamentado pelo Decreto nº 37.930/2005.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2021.

GUSTAVO BINENBOJM

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

VISTO

Processo Administrativo nº SEI-220007/002518/2021

Visto. **Aprovo** o Parecer n.º 53/2021 – GUB, da lavra do Procurador do Estado **GUSTAVO BINENBOJM** (SEI n.º 25118624), que examinou consulta formulada pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, quanto à destinação dos recursos provenientes da taxa de regulação prevista no item 21.8 dos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos 01, 02 e 04 decorrentes do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro (SEI n.º 20744260).

Os autos foram encaminhados a essa especializada pelo Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro Rafael Rolim de Minto para manifestação (SEI n.º 24957839). O Parecer n.º 53/2021 – GUB, com o qual estou de acordo, consignou as seguintes conclusões:

1. As taxas são tributos disciplinados no artigo 145, II da Constituição e 77 a 80 do Código Tributário Nacional, de competência comum de todos os entes federativos, caracterizadas por serem retributivas e contraprestacionais, vinculadas a uma prestação estatal específica em favor do contribuinte.
2. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve haver uma correlação razoável entre o valor cobrado pelo Estado a título de taxa e o custo do serviço ou do exercício do poder de polícia, uma vez que a taxa se destina precipuamente a custear tais atividades.
3. Entre as espécies de taxas, as taxas de polícia são devidas pelo exercício regular de uma atividade administrativa de ordenação da vida econômica e social.
4. As taxas de fiscalização instituídas por Agências Reguladoras, tal como a “Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos”, instituída no âmbito do Estado do Rio de Janeiro pelas Leis Estaduais n.º 4.555/2005 e 4.556/2005 e objeto do presente parecer, constituem espécie de taxa incidente sobre a prestação de serviços decorrentes do exercício do poder de polícia.
5. Como se trata de taxas, devem ser contraprestacionais, logo vinculadas à atividade de polícia efetivamente exercida por agências reguladoras estaduais, e destinadas precipuamente ao seu custeio.
6. Consoante as Leis estaduais n.º 4.555/05 e 4.556/05, e o Decreto Estadual n.º 37.930/2005, os recursos recolhidos à título de taxa pelo exercício de atividade exercida tanto pela AGETRANSP, quanto pela AGENERSA, são destinados ao Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro e, posteriormente, “para contas correntes específicas e individualizadas de cada Autarquia, para atender as despesas à conta dos Programas de Trabalho constantes do orçamento de cada Agência”.
7. O exercício do poder de polícia, pela AGENERSA, no âmbito dos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nos 01, 02 e 04 decorrentes do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro não se dá à título próprio. A AGENERSA é mera delegatária do exercício do poder de polícia, assim como o Estado do Rio de Janeiro é mero mandatário dos titulares dos serviços, sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços.
8. Os valores recolhidos à título de taxa de polícia são decorrentes de serviço de titularidade da RM ou dos Municípios não metropolitanos (ADI n.º 1.842/RJ), havendo previsão nos

instrumentos editalícios e contratuais quanto ao papel da AGENERSA de mera delegatária do exercício do poder de polícia dos titulares do serviço.

9. Como a taxa de polícia é tributo essencialmente contraprestacional, devido em função e para o custeio do exercício do poder de polícia pela AGENERSA, e o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço de saneamento básico, não poderiam Leis Estaduais ou Decreto Estadual prever a partilha do produto de arrecadação de taxa regulatória decorrente da fiscalização de polícia sobre serviços que não são de titularidade estadual.

Por todo o exposto, como bem lançado pelo parecerista, é inaplicável a repartição dos valores recolhidos à título de taxa de polícia entre AGETRANSP e AGENERSA, na forma do art. 19, § 3º, inciso II, da Lei estadual nº 4.555/2005, regulamentado pelo Decreto nº 37.930/2005. O papel de mera delegatária do exercício do poder de polícia da AGENERSA pode ser atestado pelos termos dos Convênios de Cooperação firmados entre os titulares do serviço de saneamento básico e o Estado do Rio de Janeiro, que foram devidamente examinado no Parecer nº 5-A/2020-ARCY.

À PG-02, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2021.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador-Assistente da Procuradoria Administrativa

VISTO

SEI-220007/02518/2021

Visto. **Aprovo** o *Parecer n° 53/2021 – GUB*, da lavra do i. Procurador do Estado GUSTAVO BINENBOJM (25118624), chancelado pelo i. Procurador do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO, Procurador-Assistente da Procuradoria Administrativa - PG-17 (25167457), que entendeu pela **inaplicabilidade** da repartição dos valores recolhidos à título de taxa de polícia entre AGETRANSP e AGENERSA, na forma do art. 19, § 3º, inciso II, da Lei estadual n° 4.555/2005, regulamentado pelo Decreto n° 37.930/2005 aos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos 01, 02 e 04 decorrentes do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro.

Com efeito, bem assinalou o nobre parecerista em suas conclusões, adiante transcritas:

1. As taxas são tributos disciplinados no artigo 145, II da Constituição Federal e 77 a 80 do Código Tributário Nacional, de competência comum de todos os entes federativos, caracterizadas por serem retributivas e contraprestacionais, vinculadas a uma prestação estatal específica em favor do contribuinte.
2. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve haver uma correlação razoável entre o valor cobrado pelo Estado a título de taxa e o custo do serviço ou do exercício do poder de polícia, uma vez que a taxa se destina precipuamente a custear tais atividades.
3. Entre as espécies de taxas, as taxas de polícia são devidas pelo exercício regular de uma atividade administrativa de ordenação da vida econômica e social.
4. As taxas de fiscalização instituídas por Agências Reguladoras, tal como a “Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos”, instituída no âmbito do Estado do Rio de Janeiro pelas Leis Estaduais n° 4.555/2005 e 4.556/2005 e objeto do presente parecer, constituem espécie de taxa incidente sobre a prestação de serviços decorrentes do exercício do poder de polícia. Devem, portanto, ser contra prestacionais, vinculadas à atividade de polícia efetivamente exercida por agências reguladoras estaduais, e destinadas precipuamente ao seu custeio.
5. Consoante as Leis Estaduais n° 4.555/05 e 4.556/05, e o Decreto Estadual n° 37.930/2005, os recursos recolhidos à título de taxa pelo exercício de atividade exercida tanto pela AGETRANSP, quanto pela AGENERSA, são destinados ao Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro e, posteriormente, “para contas correntes específicas e individualizadas de cada Autarquia, para atender as despesas à conta dos Programas de Trabalho constantes do orçamento de cada Agência”.
6. O exercício do poder de polícia dos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nos 01, 02 e 04 decorrentes do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro não se dá à título próprio. A AGENERSA é mera delegatária do exercício do poder de polícia, assim como o Estado do Rio de Janeiro é mero mandatário dos titulares dos serviços, sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços.
7. Os valores recolhidos à título de taxa de polícia são decorrentes de serviço de titularidade da RM ou dos Municípios não metropolitanos (ADI n° 1.842/RJ), havendo previsão nos instrumentos editalícios e contratuais quanto ao papel da AGENERSA de mera delegatária do exercício do poder de polícia.
8. Como a taxa de polícia é tributo essencialmente contraprestacional, devido em função e para o custeio do exercício do poder de polícia pela AGENERSA, e o Estado do Rio de Janeiro

não é o titular do serviço de saneamento básico, não poderiam Leis Estaduais ou Decreto Estadual prever a partilha do produto de arrecadação de taxa regulatória decorrente da fiscalização de polícia sobre serviços que não são de titularidade estatal.

Logo, tais recursos deverão ser destinados exclusivamente à AGENERSA, conforme a previsão editalícia e contratual.

À Secretaria de Estado da Casa Civil, em prosseguimento.

RAFAEL ROLIM DE MINTO
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

AO EXMO. SR. PROCURADOR GERAL DO ESTADO

P.A. SEI-220002/001019/2020

Of. SECC/ASSGE SEI Nº22

Senhor Procurador Geral,

1

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria de Estado da Casa Civil, por meio do Ofício SECC/ASSGE SEI Nº 22 (15625816), de 12 de abril de 2021, pelo qual foram formuladas as seguintes indagações:

1. Considerando (i) o teor da decisão proferida no Voto de 24 de março de 2021 no Processo TCE/RJ 100.167-5/21 (15623137); (ii) a data da abertura dos envelopes que contém as propostas comerciais (30 de abril de 2021) e a característica de instrumento jurídico coligado ao Contrato de Concessão; a assinatura do Contrato de Produção de Água por todas as partes e pela interveniente-anuente é urgente, de relevante interesse público e deve ocorrer antes de 30 de abril de 2021?

2. Considerando que as recomendações contidas no Parecer Conjunto nº 03/2020 - AHWM/HBR/TCA foram acatadas ou, quando não, devidamente justificadas, a versão do Contrato de Produção de Água (15467714) encaminhada ao Ilmo. Governador em exercício está, juridicamente, apta à assinatura?

Registra-se que foi solicitada *máxima urgência* na resposta à consulta, em vista da data marcada para o certame, 30 de abril de 2021.

A consulta está relacionada ao Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, concebido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que culminou na publicação da Concorrência Internacional nº 01/20, cujo objeto é a concessão da prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, na área de concessão, em cada um dos respectivos blocos, por meio da exploração das infraestruturas integrantes do sistema.

Acerca dos instrumentos relacionados ao referido projeto, a Procuradoria Geral do Estado exarou diversos pareceres jurídicos, valendo destacar aqueles pelos quais analisou concretamente as minutas apresentadas para consulta pública.

O Parecer nº 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY, da lavra do Procurador do Estado André Rodrigues Cyrino, examinou a viabilidade jurídica das minutas de Convênios de Cooperação, de Contratos de Gerenciamento e de Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes. O referido parecer foi aprovado tanto pelo Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa, Flávio Amaral Garcia, quanto pelo Subprocurador-Geral do Estado, Rafael Rolim de Minto.

O Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, da lavra dos Procuradores do Estado Flávio Amaral Garcia e André Rodrigues Cyrino, analisou a minuta do Edital de Concorrência para a concessão dos serviços de saneamento básico dos municípios do Estado do Rio de Janeiro.

O Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB da lavra dos Procuradores do Estado Alexandre Santos de Aragão, André Rodrigues Cyrino, Flávio Amaral Garcia e Gustavo Binenbojm, analisou a minuta do Contrato de Concessão (Anexo I do Edital de Concorrência Internacional para a concessão dos serviços de saneamento básico dos municípios do Estado do Rio de Janeiro).

O Parecer Conjunto nº 01/2020 - AHW/M/HBR/TCA da lavra dos Procuradores do Estado Augusto Henrique Pereira de Souza Werneck Martins, Henrique Bastos Rocha e Thiago Cardoso Araújo, analisou a minuta de contrato “visando à disciplina da sub-rogação de obrigações inerentes aos contratos de programa, celebrados entre a CEDAE e os MUNICÍPIOS para a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário”.

O Parecer Conjunto nº 02/2020 - AHW/M/HBR/TCA da lavra dos Procuradores do Estado Augusto Henrique Pereira de Souza Werneck Martins, Henrique Bastos Rocha e Thiago Cardoso Araújo, analisou a minuta do Contrato de Interdependência.

O Parecer Conjunto nº 03/2020 - AHW/M/HBR/TCA da lavra dos Procuradores do Estado Augusto Henrique Pereira de Souza Werneck Martins, Henrique Bastos Rocha e Thiago Cardoso Araújo, analisou a minuta do Contrato de Produção de Água (15623622).

Por meio da Resolução PGE nº 4.610 de 29 de setembro de 2020, foi instituído, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, grupo de trabalho com a finalidade de promover suporte jurídico, acompanhar, estudar e, se for o caso, apresentar propostas de adoção de medidas administrativas ou judiciais aos órgãos técnicos envolvidos no processo de desestatização dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário.

Todos os pareceres jurídicos mencionados, com exceção do Parecer nº 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY, foram aprovados pelo referido Grupo de Trabalho e posteriormente contaram com o Visto do Procurador-Geral do Estado, Bruno Dubeux¹.

A sistemática adotada na PGE para a aprovação dos referidos pareceres permitiu que a análise jurídica das minutas de contrato relacionadas ao Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro fosse aprovada após avaliação de diversos Procuradores do Estado, de modo a se chegar a recomendações jurídicas seguras para a adequação das minutas examinadas.

Nesta linha, permanecem válidas todas as recomendações desta PGE, o que se reafirma presente Promoção, mesmo porque não foi submetida a esta PGE, anteriormente, nem por meio do Ofício SECC/ASSGE SEI Nº 22 (15625816), de 12 de abril de 2021, qualquer pedido específico de reconsideração das recomendações aprovadas pelo Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado, em relação ao aperfeiçoamento das minutas.

É certo, por outro lado, que diversas das recomendações constantes dos referidos pareceres são referentes à necessidade de justificativas de natureza operacional e/ou financeira, matérias em relação às quais não pode a PGE analisar o seu mérito, eis que referentes a temática fora da *expertise* e atribuição dos Procuradores. Em relação a questões dessa natureza, restou à PGE afirmar a necessidade de estudos e justificativas técnicas, que conferissem adequado planejamento técnico e adequada estrutura econômico-financeira às avenças a serem celebradas.

Com base nessas observações gerais e, diante da urgência solicitada para esta manifestação, passamos a avaliar diretamente as questões postas pelo Ofício SECC/ASSGE SEI Nº 22 (15625816), de 12 de abril de 2021.

¹ O Parecer nº 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY não passou pela revisão do Grupo de Trabalho em razão de suadata anterior.

março de 2021 no Processo TCE/RJ 100.167-5/21 (15623137), constou a seguinte recomendação:

“4.2 – Observar a necessidade de que todos os convênios de cooperação estejam efetivamente celebrados e assinados pelos partícipes, quando da realização do certame;”²

A minuta do Contrato de Produção de Água foi analisada, no âmbito desta PGE, pelo Parecer Conjunto nº 03/2020 - AHWM/HBR/TCA (15623622), no qual foi esclarecido que *“o que justifica a delegação à CEDAE, empresa estatal estadual, dos serviços de produção de água, de titularidade da Região Metropolitana, são os instrumentos de gestão associada a serem firmados”*.

Além disso, constou do referido parecer que *“O título jurídico para a participação do Estado do Rio de Janeiro na presente avença, bem como no contrato de concessão, não é um direito nativo seu, mas uma delegação de poderes da parte da RMRJ que é operada via instrumentos de gestão associada: (...) O Estado do Rio de Janeiro atua no presente contratocoligado de produção de água, não como titular do serviço público de saneamento básico, mas como mandatário da RMRJ, mandato este que se estabeleceu em função de convênio de cooperação e contrato de gerenciamento”*.

Por fim, constou como recomendação expressa na conclusão do Parecer: *“É aconselhável que a RMRJ seja incluída como parte no contrato, de modo a conferir maior segurança jurídica à avença, na medida em que se trata do titular do serviço público de produção de água, ainda que, no presente caso, representada pelo Estado por força dos instrumentos de gestão associada;”* (grifamos)

Desse raciocínio depreende-se que embora não tenha constado de forma expressa na decisão proferida pelo TCE/RJ recomendação mencionando especificamente a necessidade de assinatura do Contrato de Produção de Água até a data prevista para a abertura dos envelopes que contém as propostas comerciais (30 de abril de 2021), entende-se que tal providência é recomendável, pois se trata de ajuste envolvendo a Região Metropolitana, como entidade titular dos serviços de produção de água, o Estado do Rio de Janeiro, e a CEDAE, como delegatária dos referidos serviços, merecendo tal contrato tratamento semelhante aos *instrumentos de gestão associada para a prestação de serviços públicos*.

No que tange à segunda indagação constante do Ofício SECC/ASSGE SEI Nº 22 (15625816), de 12 de abril de 2021, dadas as premissas expostas no item I da presente Promoção, entendemos que as recomendações constantes do Parecer Conjunto nº 03/2020 - AHWM/HBR/TCA (15623622), todas aprovadas pelo Grupo de Trabalho criado pela Resolução PGE nº 4.610 de 29 de setembro de 2020 e, posteriormente, pelo Procurador-Geral do Estado, permanecem válidas, devendo ser cumpridas.

² O voto condutor do Processo TCE/RJ 100.167-5/21 manifestou sua concordância com o Corpo Técnico da Corte de Contas no sentido de que o convênio de cooperação e atos correlatos estivessem assinados quando da realização do certame: *“Nesta oportunidade, a partir dos esclarecimentos prestados, o Corpo Técnico entendeu possível acatar os argumentos pertinentes à opção pela celebração de convênio de cooperação, pontuando, entretanto, a necessidade de que todos os atos estejam efetivamente celebrados e assinados pelos partícipes quando da realização do certame, medida com a qual estou inteiramente de acordo: ‘Os esclarecimentos apresentados pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro em exercício, Exmo. Sr. Claudio Bomfim de Castro e Silva, concernente a inaplicabilidade da Lei Estadual nº 2.831/1997 à concessão de serviços públicos ora em exame, são fundamentados em pareceres jurídicos exarados pelo Procurador-Geral do Estado (PGE-RJ), com argumentos que apresentam plausibilidade jurídica. Assim sendo, e considerando a singularidade da concessão em tela ter por objeto uma gestão associada de serviços de interesse público comum, com exercício conjunto da titularidade, entendemos, smj, que as justificativas apresentadas podem ser acolhidas pelo Plenário desta Corte de Contas. Por outro lado, considerando que nos termos da resposta à Decisão de 25/01/2021, a atuação do Estado do Rio de Janeiro está ocorrendo em face da delegação efetivada pela Lei Complementar Estadual nº 184/2018 (no caso da Região Metropolitana) e pelos convênios de cooperação, com fundamento no disposto no artigo 8º, § 4º da Lei nº 11.447/2007 (para os demais Municípios participantes), ao final desta instrução submeteremos ao Plenário desta Corte de Contas a sugestão de Ciência ao Jurisdicionado, para que observe a necessidade de que, quando da realização do certame, todos os convênios de cooperação estejam efetivamente celebrados e assinados pelos partícipes.”*

Tais recomendações, a depender de sua natureza, devem ser atendidas de duas formas diferentes:

a) As recomendações de conteúdo eminentemente jurídico devem ser atendidas por meio de adequações nas minutas de instrumentos jurídicos, dentre os quais o Contrato de Produção de Água;

b) As recomendações referentes à necessidade de justificativas de natureza operacional e/ou financeira, devem ser consideradas atendidas, sob a ótica da PGE, pela apresentação da justificativa técnica e/ou financeira pelo órgão competente, não tendo a PGE *expertise* ou atribuição para avaliar tais justificativas.

Sobre tais justificativas em matérias operacionais e/ou financeiras, verifica-se que no documento identificado pelo número 15625664 não consta a assinatura do(s) profissional (is) responsável(is) pela manifestação. Também não foram localizados no Processo Administrativo estudos técnicos completos e firmados por técnicos habilitados do Estado, que embasaram as conclusões expostas.

A assinatura do documento identificado pelo número 15625664 e a juntada dos estudos técnicos que fundamentaram as conclusões nele expostas é essencial para que as autoridades competentes, dentre elas o Exmo. Sr. Governador do Estado (mas não se limitando a ele, pois outras autoridades também deverão assinar os referidos instrumentos), possam demonstrar que exerceram a sua competência de representação das entidades públicas participantes das avenças após os devidos estudos técnicos, ainda que não vinculantes de sua decisão.

Por fim, embora não seja objeto de indagação específica por meio do Ofício SECC/ASSGE SEI Nº 22 (15625816), de 12 de abril de 2021, ressalta-se a necessidade do cumprimento das recomendações que constaram na decisão proferida no Voto de 24 de março de 2021 no Processo TCE/RJ 100.167-5/21 (15623137), complementares e não conflitantes com as anteriores recomendações desta Procuradoria Geral do Estado.

Pelo exposto, sem prejuízo da integralidade do texto da presente Promoção, ressalta - se que:

a) permanecem válidas todas as recomendações desta PGE, o que se reafirma na presente Promoção, mesmo porque não foi submetida a esta PGE, anteriormente, nem por meio do Ofício SECC/ASSGE SEI Nº 22 (15625816), de 12 de abril de 2021, qualquer pedido de reconsideração das recomendações aprovadas pelo Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado, em relação ao aperfeiçoamento das minutas;

b) Foi recomendado no Parecer Conjunto nº 03/2020 - AHWM/HBR/TCA (15623622), dentre outros pontos, que a Região Metropolitana seja incluída como parte no contrato, de modo a conferir maior segurança jurídica à avença, na medida em que se trata do titular do serviço público de produção de água, ainda que, no presente caso, representada pelo Estado por forçados instrumentos de gestão associada;

c) Embora não tenha constado de forma expressa na decisão proferida pelo TCE/RJ (15623137) recomendação mencionando especificamente a necessidade de assinatura do Contrato de Produção de Água até a data prevista para a abertura dos envelopes que contém as propostas comerciais (30 de abril de 2021), entende-se que tal providência é recomendável, pois se trata de ajuste envolvendo a Região Metropolitana, como entidade titular dos serviços de produção de água, o Estado e a CEDAE, como delegatária dos referidos serviços, merecendo tal instrumento tratamento semelhante aos *instrumentos de gestão associada para prestação de serviços públicos*;

c) Diversas das recomendações constantes dos referidos pareceres são referentes à necessidade de justificativas de natureza operacional e/ou financeira, matérias em relação às quais não poderia a PGE analisar o seu mérito, eis que referentes a temática fora da *expertise* e atribuição dos Procuradores;

e) Recomenda-se que seja providenciada a assinatura do documento identificado pelo número 15625664 pelo(s) profissional(is) responsável(is) pela manifestação, bem como a juntada ao Processo Administrativo dos estudos técnicos completos e firmados por técnicos habilitados do Estado, que embasaram as conclusões expostas no referido doc. SEI 15625664;

f) Ressalta-se a necessidade do cumprimento das recomendações que constaram na decisão proferida no Voto de 24 de março de 2021 no Processo TCE/RJ 100.167-5/21 (15623137), complementares e não conflitantes com as anteriores recomendações desta Procuradoria Geraldo Estado.

Rio de Janeiro, 14 de abril de 2021.

HENRIQUE BASTOS ROCHA

Procurador-Assistente da Procuradoria Administrativa (PG-17)

VISTO

Visto. Aprovo a bem lançada Promoção nº 2/21-HBR, de lavra do i. Procurador-Assistente da Procuradoria Administrativa, HENRIQUE BASTOS ROCHA, por meio da qual analisada, sob regime de urgência, consulta formulada pela Secretaria de Estado da Casa Civil, em razão do Ofício SECC/ASSGE SEI Nº 22 (15625816), de 12 de abril de 2021.

Nesse sentido, após ter feito uma síntese dos pareceres proferidos em razão do complexo processo de desestatização CEDAE, o nobre Procurador-Assistente, reforçando a análise realizada no Parecer Conjunto nº 03/2020 - AHWM/HBR/TCA, apresentou as seguintes conclusões:

a) permanecem válidas todas as recomendações desta PGE, o que se reafirma na presente Promoção, mesmo porque não foi submetida a esta PGE, anteriormente, nem por meio do Ofício SECC/ASSGE SEI Nº 22 (15625816), de 12 de abril de 2021, qualquer pedido de reconsideração das recomendações aprovadas pelo Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado, em relação ao aperfeiçoamento das minutas;

b) Foi recomendado no Parecer Conjunto nº 03/2020 - AHWM/HBR/TCA, dentre outros pontos, que a Região Metropolitana seja incluída como parte no contrato, de modo a conferir maior segurança jurídica à avença, na medida em que se trata do titular do serviço público de produção de água, ainda que, no presente caso, representada pelo Estado por força dos instrumentos de gestão associada;

c) Embora não tenha constado de forma expressa na decisão proferida pelo TCE/RJ recomendação mencionando especificamente a necessidade de assinatura do Contrato de Produção de Água até a data prevista para a abertura dos envelopes que contém as propostas comerciais (30 de abril de 2021), entende-se que tal providência é recomendável, pois se trata de ajuste envolvendo a Região Metropolitana, como entidade titular dos serviços de produção de água e a CEDAE, como delegatária dos referidos serviços, compreendendo-se tal contrato no sentido lato de instrumentos de cooperação entre entidades federadas para a prestação de serviços públicos;

d) Diversas das recomendações constantes dos referidos pareceres são referentes à necessidade de justificativas de natureza operacional e/ou financeira, matérias em relação às quais nem poderia a PGE analisar o seu mérito, eis que referentes a temática fora da expertise e atribuição dos Procuradores;

e) Recomenda-se que seja providenciada a assinatura do documento identificado pelo número 15625664 pelo(s) profissional(is) responsável(is) pela manifestação, bem como a juntada ao Processo Administrativo dos estudos técnicos completos e firmados por técnicos habilitados do Estado, que embasaram as conclusões expostas no doc. SEI 15625664; Ressalta-se a necessidade do cumprimento das recomendações que constaram na decisão proferida no Voto de 24 de março de 2021 no Processo TCE/RJ 100.167-5/21, complementares e não conflitantes com as anteriores recomendações desta Procuradoria Geral do Estado.

f) Ressalta-se a necessidade do cumprimento das recomendações que constaram na decisão proferida no Voto de 24 de março de 2021 no Processo TCE/RJ 100.167-5/21, complementares e não conflitantes com as anteriores recomendações desta Procuradoria Geral do Estado.

É assim que, nesta oportunidade, sem prejuízo de tudo o que foi veiculado na Promoção nº 02/21 – HBR, cabe apresentar respostas objetivas aos questionamentos formulados.

1. Considerando (i) o teor da decisão proferida no Voto de 24 de março de 2021 no Processo TCE/RJ 100.167-5/21; (ii) a data da abertura dos envelopes que contém as propostas comerciais (30 de abril de 2021) e (iii) a característica de instrumento jurídico coligado ao Contrato de Concessão; a assinatura do Contrato de Produção de Água por todas as partes e pela interveniente-anuente é urgente, de relevante interesse público e deve ocorrer antes de 30 de abril de 2021?

Resposta: Embora não caiba a esta Procuradoria Geral do Estado concretizar conceitos jurídicos

indeterminados como os de relevância para o interesse público e de urgência (porquanto trata-se de análise privativa do Chefe do Poder Executivo), considera-se juridicamente necessária a assinatura do Contrato de Produção de Água até a data prevista para a abertura dos envelopes que contém as propostas comerciais, de modo que reafirmo o que consta na Promoção nº 02/21 - HBR, no sentido de que, embora não tenha constado de forma expressa na decisão proferida pelo TCE/RJ orientação mencionando especificamente a necessidade de assinatura, é de se considerar que tal providência é salutar, pois se trata de ajuste envolvendo a Região Metropolitana, como entidade titular dos serviços de produção de água e a CEDAE, como delegatária dos referidos serviços, compreendendo-se tal contrato no sentido lato de instrumentos de cooperação entre entidades federadas para a prestação de serviços públicos.

2. Considerando que as recomendações contidas no Parecer Conjunto nº 03/2020 - AHWM/HBR/TCA foram acatadas ou, quando não, devidamente justificadas, a versão do Contrato de Produção de Água (15467714) encaminhada ao Ilmo. Governador em exercício está, juridicamente, apta à assinatura?

Resposta: Ainda que integralmente ratificadas as recomendações ventiladas no Parecer Conjunto nº 03/2020 - AHWM/HBR/TCA, reafirma-se a necessidade de pronta assinatura do Contrato de Produção de Água, cujos termos, no entanto, devem encontrar vinculação com as justificativas apresentadas pelos gestores públicos envolvidos no processo de desestatização da CEDAE.

À Secretaria de Estado da Casa Civil, em regime de urgência.

Rio de Janeiro, 14 abril de 2021

BRUNO DUBEUX

PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Direito Administrativo. Direito dos Serviços Públicos. Reformulação da prestação do serviço público de saneamento básico. Reversibilidade de bens. Indenização. Indisponibilidade do interesse público. Consensualidade administrativa. Possibilidade de acordos acerca de indenizações devidas a entes públicos. Cautelas e requisitos.

Senhor Procurador-Chefe,

1 – Introdução

O presente parecer integra a análise jurídica feita pela Procuradoria Administrativa - PG-17 - da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro acerca de aspectos da pretendida desestatização da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro, a CEDAE. Dado que já se fez o relato da proposta de operação, tal como apresentada pelos consultores do BNDES, a análise se centra nos dois pontos específicos que me couberam na divisão de quesitos.

Eles são os seguintes:

2.1. Considerando a disciplina a ser estabelecida com base nas deliberações dos titulares dos serviços de água e esgoto e nos instrumentos de gestão associada a serem celebrados, o ERI poderá figurar como beneficiário dos pagamentos de outorga a serem efetuados pelos adjudicatários dos contratos de concessão? E dos valores decorrentes da alienação do controle da CEDAE?

3.1. A extinção dos contratos de programa vigentes entre a CEDAE e os municípios incluídos no projeto, com a consequente limitação de escopo incumbido a tal companhia, enseja o direito desta a perceber indenização pelos investimentos em ativos não completamente amortizados?

Os questionamentos, como se vê, dizem respeito (i) à possibilidade de recebimento de valores, pelo Estado do Rio de Janeiro, pagos pelos concessionários futuros aos titulares públicos dos serviços, a partir dos contratos de concessão a serem com eles celebrados, e (ii) às indenizações eventualmente devidas à CEDAE em função da extinção dos contratos de programa ora vigentes com os municípios, titulares dos serviços de saneamento, em razão de investimentos, feitos pela companhia, e ainda não amortizados. O projeto de desestatização da CEDAE, na forma como apresentado pelo BNDES, envolve a redução do escopo da própria companhia, que se devotaria apenas ao *upstream*, isto é, à coleta da água no rio Guandu e a seu tratamento. Assim, uma CEDAE de escopo menor, e cujas atividades anteriores teriam sido delegadas à iniciativa privada por meio de concessões, possuiria, em princípio, direito a ser indenizada pelos municípios, mercê dos investimentos que fez ao longo do período em que teriam estado em vigor os contratos de programa.

O parecer se desenvolve conforme o roteiro a seguir. No próximo tópico (tópico II), trata-se da necessidade de ressarcimento à concessionária, ao fim dos contratos de programa, dos valores

correspondentes a investimentos não amortizados. Parte-se da lógica do dever de indenizar bens reversíveis. No tópico III, analisa-se o tratamento conferido pela doutrina à noção de indisponibilidade do interesse público – assunto que surge ao se tratar do compartilhamento da outorga, a ser eventualmente obtida pelos titulares das concessões futuras, com o Estado do Rio de Janeiro. Como se verá, não há impedimento a que os municípios destinem valores de suas outorgas ao Estado do Rio. Em apoio a tal conclusão acode, inclusive, a compreensão contemporânea da ideia-força da consensualidade administrativa, também assunto do tópico.

Ao final do parecer, respondo às perguntas formuladas na consulta.

2 – A indenização pelos investimentos realizados pela CEDAE em favor dos municípios: reversão de bens, direito de propriedade, e quem deve arcar com os custos. Sugestão de curso de ação

Discutir a necessidade de ressarcimento à CEDAE por investimentos realizados em favor dos municípios requer compreensão da ideia de reversão de bens afetados à prestação de serviço público.

Pois bem. A expressão "reversão de bens" e "reversibilidade" levam à falsa percepção de que os bens objeto do fenômeno pertençam ao titular do serviço, e que estejam, no curso da prestação, cedidos à concessionária. Em verdade, a reversão, ao final da concessão, é sempre do *serviço público* – é como se a prestação retornasse a seu titular –, e, para que não haja interrupção (o que é crítico na retórica dos serviços públicos à francesa, e que é, em boa parte, a nossa¹) o retorno da capacidade jurídonormativa da prestação do serviço se faz junto aos bens tecnicamente necessários à sua manutenção. Na prática, os bens, que, até aquele momento, pertenciam à concessionária², e que foram por ela adquiridos, são transferidos ao poder concedente, para que este passe a prestar o serviço, diretamente ou por intermédio de outro concessionário (como seria, aqui, o caso).

Para que possam ser transferidos ao poder concedente, entretanto, seus custos devem, ou estar inteiramente amortizados ao final da concessão – a concessionária já absorveu seu custo, graças aos recebimentos com a exploração econômica da concessão –, ou o titular do serviço público deve indenizar a concessionária pelo que não foi amortizado, e, agora, nem o será. Essa é a exigência legal³.⁴ A expectativa da norma é a de que os investimentos realizados pela concessionária sejam pagos a partir da própria exploração da concessão e ao longo de sua duração. Floriano de Azevedo Marques Neto, significativamente, afirma que, "para a reversão da propriedade, o sinalagma das concessões tem de ser concebido de modo que, ao final, o investimento na constituição dos bens reversíveis esteja plenamente amortizado"⁵

A garantia de indenização é, contudo, salvaguarda, proteção antiexpropriação instituída em favor da concessionária⁶ Ao término da concessão, alguns autores, inspirados nessa garantia antiexpropriação, chegam a afirmar que, quanto aos bens não amortizados, exige-se *prévia e justa*

¹ Cf. o dito "princípio da continuidade dos serviços públicos", tipo, pela jurisprudência do Conselho de Estado francês, não só como princípio dos serviços públicos, ou princípio do Direito Administrativo, mas princípio geral do Direito. A continuidade da prestação também inclui, em certo sentido, a atualidade da prestação do serviço.

² Há outras posições doutrinárias acerca da natureza jurídica do bem reversível, mas esta é a que corresponde ao modo como nossas leis, em especial a lei n. 8.987/95, tratam do tema.

³Cf art. 36 da lei 8.987/95: A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

⁴ Ainda que a lei 8.987/95 seja a lei das concessões de serviços públicos federais, entende-se que o preceito inclui-se numa teoria geral das concessões. A norma é, assim, aplicável ao presente caso.

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p 197.

⁶ LAUBADERE, André de. *Traité théorique et Pratique des Contrats Administratifs*. Tome III – Les Incidents d' Exécution – La fin des Contrats Administratifs. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 197.

indenização em dinheiro em favor da concessionária⁷ Encerrar a concessão sem indenizar equivaleria a expropriar.

O problema mais frequente, contudo, não é tanto o *an debeatur*, mas o *quantum debeatur*. Trata-se de identificar e apurar o valor dos investimentos efetivamente realizados, e ainda não amortizados, à época da terminação do contrato⁸. No instrumento contratual da concessão constam, em geral, previsões quanto aos investimentos a serem realizados, e às receitas esperadas⁹, mas é necessário que a Administração monitore os investimentos em bens reversíveis¹⁰, e, ao final, realize levantamento acurado.

Pois bem: a CEDAE, concessionária de águas e esgotos ora atuante em boa parte do Estado do Rio, possui direito a ser ressarcida pelos investimentos que comprovadamente tenha feito junto aos municípios, titulares dos serviços, caso tais investimentos não estejam amortizados e o vínculo contratual entre eles seja interrompido. Trata-se de incidência do dever de indenizar a concessionária pelos investimentos em bens, por ela arcados, e que sejam reversíveis ao titular do serviço, O fundamento do dever de indenizar, sob a ótica da concessionária, é o direito de propriedade (art. 50, *caput*, CRFB-88), reconhecido como possível de ser titularizado por entidades privadas integrantes da Administração Pública¹¹ Por parte do titular do serviço, trata-se de exigência extraída a partir do art. 36 da lei 8.987/95. Tais investimentos, na medida em que aderentes aos contratos de programa, devem ser inventariados e quantificados, ou por em atuação conjunta da CEDAE e dos titulares do serviço, ou por auditoria independente.

Essa é a premissa maior.

A questão principal do quesito, no entanto, diz respeito ao modo de pagamento da indenização. O dever de indenizar incumbe, em princípio, e como se disse, ao titular do serviço, que, neste caso, seriam os municípios incluídos no projeto. No entanto, ao que narra a análise do BNDES, o Estado do Rio de Janeiro não possuiria expectativa de que os municípios o indenizassem. A partir daí, os técnicos do BNDES cogitaram duas alternativas. A primeira consistiria no *deslocamento do ônus financeiro de indenização da CEDAE para os adjudicatários dos blocos de concessão*. A segunda, na possibilidade de *a CEDAE não receber indenização em razão do término antecipado dos contratos*. Explica-se as duas hipóteses.

A primeira é intuitiva. Se alguém tem que indenizar a CEDAE, que esse alguém seja não o município, que não possui dinheiro, mas a nova concessionária, adjudicatária da concessão. Para a CEDAE é, de fato, irrelevante se é o ente federativo ou a empresa privada quem a irá indenizar. O que importa é a indenização. Não há maiores problemas jurídicos na hipótese. Observe-se que o art. 36 da lei 8.987/95 fala apenas na indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis, mas não fixa quem deverá suportá-la. Em regra, é natural que quem pague seja o titular dos serviços. Mas é possível, e de fato isso já constou em alguns projetos de infraestrutura, que o novo concessionário seja o responsável pela indenização ao concessionário anterior.

A hipótese de não pagamento de indenização à CEDAE, por sua vez, fundamenta-se numa preocupação de índole econômica. O pagamento de valores em prol de estatal que se pretende alienar poderia representar circulação economicamente ineficiente de recursos. É que o valor indenizatório a ser recebido pela CEDAE – e que, na hipótese do raciocínio, haveria de ser pago pelas futuras concessionárias (v. acima) – seria considerado na precificação da CEDAE, aumentando o preço de venda da estatal. Por outro lado, é plausível cogitar que esse custo da indenização viesse a ser 'descontado' do valor que as concessionárias estariam dispostas a pagar, a título de outorga, pelas concessões.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 570.

⁸ *Ibidem*.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens Reversíveis nas Concessões Públicas: a inviabilidade de uma Teoria Geral. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n.2, maio/ago. p 153.

¹⁰ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Ibidem*.

¹¹ MAETZ, Olivier. *Les droit fondamentaux de. personnes publiques*. Paris: Instilnt Universitaire Varenne. *Passim*.

Outro argumento, apresentado pelos técnicos do BNDES, relaciona-se ao beneficiário da indenização, a CEDAE. Ela é, como se sabe, controlada pelo Estado do Rio de Janeiro, que seria o destinatário último das indenizações. Ora, afirma o BNDES, *a urna*, o controlador poderia abrir mão de direitos e obrigações do ativo a ser alienado, para viabilizar ou aumentar a atratividade de determinada operação. *A duas*, seria possível argumentar que a não indenização da CEDAE pelos investimentos não amortizados reverberaria no aumento do valor a ser recebido nas outorgas pagas pelos concessionários, inexistindo, então, prejuízo ao erário.

A segunda opção parece sedutora, mas traz riscos. A alguns deles.

(a) Um dos problemas mais típicos de concessões e parcerias público-privadas é o excesso de otimismo, usualmente em relação à demanda por serviços ou à expectativa de preços a serem alcançados em licitações¹² Mas o excesso de otimismo também pode incidir como problema metodológico: a identificação de pretensos resultados causais em searas onde só se pode, quando muito, identificar correlações não espúrias. Há risco evidente quando se afirma um resultado causal como fundamento administrativo de uma decisão administrativa¹³. Assim, não é possível *afirmar* que o valor de outorga *aumentará* em razão de a CEDAE abrir mão de sua indenização¹⁴. É hipótese plausível. Mas não é certa. Estar-se-ia 'abrindo mão de dinheiro público' (certo) em prol de uma possível precificação de outorga (incerto). Aos olhos de um controlador mais ativo - que, nos dias de hoje, são todos -, o raciocínio poderia levantar sobrancelhas.

(b) O Estado do Rio de Janeiro é o controlador da CEDAE, mas não é um agente totalitário. Há órgãos legais e estatutários, aprovações a serem obtidas, regras de governança – especialmente fortalecidas pela Lei das Estatais – a serem seguidas, e há o interesse dos empregados e fornecedores a ser considerado. Qual é o impacto, sobre a CEDAE, de se abrir mão das indenizações? Empregados de estatais, por vezes, recebem bônus em função da lucratividade da empresa. Fornecedores dependem de liquidez para serem pagos. Abrir mão das indenizações afeta como os empregados? E quanto aos fornecedores? É importante destacar que CEDAE e Estado do Rio de Janeiro são pessoas jurídicas distintas, com interesses que podem conflitar. Pressupor urna identidade entre duas instituições diferentes como fundamento para estratégia jurídica em que o controlado, sem maiores estudos, abre mão de receita futura em prol do controlador pode ser tido, por alguns, como abuso de poder de controle.

(c) As duas estratégias – tanto a de repassar o ônus aos concessionários futuros quanto a de abrir mão da indenização – precisam de concretude. De quais investimentos se está tratando? Quais são os valores dos investimentos por município? Supõe-se que os municípios não vão conseguir pagar. Será verdade? Serão todos eles iguais?¹⁵ A única alternativa é deixar de cobrar? Não é possível parcelar? Abrir mão de parte da indenização? (V., quanto a estas duas últimas questões, o debate sobre indisponibilidade do interesse público no próximo item.)

Enfim: há problemas na confiabilidade de algumas das premissas empíricas e normativas adotadas para a construção das sugestões do estudo do BNDES. Assim, ao menos com base nos dados

¹² A literatura identificado o viés de otimismo em projetos de infraestrutura é extensa e cobre diferentes setores (aviação, trens, rodovias etc.). Por todos, veja-se o documento suplementar do Reino Unido a seu Livro Verde devotado à precificação de projetos. O documento pode ser acessado em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/417822/IPUI798_Va1uinLL_Infrastructure_Spend_-_Iatest_draft.pdf. Uma evidência anedótica recente é a expectativa com o leilão de áreas do pré-sal. A expectativa da União era de receber pouco mais de cem bilhões de reais por quatro campos; o valor de arrematação foi de cerca de setenta bilhões, e dois campos não receberam ofertas.

¹³ Pode-se, no limite, cogitar que a fundamentação vincule o conteúdo do ato ('teoria dos motivos determinantes'). Assim, por exemplo, se o barateamento das passagens aéreas houvesse sido expressamente vinculado à extinção da franquia mínima de bagagens, esse ato seria inválido: o preço das bagagens, na média, *não* diminuiu. E sequer é possível identificar, com clareza, se o fim da franquia mínima foi inútil, pois, com a alta do dólar e o aumento do preço do querosene de aviação, pode ser queos preços das passagens *não haja aumentado*.

¹⁴ Em rigor, não é possível sequer afirmar que haverá interessados na licitação.

¹⁵ Penso, por exemplo, numa estratificação por nível de comprometimento da receita pública.

do presente momento, creio que o caminho mais adequado seja, pela ordem: (1) cobrar a indenização dos municípios (ou se assegurar de que não poderão pagar, preenchidas as sugestões mencionadas na letra - c -, acima); e, então, (2) cobrar das futuras concessionárias, revertendo o recurso à CEDAE. Desta forma, garante-se o recebimento dos valores pela estatal, e se preserva sua autonomia.

3 – O Estado do Rio pode receber parte das outorgas dos futuros adjudicatários? O suposto óbice da indisponibilidade do interesse público e a busca pela consensualidade administrativa

Os municípios, titulares dos serviços e recebedores dos valores pagos a título de outorga pelos futuros adjudicatários, podem verter parte destes valores ao Estado do Rio de Janeiro. Mas a conclusão, que parece natural quando se trata de entes privados – estes são, afinal, livres para dispor de seu patrimônio –, adquire contornos especiais quando se trata de pessoas jurídicas de direito público. É que alguém poderia sugerir que se estaria *dispondo* do *interesse público*, que é *indisponível*.

Trazer maior certeza jurídica sobre a possibilidade passa por identificar em que consiste a indisponibilidade do interesse público. Primeira e mais importante observação: a categoria da indisponibilidade do interesse público deve ser manuseada como um 'guia empírico', respeitando as particularidades de cada momento e lugar.¹⁶ A indisponibilidade do interesse público não é absoluta. É histórica. A Administração Pública, na persecução do melhor interesse público, pode seguir caminhos diversos e, ainda assim, preservar o conteúdo axiológico da noção¹⁷.

Na doutrina italiana há farto material sobre o tema Destacou-se, no Brasil, a lição de Alessi, que diferenciou o interesse público em duas categorias: o *interesse público primário*¹⁸ e o *secundário*¹⁹. O primordial à Administração seria atingir o interesse primário e, havendo tensão entre os dois, o interesse secundário deveria ceder lugar. Na hipótese do parecer, estamos diante de interesse patrimonial – a transação sobre valores pecuniários decorrentes de outorgas. Trata-se de interesse público secundário.

¹⁶ GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 - La defensa del usuario y del administrado. 5. Ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. VI-30. Massimo Severo Giannini aprofunda essa premissa, salientando não apenas o caráter histórico, mas também a relatividade e o traço político, que reveste a ideia de indisponibilidade do interesse público.

"Motivações consistiram sempre em apresentar, com diversos sofismas, o interesse particular como geral: é do interesse geral que a agricultura prospere, por isso ajudamos aos agricultores. Todos veem como o vínculo entre premissa e consequência é somente algo político. Um elemento de ruptura foi a política de assumir os serviços públicos que os Estados começaram antes da metade do século XIX (oficinas de correios, educação, transporte ferroviário, etc.), e as autoridades locais retomaram com ênfase, onde antes, todos os países europeus (transporte urbano, iluminação pública, serviço de higiene, gás, penitenciárias, jardins de infância, escolas, diversos serviços de assistência, etc.): a consequência foi que alguns interesses que eram públicos para uma determinada administração municipal permaneciam privados para outras. Assim, se introduziu uma indeterminação da noção de interesse público. Esse assunto, combinado com outro de natureza pragmática, significa que com o advento do Estado multiclasista surgiu um critério que poderia definir o potencial publicista de cada interesse que tivesse uma relevância social eminente. O critério até agora não tem sido definido com fórmulas juridicamente rigorosas, e existe toda uma literatura política e sociológica que se esforça para defini-lo melhor ou reduzir ou ampliar seu alcance, e nisso também se encontram os termos da luta política". GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 2. Ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000. pp. 23-24.

¹⁷ RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 36

¹⁸ Segundo Alessi os "interesses públicos, coletivos, os quais a administração possui como sujeito jurídico por direito próprio, são o que tem sido chamado de interesse coletivo primário, formado pelo complexo de interesses individuais predominantes em uma organização jurídica específica da comunidade". ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale dei Diritti Amministrativi*. Milano: Antonino Giuffrè, 1953, p. 152.

¹⁹ Ainda de acordo com o doutrinador italiano, o interesse secundário se caracteriza pelo "interesse do sujeito administrativo, é simplesmente um dos interesses secundários que são sentidos dentro da comunidade e que só podem ser alcançados em caso de coincidência, e dentro dos limites de tal coincidência, com o interesse coletivo primário. A peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside precisamente no fato de que, embora seja, como qualquer outra pessoa jurídica, proprietária de um interesse secundário pessoal, a sua função precípua não é realizar esse interesse secundário, pessoal, mas sim promover o interesse coletivo, público, primário." ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo*. Milano: Antonino Giuffrè, 1953, p. 152,

Ora, de acordo com Alessi, "à satisfação de interesses secundários, a Administração, ao invés de utilizar os meios publicísticos, deverá fazer uso dos meios eventualmente fornecidos pelo direito privado"²⁰. Esse amparo junto ao Direito privado não pode ser considerado como uma *atividade* em sentido *stricto*, capaz de dispor o *fim* da atividade administrativa. Conforme observa Patrícia Baptista, tratar-se-ia de uma *forma* de *exercício* da função administrativa que operasse sobre os meios da atividade administrativa, a fim de alcançar o interesse público almejado.²¹

A brecha aberta por Alessi, de toda forma, dá azo à transação dos interesses de 'caixa',²² da Administração, afirmação que sofre críticas. No Direito Administrativo, os interesses secundários não deixariam de ser indisponíveis, não sendo possível à Administração renunciar livremente às suas receitas. Não se pode esquecer que, na formulação de Alessi, há relação intrínseca entre o interesse público primário e secundário, o que poderia tornar ambos indisponíveis²³.

Por outro lado, se pensarmos na indisponibilidade do interesse público, também de forma lógica, poderíamos acabar por engessar a ação da Administração, uma vez que se tornaria inviabilizada, por exemplo, a competência administrativa de criar consensualmente uma obrigação vinculante para si (contratos administrativos). É conclusão absurda.

Para superarmos o impasse, podemos nos valer, sim, de análise lógica, porém equilibrada, bastando realizar diferenciação conceitual. Não há relação direta e necessária entre disponibilidade/indisponibilidade de direitos patrimoniais e indisponibilidade do interesse público²⁴. É possível, como afirma Eros Grau, "dispor de interesses patrimoniais, sem que, com isso, esteja-se a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles"²⁵.

A indisponibilidade do interesse público, suposta amarra que impossibilitaria os beneficiários dos valores das outorgas de transferir parte delas ao Estado do Rio, não implica indisponibilidade de direitos patrimoniais. Pode-se dispor de recursos financeiros se isso se justificar à luz do interesse público.

Mas, superada, no plano conceitual, o óbice da indisponibilidade do interesse público, parte-se para nível mais operacional. E a pergunta que se faz é: a Administração Pública pode transacionar?²⁶ A resposta é afirmativa. Lição tradicional, mas superada, afirmou que o interesse público, por não ser o interesse de exclusividade da Administração, vedaria as transações administrativas, eis que elas pressupõem autonomia de vontade e propriedade sobre o objeto da transação.²⁷ Não é assim.

Em primeiro lugar porque a finalidade pública a ser alcançada pode ser desvirtuada se instrumentalizada por abstrações principiológicas. Diante das circunstâncias concretas, a consensualidade pode ser - e muitas vezes é²⁸ - o meio mais adequado para atingir o interesse público.

²⁰ ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale dei Diritto Amministrativo*. Milano: Antonino Giuffrè, 1953. p. 186

²¹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 271.

²² Seguindo o raciocínio elaborado por Alessi, por exemplo, a alienação de uma estatal lucrativa poderia se inserir em um âmbito patrimonial. Para Alessi, "a Administração renunciar à sua posição de supremacia e, por conseguinte, se sujeitar ao direito privado, pode ser necessário por imposição da natureza de certos organismos públicos, específicos, cuja atividade fundamental é a de levar a cabo, principalmente (ou inclusive), uma atividade de direito privado. Tratam-se de entidades que levam a cabo atividades econômico-comerciais (...) Aqui, portanto, não há renúncia voluntária à supremacia por parte do organismo público, mas, sim, uma renúncia necessária, devido à essência da natureza jurídica das entidades em questão, cuja atividade essencial, ou ao menos a que prevalece, deve ter lugar sob o direito privado, em um regime de igualdade com sujeito privados." ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale dei Diritto Amministrativo*. Milano: Antonino Giuffrè, 1953, p. 199.

²³ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (72), 2018.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 32. p.20.

²⁵ *Ibidem*, p. 20.

²⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. Sbdp/Malheiros Editores, 2015. p. 148.

²⁷ *Idem*, p. 174.

²⁸ Cf. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 183.

Não é a premissa do princípio que deve ser seguida, mas o *sentido* de sua estrutura. O resultado (atendimento ao interesse público) deve se sobrepôr ao instrumento, sob pena de incorrer a atuação administrativa em uma incoerente inutilização de seus propósitos.

Em segundo lugar porque, hoje, a legislação expressamente permite acordos administrativos. Vale destacar, de início, o art. 26 da LINDB, permissivo genérico da transação administrativa²⁹. Há mais. Uma das manifestações mais fortes da consensualidade administrativa diz respeito à arbitragem. Diversos diplomas normativos consagram a possibilidade de participação do Poder Público em juízos arbitrais³⁰. Antes motivo de debate, hoje a arbitrabilidade subjetiva é pacífica. E mesmo a arbitrabilidade objetiva, cujos limites estão em construção, sofre influxo legal: a lei 13.448/17, que estabelece diretrizes para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria, traz critérios de parametrização da matéria³¹.

Conclusão: não é jurídica a aplicação da ideia de indisponibilidade do interesse público para proibir a atuação consensual da Administração Pública. Tanto doutrina quanto legislação atuais apontam para a possibilidade de transação, pelos titulares dos serviços, dos valores recebidos a título de outorga. A decisão deve possuir, é claro, substrato econômico-negocial (ela deve ser acordada entre as partes e possuir uma razão de ser econômica³²), e deve ser motivada. Mas é possível.

4 - Respostas aos quesitos

Considerando tudo o que foi até aqui exposto, torna-se possível responder aos dois quesitos, aqui reiterados por questão de clareza.

2.1. Considerando a disciplina a ser estabelecida com base nas deliberações dos titulares dos serviços de água e esgoto e nos instrumentos de gestão associada a serem celebrados, o ERJ poderá figurar como beneficiário dos pagamentos de outorga a serem efetuados pelos adjudicatários dos contratos de concessão? E dos valores decorrentes da alienação do controle da CEDAE?

Sim, em ambos os casos.

No que se refere ao produto da alienação do controle acionário da CEDAE, o titular do direito de propriedade das ações é o Estado do Rio de Janeiro, razão pela qual devem os valores ser revertidos ao ente. Não há muito o que se dizer além disso.

O Estado do Rio de Janeiro também pode figurar como beneficiário do pagamento das outorgas, a serem efetuados pelos adjudicatários dos contratos de concessão. Em razão (i) de leitura adequada

²⁹ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 135-169, novo 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>>. Acesso em: 11 nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77653>

³⁰ Dentre outras, as Leis de arbitragem e de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e a Lei nº 1.481/89, que dispõe sobre concessões e obra públicas no Estado do Rio de Janeiro. Lei nº 9.307/96: Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis

Lei nº 8.987/95: Art. 23-A O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Lei nº 1.481/89: Art. 5º, §2º. Os contratos de concessão conterão regras para estabelecer mecanismos e critérios adequados de revisão de tarifas, que poderá ser feita por juízo arbitral, nos termos contratualmente previstos.

³¹ Seu art. 15, III, informa que “o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.”

³² Não ingresso em quais razões econômicas poderiam justificar a transferência de parte da outorga ao Estado do Rio. Seja como for, as razões elencadas no documento do BNDES parecem fazer sentido.

do princípio da indisponibilidade do interesse público – em que não há relação necessária entre indisponibilidade do interesse público e indisponibilidade de interesses patrimoniais –, (ii) de se buscar realizar o interesse público em concreto, sem se deixar levar por fantasmagorias abstratas, e (iii) de se reconhecer a tendência legislativa atual, em prol da consensualidade e dos acordos administrativos, não enxergo obstáculo ao compartilhamento do resultado econômico das concessões entre seus titulares e outros entes públicos.

Concretamente, o recebimento de parcela dos recursos dependerá de acordo a ser celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e os municípios, exigindo-se que tal acordo seja motivado e possua causa econômica.

3.1. A extinção dos contratos de programa vigentes entre a CEDAE e os municípios incluídos no projeto. com a consequente limitação de escopo incumbido a tal companhia, enseja o direito desta a perceber indenização pelos investimentos em ativos não completamente amortizados?

Sim.

O art. 36 da Lei 8.987/95, aplicável ao caso, afirma, expressamente, que *"a reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido"*. A indenização que cabe à CEDAE pelos investimentos não amortizados na prestação do serviço de saneamento básico está destinada à compensação pela perda dos benefícios decorrentes da exploração, e que resultaria da continuação deste.

O documento do BNDES, ao informar que o Estado do Rio de Janeiro não possuiria expectativa de receber as indenizações dos municípios, cogita, então, de duas possibilidades. Na primeira, o ônus das indenizações seria repassado aos concessionários. Na segunda, a indenização não seria cobrada, porque ela poderia implicar uma circulação ineficiente de recursos, e porque o Estado do Rio, controlador da CEDAE, poderia abrir mão das indenizações para tornar a licitação das concessões mais atraente.

Quanto a tais afirmações, observo, num primeiro momento, que se mostra necessário identificar, de modo concreto e específico, quais são os valores devidos, por cada município, a título de indenização por investimentos realizados pela CEDAE. Em outras palavras, faz-se mister realizar levantamento dos investimentos, preferencialmente por auditoria ' independente ou por acordo entre as partes. Depois, sugiro que sejam realizadas negociações entre a CEDAE e os municípios, com vistas ao recebimento dos recursos (o que pode incluir parcelamentos e descontos). Não me satisfaz a ideia de assumir, sem maiores detalhamentos e tentativas, que todos os municípios sejam incapazes de pagar as indenizações devidas à CEDAE, e, ato seguinte, o Estado imponha à sua controlada que abra mão de recursos.

Nos casos em que efetivamente as indenizações não sejam possíveis de serem obtidas na via negocial, sugiro, em princípio, que o ônus de seu pagamento seja deslocado para as concessionárias. É que não há certeza de que as licitações refletirão o possível 'desconto' a decorrer de se abrir mão das indenizações devidas à estatal estadual (sequer há certeza de que as licitações terão êxito). E, seja como for, CEDAE e Estado do Rio de Janeiro são entes distintos, e o Estado do Rio de Janeiro não pode atropelar regras de governança e interesses descoincidentes de sua controlada para forçar que a companhia abra mão de recursos próprios, ainda que futuros.

É, salvo melhor juízo, o parecer.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2019.

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA

Procurador do Estado

VISTO

Visto nº 11/2019-PGEIPG-17/ARCY

Processo Administrativo E-14/001.053834/2019

VISTO. Por estar de acordo, aprovo, com alguns acréscimos, os seguintes pareceres: Parecer nº 03/2019 - GUB; Parecer nº 07/2019 NSMIPG-17; e Parecer nº 07/2019 - ASA, da lavra, respectivamente, dos i. Procuradores do Estado, Gustavo Binenbojm, José Vicente dos Santos de Mendonça e Alexandre dos Santos Aragão. Os referidos pareceres analisam, cada qual, diferentes quesitos a respeito da consulta acerca de aspectos jurídicos relativos à privatização da CEDAE, encaminhada pelo i. Subprocurador do Estado, Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves.

Na Promoção nº 02/2019 - PGEIPG-17/ARCY, de 29 de outubro de 2019, que inaugura os trabalhos desta especializada, dividi os quesitos formulados em quatro grupos de indagações (de forma similar à separação proposta pelo BNDES), vinculando cada um deles a um procurador. Conforme o modelo da promoção, apresenta-se a seguinte divisão:

1) Primeiro grupo: a competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro. Quesitos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.6, os quais foram respondidos por mim no **Parecer nº 09/2019 ARCYIPG-17;**

2) Segundo grupo: a questão federativa em face das leis locais e legislação estadual.

Quesitos 1.5, 1.7, 1.8 e 1.9, os quais foram respondidos pelo Procurador Gustavo Binenbojm, no **Parecer nº 03/2019 – GUB;**

3) Terceiro grupo: pagamentos ao Estado do Rio de Janeiro e indenizações.

Quesitos: 2.1 e 3.1, os quais foram respondidos pelo Procurador José Vicente Santos de Mendonça, no **Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17;**

4) Quarto grupo: privatização da CEDAE *up stream* e suas implicações.

Quesitos: 1.10 e 4.1, os quais foram respondidos pelo Procurador Alexandre Santos de Aragão, no **Parecer nº 07/2019 – ASA.**

Por questões de economia processual, decidi apreciar os Pareceres dos i. Procuradores do Estado, acima elencados em **Visto Conjunto.** Para fins de clareza, tratarei de cada parecer na ordem apresentada acima, a partir de cada quesito encaminhado, com os acréscimos que esta Chefia entendeu necessários:

2) Parecer nº 03/2019 - GUB. A questão federativa em face das leis locais e legislação estadual. Quesitos 1.5, 1.7, 1.8 e 1.9:

1.5. Considerando que o Rio Metrópole ou os municípios não incluídos na Região Metropolitana são os titulares dos serviços públicos de saneamento, há necessidade de edição de lei autorizativa estadual com vistas a autorizar a concessão dos serviços públicos de água e esgoto pelo ERJ a operadores privados?

Em resposta ao quesito 1.5., o Parecer nº 03/2019 - GUB concluiu:

1. Não é necessária a edição de lei autorizativa estadual, ante o disposto no art. 2º da lei federal

nº 9.074/1995, que expressamente a dispensa nos casos de concessão do serviço de saneamento básico. Referida lei trata de normas gerais aplicáveis a todos os entes da Federação.

2. Há, todavia, Municípios da região metropolitana (destacados no anexo ao Parecer nº 03/2019 – GUB) que exigem lei autorizativa para a concessão dos serviços de saneamento ou, de forma genérica, para todos os serviços públicos que vierem a ser concedidos, sendo recomendado, nessas hipóteses:

(i) se forem referentes à concessão dos serviços de saneamento básico:

(i. 1.) a revogação de tais dispositivos pelas Câmaras Municipais; ou

(i.2.) a emissão de parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República e com a legislação federal de regência;

(ii) se forem referentes à prestação de serviços públicos em geral, seja acrescentada ressalva quanto à concessão dos serviços de saneamento básico, em consonância com o art. 2º da Lei federal nº 9.074/1995.

1.7. As Leis Orgânicas de Maricá (art. 41), São Gonçalo (art. 16, XVI c/c art. 10, parágrafo único) Tanguá (art. 14, § 1º) e Rio de Janeiro (art. 22, § 1º) estabelecem que a sua participação na região metropolitana deverá ser precedida de autorização legislativa. Considerando esse contexto, é viável que tais municípios participem do Rio Metrôpole e exerçam seu direito de voto no Conselho Deliberativo sem a respectiva autorização legislativa municipal?

Em resposta ao quesito 1.7, o Parecer nº 03/2019 - GUB concluiu:

1. A criação de regiões metropolitanas não viola a autonomia municipal. A mesma Constituição que confere aos Municípios autonomia, prevê a possibilidade de criação de regiões metropolitanas por meio de lei complementar estadual, sem exigir para tanto a qualquer tipo de autorização legislativa dos Municípios envolvidos (art. 25 § 3º da Constituição da República).

2. Nesse cenário, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei complementar nº 184/2018, que instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, composta por 22 municípios, dentre os quais se incluem os Municípios de Maricá, São Gonçalo, Tanguá e Rio de Janeiro (art. 1º). A referida lei instituidora assegurou a todos eles direito de participação e de voto no Conselho Deliberativo.

3. É, portanto, possível que tais Municípios participem do Rio Metrôpole e exerçam seu direito de voto no Conselho Deliberativo, sendo vedada a exigência autorização legislativa municipal. Os dispositivos que condicionam a participação de tais Municípios na região metropolitana à lei autorizativa municipal não se mostram compatíveis com urna interpretação sistemática da Constituição da República.

1.8. As leis Orgânicas de alguns municípios vedam a concessão dos serviços de saneamento básico para a iniciativa privada ou estabelecem restrições relevantes. Considerando esse contexto, indaga-se: caso tais municípios estejam inseridos no Rio Metrôpole, é viável que eles participem das deliberações do Conselho Deliberativo do Rio Metrôpole com direito à voto?

Em resposta ao quesito 1.8., o Parecer nº 03/2019 – GUB concluiu:

1. É viável a participação desses Municípios nas deliberações do Conselho Deliberativo da RM, considerando a Lei complementar que a instituiu e a decisão do STF quanto à integração compulsória dos municípios integrantes.

2. Será competente a Região Metropolitana, por meio de seu Conselho Deliberativo, e não os Municípios dela integrantes, para dispor sobre a forma de prestação do serviço de saneamento, a qual não se encontra mais circunscrita à esfera municipal.

3. Assim, diante da existência de dispositivos em Leis Orgânicas que vedam a concessão dos serviços de saneamento básico para a iniciativa privada ou que estabelecem restrições relevantes em alguns dos Municípios integrantes da Região Metropolitana, o parecer recomendou:

(i) se forem referentes à concessão dos serviços de saneamento básico:

(i.1.) a revogação de tais dispositivos pelas Câmaras Municipais; ou

(i.2.) a emissão de parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República e com a legislação federal de regência;

(ii) se forem referentes à prestação de serviços públicos em geral, seja acrescentada ressalva quanto à concessão dos serviços de saneamento básico, em consonância com o art. 2º da Lei federal nº 9.074/1995.

1.9. Se o ERJ proceder com a concessão regionalizada dos serviços, há incidência do art. 31, da Lei Estadual nº 2.831, de 13 de novembro de 1997 (lei estadual de concessões), no que tange à proibição implícita de subconcessão integral?

Em resposta ao quesito 1.9., o Parecer nº 03/2019 – GUB concluiu que:

1. A titularidade dos serviços de saneamento não será transferida ao Estado do Rio de Janeiro, mas à Região Metropolitana, o que significa que ele não pode conceder tais serviços, muito menos disciplinar a possibilidade ou não de subconcedê-los.

2. O Estado só pode subconceder os serviços dos quais é concessionário. Logo, entende-se que o disposto no artigo 31 da Lei estadual nº 2.831/1997, que disciplina a possibilidade de subconcessão no âmbito de concessões de serviços públicos realizadas pelo Estado do Rio de Janeiro, não incide sobre os serviços titularizados pela Região Metropolitana e pelos municípios não metropolitanos e, portanto, não se aplica no presente caso.

Em suma: não é necessária a edição de lei autorizativa estadual para possibilitar a concessão dos serviços de saneamento básico, uma vez que a Lei Nacional nº 9.074/1995 a dispensa (1.5). As leis de municípios metropolitanos que proíbem ou restringem a concessão do serviço público de saneamento básico (1.8) ou que condicionam a participação de municípios na RM à autorização legislativa (1.7) não se mostram compatíveis com a interpretação sistemática da CRFB. E a previsão de lei estadual disciplinando subconcessão não incide sobre serviços que não são titularizados pelo Estado do Rio de Janeiro, como é o caso do saneamento básico, a luz da jurisprudência do STF (1.9).

Registro, por fim, que, em acréscimo ao **Parecer nº 03/2019 – GUB**, entendo que deve se estender ao **quesito 1.7** a recomendação feita nos **quesitos 1.5 e 1.8**, no sentido de que as previsões de Leis Orgânicas que condicionam a participação de municípios na RM à autorização legislativa, para fins de segurança jurídica, devam ser objeto de:

(i. 1) revogação pelas respectivas Câmaras Municipais;

(i.2) parecer pela Procuradoria de cada um desses Municípios, aprovado pelo respectivo Procurador-Geral, entendendo serem inválidos tais dispositivos por incompatibilidade com a Constituição da República;

Meus acréscimos:

Entendo que tais recomendações devem se aplicar também ao quesito 1.7., tendo em vista que, a despeito de já existir vasta jurisprudência do STF declarando normas do gênero inconstitucionais, os dispositivos das leis orgânicas objeto da presente consulta não foram especificamente objeto de invalidação.

Adicionalmente, quanto solução apresentada no item (i.2) dos quesitos 1.5 e 1.8 (e também recomendada por mim para o quesito 1.7), recomendo que se verifique, em cada município com legislação contrária ao projeto, o itinerário para que sejam atribuídos efeitos vinculantes aos respectivos

pareceres. Isto é: não basta que haja um parecer do Procurador Geral. É preciso que se lhe atribua efeitos vinculantes, o que só será possível na forma da legislação local.

Acrescento, por fim, que também seria interessante se **considerar o ajuizamento da devida ação de controle concentrado de constitucionalidade para impugnar os dispositivos das legislações municipais em análise**, a exemplo da propositura de Representação de Inconstitucionalidade pelo Governador do Estado ou pelo Procurador Geral do Estado, conforme previsto no art. 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

3) Parecer nº 07/2019 JVSM/PG – 17. Terceiro grupo: pagamentos ao Estado do Rio de Janeiro e indenizações. Quesitos: 2.1 e 3.1:

2.1. Considerando a disciplina a ser estabelecida com base nas deliberações dos titulares dos serviços de água e esgoto e nos instrumentos de gestão associada a serem celebrados, o ERJ poderá figurar como beneficiário dos pagamentos de outorga a serem efetuados pelos adjudicatários dos contratos de concessão? E dos valores decorrentes da alienação do controle da CEDAE?

Em resposta ao quesito 2.1., o Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17 concluiu:

1. O ERJ poderá figurar como beneficiário dos valores decorrentes de alienação do controle acionário da CEDAE, tendo em vista ser o titular do direito de propriedade das ações, motivo pelo qual os referidos valores devem ser revertidos ao Estado;

2. O ERJ também pode figurar como beneficiário do pagamento das outorgas a serem feitas pelos adjudicatários dos contratos de concessão. Tal conclusão decorre: (i) de leitura adequada do princípio da indisponibilidade do interesse público – em que não há relação necessária entre indisponibilidade do interesse público e indisponibilidade de interesses patrimoniais –, (ii) de se buscar realizar o interesse público em concreto, sem se deixar levar por fantasmagorias abstratas, e (iii) de se reconhecer a tendência legislativa atual, em prol da consensualidade e dos acordos administrativos.

3. Concretamente, o recebimento de parcela dos recursos relativos às outorgas dependerá de acordo a ser celebrado entre o ERJ e os municípios, exigindo-se que tal acordo seja motivado e possua causa econômica.

3.1. A extinção dos contratos de programa vigentes entre a CEDAE e os municípios incluídos no projeto, com a conseqüente limitação de escopo incumbido a tal companhia, enseja o direito desta a perceber indenização pelos investimentos em ativos não completamente amortizados?

Em resposta ao quesito 3,1., o Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17 concluiu:

1. Por força da previsão do art. 36 da Lei nº 8.987/95, a CEDAE possui direito à indenização pelos investimentos não amortizados do serviço público de saneamento básico. Tal indenização se destina à compensação pela perda dos benefícios decorrentes da exploração, e que resultariam da continuação desta;

2. O documento do BNDES leva em consideração duas alternativas: (i) repassar o ônus das indenizações aos concessionários, com base no risco de inadimplência dos municípios; ou (ii) a CEDAE abrir mão das indenizações que lhe seriam devidas, a fim de evitar risco de circulação ineficiente de recursos, já que, se a CEDAE assim procedesse, poderia haver um aumento do valor a ser recebido pelas outorgas pagas pelos concessionários. Quanto à opção (ii), o BNDES partiu da premissa de que o ERJ, na qualidade de acionista controlador da sociedade de economia mista, poderia abrir mão das indenizações para tomar a licitação das concessões mais atraente;

3. Quanto a tais afirmações, se mostra necessário identificar, de modo concreto e específico, quais são os valores devidos, por cada município, a título de indenização por investimentos realizados pela CEDAE. Em outras palavras, faz-se mister realizar levantamento dos investimentos,

preferencialmente por auditoria independente ou por acordo entre as partes;

4. Depois, interessante que sejam realizadas negociações entre a CEDAE e os municípios, com vistas ao recebimento de recursos (o que pode incluir parcelamentos e descontos). Não se deve assumir, sem maiores detalhamentos e tentativas, que todos os municípios sejam incapazes de pagar as indenizações devidas à CEDAE e, ato seguinte, o Estado impor à sua controlada que abra mão de recursos;

5. Nos casos em que efetivamente as indenizações não sejam possíveis pela via negocial, sugeriu-se, em princípio, que o ônus de seu pagamento seja deslocado para as futuras concessionárias, uma vez que não há certeza de que as licitações refletirão o possível "desconto" a decorrer de se abrir mão das indenizações devidas à estatal estadual (sequer se há certeza de que as licitações terão êxito);

6. Além disso, a CEDAE e o ERJ são entes distintos, logo o ERJ não pode desconsiderar as regras de governança e interesses descoincidentes de sua controlada para forçar que ela abra mão de recursos próprios, ainda que futuros. Tal postura, inclusive, corre o risco de ser tomada como abuso do poder de controle, considerando que pode ir de encontro com interesses legítimos de seus empregados, fornecedores e demais acionistas.

Em suma: (2.1) O ERJ poderá figurar como beneficiário dos valores decorrentes de alienação do controle acionário da CEDAE, tendo em vista ser o titular do direito de propriedade das ações, O ERJ também pode figurar como beneficiário do pagamento das outorgas, com base em uma leitura adequada do princípio da indisponibilidade do interesse público. Para o ERJ receber as outorgas, deverá, a luz da consensualidade administrativa, celebrar acordo com os municípios, o que depende de motivação que demonstre a existência de causa econômica. (3.1) Por força da previsão do art. 36 da Lei 8987/95, a CEDAE possui direito à indenização pelos investimentos não amortizados do serviço público de saneamento básico. Nos casos em que efetivamente as indenizações não sejam alcançáveis pela via negocial, sugeriu-se, em princípio, que o ônus de seu pagamento seja deslocado para as concessionárias. Desaconselhou-se a hipótese de a CEDAE abrir mão dos valores devidos.

Um único acréscimo:

Quanto à resposta ao **quesito 3.1**, vale acrescentar que a própria Lei de Relicitação (Lei nº 13.448/2017), mencionada no Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17, prevê, no seu art. 15, § 1º, I, a possibilidade de o novo concessionário ser o responsável pela indenização ao concessionário anterior. Confira-se:

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

§ 1º Também poderão constar do termo aditivo de que trata o caput deste artigo e do futuro contrato de parceria a ser celebrado pelo órgão ou pela entidade competente:

I - a previsão de que as indenizações apuradas nos termos do inciso VI do § 1º do art. 17 desta Lei serão pagas pelo novo contratado. Nos termos e limites previstos no edital da relicitação;

4) Parecer nº 07/2019 – ASA. Quarto grupo: privatização da CEDAE *up stream* e suas implicações. Quesitos: 1.10 e 4.1:

1.10. Qual instrumento jurídico pode ser utilizado, considerando a base legal vigente para viabilizar a delegação de serviços upstream à CEDAE?

Em resposta ao quesito 1.10., o Parecer nº 07/2019 - ASA concluiu:

1. Entendeu-se que a adoção de uma estrutura pulverizada de controle da concessão resta impossibilitada devido ao caráter de prestadora de serviços públicos da CEDAE. Por tal razão, a companhia deve se submeter aos critérios da Lei nº 8.987/1995, tais como a exigência de qualitativos técnicos (arts. 15, VII; 23, III; 29 VII e X; 38, § 1º) e a requisição de prévia anuência do Poder Concedente para realização da transferência do controle da concessionária, sob pena de caducidade da concessão (art. 27);

2. Assim, há uma *ratio legis* que privilegia a necessidade de qualitativos técnicos e a atuação do poder concedente quanto ao controle societário da concessionária, baseadas em uma matriz axiológica que consagra os princípios da continuidade do serviço público e da eficiência;

3. Em última análise, a verificação quanto ao cumprimento destes requisitos legais quedaria prejudicada diante da ausência de um controle definido ou de ampla fluidez dele. Desse modo, se tomaria inviável a proposta apresentada na consulta, que alvitra uma estrutura pulverizada de controle quando da concessão;

4. Ademais, cumpre ressaltar que, para além das respostas aos quesitos, o parecer em questão ainda recomendou o seguinte:

(i) Independentemente do modelo escolhido para viabilizar a delegação dos serviços e/ou a alienação das ações da CEDAE *upstream*, deve-se realizar uma análise econômico-mercadológica prévia, quanto à pertinência da manutenção do controle acionário e quanto ao momento mais adequado para a venda dos serviços;

(ii) É fundamental para a segurança jurídica e para a otimização das licitações dos serviços que os critérios de fixação do preço da água sejam balizados de forma contundente e prévia, bem como seus respectivos reflexos, de forma exata, visto que a água é o insumo mais relevante para a atividade de saneamento básico *upstream*;

Em suma: (1.10) para avaliar qual o instrumento jurídico adequado à delegação de serviços *upstream* à CEDAE deve-se levar em conta a ocorrência ou não de sua privatização. Caso a CEDAE permaneça como pessoa jurídica integrante da Administração Pública Indireta, o instrumento jurídico adequado à delegação de serviços é o contrato de programa. Por outro lado, caso se efetive sua privatização, é o contrato de concessão, precedido por licitação na modalidade concorrência. (4.1) Além disso, entende-se pela impossibilidade de alienação por meio de pulverização de ações da CEDAE, devido a seu caráter de prestadora de serviços públicos.

Não tenho acréscimos ao Parecer nº 07/2019 – ASA.

À PG-2, para superior consideração.

Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2019.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

Procurador-Chefe da PG-17

VISTO

P.A. nº E-14/001/053834/2019

Visto. Aprovo os Pareceres nº 09/2019 ARCY/PG-17, 03 /2019 GUB, 07/2019 JVSM/PG-17 e 07/2019 ASA/PG-17, da lavra, respectivamente, dos Procuradores do Estado **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO, GUSTAVO BINENBOJM, JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA e ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO**, com os acréscimos sugeridos no Visto nº 11 /19 da lavra do Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17) **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO** (fls. 202/213).

Os opinamentos examinaram consulta formulada pelo Diretor Presidente da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro - CEDAE indagando acerca da viabilidade jurídica do Projeto de Desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela CEDAE, a fim de dar cumprimento ao Plano de Recuperação Fiscal acordado entre o Estado do Rio de Janeiro e a União Federal, com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDS tendo sido o responsável pelo modelagem do projeto.

Os pareceres examinaram **quatro blocos de complexas questões jurídicas**, a saber: **(i)** a competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro na formatação institucional do modelo; **(ii)** a questão federativa em face das leis locais e da legislação estadual; **(iii)** os pagamentos devidos ao Estado do Rio de Janeiro e as indenizações; **(iv)** a privatização da CEDAE *upstream* e suas implicações.

Importante referir que **as conclusões dos Pareceres 03/2019 GUB, 07/2019 JVSM/PG-17 e 07/2019 ASA/PG-17 foram compendiadas no Visto nº 11/19 – PGE/PG-17 da lavra do Procurador Chefe da Procuradoria Administrativa (fls. 202/213).**

Em relação ao Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17, os quesitos foram, igualmente, respondidos de forma bastante objetiva, com as suas conclusões sendo integralmente aprovadas no presente Visto.

À CEDAE, em devolução.

Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2019.

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES
Subprocurador-Geral do Estado

Contrato nº 17.2.0389.1. Estado do Rio de Janeiro e BNDES. Possibilidade de o Estado do Rio de Janeiro realizar consulta pública e audiência pública dos planos de saneamento básico dos municípios. Lei 11.445/2007. Audiência e consulta pública. Acordo de Cooperação Técnica. Possibilidade. Cautelas.

Senhor Procurador-Chefe,

1 – Introdução

Este parecer integra a análise jurídica feita pela Procuradoria Administrativa – PG-17 – da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro acerca de aspectos da pretendida desestatização da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro, a CEDAE, no bojo do Contrato nº 17.2.0389.1, celebrado entre Estado do Rio e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). A presente análise se centra no ponto item 5 da consulta.

O quesito é o seguinte:

No exercício de atividade de cooperação técnica de que trata o art. 15, parágrafo único da Lei 11.445/2007, é juridicamente viável a realização, pelo Estado do Rio de Janeiro, de consulta e/ou audiência pública de planos de saneamento, que posteriormente serão aprovados pelos respectivos titulares dos serviços?

O questionamento diz respeito à possibilidade de realização de consulta pública e audiência pública, pelo Estado, acerca dos planos de saneamento básico dos municípios. A proposta, pelo que nos informa o BNDES, seria a de que o Estado auxiliasse os municípios – titulares dos serviços de saneamento básico – a operacionalizar a consulta e/ou a audiência pública de seus planos, disponibilizando-se em ambiente virtual único, e provendo apoio técnico.

O parecer se desenvolve conforme o roteiro a seguir. No próximo tópico, trata-se dos fundamentos legais imediatos atinentes à consulta. No tópico III, analisa-se a incidência principiológica ao caso, bem como se formulam condicionantes para o exercício da delegação. Por fim, há um parágrafo de encerramento.

2 – Audiências e consultas públicas dos planos de saneamento: fundamentos legais

A lei federal 11.445/2007 prevê, no artigo 15, par. único, que, nas atividades de planejamento dos serviços de saneamento básico, o titular do serviço poderá receber cooperação técnica do estado-

membro¹. Por sua vez, no estado do Rio de Janeiro, a lei estadual 5.427/2009 dispõe, em seu art. 76, que a Administração Pública pode celebrar convênios e acordos administrativos para a obtenção de suas finalidades².

Verifica-se que há autorização legal para que acordos de cooperação técnica sejam firmados entre Estado e municípios, inclusive no exercício das atividades de planejamento dos serviços de saneamento básico.

Mas o quesito diz respeito a certo conteúdo da cooperação: a viabilização, pelo Estado, de consulta e audiência pública dos planos municipais de saneamento. Realizar consulta ou audiência pública é exigência de artigo 19, §5º, da lei federal 11.445/2007, que determina que, antes da aprovação dos planos de saneamento, deve ser dada “*ampla divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentem, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas*”.

Pois bem. Consultas e audiências públicas são instrumentos de participação dos cidadãos junto ao Poder Público³. A consulta é realizada por manifestações escritas; a audiência é evento, demandando oralidade⁴. Elas possuem, no Direito Administrativo brasileiro, diversas bases normativas. Uma das mais recentes é o art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que prevê a possibilidade de consulta pública para a manifestação de interessados antes da edição de atos normativos. A consulta pública possui referência, também, nas leis de processo administrativo (art. 31 da lei federal 9.784/1999⁵; art. 27 da lei estadual nº 5.427/2009⁶). A audiência pública, de igual modo, é referida nas leis de processo administrativo (art. 32 da lei federal⁷ e art. 28 da lei estadual⁸) e na lei geral de licitações e contratos administrativos (art. 39 da lei nº 8.666/93⁹).

¹ Art. 15, par. único. No exercício das atividades de planejamento dos serviços a que se refere o caput deste artigo, o titular poderá receber cooperação técnica do respectivo Estado e basear-se em estudos fornecidos pelos prestadores.

² Art. 76. A Administração Pública pode, na persecução de seus fins e nos limites do seu poder discricionário, celebrar quaisquer contratos, consórcios, convênios e acordos administrativos, inclusive pactos de subordinação com seus órgãos ou com administrados, salvo impedimento legal ou decorrente da natureza e das circunstâncias da relação jurídica envolvida, observados os princípios previstos no art. 2º desta Lei

³ MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. *Administração Pública Democrática: o passo que deve ser dado na aproximação com o cidadão*. In: Temas atuais de direito público: estudos em homenagem ao professor Toshio Mukai / organizadores: Alberto Shinji Higa, Arthur Bezerra de Souza Junior – Londrina, PR: Thoth, 2019, p. 235.

⁴ MODESTO, Paulo. *Participação Popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

⁵ Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

⁶ Art. 27. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos do processo, bem como a documentação posta à disposição pelo órgão competente, fixando-se prazo para o oferecimento de alegações escritas, que deverão ser consideradas pela Administração.

§ 2º O comparecimento de terceiro à consulta pública não confere, por si só, a condição de interessado no processo, mas atribui-lhe o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum para todas as alegações substancialmente iguais.

⁷ Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

⁸ Art. 28. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

⁹ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15

Vê-se que tanto a lei de processo administrativo federal quanto a estadual não estabelecem rito detalhado para as audiências e consultas. Apenas determinam que serão abertas por despacho motivado, serão divulgadas nos meios oficiais, possuirão período para obtenção de contribuições, e dão direito a uma resposta fundamentada às contribuições dos participantes.

É dizer: basta que sejam divulgadas em meios oficiais (mas não apenas), estabeleçam prazo para manifestações dos interessados, e considerem *de verdade* as sugestões formuladas. Eis o que identifica uma consulta ou audiência pública válida.

Assim, parece-me que acordo de cooperação técnica entre o Estado do Rio de Janeiro e os municípios titulares dos serviços de saneamento pode prever cláusula em que se estabeleça a realização de consultas públicas e/ou de audiências públicas de seus planos de saneamento, a serem viabilizadas tecnicamente pelo Estado. O silêncio das normas, que apenas preveem a necessidade de consulta e audiência pública nos municípios, identificando requisitos básicos, não impede a ação criativa do administrador, que pode estruturar um procedimento, desde que compatível com a lei e com as ideias de transparência da ação e de participação dos interessados.

Enfim: os municípios, titulares dos serviços de saneamento, podem delegar a condução de audiências e/ou de consultas públicas de seus planos de saneamento ao Estado do Rio de Janeiro. A delegação, necessariamente voluntária e expressa, constaria de cláusula específica do termo de cooperação técnica entre os entes.

3 - Consultas e audiências centralizadas: eficiência e inclusão. Condicionantes

Há base legal imediata para se realizar o pretendido na consulta. E há, ainda, argumentos principiológicos. Explica-se.

Centralizar as consultas e/ou audiências públicas dos municípios junto a um ambiente virtual a cargo do Estado traz, ao menos idealmente¹⁰, ganhos de eficiência (art. 37, *caput*, CRFB-88). Com a medida, evita-se a alocação de recursos humanos e financeiros na realização de mais de sessenta audiências e/ou consultas públicas, no que se cumpriria positivamente a economicidade (art. 70, *caput*, CRFB-88). Oportuniza-se participação social, pois, no caso da audiência pública, ela não fica restrita a espaço físico, - o que limita o número de participantes - , no que se valida o princípio democrático (art. 1º, CRFB)¹¹. Evita-se, no contexto atual da pandemia, risco à saúde (art. 196, CRFB-88). Além disso, pode-se cogitar que o uso de plataforma virtual única a cargo do Estado é medida de *inclusão digital institucional*, pois facilita a realização dos procedimentos por municípios menores, que não necessariamente possuem infraestrutura de tecnologia adequada a viabilizar ambiente digital consistente.

Tanto a dicção legal quanto o subtrato principiológico apontam para a possibilidade de que consultas e audiências sejam realizadas na forma proposta.

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

(quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados

¹⁰ A concretização destes princípios depende da qualidade efetiva da ação pública. A esse respeito, v. trecho acerca das condicionantes, abaixo.

¹¹ É importante, como se vai ficar claro a seguir, que a audiência pública não exclua potenciais interessados em participar de boa-fé.

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 única, nominalmente a cargo do Estado, para as consultas públicas, e realizar audiências por videoconferência para os municípios hoje atendidos pela CEDAE. Ora, a realização destes propósitos depende da existência de ambiente virtual estável, transparente e inclusivo.

O ambiente deve ser *estável*: a participação não pode ser turbada por instabilidades técnicas tais que a compreensão do que se discute venha a ser afetada. É evidente que não existe sistema à prova de falhas, mas estas devem ser as menores possíveis.

O ambiente virtual deve ser *transparente*: como diz de matéria atinente do interesse de todos, e, em especial, de hipossuficientes econômicos e cognitivos, deve-se buscar sistema descomplicado. A tecnologia não deve ser barreira, senão instrumento de participação.

O ambiente virtual deve ser *inclusivo*: deve-se buscar acessibilidade, incluindo-se, por exemplo, pessoas com deficiência. Mostra-se necessária a previsão de soluções para cidadãos que não possuam acesso à internet e porventura desejem participar das consultas ou audiências. Uma possibilidade seria a disponibilização, em espaço de fácil acesso público, de computadores com acesso à internet.

(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.

4 – Encerramento

Como não há exigências procedimentais acerca da realização de audiências e de consultas públicas que afetem a pretendida 'delegação operacional', creio que, com a adesão dos municípios, ela seja possível. Contudo, a chamada para as audiências e consultas deve ser formal e materialmente pública, e elas devem se realizarem em ambientes virtuais estáveis, transparentes e inclusivos.

Rio de Janeiro, 27 de abril de 2020.

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA
Procurador Do Estado

VISTO

Aprovo, sem ressalvas, o Parecer JVSM/PG17/03-2020, da lavra do ilustre Procurador do Estado JOSÉ VICENTE SANTOS E MENDONÇA, também aprovado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17), ANDRÉ RODRIGUES CYRINO, acerca da possibilidade de realização de consulta pública e audiência pública, pelo Estado, acerca dos planos de saneamento básico dos municípios e adoto as seguintes conclusões:

- 1 – Os municípios, titulares dos serviços de saneamento, podem delegar a condução de audiências e de consultas públicas de seus planos de saneamento ao Estado, contanto que a delegação seja voluntária e expressa;
- 2 – A delegação pode ser feita por manifestação inequívoca de vontade, como envio de simples comunicação ao Estado, por meio de ofício, sendo, à luz do princípio da eficiência, desnecessária a elaboração e a adesão formal, município a município, a termo de cooperação ou documento congênere;
- 3 – Devem ser observadas as condicionantes apontadas no parecer, quais sejam: (i) a voluntariedade do município, (ii) a utilização de plataformas tecnológicas estáveis, transparentes e inclusivas; e (iii) a publicidade formal e material da iniciativa;
- 4 – A realização virtual da audiência pública deve ocorrer em qualquer cenário, como mecanismo que garanta a participação efetiva dos munícipes, de forma que, ainda que o quadro de pandemia se encerre, deverá ser mantida a possibilidade de participação remota nos municípios implicados.

Rio de Janeiro, 7 de maio de 2020.

MARCELO LOPES DA SILVA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

(Ref. SEI-220008/001107/2020)

Direito Público. Direito Administrativo. Contratos de concessão de serviços públicos estaduais. Pandemia de COVID-19 (coronavírus). Emergência biossanitária mundial. Duração e impacto econômico imprevisíveis. Imprevisão e caso fortuito. Possível repartição dos prejuízos entre as partes. Afastamento de sanções administrativas e caducidade em razão de inexecução contratual. Necessidade de devido processo legal administrativo para averiguar, de modo específico, a configuração de nexos causal entre pandemia, e os impactos em cada contrato. Dever de negociação.

Ao Exmo. Subprocurador-Geral do Estado, Dr. Sérgio Barbosa Luís Neves,

SUMÁRIO. 1. Relatório. 2. O cenário fático-normativo: a pandemia de COVID-19. 3. Algumas limitações da abordagem. 3.1. Limitação no tempo: não se sabe quando a pandemia se encerrará. 3.2. Limitação epistêmica: não se sabe quais efeitos nos contratos a pandemia acarretará. 4. O enquadramento jurídico da pandemia 4.1. A pandemia é fato do príncipe? 4.2. A pandemia é hipótese de quebra da base objetiva do contrato? 4.3. A pandemia é hipótese de incidência da teoria da imprevisão? 4.4. A pandemia é hipótese de caso fortuito ou de força maior? 5. Em direção às revisões pandêmicas. 5.1. Qual poderia ser uma compreensão contextual e realista de uma revisão pandêmica? 5.2. Qual poderia ser um conteúdo e um procedimento mínimo de um pedido de revisão pandêmica? 6. Síntese objetiva. 7. Encerramento.

1. Relatório

Trata-se de consulta encaminhada pelo Ilmo. Subprocurador-Geral do Estado, Dr. Sergio Luiz Barbosa Neves, indagando se a pandemia de COVID-19 constituiria “*fonte e razão bastante á revisão de contrato de concessão*”. No despacho de encaminhamento da consulta, o Subprocurador-Geral destaca que a “*pandemia atingiu não só as empresas concessionárias, mas o Estado do Rio de Janeiro também, eis que exauriu parte considerável de seu orçamento*”. O subprocurador geral ainda observa que a pandemia seria espécie de força maior, que atingiria de modo igual ambas as partes – Estado e concessionárias, “*razão por que, numa análise preliminar e perfunctória, parece-me não caber a uma parte, tão somente, o direito à revisão, mas a ambas, extraordinariamente*” (fl. 12).

A consulta se originou a partir de pleito formulado pela concessionária Supervia, em 14 de abril de 2020, proponho revisão extraordinária do contrato de concessão dos serviços de transporte ferroviário de passageiros no âmbito do estado do Rio de Janeiro. A concessionária motiva o pedido

de revisão com base em alegação de perda de demanda provocada pelo cenário de emergência e calamidade pública ocasionado pela pandemia do novo coronavírus.

A AGETRANSP, antecipando-se a prováveis pleitos semelhantes de outras concessionárias de transportes, elaborou consulta jurídica interna a respeito da “*natureza jurídica dos impactos do COVID-19 sobre os contratos de infraestrutura de transportes, bem como a possibilidade de ser reconhecido direito à realização de revisão extraordinária de tais ajustes em virtude da superveniência desse evento*” (fl. 1).

Em resposta, a Procuradoria Geral da AGETRANSP, no parecer nº 31/2020/AGETRANSP/PGA, concluiu que a pandemia de COVID-19 seria “*evento imprevisível capaz de conferir direito à revisão extraordinária nos contratos de concessão em geral, tanto por meio da aplicação da denominada Teoria da Imprevisão quanto pela ocorrência de força maior, caracterizadora de álea extraordinária para fins de reequilíbrio dos contratos de concessão de infraestrutura, nos termos do art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993, aplicável supletivamente às concessões*”. Por outro lado, sustentou que “*o reconhecimento em abstrato da natureza de força maior a esse evento, por si só, não confere direito de reequilíbrio às concessionárias em geral, sendo imprescindível, em cada caso, a efetiva comprovação dos impactos econômicos sofridos por cada concessionária, bem como a análise da matriz de risco estabelecida pelas partes*” (fls. 03/09).

Ato seguinte, o Conselheiro Presidente da AGETRANSP, acatando recomendação feita no parecer, encaminhou a consulta à PGE-RJ, já que a tese a ser eventualmente fixada poderia repercutir em outros contratos de concessão estaduais, para além, inclusive, dos regulados pela agência (fl. 10).

Assim, portanto, o escopo do presente parecer é o de (i) identificar os efeitos jurídicos da pandemia de COVID-19 sobre os contratos de concessão de serviços públicos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, com foco em (ii) saber se é caso de se promover a revisão extraordinária desses contratos.

Para tal fim, o roteiro a ser empreendido é o seguinte. Em primeiro lugar, identificar-se-á o cenário fático-normativo da pandemia de COVID-19: o que ela é e quais são as normas jurídicas que lhe são imediatamente aplicáveis. Depois, destacar-se-á algumas duas limitações da abordagem: limitação quanto ao *tempo* a ser considerado para a identificação de seus efeitos nos contratos e limitação quanto a *quais efeitos ocorrerão e serão considerados relevantes*. Então, ingressa-se na *vexata quaestio* do parecer – o enquadramento jurídico da pandemia. O percurso é tradicional: indagar-se-á se a ela se aplicam as teorias revisionais motivadas por seu enquadramento como fato do príncipe, ou por se tratar de hipótese de quebra da base objetiva do contrato, ou por incidir a teoria da imprevisão, ou, ainda, por se tratar de caso fortuito ou de força maior. O próximo tópico revisita, por vezes criticamente, algumas compreensões da literatura acerca da distribuição do ônus nas hipóteses de álea extraordinária, indicando-se possíveis delineamentos dos pedidos e procedimentos das revisões contratuais motivadas pela pandemia. Busca-se, ao longo do texto, compreensão contextual e realista. O trabalho se encerra com síntese objetiva, em parágrafos numerados, das principais conclusões a que se chegou ao longo do texto.

2. O Cenário Fático-Normativo: A Pandemia de COVID-19

A pandemia de COVID-19, doença infecciosa causada pelo novo coronavírus (Sars-CoV-2), teve sua primeira manifestação na cidade de Wuhan, na China, e, em pouco tempo, propagou-se pelo mundo¹. A Organização Mundial da Saúde foi alertada da existência de surto de casos de pneumonia

¹ Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Organização Pan Americana da Saúde (OPAS), atual. em 23 jul. 2020. <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=610I:covid19&Itemid=875>. Acesso em: 24 jul. 2020. Archived: WHO Timeline - COVID-19, World Health Organization, 27 apr. 2020. Disponível em:

de causa desconhecida em dezembro de 2019. No final de janeiro de 2020, a OMS reconheceu a doença como *Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional*² e, em março, reconheceu tratar-se de pandemia³.

O Brasil, atento à propagação da doença, promulgou, em 6 de fevereiro de 2020, a lei federal nº 13.979, reconhecendo a COVID-19 como “*emergência de saúde pública de importância internacional*”.

A partir das experiências de países que vivenciaram a pandemia antes do Brasil – especialmente, naquele momento, a Itália –, observou-se que a velocidade de propagação da COVID-19 poderia colocar em xeque a capacidade de atendimento dos sistemas de saúde⁴. Recomendou-se, com base em estudos das medidas mais eficazes para mitigar a propagação da doença, a restrição da circulação de pessoas⁵. No caso do estado do Rio de Janeiro, estudo da Fundação Oswaldo Cruz chegou a recomendar a realização de *lockdown*, medida mais intensa de isolamento social⁶.

Com base nos estudos disponíveis e na experiência internacional, e diante do que se identificou como a rápida propagação do vírus no Brasil, diversos entes federativos adotaram medidas de contenção da circulação de pessoas⁷. Não se chegou a adotar o *lockdown* entre nós, mas se restringiu a circulação de pessoas e se limitou o exercício de atividades econômicas⁸.

<https://www.who.int/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19?gclid=EAlaIqobChMIImqb8k83m6gIVxgWRChIAOwRsEAAYASAAEgJ3YID_BwE>. Acesso em: 24 jul. 2020.

² “Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) é considerada, nos termos do Regulamento Sanitário Internacional (RSI), ‘um evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública para outros países devido a disseminação internacional de doenças; e potencialmente requer uma resposta internacional coordenada e imediata’. É a sexta vez na história que uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional é declarada. As outras foram: 25 de abril de 2009 – pandemia de H1N1; 5 de maio de 2014 – disseminação internacional de poliovírus; 8 agosto de 2014 – surto de Ebola na África Ocidental; 1 de fevereiro de 2016 – vírus zika e aumento de casos de microcefalia e outras malformações congênitas; 18 maio de 2018 – surto de ebola na República Democrática do Congo” (*Grifou-se*) Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). *Organização Pan Americana da Saúde* (OPAS), atual. em 23 jul. 2020. Visto em: <<https://www.paho.org/bra/index.php/?option=comcontent&view=article&id=610I:covid19&Itemid=875>>. Acesso em: 24 jul. 2020. O Regulamento Sanitário Internacional pode ser acessado em: <<https://www.who.int/libr/publications/9789241580496/eo/>>.

³ O termo “pandemia” se refere à distribuição geográfica de uma doença, e não à sua gravidade. A designação reconhece que, no momento, existem surtos de COVID-19 em vários países e regiões do mundo. Cf.: Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). *Organização Pan Americana da Saúde* (OPAS), atual. em 23 jul. 2020. Visto em: <<https://www.paho.org/bra/index.php/?option=comcontent&view=article&id=610I:covid19&Itemid=875>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

⁴ Em colapso: a dramática situação dos hospitais da Itália na crise do coronavírus. *BBC*, 19 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portugueselintemacional-51968491>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

⁵ Destaque-se estudo do *Imperial College of London*, que fez comparação estatística entre as estimativas de propagação da COVID-19 para cada estratégia de enfrentamento. V. WALKER, Patrick GT et al. *The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression*. Imperial College COVID-19 Response Team. 26 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.imperial.ac.uk/medialimperialcollege/medicine/sph/ide/gidafellowships/Imperial-College-COVID19-Global-Impact-26-03-2020.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

⁶ A Fundação Oswaldo Cruz, em resposta à consulta do Ministério Público do Rio de Janeiro, recomendou “a adoção de medidas rígidas de distanciamento social e de ações de *lockdown* no estado do Rio de Janeiro, em particular na região metropolitana, visando à redução do ritmo de crescimento de casos e a preparação do sistema de saúde para o atendimento adequado e com qualidade às pessoas acometidas com as formas graves da COVID-19”. Cf. FIOCRUZ. *A evolução da Covid-19 no estado do Rio de Janeiro: desafios no enfrentamento da crise sanitária e humanitária relacionada à pandemia*. Rio de Janeiro, 06 mai. 2020, p. 1. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/covid-19-fiocruz-alerta-para-urgencia-de-medidas-rigiditas-de-isolamento-social>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

⁷ O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341, identificou a competência concorrente dos entes federativos para o enfrentamento da pandemia de COVID-19.

⁸ Uma análise comparativa dos efeitos das políticas na propagação da pandemia entre os entes infra nacionais pode ser encontrada no estudo “*Medidas Legais de Incentivo ao Distanciamento Social: comparação das políticas de Governos Estaduais e Prefeituras das capitais do Brasil*”, de Rodrigo Fracalossi de Moraes. Acessível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10096/1/BAPI_N22_COVID%2019_Artigo%208.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020.

Num curto período de tempo, práticas sociais tão antigas quanto o ser humano – festas ao ar livre, teatros – foram proibidas, novas práticas ameaçaram surgir (o cumprimento com os cotovelos), termos como “quarentena” e “mídia móvel” ingressaram no léxico, passamos a nos preocupar com respiradores (e juristas, resgatamos institutos semi-arcaicos⁹), obcecamos-nos com *lives*¹⁰, sobrecarregamos serviços de *delivery*¹¹, e alguns até potencializaram o uso percussivo das panelas. A história – esse pesadelo do qual estamos tentando acordar – possuía um nome diferente. Era o novo normal.

Em termos normativos, o primeiro regulamento a reconhecer a “*emergência de saúde pública de importância internacional*” no Estado do Rio de Janeiro foi o decreto nº 46.966, de 11 de março de 2020. As primeiras medidas de suspensão e restrição de atividades econômicas com finalidade de reduzir aglomerações foram implementadas pelo decreto estadual nº 46.973 de 16 de março de 2020, em princípio limitadas a quinze dias. Posteriormente, outros decretos foram editados pelo Governador do Estado, tais como o decreto nº 46.980, de 19 de março de 2020, que atualizou o rol de atividades suspensas e prorrogou a suspensão por mais quinze dias; e o decreto nº 46.983, de 20 de março de 2020, que restringiu o funcionamento do transporte público (art. 1º). O mais recente, à época da redação deste parecer, é o decreto nº 47.176, de 21 de julho de 2020, que atualizou o rol de atividades suspensas e, novamente, prorrogou a suspensão por quinze dias (art. 5º)¹².

A lei federal nº 13.979/2020, a *Lei da Pandemia*, limitou a duração da situação de emergência em saúde pública a ato do Ministro da Saúde, o qual não poderá estipular prazo superior ao declarado pela OMS (art. 1, §§2º e 3º¹³). Os decretos do estado do Rio são editados em atenção ao prazo estipulado na lei federal nº 13.979/2020. Veja-se que se trata de elemento a favor da conclusão de que a suspensão das atividades decorre antes de recomendação científica do que de exercício de discricionariedade administrativa, inclusive porque ignorar recomendações científicas, no entendimento do STF, pode implicar a prática de erro grosseiro do administrador público¹⁴.

Nesse ínterim, concessionárias de serviços públicos passaram a alegar que as medidas contenção da pandemia causaram desequilíbrio econômico-financeiro em seus contratos, formulando, em alguns casos, pleitos de revisão¹⁵. Só que, antes de se identificar a natureza jurídica da pandemia de COVID-19 para os efeitos dos contratos de concessão, é importante destacar duas limitações da abordagem a ser aqui empreendida, e que repercutem no que o Poder Público e concessionárias podem ou devem fazer a respeito. A elas.

⁹ A requisição administrativa é exemplo. O instituto, que andava desprestigiado no Direito Administrativo, voltou a ser invocado em função da pandemia. Cf. MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *Dez perguntas e respostas sobre requisição administrativa em tempos de COVID-19*. Disponível em: <https://www.academia.edu/43026755/Dez_perguntas_e_respostas_sobre_requisi%C3%A7%C3%A3o_administrativa_em_tempos_de_COVID-19>. Acesso em: 1 ago. 2020.

¹⁰ LESKIN, Page. Instagram Live usage jumped 70% last month. A psychologist says it's because ‘people are not designed to be isolated.’ *Business Insider*. Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/instagram-live-70-percent-increase-social-distancing-psychologist-explains.2020-4>>. Acesso em: 21 jul 2020.

¹¹ *Serviço de delivery tem aumento de 400% devido à pandemia*. Bandnews FM Rio. Disponível em: <<https://bandnewsfmrio.com.br/editorias-detalhes/servico-de-delivery-tem-aumento-de-400-devido>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

¹² A relação completa dos decretos estaduais editados no contexto de enfrentamento da pandemia de COVID-19 no estado do Rio de Janeiro pode ser encontrada no sítio eletrônico da PGE-RJ. Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br/covid19/estadual/decretos>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

¹³ § 2º Ato do Ministro de Estado da Saúde disporá sobre a duração da situação de emergência de saúde pública de que trata esta Lei. § 3º O prazo de que trata o § 2º deste artigo não poderá ser superior ao declarado pela Organização Mundial de Saúde.

¹⁴ No julgamento da ADI 4621, o Supremo conferiu interpretação conforme à MP 966/2020 para determinar que, na caracterização do que é erro grosseiro do administrador público, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades, de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas.

¹⁵ No caso que deu origem a esta consulta, tem-se a Supervia. Mas também a concessionária dos serviços metroviários no estado do Rio de Janeiro pretende formular pleito equivalente, do que pude ter notícia em reunião *online* de que participei em meados de julho.

3. Algumas Limitações da Abordagem

Há limitações na resolução de casos de que se ignora (i) sua *duração no tempo* e (ii) *quais exatamente serão as consequências*. Ambas as limitações se reconduzem a um mesmo problema – um problema de informação –, cuja mitigação aponta para soluções incompletas, difusas e experimentais¹⁶.

3.1. Limitação no Tempo: Não se Sabe Quando a Pandemia se Encerrará

Não se sabe quando a pandemia começou, mas, para efeitos gerais, a data possivelmente mais segura seria 11 de março de 2020, quando a OMS reconheceu a circunstância. Mas qual terá sido a data de início dos efeitos da propagação do vírus sobre os serviços públicos concedidos no estado do Rio de Janeiro? Pode ser necessário outro corte, que, como todo critério, será subinclusivo – deixar de fora o início de efeitos em setores relevantes – e sobreinclusivo (incluirá inícios que não deveria)¹⁷. Propõe-se preliminarmente, aqui, a data de 16 de março, início de vigência do primeiro decreto estadual¹⁸. O problema, no entanto, não é tanto o início da pandemia quanto seu encerramento, e, mais especificamente, o encerramento de seus efeitos sobre os contratos administrativos em curso. Explica-se.

As projeções da comunidade científica para a duração da pandemia de COVID-19 divergem profundamente. Um estudo realizado por pesquisadores de Harvard, publicado na revista *Science*, prevê que sua duração pode se estender por até cinco anos¹⁹. Outro estudo, realizado por pesquisadores da *Center of Infectious Diseases Research and Policy*, da Universidade de Minnesota, supõe que a pandemia deve durar dois anos²⁰. Já estudo do Laboratório de Inovação de Dados da Universidade de Tecnologia e Design de Singapura estima que a pandemia, no Brasil, encerrar-se-á no dia 21 de novembro de 2020²¹. Em comum, todos eles consideram a probabilidade de surtos sazonais da doença, devido ao relaxamento de medidas de isolamento social, que podem ser seguidos a novos períodos de restituição das medidas.

É dizer: há profunda incerteza a respeito da data do fim da pandemia. E há fatores que tornam tal prognose ainda mais complicada, pois a data pode ser móvel conforme se adotem medidas de isolamento (as quais, por sua vez, podem variar no tempo); a data parece ser móvel não apenas em relação a países, mas também em relação a estados, regiões e microregiões (nos últimos tempos se verifica, por exemplo, interiorização da doença²²); e há incógnita a respeito de recidivas da doença, em razão de possíveis mutações do vírus (no que seriam novas ondas de contaminação)²³. No limite,

¹⁶ HA YEK, Friedrich. The use of knowledge in society. In: *The American Economic Review*, vol. 35, no. 4. (set., 1945), pp. 519-530.

¹⁷ SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press. 1991, pp. 17 e ss.

¹⁸ Data mais precisa seria encontrada com estudo específico para cada contrato de delegação de serviço público estadual.

¹⁹ KISSLER, Stephen M. et al. Projecting the transmission dynamics of SARS-CoV-2 through the postpandemic period, *Science*, 22 May 2020, Val. 368, Issue 6493, pp. 860-868. Disponível em: <<https://science.sciencemag.org/content/368/6493/860>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

²⁰ MOORE, Kristine A. et al. COVID-19: The CIDRAP *Viewpoint Part I: The Future of the COVID-19 Pandemic: Lessons Learned from Pandemic Influenza*, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://www.cidrap.umn.edu/sites/default/files/public/downloads/cidrap-covid19-viewpoint-part1_0.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2020.

²¹ LUO, Jianxi. Predictive Monitoring of COVID-19. *Data-Driven Innovation Lab Singapore University of Technology and Design*, updated on May 14, 2020. Disponível em: <<https://ddi.sutd.edu.sg/publications>>. Acesso em: 01 ago 2020.

²² FIOCRUZ, *Tendência de interiorização aumenta e pode gerar mais pressão sobre grandes centros*. 5 Mai. 2020, disponível em: <<https://portal.fioeruz.br/noticia/covid-19-tendencia-de-interiorizacao-aumenta-e-pode-gerar-mais-pressao-sobre-grandes-centros>>. Acesso em: 1 ago. 2020.

²³ WISE, Jacqui. *Covid-19: Risk of second wave is very real, say researchers*. *BMJ* 2020; 369:2294, 9. Jun. 2020. Disponível em: <<https://www.bmj.com/content/bmj/369/bmj.m2294.full.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2020.

o que parece mais seguro não é esperar o encerramento da pandemia por razões naturais – como o que ocorreu com a gripe espanhola²⁴ –, mas em razão do uso massivo de uma vacina eficaz²⁵.

Se a data de encerramento da pandemia é móvel entre regiões que adotam medidas administrativas diversas, estados e microrregiões, o fato é que os efeitos, por exemplo, sobre contratos de concessão de transportes, podem ser variados. Modos de transporte podem interligar regiões em que o *status pandemicus* seja diverso. Uma região antes ‘curada’ pode voltar a ter número significativo de casos. Qual data considerar para o *dies ad quem* daquelas revisões contratuais?

Por fim, observe-se que *o fim da pandemia não é mesmo que o fim dos efeitos da pandemia sobre os contratos administrativos*. Tais efeitos podem haver sido encerrados antes ou depois da data em que a pandemia haja se ultimado.

3.2. Limitação Epistêmica: Não se Sabe Quais Efeitos nos Contratos a Pandemia Acarretará

Não se sabe exatamente quais efeitos nos contratos de concessão a pandemia acarretará. Cogita-se de mudanças no espaço de trabalho, com a adoção definitiva do *home office* por empresas e órgãos públicos²⁶. Com isso, é de se esperar que parte da demanda por transportes públicos desapareça. Os fluminenses precisarão utilizar trens, ônibus, metrô ou barcas nos níveis de antes? A própria eficiência impulsionada pela automatização – que, de resto, já estava em curso –, pode vir a demandar menos trabalho humano em diversos setores. Surge dado novo no consumo: o medo do contágio. O metrô pressupõe deslocamento em vagões fechados. Apesar de todas as medidas sanitárias, retomará a confiança do consumidor?

Até aqui, cogita-se de mudanças tendentes à redução da demanda. Contudo, contratos de longuíssimo prazo, como concessões de serviços públicos, só são tendentes ao *pacta sunt servanda* na cogitação de romanos antigos. Na prática, são contratos incompletos²⁷, plenos de oportunidades de absorção de custos e eivados de oportunidades conexas. É possível supor que algumas concessionárias, em certos casos, consigam absorver parte dos desafios. Situações de dificuldade são, por vezes, propícias à criação de soluções. Fará sentido “reequilibrar” tais contratos?

Em resumo: não se sabe por quanto tempo a pandemia vai durar, se ela vai se encerrar por igual em toda a geografia do estado do Rio de Janeiro (e do Brasil), e quais os efeitos destrutivos e criativos ela operará junto às concessões estaduais. Em ambientes de incerteza crônica, as soluções devem ser incompletas – elas não podem pretender resolver definitivamente problemas –, difusas – elas estarão a cargo de todos os interessados: contratantes, concessionárias, reguladores técnicos, controladores e sociedade civil – e experimentais: desafios inéditos convidam a soluções inovadoras.

²⁴ BARRY, John M. *The Great Influenza: the story behind the deadliest pandemic in history*. Nova Iorque: Penguin Books, 2005.

²⁵ Segundo relatório da OMS, há 26 vacinas em estágio de estudos clínicos e 139 em estágio pré-clínico. V. OMS, *DRAFT landscape of COVID-19 candidate vaccines* – 31 July 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/publications/m/item/draft-landscape-of-covid-19-candidate-vaccines>>. Acesso em: 1 ago. 2020.

²⁶ É, por exemplo, o caso da Petrobras, que comunicou à Reuters e a seus empregados a respeito da extensão do regime de home office para metade de seu pessoal administrativo. V. VALLE, Sabrina e SLATTERY, Gram. *Petrobras manterá metade do pessoal administrativo em home office permanente*. Reuters. 17 jun. 2020. Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN23O2E2-OB RTP>>. Acesso em: 1º ago. 2020. No Governo Federal, havia, até o início de julho, mais de 350.000 servidores públicos trabalhando em regime remoto, segundo levantamento feito pelo Ministério da Economia (81 mil apenas neste Ministério). V. Governo Federal. *Balanco do Ministério da Economia registra cerca de 81 mil servidores em trabalho remoto*. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/07/balanco-do-ministerio-da-economia-registra-quase-81-mil-servidores-em-trabalho-remoto/working-from-her-home-office-ptsfx79.jpg/view>>. Acesso em: 1 ago. 2020.

²⁷ NÓBREGA, Marcos. Contratos Incompletos e Infraestrutura: Contratos Administrativos, Concessões de Serviço Público e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* – REDAE. n. 19, jun. 2020, Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=380>>. Acesso em: 1 ago. 2020.

Imaginar que uma revisão contratual, no meio da maior pandemia da história, resume-se ao deferimento monológico de um pleito com base num amontoado de planilhas, é dar razão à ironia de Henry Mencken, para quem, para todo problema complexo, existe sempre uma solução simples, elegante, e completamente errada.

4. O Enquadramento Jurídico da Pandemia

Antes de tudo, um *intermezzo doloroso*: qual é a natureza jurídica das ‘naturezas jurídicas’? Há, sobre elas, certo uso preciosista, como quando, na prova oral de concurso público, o examinador indaga sobre a natureza jurídica do peixe. O Direito é uma ciência social aplicada. Distinções e conteúdos se justificam especialmente em razão de sua utilidade²⁸. Mas saber a natureza jurídica de algo pode ser útil: enquadrando instituto dentro de categorias prévias, ou associando-o a institutos análogos, identifica-se-lhe os efeitos e apressa-se seu tratamento. Opera-se o que Alexy chama de *função redutora do encargo argumentativo*²⁹. Nem toda natureza jurídica é uma natureza morta³⁰.

Cumprido, então, realizar esclarecimentos sobre algumas das várias teorias que tratam das revisões de contratos, antes de pretender enquadrar a pandemia dentro de uma.

A base de todas é a cláusula *rebus sic standibus*, obra dos glosadores medievais, supostamente implícita em todos os contratos públicos ou privados. Por ela, o cumprimento das obrigações contratadas estaria condicionado à manutenção das circunstâncias do momento da celebração do contrato.

Com a Idade Moderna e seu pressuposto de valorização do indivíduo, valoriza-se, *et pour cause*, a autonomia da vontade, com o que a cláusula caiu em declínio. A ideia de revisão ou resolução como ferramentas aptas a contornar desequilíbrios contratuais só ressurgiu a partir da Primeira Guerra. A cláusula *rebus sic standibus* foi recuperada, ainda que sob outros nomes, contornos e requisitos.

Teorias revisionais há muitas, no Brasil e no estrangeiro. Entre nós, as mais importantes são a teoria da imprevisão (art. 317 c/c 478 a 480 do Código Civil e art. 65, II, d, da lei nº 8.666/93), a *teoria da base objetiva do negócio jurídico* (art. 6, V, do Código de Defesa do Consumidor)³¹, a revisão motivada no *fato do príncipe* e a que decorre de caso fortuito ou de *força maior*³².

²⁸ GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: estudios de teoria y rnetateoria del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2012.

²⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 254 (o destaque gráfico consta do texto original): “É possível à justificação dogmática adotar, ao menos provisoriamente, itens que foram previamente examinados e aceitos. Isso reduz o encargo do processo justificativo, a ponto de, na ausência de alguns motivos especiais, novo exame ser desnecessário. Podemos ser isentos de discutir de novo toda a questão de valor em cada caso. Essa *função redutora de encargo* não só é indispensável para o trabalho do tribunal que ocorra sob limites de tempo, mas também de importância para a discussão jurídica científica. Também nessa esfera – como em todas as esferas – é impossível discutir tudo de novo em todos os casos.” A função de descarga da dogmática jurídica é, muito simplesmente, aquela graças à qual, segundo Manuel Atienza, “não se precisa discutir tudo a cada vez”. V. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Ainda, v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4º ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 56-57

³⁰ Um exemplo de natureza jurídica útil pode ser encontrando em: MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Qual a natureza jurídica dos sandeboxes regulatórios?* Acessível em: https://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/03/030320_Jose_Vicente_JOTA.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020.

³¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, com base nos estudos de Anísio José de Oliveira, sistematizou as diversas teorias revisionais, a maioria das quais desimportante para este parecer: “Tão numerosos foram os fundamentos aduzidos ou privilegiados pelas concepções dos diversos teóricos do Direito a fim de lastrear dita revisibilidade que, entre nós, Anísio José de Oliveira encontrou campo para, em interessante esforço de arrolamento e sistematização, colecionar e ordenar as orientações encontradas, agrupando-as em teorias intrínsecas e extrínsecas. Dentre as primeiras apartou, de um lado, as embasadas (a) na vontade, e, de outro, (b) na prestação. Indicou como compreendidas nas teorias arrimadas na vontade: (1) a teoria da pressuposição (Windscheid); (2) a teoria da vontade marginal (Osti); (3) a teoria da base do negócio (Oertmann); (4) a teoria do erro (Giovène); (5) a teoria da situação extraordinária (Bruzin); e (6) a teoria do dever de

Em comum entre todas estão certos requisitos: (a) o evento que as motiva deve ser superveniente à celebração de contrato cuja duração se protraia no tempo; (b) ele deve ser externo ao contrato; (c) ele deve ser tal que venha a perturbar intensamente o equilíbrio contratual, não podendo se tratar de desequilíbrio de fácil solução³³. Além disso, (d) é preciso evidenciar o nexo de causalidade entre o evento e o desequilíbrio³⁴.

Mas há, é claro, aspectos particulares a cada teoria. A eles – e ao caso.

4.1. A Pandemia é Fato do Príncipe?

No fato do príncipe, o fato externo ao contrato é ato da Poder Público. Na lição clássica do Direito Administrativo, o fato do príncipe é uma das âleas administrativas, ao lado da alteração unilateral do contrato e do fato da administração³⁵. Ele implica o dever de reparação do prejuízo por parte da administração, fundamentado, por vezes, no artigo 37, XXI da CRFB-88, e, por vezes, no art. 37, §6º (responsabilidade civil objetiva do estado por atos lícitos)³⁶.

Pois bem: os possíveis desequilíbrios contratuais afetando concessões estaduais decorrem de ato atribuível à administração do estado do Rio de Janeiro? Por um lado, diversas atividades econômicas, incluindo concessões, foram paralisadas temporariamente e/ou tiveram sua operação limitada por regulamentos. De forma indireta, a limitação de funcionamento de outras atividades econômicas – comércio de rua, bares, restaurantes, cinemas –, reduziram a demanda. Por outro lado, a crise biossanitária originada pela pandemia de COVID-19, evento externo à vontade da administração pública, ao qual ela não deu causa nem tinha como evitar, foi a razão desses regulamentos, que atendiam a recomendações da comunidade científica.

esforço (Hartmann). Apontou como estribas no exame da prestação: (1) a teoria do estado de necessidade (Lemann e Coviello); e (2) a teoria do equilíbrio das prestações (Giorgio e Lenel). Já as teorias extrínsecas compreenderiam aquelas cujo fundamento reside: (1) na Moral (Ripert e Voirin); (2) na boa-fé (Wendt e Klenke); (3) na extensibilidade do fortuito (Jurisprudências alemã, inglesa e francesa); (4) na socialização do Direito (Badenes Gasset); e (5) na equidade e na justiça (Arnoldo Medeiros da Fonseca).” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 203.

³² Embora haja debates acerca da diferença entre caso fortuito e força maior, eles serão tratados como sinônimos, já que seu efeito jurídico, entre nós, é o mesmo.

³³ Há certa controvérsia sobre se é exigível a onerosidade excessiva para configuração de fato do príncipe, ou se bastaria o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Sobre o tema, ver LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão*, 1ª ed., London: Laccademia Publishing, 2020, pp. 170-172. No caso da teoria da imprevisão, embora a redação do art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93, não preveja expressamente o requisito da onerosidade excessiva, é pacífico nos tribunais que não se trata de qualquer desequilíbrio contratual, mas daquele cuja intensidade ultrapassa as variações normais de mercado. Do contrário, estar-se-ia incentivando a apresentação de propostas inexecutáveis. Cf.: STF, Ag. Reg. em MS nº 35.196/DF, Min. Rel. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 12/11/2019, pp. 05-06; STJ, REsp nº 1.129.738/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.10.2010; TCU, Acórdão 1604/201, Plenário, Rel. Augusto Nardes, Data da Sessão 01/07/2015; TCU, Acórdão nº 7181/2018, Segunda Câmara, Rel. Aroldo Cedraz, Data da Sessão, 07/08/2018; TCU, Acórdão 1431/2017, Plenário, Rel. Vital Do Rêgo, Data da Sessão: 05/07/2017; TCU, Acórdão 3495/2012, Plenário, Rel. Aroldo Cedraz, Data da sessão 10/12/2012; TCU, Acórdão nº 763/1994. Relator: Carlos Átila Álvares da Silva. Data da sessão: 13.12.1994; TJRJ, Embargos Infringentes nº 0204999-92.2009.8.19.0001, 21ª CC, Rel. Des. Denise Levy Tredler, j. 30/10/2008.

³⁴ RE 71.443/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 15/06/1973, DJ 28/09/1973; REsp 1.798.728/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 28/03/2019; TCU, Acórdão nº 1446/2018, Plenário, Rel. Bruno Dantas, data da sessão 26/06/2018; TCU, Acórdão 3495/2012, Plenário, Rel. Aroldo Cedraz, Data da sessão 10/12/2012; TJRJ, Apelação nº: 0046124-14.2015.8.19.0001, 26º CC, Rel. Des. Sandra Santarem Cardinali, j. 12/02/2020.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [e-book], pp. 632-636.

³⁶ Há divergência, na literatura jurídica francesa, quanto a se fundamento do fato do príncipe é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, gerando direito à revisão, ou se é a responsabilidade civil extracontratual, gerando dever de indenização extracontratual. No Brasil, o entendimento majoritário é o de que ele se funda no equilíbrio econômico-financeiro. V. SANTOS, Leonardo Antonacci Barone. Fato do Príncipe e Teoria da Imprevisão entre o Brasil e a França. *Revista de Direito da Administração Pública*, a. 4, v. 1, n. I, jan/jun, 2019, p. 57-86. Por outro lado, o STF já fundamentou com base na responsabilidade extracontratual: RE nº 571.969-DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Carmen Lúcia, j. 12/03/2014, DJe 18/09/2014.

Mesmo que não houvessem sido editados, haveria, em razão da pandemia, queda na circulação de pessoas e crise econômica, seja em consequência do cenário macroeconômico, seja por medo da doença associado ao medo de (não) ser atendido num sistema de saúde potencialmente em colapso³⁷.

Embora a problemática não se resuma a esta resposta, fato é que, embora a causa aparente da possível alteração do equilíbrio dos contratos de concessão sejam os regulamentos do poder público, a causa *sine qua non* dos possíveis desequilíbrios é a crise bio sanitária internacional. Os regulamentos sequer teriam sido editados se não fosse a pandemia. A hipótese não é de revisão contratual motivada por fato do príncipe.

4.2. A Pandemia é Hipótese de Quebra da Base Objetiva do Contrato?

A teoria da base objetiva do negócio jurídico, desenvolvida especialmente por Karl Larenz, suscita a revisão contratual quando há alteração superveniente das circunstâncias objetivas de sua celebração³⁸. Ela não exige nem imprevisibilidade nem extraordinariedade das circunstâncias, bastando desequilíbrio superveniente do contrato, causador de onerosidade excessiva a uma das partes.

A teoria da base objetiva do negócio só parece haver sido adotada expressamente pelo Código de Defesa do Consumidor. Para os contratos administrativos e para contratos privados que não os de consumo, o legislador não o fez; adotou, no lugar, a teoria da imprevisão³⁹ (v. abaixo). Ao contrário do que ocorre com a redação do Código Civil (arts. 317 c/c 478 a 480) e da lei nº 8.666/1993 (art. 65, II, d), o artigo 6º, V, do CDC não contém nem o vocábulo “imprevisíveis” nem se refere à extraordinariedade do evento ou da álea superveniente⁴⁰.

Há razão para tanto: a teoria da base objetiva do negócio jurídico é muito interventiva na autonomia da vontade. Daí incidir nas relações de consumo, caracterizadas por suposta hipossuficiência do consumidor. O mesmo não vale para os contratos regidos pelo Código Civil, em que tal presunção ordinariamente não se faz⁴¹, tampouco para os contratos administrativos, em que, de um lado, está a administração pública, com todo um regime de exorbitâncias legais, e, de outro, sociedades empresárias dotadas de expertise técnica e em geral informadas quanto aos riscos de se contratar com o Poder Público. Um jogo de hiperinsuficientes.

Mas, ainda que a teoria da base objetiva abrangesse contratos públicos, a verdade é que não houve alteração na base do negócio. A noção é mais específica a cada contrato e ao próprio negócio do que a uma situação sanitária mundial.

A hipótese não parece, assim, ser caso de quebra da base objetiva do contrato.

4.3. A Pandemia é Hipótese de Incidência da Teoria da Imprevisão?

³⁷ O ponto foi anotado, também, no parecer CJ/ARTESP n. 552/2020, da PGE-SP.

³⁸ A teoria da base objetiva do negócio jurídico não se confunde com sua precursora, a *teoria da base subjetiva do negócio jurídico*, desenvolvida por Paul Oertmann. A diferença é que a quebra da base subjetiva depende da frustração das expectativas de uma das partes que fosse de conhecimento da outra, ao passo que a base objetiva independe da aferição das expectativas das partes, bastando a alteração superveniente das circunstâncias fáticas que motivaram a celebração do contrato. Cf. DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 34-36.

³⁹ Há quem defenda que o Código Civil na verdade adotou a *teoria da onerosidade excessiva* de Giuseppe Osti, uma variante da teoria da imprevisão. Os requisitos de ambas são, contudo, muito próximos.

⁴⁰ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. (*Grifou-se.*)

⁴¹ DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 58.

No caso da *teoria da imprevisão*⁴², exige-se que o evento externo seja imprevisível (ou previsível, mas de consequências incalculáveis)⁴³ e extraordinário⁴⁴, isto é, que seja *álea econômica extraordinária*. Considera-se previsível o que as partes indicaram expressamente no contrato ou que deveriam haver razoavelmente previsto⁴⁵. Trata-se de conceito de exclusão, que deixa de fora os riscos normais do negócio (*álea econômica ordinária*)⁴⁶, porque seriam previsíveis, e aqueles riscos que, embora extraordinários, tornaram-se previsíveis em razão de as partes os terem alocado nominalmente no contrato (*álea convencional ou matriz de riscos*)⁴⁷⁴⁸.

A consequência que se afirma, no que seria a *teoria das áleas*, seria a assunção de toda e qualquer *álea extraordinária* pela administração pública⁴⁹, ao menos na ausência de disposição legal em sentido diverso (haveria tal disposição, por exemplo, no caso das concessões regidas pela lei federal das PPPs, em que se impõe “repartição objetiva de riscos entre as partes”⁵⁰).

A hipótese em análise guarda proximidade, em abstrato, com a da incidência da teoria da imprevisão. A pandemia do COVID-19 não teria como ser razoavelmente prevista pelas partes em seus contratos, e é evento extraordinário. Daí *não* decorreria, caso se configure tais hipóteses nos casos concretos, que a *álea econômica extraordinária* deva ser integralmente alocada ao Poder Público (v. discussão ao longo do parecer).

4.4. A Pandemia é Hipótese de Caso Fortuito ou de Força Maior?

⁴² A teoria da imprevisão pode ser definida da seguinte forma: “Álea Econômica (Teoria da Imprevisão): é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio considerável, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Evolução da Proteção do Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões de Serviços Públicos e nas PPPs. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio 2013, p. 44. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/110644/9637>>. Acesso em: 22 Jul. 2020.

⁴³ A expressão “previsível, mas de consequências incalculáveis”, empregada art. 65, II, d, da lei nº 8.666/93, significa que a imprevisibilidade não se restringe apenas aos fatos em si, mas às proporções que tomam quanto a seus efeitos, duração e intensidade. Exemplo emblemático foi a inflação nos anos 80. A inflação já havia se tornado fenômeno tão corriqueiro que não era mais imprevisível nem extraordinária, porém suas consequências contratuais restavam incalculáveis. V. STJ, REsp nº 46.532, 4º Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 05/05/2005; TJRJ, AI 1999.002.02041, 15ª CC, Rel. Des. Ademir Pimentel, j. 26/05/1999.

⁴⁴ A exigência destes dois requisitos é o que distingue a teoria da imprevisão da teoria da base objetiva do contrato. Mas, em ambas as noções, há onerosidade excessiva superveniente para uma das partes.

⁴⁵ A aferição do que é legitimamente antecipável (*i.e.*, do que deveria ter sido previsto no contrato) depende da análise, em concreto, das circunstâncias de cada negócio jurídico, como “o conjunto de informações disponíveis às partes no momento da contratação, as características do ramo de atividade no qual a prestação devida se encontra inserida, bem como a natureza do objeto do contrato”. DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 63.

⁴⁶ “A *álea ordinária* ou empresarial, presente em qualquer tipo de negócio, não pode, de acordo com os paradigmas da doutrina clássica, ensejar uma proteção especial para a concessionária: as circunstâncias previsíveis; as imprevisíveis, mas de resultados contornáveis ou de pequenos reflexos econômicos, devem ser suportadas pelo contratado”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Evolução da Proteção do Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões de Serviços Públicos e nas PPPs. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio 2013, p. 42. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10644/9637>>. Acesso em: 22 Jul. 2020.

⁴⁷ Segundo o art. 42, X, da lei nº 13.303/2016, matriz de riscos é a “cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações: a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência”.

⁴⁸ ALENCAR, Leticia Oliveira Lins de. *Uma releitura do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos*. 2018. 240 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018. p. 149.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 387: “No Brasil, todos os eventos aptos a produzir efeitos nocivos à configuração contratual original estão compreendidos na teoria da intangibilidade da equação econômico-financeira, com consequências jurídicas equivalentes.”

⁵⁰ Lei n. 11.079/04, art. 4º: Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: (...) VI – repartição objetiva de riscos entre as partes.

Algumas palavras acerca do caso fortuito ou de força maior, aqui tomados por sinônimos. A hipótese de caso de força maior é por vezes empregada como sinônimo de teoria da imprevisão, mas, em rigor, dela difere porque a imprevisão diz respeito a prestação contratual cujo cumprimento ainda é possível, mesmo que excessivamente onerosa a uma das partes, ao passo que a força maior diz respeito a prestação cujo cumprimento se tornou impossível. A resposta à força maior é, tradicionalmente, a terminação do contrato⁵¹⁻⁵². Enquanto a teoria da imprevisão pretende reequilibrar o contrato, a força maior busca afastar os efeitos do inadimplemento (e.g. sanções administrativas, caducidade).

A força maior é o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (art. 393, par. único, Código Civil). É possível que a pandemia do coronavírus possa vir a se amoldar, para alguns a interpretação de alguns contratos, na definição.

A pandemia de COVID-19 se encaixa, abstratamente, nos requisitos tanto da teoria da imprevisão quanto na hipótese de força maior. É evento imprevisível e extraordinário. É superveniente aos contratos concessionais. Mesmo no caso de contratos celebrados após seu estopim, em fevereiro ou março de 2020, embora o evento em si tenha se tornado previsível, suas consequências, por ora, são incalculáveis (v. tópico 3.2), considerando-se, ainda, que não se sabe por quanto tempo irá durar (v. tópico 3.1).

Uma primeira conclusão é a de que parece possível aplicar aos contratos de concessão afetados pela pandemia de COVID-19, conforme o caso, a teoria da imprevisão – a fim de os reequilibrar –, e os efeitos do reconhecimento da ocorrência de evento de força maior, a fim de lhes afastar os efeitos do inadimplemento (e.g. sanções administrativas, caducidade). Há importante observação, a ser desenvolvida no tópico a seguir, que é a de que a alocação dos prejuízos em função do reconhecimento da imprevisão poderá não vir a recair inteiramente sob a administração pública.

5. Em Direção às Revisões Pandêmicas

O conhecimento convencional do Direito Administrativo brasileiro afirma o seguinte:

(i) Há uma norma constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, cuja fonte está na expressão “garantidas as condições efetivas da proposta” (art. 37, XXI, CRFB-88), ou, genericamente, na garantia ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, CRFB-88);

(ii) A garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos pressupõe, no caso de alterações supervenientes que causem desequilíbrio contratual, o retorno à correlação econômico-financeira entre encargos privados e contraprestação pública do momento da apresentação da proposta, pelo particular, na licitação que deu origem à sua contratação;

(iii) A correlação é imóvel ao longo da execução do contrato; alterá-la violaria as condições de isonomia entre todos os licitantes presentes na licitação;

⁵¹ BARBOSA, Leticia Chaves Freitas. *La théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service public: une approche comparée entre la France et le Brésil*. Master de Droit public approfondi, 2018, Université Paris II, 2019.

⁵² Nem sempre, contudo, o caso fortuito ou força maior precisará levar à resolução do contrato. Impossibilidades transitórias podem levar à suspensão do contato, com devolução do prazo de execução (v. enunciado n. 191 da Súmula do TCU e, no âmbito da PGE, parecer n° 103/2019-FAG/PG-17).

(iv) Aplica-se, aos contratos administrativos, a teoria das áleas, em que a álea ordinária – o risco normal do negócio – incumbe ao particular, e as áleas extraordinárias, sejam administrativas (alteração unilateral do contrato administrativo, descumprimento do contrato pelo poder público e fato do príncipe) ou econômicas (teoria da imprevisão e caso fortuito ou força maior), ficam integralmente a cargo da administração pública;

(v) A razão pela qual a administração pública assume todo o risco extraordinário das contratações (ao contrário de como é feito na França, país em que se elaborou a teoria da imprevisão, e em que se aplica divisão mais equitativa da álea econômica extraordinária entre as partes) é que, aqui, (a) tal assunção se faz como contrapartida às garantias exorbitantes do Poder Público e a seu nível de ingerência na execução contratual, ou (b) porque a instabilidade, entre nós, “possui foros de normalidade”, de modo que se justificaria seu uso mais largo;

(vi) Um fundamento normativo possível para a teoria das áleas é a referência, feita pelo art. 2º, II, da lei n. 8.987/95, a que o desempenho da atividade concedida ocorrerá “por conta e risco” do contratado; deve-se ler “por conta e risco” do particular como “por conta e risco ordinário do negócio”, no que se impõe que o risco extraordinário seja assumido pelo Poder Público;

(vii) Apesar da afirmação legal de que, nas concessões regidas pela nº 8.987/95, a execução se dará por “conta e risco” do particular, é comum que parte do risco ordinário do negócio seja assumido pelo Poder Público, o que não ilegal, e, talvez, seja mesmo desejável;

(viii) A norma constitucional do equilíbrio econômico-financeiro aplicável aos contratos administrativos encontra homólogo funcional no princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos privados, mas a solução, que, no Direito privado, socorre-se de argumentos como a solidariedade social e a isonomia substancial para vincular alguma divisão dos riscos entre as partes, aqui, no Direito público, carreia a assunção de todo o risco de excepcionalidades econômicas do contrato ao poder público, também como contrapartida às garantias exorbitantes da administração pública;

(ix) Não se aplica a referida divisão de riscos nos casos em que a lei expressamente a excepciona, como o faz no caso das PPPs federais (em que há ‘divisão objetiva de riscos’); nesses casos, não há excepcionalidade que ultrapasse a divisão do contrato;

(x) Argumentos que discrepam dos itens (i) a (ix) pressupõem uma violação às condições de isonomia da licitação (na medida em que a precificação do risco, pelos particulares, poderia ter sido outra), tendem a gerar propostas licitatórias pouco sérias, afastam os melhores licitantes (numa ‘seleção adversa’ em que só sobram os piores), e, no geral, encarecem as contratações públicas;

O conhecimento convencional expressa o *acquis* epistêmico de diversas gerações de práticos e teóricos. No Direito, prática social conservadora por excelência, – no Direito Administrativo, disciplina constituída antes na jurisprudência e na literatura do que na legislação, convém se aproximar das tradições de modo crítico. É o que se pretende fazer, na análise de cada afirmação (que será repetida para fins de clareza). Confira-se.

(i) Há uma norma constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, cuja fonte está na expressão “garantidas as condições efetivas da proposta” (art. 37, XXI, CRFB-88), ou, genericamente, lia garantia ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, CRFB-88).

Essa talvez seja a afirmação mais fundacional de todas. É amplamente repetida nos manuais⁵³. Recente pesquisa de Gustavo Kaercher Loureiro mostra, contudo, que não há bases para compreender “*garantidas as condições efetivas da proposta*” como significando a constitucionalização do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

Durante o processo de edição da Constituição de 1988 houve diversas propostas de emenda tentando inserir, na redação do que hoje é o artigo 175, a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro. Todas rejeitadas. Buscou-se, no mínimo, delegar a matéria ao legislador ordinário. Isso se reflete na redação do parágrafo único, inciso III, que afirma que a política tarifária deverá ser fixada por lei⁵⁴.

Em verdade, ainda segundo o pesquisador, a intenção do constituinte com a expressão “*mantidas as condições efetivas da proposta*” era a de moralizar as contratações públicas, garantindo que a administração seria adimplente quanto ao pagamento. Mantidas as condições efetivas da proposta significa que a administração deverá cumprir o contrato. É, dito de outra forma, a consagração do *pacta sunt servanda*⁵⁵.

E mais: ainda que se pudesse extrair do art. 37, XXI, uma norma de garantia das condições iniciais da contratação, a previsão não se aplica aos contratos de delegação de serviços públicos, mas só aos contratos administrativos comuns, os de obras e serviços, regidos pela lei nº 8.666/93. É que a redação do art. 37, XXI pressupõe *pagamento* pela administração pública, ao passo que, nos contratos concessionais, o pagamento, em regra, é feito pelos próprios usuários dos serviços. Não é à toa que a redação do art. 37, XXI não faz referência a “concessões” ou “permissões”, haja vista que tais espécies contratuais são reguladas pelo art. 175, cujo inciso terceiro do parágrafo único, como se observou, delega a definição da forma de reequilíbrio (política tarifária) à lei⁵⁶.

Também não parece adequado fundar um direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro no direito de propriedade, porque, a par da generalidade da afirmação⁵⁷, se assim fosse, só tutelaria os reequilíbrios em favor do particular, mas não aqueles em favor da administração pública – o que é amplamente reconhecido⁵⁸.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 32ª ed., 2015, São Paulo: Malheiros, pp. 765-766. MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, E-book s/p; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, E-book s/p.; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 244. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A equação econômico-financeira do contrato de concessão: aspectos pontuais, *REDAE*, n. 07, 2006., pp. 7 e 8.

⁵⁴ LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão*, 1ª ed., London: Laccademia Publishing, 2020, p. 92 e p. 95-96.

⁵⁵ LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão*, 1ª ed., London: Laccademia Publishing, 2020, p. 101 e ss e p. 129 e ss. Ainda: ALENCAR, Leticia Oliveira Lins de. *Uma releitura do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos*. 2018. 240 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018. p. 54 e ss.

⁵⁶ Aqui, também DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública*, 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 109.

⁵⁷ É dizer: a Constituição de 1988 afirma genericamente uma “garantia do direito de propriedade” (art. 5º, XXII), do que não se extrai regra específica de correlação econômico-financeira entre encargos privados e contraprestação pública do momento exato da apresentação da proposta, pelo particular, na licitação que deu origem à sua contratação.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 603.

Conclusão: a afirmação de uma base constitucional para o equilíbrio econômico-financeiro no art. 37, XXI, ou no direito de propriedade, só é verdadeira em sentido descritivo-sociológico (significando que a tese vem sendo afirmada em manuais e adotada em muitos julgados), mas não corresponde nem ao sentido histórico nem a seu conteúdo textual mínimo.

(ii) A garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos pressupõe, no caso de alterações supervenientes que causem desequilíbrio contratual, o retorno à correlação econômico-financeira entre encargos privados e contraprestação pública do momento da apresentação da proposta, pelo particular, na licitação que deu origem à sua contratação.

(iii) A correlação é imóvel ao longo da execução do contrato; alterá-la violaria as condições de isonomia presentes na licitação.

Aqui, tem-se a vindicação de fórmula para o equilíbrio econômico-financeiro: uma fórmula relacional de igualdade, em que o momento no qual o particular apresenta ao Poder Público sua proposta na licitação será crucial. Nesse momento, vai-se identificar a relação econômico-financeira entre encargos privados e contraprestação pública. Eles serão fotografados, e *aquela relação, naquele momento mágico* – tal como na literatura para mocinhas casadoiras vendida em banca de jornal – deverá durar até o fim.

Será que nossa história constitucional acolhe tanto romantismo? Ainda em seu estudo das constituições anteriores, Gustavo Kaercher verificou que, de longa data, há um debate entre duas estratégias de equilíbrio para as concessões de serviços públicos: o modelo francês do “equilíbrio econômico-financeiro”, próximo ao nosso, ainda que temperado pela teoria da imprevisão (teoria que, lá, admite a divisão dos prejuízos decorrentes da álea econômica extraordinária entre as partes), e o modelo americano, da “justa remuneração” (*fair return* ou *fair remuneration*), em que o equilíbrio do contrato é aferido de forma dinâmica, a partir de condições de mercado (*e.g.* razoabilidade de preços, aderência a custos do serviço), e orientado à lógica da prestação de “serviço adequado”. As constituições de 1934, 1937, 1946, ao invés de adotarem o modelo francês, teriam optado pelo modelo americano. Mesmo a Constituição de 1967, que previu o equilíbrio econômico-financeiro, fê-lo em conjunto com a justa remuneração. Já a Constituição de 1988, como se viu, optou por delegar a questão ao legislador ordinário⁵⁹.

Pois o fato é que a Constituição de 1988, que não garante o equilíbrio econômico-financeiro das concessões no art. 37, XXI, naturalmente tampouco traz qualquer fórmula para o orientar⁶⁰. Na legislação infraconstitucional também não há critérios inteiramente precisos. A lei das concessões fala que o contrato correrá “por conta e risco” do contratado, e o restante é teoria das áleas (*v.* abaixo). Quem mais se aproxima de definir algo é a lei nº 8.666/93, que observa, em seu art. 65, II, d, que as partes podem conjuntamente alterar o contrato, para (destaques acrescentados):

(...) restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do

⁵⁹ LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão, 1ª ed., London: Laccademia Publishing, 2020, pp. 55- 112.

⁶⁰ “(...) a Constituição não traz qualquer referência normativa para disciplinar a divisão dos riscos e dos ônus contratuais do negócio de concessão de serviços públicos.” NATAL, Tatiana Esteves. A divisão de riscos e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão de serviço público no Estado Regulador. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro*, v. 67,2013, p. 218-249, aqui, p. 225.

equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Vê-se que a lei n. 8.666/93 sinaliza coisas diversas. Ela fala em relação que as partes combinaram, no início, entre os encargos do contratado e o pagamento da administração, mas também fala em “justa remuneração” da obra, serviço ou fornecimento. Qual terá sido a estratégia de equilíbrio adotada pelo legislador infraconstitucional? O equilíbrio-econômico francês? A “justa remuneração” americana? Ou terá, sincreticamente – tão ao nosso gosto –, optado *por compromisso dilatatório*⁶¹, deixando a estratégia específica a cargo de cada contrato, e, eventualmente, renegociações futuras? Por esse raciocínio, o acordo para manter o “equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato” significaria tão-só “manter a saúde inicial do contrato”, sem que isso implique voltar ao passado. O reequilíbrio deveria buscar o equilíbrio do contrato – que havia no início e que se perdeu – ao mesmo tempo em que se garanta justa remuneração ao particular. Uma relação mais livre, sem ilusões de primeiros momentos.

Há detalhe a respeito da ideia de equilíbrio como retroação às condições fixadas da data da apresentação das propostas. É que retomar à condição existente à época da data da apresentação da proposta, e não, por ex., à data imediatamente anterior ao desequilíbrio, pode significar que o Poder Público esteja absorvendo parte da ineficiência prestacional ocorrida entre o início da execução e o início do desequilíbrio. Para usar a terminológica das áleas (v. próximas afirmações), o Estado pode estar absorvendo parte da álea econômica ordinária da concessionária.

Por fim, e ainda que se considere que o conteúdo do equilíbrio econômico-financeiro é o de relação entre encargos e retribuição, instanciada no momento da apresentação da proposta, note-se que uma relação, por definição, não pode se manter imóvel, ainda mais ao longo dos vários anos e diversos eventos de uma concessão. A visão de *pacta sunt servanda* é visão de instante. As condições da proposta, no momento seguinte à sua apresentação, já não podem mais ser mantidas. *O rio de Heráclito também corre por ali*.

Em síntese: é no mínimo discutível que equilíbrio econômico-financeiro tenha que se resumir a correlação fixa, instanciada no momento da apresentação da proposta licitatória, entre encargos privados e contraprestação pública. Nosso regime jurídico pretende garantir o equilíbrio do que foi contratado, garantindo-se remuneração justa ao particular, observando-se que tais contratações são vinculantes também para a administração pública. Em todo caso, não é realista imaginar que uma relação entre encargos e vantagens mantenha-se a mesma ao longo de trinta anos, o que permite que revisões contratuais possam ser algo diverso de um limitado exercício de retroação à conta do Poder Público.

(iv) Aplica-se, aos contratos administrativos, a teoria das áleas, em que a álea ordinária – o risco normal do negócio – incumbe ao particular, e as áleas extraordinárias, sejam administrativas (alteração unilateral do contrato administrativo, descumprimento do contrato pelo Poder Público e

⁶¹ Sobre o conceito de compromisso dilatatório, cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1996, p. 52 ss. Vale lembrar que nossa constituição econômica – dentro do qual a atuação do Estado por meio de contratos públicos poderia ser incluída – é radicalmente compromissória. A esse respeito, v. SOUZA, Washington Peluso. A experiência brasileira de Constituição econômica, *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, 1989, p. 21 ss.; COMPARATO, Fabio Konder. A ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. *Cadernos de direito econômico e empresarial – Revista de Direito Público*, n. 93, 1990, p. 263ss.

fato do príncipe) ou econômicas (teoria da imprevisão e caso fortuito ou força maior), ficariam integralmente a cargo da administração pública.

(v) A razão pela qual a administração pública assume todo o risco extraordinário das contratações (ao contrário de como é feito na França, país em que se elaborou a teoria da imprevisão, e em que se aplica divisão mais equitativa da álea econômica extraordinária entre as partes) é que, aqui, (a) tal assunção se faz como contrapartida às garantias exorbitantes do Poder Público e a seu nível de ingerência na execução contratual, ou (b) porque a instabilidade, entre nós, “possui foros de normalidade”, de modo que se justificaria seu uso mais largo.

A teoria das áleas já está algo desgastada, mas ainda permanece no *default* dos operadores do Direito Administrativo. Relembremos seu conteúdo.

O empreendedor assume os *riscos ordinários*, aqueles “que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado” (Di Pietro). A administração pública assume os *riscos extraordinários*, que se dividem em álea econômica e álea administrativa. A álea econômica é a aplicação da teoria da imprevisão e/ou do caso fortuito ao contrato público. A álea administrativa são três riscos inerentes às contratações administrativas: o risco de *modificação unilateral do contrato* por parte da administração; o risco do *fato do príncipe* – decisão geral da administração, alheia ao contrato, mas que o afeta; o risco advindo do *fato da administração*: a inexecução contratual culposa da administração.

A teoria das áleas seria aplicável aos contratos administrativos comuns, regidos pela lei n. 8.666/93. Ela não se aplica a leis que suscitam regimes específicos de divisão de riscos (lei das PPPs, lei do RDC etc.). Em relação à lei n. 8.987/95, a questão é mais dividida, porque, a uma, a lei afirma que todo o risco seria arcado pelo particular (o que pode, ou não, significar que os riscos extraordinários serão por ele arcados); a duas, porque há quem afirme que, mesmo aqui, é possível ajustar riscos entre as partes (por ex., numa matriz de riscos, negociada caso acaso)⁶²; a três, porque há quem pretenda operar interpretação exegética retroativa da lei 8.987/95 à luz da lei nº 8.666/93, para dizer que, na ausência de divisão específica de riscos, e já que a lei das licitações se afirma genericamente aplicável às concessões, talvez a álea extraordinária seja, nesse caso, da administração pública.

Há vários problemas com a teoria das áleas. Ela não evita a ocorrência de problemas, mas é apenas reparadora; ela é terrivelmente vaga (o que vem a ser exatamente um risco “ordinário” do negócio?); ela atribui riscos excessivos ao poder concedente (o que assume, como se viu, até o caso fortuito e a força maior)⁶³. Na França, país de origem desses institutos, há diferenças relevantes em relação ao Brasil, especialmente na divisão da álea econômica entre as partes⁶⁴.

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Evolução da Proteção do Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões de Serviços Públicos e nas PPPs. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio 2013, p. 51. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10644/9637>>. Acesso em: 22 Jul. 2020.

⁶³ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

⁶⁴ As principais diferenças estão na teoria da imprevisão francesa e brasileira: (i) enquanto, no Direito Administrativo francês, o fundamento principal da aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos é a continuidade dos serviços públicos, no Direito Administrativo brasileiro o fundamento principal é a noção de equilíbrio econômico-financeiro (garantia da propriedade privada); (ii) no Brasil a teoria se aplica a todo e qualquer contrato administrativo (salvo exceções legais), ao passo que, na França, o âmbito de aplicação se restringe aos contratos de concessão de serviço público e a outros contratos administrativos que tenham ligação direta com a finalidade de prestação de serviço público; (iii) na França, a teoria da imprevisão se difere do fato do príncipe, porque a imprevisão implica o ressarcimento apenas parcial do prejuízo suportado pela concessionária, e o fato do príncipe, ressarcimento total. No Brasil a diferença é mais nebulosa, visto que tanto fato do príncipe quanto a teoria da imprevisão acarretariam reparação integral; (iv) na França, a teoria da Imprevisão abrange apenas fatos imprevisíveis, enquanto que, no Brasil, abrange fatos previsíveis, mas de consequências incalculáveis. Em suma: o escopo da teoria da imprevisão, na França, é menor do que o que ela se tornou

Uma pergunta importante: por que o Poder Público, pela teoria brasileira das áleas, teria que arcar com toda a álea econômica extraordinária? A literatura especializada tende a apresentar duas razões (a segunda é generalização da primeira): (a) o Estado assume todo risco extraordinário em contrapartida às garantias de que goza o Poder Público, via contratos administrativos, e, também, a seu nível de ingerência na execução contratual⁶⁵; (b) porque a instabilidade na execução de contratos públicos, entre nós, é comum, de modo que se justificaria uma teoria da imprevisão mais garantista em favor do particular⁶⁶.

Mas faz sentido que seja assim?

(a) E se o contrato não possuir tais garantias? E se tais garantias jamais forem utilizadas? E se, no exercício das garantias, a jurisprudência vier a minorá-las? Haveria algum ajuste fino na abrangência e na intensidade dos riscos extraordinários assumidos pelo Estado? Para a teoria brasileira das áleas, a resposta é negativa.

E ainda: o nível de ingerência é, em abstrato, o mesmo para todos os contratos administrativos? Para todos os *projetos* de infraestrutura? Considerando que o suposto *default* do nível de assunção de risco extraordinário, pelo Estado, seria “todo”, uma leitura ajustada às circunstâncias (contextual) reduziria, caso a caso, a abrangência e a intensidade com que o Poder Público assumiria a álea extraordinária? E se a concessionária contratar seguro para alguns desses riscos: há supergarantia indevida em favor da concessionária ao se ter dois seguradores – a seguradora propriamente dita, e a administração pública?

O fundamento da assunção da álea econômica em razão das garantias pró-estado dos contratos administrativos tem seu caso-padrão nas áleas administrativas (fato da administração, fato do príncipe e alteração unilateral do contrato), alterações do ajustado as quais a administração pública deu causa. Mas faz sentido que o mesmo argumento se aplique às áleas econômicas extraordinárias, cuja alteração não foi causada por nenhuma das partes?⁶⁷

(b) O segundo fundamento leva a conclusões contraintuitivas. Ele opera assim: a Administração brasileira é pouco confiável, logo, vamos tomá-la seguradora de tudo – o que gera toda sorte de incentivo para que ela não segure nada, ou, no mínimo, para que se tome ainda mais inconstante, afinal, o ônus econômico e argumentativo é imenso em assumir tudo aquilo que não for risco ordinário do empreendedor⁶⁸. A solução para o alcoólatra não pode ser, naturalmente, beber mais

no Brasil. Aplicamos uma “teoria ampliada da imprevisão”. V. BARBOSA, Leticia Chaves Freitas. *La théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service public: une approche comparée entre la France et le Brésil*. Master de Droit public approfondi, 2018, Université Paris II, 2019, 106 f. Ainda, .SANTOS, Leonardo Antonacci Barone. *Fato do Príncipe e Teoria da Imprevisão entre o Brasil e a França*. Revista de Direito da Administração Pública, a. 4, v. 1, n. 1, jan/jun, 2019, pp. 57-86. Agradeço ao colega Alexandre Santos de Aragão pelo envio da dissertação de mestrado francesa.

⁶⁵ “A adoção desse modelo seguia uma equação bastante simples e compreensível: quanto maior a intervenção do Estado na definição do empreendimento a ser explorado (e normalmente era muito grande), menor seria a assunção de risco do empresário, que implementaria as decisões estatais” PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de parceria público-privada. In: *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 162.

⁶⁶ “A teoria da imprevisão, que fora instaurada na França, sob feição circunscrita, pois estabelecia partilha de prejuízos, assumiu novo caráter, inclusive porque se tomou evidente que os casos a serem por ela atendidos não correspondiam a fenômenos esporádicos, relacionados com a situação efêmera. Deveras: em se verificando que a instabilidade adquirira foros de normalidade, por consecutária de novo período histórico, razão alguma haveria para manipulá-la em guisa de paliativo limitado ao socorro de emergências, mero recurso ocasional balanceador de prejuízos incidentais.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed., ver. ampli. e atual., 2010, São Paulo: Malheiros, p. 654.

⁶⁷ No mesmo sentido, v. JÈZE, Gaston. *Les principes du Droit Administratif*. Paris: M. Giard, 1925. *Passim*.

⁶⁸ Quando o ônus é imenso, há toda sorte de incentivos para se fugir dele. Em texto clássico, Richard Posner observa que sanções muito graves conduzem racionalmente a que todo tipo de conduta seja adotada para que ela seja evitada. Cf POSNER, Richard. Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations. In: *Ratio Juris* 66, 2004. É importante registrar que, num ambiente de hipercontrole e de Direito Administrativo do medo, a estratégia racional-dominante do gestor público é a de não assumir a álea econômica, ou, ao menos, não assumir sua totalidade. (A estratégia

álcool. A pretexto de se cercar de garantias contra o Poder Público, a teoria das áleas pode auxiliar na construção de ambiência em que, mercê de seu excesso e de sua imprecisão, o particular saia ainda *menos* garantido⁶⁹⁻⁷⁰.

E ainda: se a instabilidade é o normal na administração brasileira, ela evidentemente será precificada pelo particular, então alguém poderia alegar que a admissão de uma “teoria ampliada da imprevisão” seria indevidamente supergarantista à concessionária⁷¹.

Enfim: deve-se esforçar para fazer com que a divisão de riscos – que é, economicamente, junto ao preço, um dos elementos mais importantes da concessão – não se reduza a decisão, antes de tudo doutrinária, fundada em platitudes linguísticas.

(vi) Um fundamento normativo possível para a teoria das áleas é a referência, feita pelo art. 2º, II, da lei n. 8.987/95, a que o desempenho da atividade concedida ocorrerá "por conta e risco" do contratado; deve-se ler "por conta e risco" do particular como "por conta e risco ordinário do negócio", no que se impõe que o risco extraordinário seja assumido pelo Poder Público.

(vii) Apesar da afirmação legal de que, nas concessões regidas pela lei nº 8.987/95, a execução se dará por "conta e risco" do particular, é comum que parte do risco ordinário do negócio seja assumido pelo Poder Público, o que não ilegal, e, talvez, seja mesmo desejável ou inevitável.

A teoria das áleas dirá que, no art. 2º, II, da lei n. 8.987/95, a expressão “por sua conta e risco” (da concessionária) implica que as áleas ordinárias serão da concessionária, e as áleas extraordinárias, sempre do poder concedente⁷². Na prática, no entanto, não é o que se observa. A literatura especializada já destacou que a administração pública assume, direta ou indiretamente, vários riscos “ordinários” da concessão (ex., desapropria imóveis, abre linhas de crédito, funciona como ponto focal de negociação etc.)⁷³. A própria opção, feita na lei ou no contrato, por revisões ordinárias e periódicas (ex., revisões a cada cinco anos), é técnica de compartilhamento de riscos entre as partes⁷⁴.

racional-dominante da concessionária, ainda que motivada primordialmente por razões econômicas, é idêntica. Em abstrato, o acordo é o resultado ótimo.)

⁶⁹ Em outras palavras: pressupor que a administração brasileira é instável e pouco confiável, e, em solução a isso, sugerir uma teoria da imprevisão abrangente, sobreonerosa e imprecisa, é ser parte do mal cuja cura se pretende ser.

⁷⁰ Última observação lateral: no restante da América Latina, em que o risco-país é, na média, até maior do que no Brasil, a teoria da imprevisão, pelo que se sabe, admite a divisão de riscos entre poder concedente e concessionária. O que justifica a excepcionalidade brasileira?

⁷¹ Esse é um argumento altamente estilizado (como são todos dessa espécie; mais sobre isso à frente).

⁷² Aliás, é de se questionar a razão pela qual, das palavras “por sua conta e risco (da concessionária)”, entendeu-se que o risco por ela assumido seria só o risco ordinário. Não é o que, intuitivamente, exsurge da redação do dispositivo. A leitura imediata é a de que todo o risco – ordinário ou extraordinário – restaria alocado ao particular. Há quem defenda que, na ausência de alocação específica dos riscos no contrato de concessão, todo o risco, incluindo o extraordinário, seria do contratante. Afinal, só assim a execução contratual se daria “por sua conta e risco” (essa é a posição, ao que parece, de Gustavo Kaercher). A solução, no entanto, pelo que se argumenta, encareceria excessivamente os contratos de concessão. V. LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão*, 1ª ed., London: Laccademia Publishing, 2020, pp. 189-191. Para a crítica do encarecimento das concessões e de sua inviabilidade econômica, caso se entenda pelo default da alocação privada do risco extraordinário. v. GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 109-124. O que a doutrina de Direito Administrativo faz, em relação ao art. 2º, II, da lei n. 8.987/95, é o que tecnicamente se chama de *integração de lacuna 'oculta' por redução teleológica*. V. LARENZ, Karl Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. pp. 555-564.

⁷³ “A concessão nunca se dá por conta e risco exclusivos da concessionária. Mesmo sob o enfoque da doutrina tradicional das áleas da concessão, a Administração Pública assume os riscos extraordinários do empreendimento. Ainda que

Aliás, a bem da verdade, a possibilidade de alocação de riscos nos contratos de concessões comuns se extrai da interpretação sistemática da própria lei nº 8.987/97, já que seus arts. 23 e 29 preveem que os critérios e procedimentos de reajuste e revisão de tarifas serão determinados pelo contrato, e seu art. 9º prevê que a administração pública pode prever, no edital e no contrato, as condições pelas quais a tarifa será determinada.

Sequer é possível extrair da expressão “por sua conta e risco” uma alocação automática de riscos. O compartilhamento de riscos, sejam ordinários ou extraordinários, é da essência das concessões. Há liberdade contratual para a alocação⁷⁵, contanto que não se aniquile o risco do negócio, nem se comprometa a responsabilidade fiscal da administração contratante (para as PPPs, *ex vi*, por ex., do art. 4, IV da Lei nº 11.079/2004)⁷⁶.

Mas o ponto, aqui, é menos a conclusão do que o processo. Reconhece-se, corretamente, que a literalidade do art. 2º da lei das concessões não produz o melhor dos resultados. Opera-se-lhe redução teleológica. Interpreta-se o dispositivo de modo sistemático. Argumenta-se de modo consequencialista para evitar projetos excessivamente custosos.

Não será legítimo operar da mesma a forma em relação à alea extraordinária supostamente alocada, toda ela, à administração contratante?

(viii) A norma constitucional do equilíbrio econômico-financeiro aplicável aos contratos administrativos encontra homólogo funcional no princípio do equilíbrio econômico-financeiro entre as prestações, mas a solução, que, no Direito privado, socorre-se de argumentos como a justiça contratual e a isonomia substancial para vincular alguma divisão dos riscos entre as partes, ali, no Direito público, carreia a assunção de todo o risco de excepcionalidades econômicas do contrato ao Poder Público, também como contrapartida às garantidas exorbitantes da administração pública.

O Direito Civil trabalha com o *princípio do equilíbrio econômico entre as prestações*, que é, em boa parte de sua incidência, homólogo funcional à noção de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Na literatura de Direito Civil ele não costuma aparecer fundado no direito de propriedade, mas nas ideias de justiça contratual e de isonomia substantiva. Há, lá como cá, discussão sobre como se reequilibrar contratos, dado que nem o Código Civil nem o Código de

admitíssemos, teoricamente, a transferência dessas áleas extraordinárias ao concessionário, restariam, nessa hipótese, sob a responsabilidade do concedente, os riscos relacionados às matérias nas quais, por força legal, vigora a responsabilidade solidária entre concessionário e concedente (o risco relacionado ao cumprimento das normas ambientais...)” PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, pp. 205-206. Como aponta Tatiana Natal, os contratos de concessão, em diversos setores (*e.g.* energia elétrica e telecomunicações), adotam o modelo tarifário da regulação por incentivos, pelo qual há a repartição da álea ordinária entre concessionária e usuários, haja vista haver redução da tarifa atrelada a ganhos de produtividade - uma álea tipicamente ordinária. V. NATAL, Tatiana Esteves. A divisão de riscos e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão de serviço público no Estado Regulador. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 67, 2013, p.218-249.

⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Evolução da Proteção do Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões de Serviços Públicos e nas PPPs. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio 2013, p. 51. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10644/9637>>. Acesso em: 03 ago. 2020.

⁷⁵ Como pondera Flávio Amaral, é claro que a liberdade de alocação de riscos não é absoluta; a alocação (racional) de riscos deve estar pautada por critérios de eficiência, de forma a alocar cada risco com a parte que tem melhor condições de gerenciá-lo, isto é, com maior capacidade para evitá-los ou, não sendo possível evitá-los, com maior capacidade de atenuar suas consequências. Cf. GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 109-124.

⁷⁶ Lei 11.079/2004: Art. 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: (...) IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias.

Defesa do Consumidor trazem qualquer fórmula. Há quem defenda o retorno à equação econômico-financeira da época da celebração do contrato, argumentando que art. 479 do Código Civil prevê a revisão equitativa⁷⁷ e que a mera recondução aos limites da álea ordinária não reestabeleceria a equidade da relação contratual⁷⁸.

A posição que prevalece no Direito Privado, contudo, é a de que a revisão deve se limitar a atenuar o prejuízo, repartindo o excesso com a outra parte, sem reestabelecer o equilíbrio entre as prestações existente ao momento da celebração do contrato. A revisão deve reconduzir ao patamar em que os prejuízos da parte inserem-se nos parâmetros normais das condições de mercado (recondução aos limites da álea ordinária). Afirma Antônio Pedro Medeiros Dias⁷⁹:

A função do regime de excessiva onerosidade é assegurar **uma repartição justa das consequências** decorrentes da alteração superveniente das circunstâncias. **Reconduzir totalmente ao equilíbrio original entre as prestações seria puramente transferir todas as consequências da alteração das circunstâncias à parte não afetada originalmente por ela.** (*Destacou-se*)

Mesmo nos contratos de consumo, assimétricos por natureza, e nos quais vigora teoria revisional mais interventiva do que a da imprevisão (incide a teoria da base objetiva do negócio jurídico), a jurisprudência entende que deve haver repartição de prejuízos entre fornecedores e consumidores⁸⁰.

É de se questionar, então, se, afora a ideia (algo imprecisa) de compensar exorbitâncias do Poder Público (v. comentário acima) – há justificativa plausível para se conferir aplicações tão díspares de norma que parece possuir núcleo comum de conteúdo.

(ix) Não se aplica a referida divisão de riscos nos casos em que a lei expressamente a excepciona, como o faz no caso das PPPs federais (em que há ‘divisão objetiva de riscos’); nesses casos, não há excepcionalidade que ultrapasse a divisão do contrato.

Há posição que defende que, nos contratos administrativos e nas concessões comuns, a administração pública deve recompor integralmente os prejuízos decorrentes de álea extraordinária, em razão das previsões do art. 37, XXI da CRFB-88 e do artigo 2º da lei 8.987/95. Por outro lado, nas concessões especiais, o risco decorrente de álea extraordinária deveria ser repartido, porque a lei nº 11.079/2004 impôs a repartição objetiva de riscos entre as partes (art. 4º, VI), inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, III). Para os defensores dessa posição, a repartição da álea extraordinária nas concessões especiais seria

⁷⁷ Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

⁷⁸ DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 163.

⁷⁹ DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 164.

⁸⁰ STJ, REsp nº 472.594, 2ª Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Jr., j. 12/02/2003; STJ, REsp nº 401.021, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17/ 12/2002; STJ, REsp nº 268.661, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.08.2001; STJ, Resp nº 437.660, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 08.04.2003.

possível desde que prevista no edital e no contrato, pois, assim, estariam “mantidas as condições efetivas da proposta” (art. 37, XXI, CRFB)⁸¹.

A discussão assume contornos mais interessante porque há quem defenda que, mesmo aí, seria possível rediscutir a alocação do risco extraordinário que se concretizou com a pandemia do COVID-19. Ter-se-ia “força maior das maiores” ou “imprevisão na previsão”, de modo que, ainda que o contrato aloque genericamente o risco por força maior ou por álea econômica extraordinária, a pandemia de COVID-19, em particular, não estaria ali englobada⁸². Outros podem afirmar que tal conclusão inutilizaria a própria ideia da alocação de riscos em uma matriz de riscos. O parecer não discutirá a polêmica.

(x) Argumentos que discrepam dos itens (i) a (ix) pressupõem uma violação às condições de isonomia da licitação (na medida em que a precificação do risco, pelos particulares, poderia ser outra), tendem a gerar propostas licitatórias pouco sérias, afastam os melhores licitantes (numa ‘seleção adversa’ em que só sobram os piores), e, no geral, encarecem as contratações públicas.

Argumentos que discrepem das conclusões principais enunciadas nos itens (i) a (ix) – especialmente argumentos jurídicos que neguem a existência da fórmula do equilíbrio como retro ação às condições econômico-financeiras do momento da oferta (item ii), alocação da totalidade da álea econômica extraordinária para a administração pública (item iv) e de seus fundamentos (item v) – violariam as condições de isonomia da licitação, gerariam propostas pouco sérias, afastariam os melhores licitantes e, de modo geral, encareceriam as contratações públicas.

São conclusões discutíveis. São razões que adiantam estados de coisas para julgá-los, e, então, considerar cursos de ação no presente. São argumentos consequencialistas⁸³. Mas, para que sejam válidos, é importante haver nível suficiente de consistência na ocorrência, daquele modo, dos estados de coisas que são adiantados (não certeza, porque, do contrário, qualquer argumento consequencialista será suprarrogatório).

Considerando, em particular, o encarecimento das contratações, o problema é que não há dados inteiramente confiáveis a respeito da prognose - isso quando há dados – e, decerto, há tendência a se confundir, nesse tipo de argumentação, correlação com causalidade. O custo das contratações públicas, no Brasil, está correlacionado a uma série de mazelas: ineficiência do trabalho, baixo nível educacional, tributação regressiva, baixos índices de concorrência, “cultura política”, insegurança jurídica. Embora seja em tese correto afirmar que ambiências de insegurança jurídica estejam correlacionadas ao encarecimento de contratos, não é correto afirmar que, neste particular, dividir parte do risco econômico extraordinário entre as partes seja fator crucial, ou, sequer, que represente insegurança jurídica. Como se disse, é plausível supor, inclusive, que dividir o risco possa trazer

⁸¹ Nessa linha: MODESTO, Paulo, Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, v. 2, 2005, p. 35-36, nota de rodapé 33. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae>>. Acesso em: 23 jul. 2020. ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 184.

⁸² Egon Bockmann Moreira sustenta que a pandemia de COVID-19 seria “força maior das maiores”. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos, Jota, 30 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020>>. Ainda, o instigante artigo de Flávio Amaral: GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 109-124.

mais, e não *menos* segurança jurídica (afinal, as partes terão que negociar, e não pretender vencer custosa disputa do tipo *the-winner-takes-it-all*).

A respeito do argumento da violação à isonomia – a precificação do risco entre os concorrentes, na licitação, poderia ser outro – o argumento pressupõe que tenha havido licitação (nem sempre houve), que o risco tenha sido o fator primordial para a disputa (é fator muito importante, mas há casos em que *aquele* risco é desinfluyente, ex., o contratante quer ter um primeiro contrato naquela administração), que as condições macroeconômicas do momento da licitação sejam as mesmas das do momento da revisão, que o risco ‘licitado’ seja imóvel ao longo da execução do contrato e que as potenciais licitantes confiem sinceramente nisso no momento dos lances, que o apetite pelo risco entre todas as licitantes seja aproximadamente o mesmo etc.

Além disso, o ‘princípio da isonomia’ leva a diferentes resultados e pode ser manobrado de modo retórico. Considere-se, por exemplo, a afirmação de que a divisão em partes iguais do risco extraordinário, numa concessão de transporte público estadual, levaria ao encarecimento de futuros contratos. Socorrer *aquele concessionária específica* à custa de todos os moradores do território do estado do Rio de Janeiro viola a isonomia? Não socorrer *aquele concessionária* à custa de *favorecer suas possíveis concorrentes em certames futuros* (a contratada terá absorvido parte do custo) viola a isonomia? Crê-se que o argumento da isonomia pode ser reconstruído de diversas formas, levando a diversos resultados (inclusive resultados que se cancelam mutuamente).

A mesma crítica pode ser feita em relação à alegação de que admitir algum risco extraordinário econômico para a concessionária – e não assumi-lo inteiramente para o Poder Público – selecionará adversamente licitantes capazes de realizar precificações mais precisas, ou, quiçá, mais sérios. É prognose conjectural, a depender do controle de diversas variáveis (v. acima).

E então: decisões negociadas ou arbitradas no momento presente, entre partes presentes, ajustadas aos contextos micro e macroeconômicos, tendem a gerar credibilidade quanto a seu cumprimento. A “teoria das áleas” seria preferível a elas?

5.1. Qual Poderia ser uma Compreensão Contextual e Realista de uma Revisão Pandêmica?

Uma compreensão contextual e realista das revisões pandêmicas não supõe que a administração pública aceitará, com certo *amor fati*, o repasse integral da álea econômica extraordinária. Uma compreensão contextual e realista também não argumentará, em arrogante monólogo, com supremacias de interesses público, para alocá-la apenas junto às concessionárias.

Ora, o compartilhamento de riscos é da essência dos contratos concessionais. Riscos são intrinsecamente dinâmicos. Riscos são inevitavelmente distribuídos entre as partes. Não se trata de supor que o equilíbrio econômico-financeiro precise necessariamente ser a fotografia de um único momento fixo no tempo – que se idealiza e se busca e se frustra –, nem que seja princípio, para, então, ponderá-lo⁸⁴.

Para o caso da pandemia causada pelo COVID-19, afirmá-lo, então, como enquadrável na hipótese da teoria da imprevisão (e, quanto aos efeitos sancionatórios, como força maior), não significa que a álea econômica extraordinária tenha que ser inteiramente alocada para a administração pública. Talvez tenha chegado o momento de rever a teoria brasileira da imprevisão, para tomá-la mais precisa, minimalista e flexível. A solução jurídica mais adequada parece-me um retomo

⁸⁴ É preciso ser crítico em relação à reconstrução de certos conteúdos normativos como princípios. Houve e há excessos. Mas, se a moda ontem foi afirmá-los, a moda hoje é criticá-los. Vale então a crítica da crítica: princípios existem e continuam úteis – eles só não são tudo o que o Direito positivo tem a nos oferecer. Em todo caso, se se trata de enquadrar a noção usual de equilíbrio econômico dentro das espécies de normas propostas pela Teoria Padrão das Normas (Alexy-Dworkin e comentadores), é plausível supor que um valor relacional como o equilíbrio econômico-financeiro seja um postulado normativo aplicativo (Humberto Ávila), um meta-princípio ou um ‘princípio vazio’ (Ricardo Lobo Torres). Ele não postula materialmente nada, só afirma que determinada relação, estabelecida em certo momento, deve ser mantida.

(ajustado) à raízes francesas da teoria da imprevisão⁸⁵, pautada pela noção de repartição dos prejuízos decorrentes da álea econômica extraordinária.⁸⁶

Tal revisão de premissas da literatura não se mostra textualmente incompatível com a lei n. 8.666/93. A uma porque norma não é dispositivo normativo (como a literatura especializada demonstrou ao reduzir a incidência do art. 2º da lei n. 8.987/95). A duas porque o art. 65, II, d, da lei n. 8.666/93, fala em *acordo* entre as partes e, ainda, em *justa remuneração*, remetendo à ideia de recuperação equitativa da saúde inicial do contrato. No limite, há argumentos materiais suficientes (justiça contratual, isonomia, segurança jurídica bilateral etc.) para se operar integração por redução teológica.

Assim, tal *incidência ajustada ao contexto* da teoria da imprevisão (a) permite divisão da álea extraordinária entre as partes (para a teoria francesa, a divisão tem que ocorrer), sendo que (b) a divisão não precisa ser igualitária, e, (c) se houver divisão, ela terá que ser razoável e justificada.

5.2. Qual Poderia ser um Conteúdo e um Procedimento Mínimo de um Pedido de Revisão Pandêmica?

Observando que o presente parecer não se volta à análise de qualquer pedido específico de revisão extraordinária de contrato de concessão, mostra-se possível, em abstrato, figurar conteúdo mínimo e estrutura procedimental para os pleitos de revisões extraordinárias motivadas pela pandemia⁸⁷.

⁸⁵ A favor da repartição dos prejuízos resultantes de álea econômica extraordinária entre a administração pública e o contratado: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública*, 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 109. CUNHA, Thadeu Andrade da. A teoria da imprevisão e os contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 201, p. 35-44, jul. 1995. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46566/46387>>. Acesso em: 23 Jul. 2020. TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 1-25, maio 1961, p. 8. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21837/20584>>. Acesso em: 23 Jul. 2020. Em SARAIVA, Oscar. Contrato de empreitada – reajustamento de preços – teoria da imprevisão – cláusula “rebus sic stantibus”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 25, p. 357-363, jul. 1951. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12124/11044>>. Acesso em: 26 Jul. 2020. CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do “fato do príncipe”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 75, p. 23-30, jun. 1964. Disponível em: <<http://hibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25735/24589>>. Acesso em: 26 Jul. 2020. Registre-se a posição intermediária da Lúcia Valle Figueiredo que faz uma distinção (não muito clara) entre “fatos imprevisíveis” e “álea econômica extraordinária”. Para a autora, “fatos imprevisíveis” têm por consequência a alteração unilateral do contrato pela Administração e, por isso, ensejam a recomposição integral, ao contrário da “álea econômica extraordinária” que provoca consequências não imputáveis a quaisquer das partes e, por isso, enseja recomposição apenas parcial. Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 107-108.

⁸⁶ Veja-se que, pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês, não necessariamente a repartição dos prejuízos entre as partes será igualitária. A administração pública pode arcar com a maior parte, desde que se mostre necessário para garantir a continuidade do serviço público. No precedente do caso do gás de Bordeaux, o Conselho de Estado Francês fixou entendimento de que as partes têm o dever de negociar como vai se dar o reequilíbrio do contrato e, caso não cheguem a um acordo, cabe ao juiz decidir equitativamente (CE, *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*, 30 mars 1916). Porém, em precedente, posterior, fixou parâmetro para essa repartição de prejuízos: a administração pública só pode arcar com até 90% do déficit, percentual que pode ser reduzido diante da situação financeira da empresa, os serviços executados, os lucros obtidos no passado e os benefícios esperados para o futuro, a natureza mais ou menos precária da contratação e a diligência do contratado para superar as dificuldades encontradas (CE sect., *Compagnie française des câbles télégraphiques*, 21 avril 1944). O que o Conselho de Estado Francês não admite é que se repasse a totalidade do prejuízo para a administração pública, a ponto de se esvaziar o risco do negócio assumido contratualmente pelo particular, considerando que a Administração não deu causa ao desequilíbrio.

⁸⁷ Tomo aqui por inspiração as recomendações do parecer nº CJ/ARTESP n.º 552/2020, da PGE-SP, e sugestões dos seguintes ensaios: MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos, *Jota*, 30 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.inf/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020>>. Acesso em: 22 jul. 2020. LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Sete passos para começar a colocar ordem no caos, *CONJUR*, 21 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-21/loureiro-sete-passos-comecar-colocar-ordem-caos>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

Em primeiro lugar, é recomendável a instauração de processo administrativo específico para cada concessão, para se analisar, em concreto, como se deu a alocação dos riscos. Também se mostra recomendável averiguar, no procedimento, se há seguro que mitigue o prejuízo. O processo deverá respeitar o contraditório e a ampla defesa.

Deve ser comprovado e documentado nos autos dos respectivos processos, caso a caso, o nexo causal entre o evento da pandemia de COVID-19 e o desequilíbrio econômico-financeiro e, também, entre a pandemia e as possíveis inexecuções contratuais.

Naturalmente, o desequilíbrio também pode se manifestar a favor do poder concedente.

O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos deve se limitar às prestações englobadas no período em que a pandemia de COVID-19 afetou o contrato⁸⁸.

É importante verificar se a concessionária agiu de modo a mitigar seus prejuízos. Caso ela tivesse possibilidade razoável de o fazer, não se admite que tenha se mantido inerte⁸⁹.

Como aqui se defendeu, é plausível cogitar, em prol da continuidade do serviço público e da conservação dos negócios jurídicos, uma vez apurado o desequilíbrio, que seja promovida, nesse mesmo processo administrativo de apuração, a renegociação da repartição dos riscos extraordinários, a ser formalizado em termo aditivo.

Há dever de renegociar. Não há dúvidas sobre sua existência quanto aos contratos que contenham cláusulas expressas. Ainda que elas não existam, contudo, tal dever se extrai do princípio da boa-fé objetiva (art. 422, CC/02), da conservação dos negócios jurídicos e do incentivo a soluções consensuais (ex. art. 26, da LINDB⁹⁰).

Dever de renegociar não se confunde com dever de chegar a acordo. O dever de renegociar consiste em comunicar prontamente a contraparte acerca da existência do desequilíbrio contratual, de suscitar renegociação que possibilite o reequilíbrio do contrato, ou de responder a proposta nesse sentido, analisando-a seriamente⁹¹.

O norte a guiar tais renegociações deve ser a conciliação entre a continuidade dos serviços públicos (art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 8987/95), a justa remuneração da concessionária e a preservação de seus investimentos, e a responsabilidade fiscal (art. 4º, VI da Lei nº 11.079/2004), em respeito, inclusive, ao Regime de Recuperação Fiscal a que se sujeita o estado do Rio de Janeiro.

Se tal conciliação não for possível, em último caso, deve-se terminar o contrato e promover nova licitação (mas sem ilusões de que esta seja uma solução simples ou barata).

6. Síntese Objetiva

Ao longo deste parecer foi possível chegar às seguintes conclusões.

⁸⁸ DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 72-73.

⁸⁹ STJ: REsp 758.518/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, 3ª Turma, j. 17/06/2010, DJe 28/06/2010. Ainda, PEREIRA, Cesar; SCHWITND, Rafael Wallbach. *Pandemia de Covid-19 e o equilíbrio econômico-financeiro das concessões*. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Covid-19 e o direito brasileiro*, 2ª ed., ampl. e atual., Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, 2020, p. 1.549 (E-book).

⁹⁰ Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

⁹¹ SCHREIBER, Anderson. *Construindo um dever de renegociar no Direito brasileiro*. *Revista Interdisciplinar de Direito Faculdade de Direito de Valença*, v. 16, n. 1, pp.13-42, jan./jun. 2018.

(a) A pandemia de COVID-19, doença infecciosa causada pelo novo coronavírus, impactou o mundo. A partir de experiências internacionais e da literatura científica, entes públicos brasileiros passaram a adotar uma série de medidas, tais como o fechamento de atividades econômicas e a imposição de isolamento social, como forma de evitar a propagação do vírus.

(b) Editou-se lei federal (a lei n. 13.979/2020), além de decretos de entes infranacionais, em atenção a protocolos recomendados por organizações científicas. Nesse ínterim, concessionárias de serviços públicos, alegando que as medidas de contenção da pandemia impactaram seus contratos, pleitearam revisões extraordinárias.

(c) Há limitações na resolução de casos de que se ignora sua *duração no tempo e quais exatamente serão as consequências*. Ambas as limitações se reconduzem a um mesmo problema – um problema de informação –, cuja mitigação aponta para soluções incompletas, difusas e experimentais. Não se sabe por quanto tempo a pandemia vai durar, se ela vai se encerrar por igual em toda a geografia do estado do Rio de Janeiro (e do Brasil), e quais efeitos destrutivos e criativos operará junto às concessões estaduais.

(d) Naturezas jurídicas, numa ciência social aplicada como o Direito, servem para reduzir o ônus argumentativo. É por isso que se discute qual seria a natureza jurídica, junto aos contratos de concessão de serviços públicos, da pandemia de COVID-19. Há várias teorias revisionais, mas as que importam ao parecer são as teorias da imprevisão, da base objetiva do negócio jurídico, do fato do príncipe e em decorrência de caso fortuito ou de força maior.

(e) A pandemia não é fato do príncipe. Embora a causa aparente da alteração do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos seja os regulamentos do poder público, a causa *sine qua non* dos possíveis desequilíbrios é a crise biossanitária internacional. Ela também não parece ser quebra da base objetiva do negócio jurídico (onerosidade excessiva).

(e) Parece possível aplicar aos contratos de concessão afetados pela pandemia de COVID-19, conforme o caso, a *teoria da imprevisão*, – a fim de os reequilibrar –, e os efeitos do reconhecimento da ocorrência de evento de *força maior*, a fim de lhes afastar efeitos do inadimplemento (*e.g.* sanções administrativas, caducidade).

(f) O conhecimento convencional do Direito Administrativo brasileiro vindica algumas conclusões a respeito das revisões dos contratos concessionais. Convém respeitá-las por meio da crítica informada, e não da submissão reverencial.

(g) A afirmação de uma base constitucional para o equilíbrio econômico-financeiro no art. 37, XXI, ou no direito de propriedade, só é verdadeira em sentido descritivo-sociológico (significando que a tese vem sendo afirmada em manuais e adotada em julgados), mas não corresponde nem ao sentido histórico nem a seu conteúdo textual mínimo.

(h) É juridicamente discutível que o equilíbrio econômico-financeiro tenha que se resumir a correlação fixa, instanciada no momento da apresentação da proposta licitatória, entre encargos privados e contraprestação pública. Nosso regime jurídico pretende garantir o equilíbrio do contratado, garantindo remuneração justa ao particular, observando-se que tais contratações são vinculantes também para a administração pública. Não é realista imaginar que nem relação nem proporção entre encargos e vantagens mantenha-se a mesma

ao longo de anos, o que permite que revisões contratuais sejam algo diverso de um limitado exercício de retroação à conta do Poder Público. Ou seja: há uma garantia (bilateral) da saúde inicial dos contratos públicos, mas não um princípio constitucional da absoluta intangibilidade da equação econômico-financeira originária.

(i) Pela teoria das áleas, o empreendedor assume os *riscos ordinários* do negócio. A administração pública assume os *riscos extraordinários*, que se dividem em álea econômica e álea administrativa. A álea econômica é a aplicação da teoria da imprevisão e/ou do caso fortuito ao contrato. A álea administrativa são três riscos inerentes às contratações administrativas: o risco de *modificação unilateral* do contrato por parte da administração; o risco do *fato do príncipe* – decisão da administração, alheia ao contrato, mas que o afeta; o risco advindo do *fato da administração*: a inexecução contratual culposa da administração.

(j) A teoria das áleas seria aplicável aos contratos administrativos comuns, regidos pela lei n. 8.666/93. Ela não se aplica a leis que suscitam regimes específicos de divisão de riscos (lei das PPPs, lei do RDC etc.) Em relação à lei n. 8.987/95, a questão é mais dividida, porque, a uma, a lei afirma que todo o risco seria arcado pelo particular (o que pode, ou não, significar que os riscos extraordinários serão por ele arcados); a duas, porque há quem afirme que, mesmo aqui, é possível ajustar riscos entre as partes (por ex., numa matriz de riscos); a três, porque há quem pretenda operar interpretação exegética retroativa da lei 8.987/95 à luz da lei nº 8.666/93, para dizer que, já que a lei das licitações se afirma genericamente aplicável às concessões, talvez a álea extraordinária seja sempre da administração pública.

(k) Há vários problemas com a teoria das áleas. Ela não evita a ocorrência de problemas, mas é apenas reparadora; ela é vaga; ela atribui riscos excessivos ao poder concedente.

(l) Pela teoria brasileira das áleas (que difere de sua matriz francesa), a administração contratante tem que arcar com toda a álea econômica extraordinária (teoria da imprevisão) em contrapartida às garantias de que goza, e, também, a seu nível de ingerência na execução contratual; e porque a instabilidade na execução de contratos públicos seria mais comum no Brasil do que na França, de modo que se justificaria uma teoria da imprevisão mais garantista em favor do particular.

(m) Há problemas nessas razões. E se o contrato não possui garantias? E se elas não são exercitadas? E se elas são mitigadas pela jurisprudência e pela prática? Faz sentido assunção de risco econômico, não causado por nenhuma das partes, a pretexto de que uma delas possui contrato juridicamente desigual? Além disso, pressupor que a administração brasileira é instável, e, em solução a isso, sugerir uma teoria abrangente, sobreonerosa e imprecisa, é ser parte do mal cuja cura se pretende ser.

(n) Deve-se fazer com que a divisão de riscos não se reduza a decisão antes de tudo doutrinária, fundada em platitudes linguísticas.

(o) O poder público assume parte das áleas ordinárias das concessões regidas pela lei n. 8.987/95. A literatura especializada opera uma redução teleológica do art. 2º, interpreta o diploma de modo sistemático, e argumenta, de modo consequencialista, contrariamente ao encarecimento das concessões, o que alega que se ocorreria se o particular absorvesse todo o risco do contrato.

(p) Há norma no Direito privado, a do equilíbrio entre as prestações, cujo núcleo de conteúdo se assemelha à do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, presente no Direito Administrativo, mas que, lá, admite soluções diferentes. Há tanta diversidade de razões em cada área do Direito?

(q) Não se aplica a divisão de riscos da teoria das áleas nos casos em que a lei expressamente a excepciona, como no caso das PPPs federais (em que se exige ‘divisão objetiva de riscos’); nesses casos, para alguns, não haveria excepcionalidade que ultrapassasse a divisão do contrato (essa seria a razão de uma matriz de risco), ao passo que, para outros, a hipótese do COVID-19 seria uma ‘força maior das maiores’ ou uma ‘imprevisão radical’, a ultrapassar *in casu* referências contratuais genéricas a caso fortuito e força maior.

(r) Discordar das premissas tradicionais não necessariamente gera contratações mais caras, viola a licitação ou seleciona negativamente licitantes. O ônus da validação empírica está em quem lança tais prognoses, mas, em todo caso, não há dados confiáveis para secundar tais afirmações (quando há sequer *dados*); o custo das contratações públicas brasileiras está correlacionado a uma série de mazelas; soluções de divisão de risco podem quiçá gerar mais, e não menos, segurança. Tais argumentos fazem suposições a respeito do ambiente de concorrência, do apetite de risco dos licitantes etc. Além disso, a ‘isonomia’, quando operada argumentativamente, pode levar a diferentes resultados, alguns mutuamente excludentes.

(s) Afirmar o caso da pandemia de COVID-19 como enquadrável na hipótese da teoria da imprevisão (e, quanto aos efeitos sancionatórios, como força maior), não significa que a álea econômica extraordinária tenha que ser inteiramente alocada para a administração pública. Talvez tenha chegado o momento de rever a teoria brasileira da imprevisão, para torná-la mais precisa, minimalista e flexível. A solução jurídica adequada parece ser um retorno (ajustado) às suas raízes, pautada pela repartição dos prejuízos decorrentes da álea econômica extraordinária.

(t) Tal revisão de premissas da literatura não é textualmente incompatível com a lei n. 8.666/93. *A uma* porque norma não é dispositivo normativo (como a literatura especializada demonstrou, ao reduzir a incidência do art. 20 da lei n. 8.987/95). *A duas* porque o art. 65, II, d, da lei n. 8.666/93 fala em *acordo* entre as partes e, ainda, em *justa remuneração*, remetendo à ideia de recuperação equitativa da saúde inicial do contrato. No limite, há argumentos materiais suficientes (justiça contratual, isonomia, segurança jurídica bilateral etc.) para se operar integração por redução teológica.

(u) Tal *incidência contextual* da teoria da imprevisão *(i)* permitiria, sem obrigar, divisão da álea extraordinária entre as partes, sendo que *(ii)* a divisão não precisaria ser igualitária, e, *(iii)* se houvesse divisão, ela teria que ser razoável e justificada.

(v) É recomendável a instauração de processo administrativo específico para cada concessão, para analisar, em concreto, como se deu a alocação dos riscos. Também se mostra recomendável averiguar, no procedimento, se há seguro que mitigue o prejuízo. O processo deverá respeitar o contraditório e a ampla defesa. Deve ser comprovado e documentado nos autos dos respectivos processos, caso a caso, onexo causal entre o evento da pandemia de COVID-19 e o desequilíbrio econômico-financeiro e, também, entre pandemia e

possíveis inexecuções contratuais. O reequilíbrio é bilateral: ele também pode se dar em favor do estado.

(w) O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos deve se limitar às prestações englobadas no período em que a pandemia de COVID-19 afetou o contrato. É importante verificar se a concessionária agiu de modo a mitigar prejuízos.

(x) É possível, em prol da continuidade do serviço público e da conservação dos negócios jurídicos, uma vez apurado o desequilíbrio, que seja promovida, nesse mesmo processo administrativo de apuração, a renegociação da repartição de riscos econômicos extraordinários, a ser formalizada em termo aditivo.

(y) Há dever de renegociar, o que não se confunde com o dever de chegar a acordo. Se a conciliação não for possível, deve-se terminar o contrato e promover nova licitação.

7. Encerramento: Rever ou Romper com a Teoria da Imprevisão?

Situações de incerteza suscitam soluções incompletas, difusas, experimentais. Espera-se que as propostas indicadas sejam suficientemente cooperativas e abertas para atender aos requisitos. Um adágio americano afirma que *hard cases make bad law*. Em 1923, Arthur Corbin escreveu que era o contrário: *hard cases make good law*. Eles desafiam soluções novas e testam soluções antigas. Pois bem: é chegada a hora de rever nossa teoria da imprevisão.

Rio de Janeiro, 4 de agosto de 2020.

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA

Procurador do Estado

VISTO.

Aprovo o bem lançado Parecer n. 07/2020 PGE/PG-17/JVSM, de lavra do Procurador do Estado José Vicente Santos de Mendonça, no exercício da Chefia da Doutra Procuradoria Administrativa, que estabeleceu os parâmetros para o eventual reequilíbrio econômico-financeiro das delegações de serviços públicos do Estado do Rio de Janeiro diante da Pandemia da COVID-19, fato inédito a ser enfrentado pela primeira vez na história do Direito brasileiro, ao que, iniludivelmente, procedeu o ilustrado Parecerista que resistiu às facilidades da engenharia jurídica pronta, cujas fundações de seu arcabouço repousavam sobre terrenos diversos do que o que a atualidade se nos apresenta.

Entre os parâmetros fixados, pode-se destacar, ilustrativamente:

1. Os prejuízos foram Causados pela pandemia em si, sendo os atos estatais a ela pertinentes e dela decorrentes d forma consequencial. Em verdade, uma mera decorrência do atendimento às imposições científicas para mitigar os seus efeitos.
2. A Pandemia pode ser enquadrada tanto como força maior, caso fortuito ou genericamente na teoria da imprevisão. É despicienda a taxonomia entre elas para as consequências jurídicas objeto do parecer.
3. Apenas após o fim da pandemia se poderá ser estimada integral e adequadamente os seus efeitos econômicos para as partes dos contratos de delegação. Destacamos também, de nossa parte, que, entre outros, devem ser aferidos pela administração pública os seguintes elementos: o que foi prejuízo e o que foi diminuição do lucro; o que é prejuízo diretamente decorrente da pandemia e o que é prejuízo anterior à pandemia ou vinculado a outras causas, total ou parcialmente; aferir eventuais lucratividades inesperadas ocorridas no passado ou potencialmente verificáveis no futuro (a justiça na economia do contrato deve ser vista globalmente); se o delegatário tomou as medidas possíveis para diminuir seus prejuízos; as reduções de despesas também ocorridas durante a pandemia, como redução de despesas com terceirizados e suspensões de contratos de trabalho etc.
4. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não pode mais ser vista, ainda mais em contratos incompletos a exemplo das concessões, como uma estática manutenção da relação entre ônus e bônus estabelecida no momento inicial da concessão.
5. O argumento de que o Estado deve ter maiores responsabilidades nas delegações de serviços públicos em razão dos seus poderes exorbitantes, nenhuma relação guarda com fatos imprevisíveis da natureza.
6. Na relação de delegação de serviços públicos, à exceção dos usuários, não há hipossuficientes. Ambas as partes são hiperssuficientes. Na verdade, via de regra, é o delegatário que possui condições técnicas, econômicas e de assimetria informacional muito mais favoráveis do que o Estado.

7. Apesar de não ser necessariamente um pressuposto para as conclusões do parecer, o art. 37, XXI, CF, não consubstancia uma previsão constitucional da garantia do equilíbrio econômico-financeiro. A expressão “*mantidas as condições iniciais da proposta*” apenas espelha o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, inerente à própria ideia de licitação. E, acrescemos, mesmo que assim não fosse, dela não se poderia deduzir este ou aquele modelo determinado de alocação de riscos. Seria como se extrair diretamente da Constituição uma única modelagem da alocação de riscos de todos os contratos celebrados pela administração pública.

8. O art. 65, 11, d, da Lei n. 8666/93, além de não ser aplicável às delegações de serviços públicos, adota o dinâmico conceito de justa remuneração e, mais do que isso, pressupõe a negociação entre as partes, não direitos predeterminados *ad hoc*.

9. O art. 2º, 11, da Lei 8.987/95, refere-se, genericamente, a todos os riscos das concessões de serviços públicos como sendo de incumbência do concessionário. Mesmo que não se vá tão longe, a parte da doutrina brasileira ora refutada exclui de forma absoluta todos os riscos imprevisíveis da alçada do concessionário. Não o faz, todavia, reciprocamente para excluir todos os riscos ordinários do poder público. Tanto é assim, que não questiona as revisões tarifárias ordinárias periódicas.

10. Essa Parte da doutrina brasileira importou da teoria francesa do equilíbrio econômico-financeiro quase que apenas os elementos favoráveis aos particulares. Olvidou, especificamente, a parte da teoria que dispõe que os fatos imprevisíveis devem ter as suas consequências repartidas entre as partes, e apenas os prejuízos (não os lucros frustrados). A doutrina francesa sempre repugnou que o estado ficasse integralmente responsável por fatos que não lhe podem ser imputados ou por ele geridos, inclusive para manter os lucros dos privados. Tratar-se-ia, realmente, na feliz expressão do parecerista, de uma “teoria indevidamente supergarantista à concessionária”.

11. A posição afirmada pelo parecerista é acompanhada por autores nacionais de grande envergadura, como Maria Sylvia Zanella di Pietro, Caio Tácito, Cretella Júnior, Lúcia Valle Figueiredo e Gustavo Kaercher Loureiro.

12. No mesmo sentido, a Teoria Geral dos Contratos, que naturalmente também esteia os contratos públicos, tanto aqui como alhures.

13. O parecer não trata de casos concretos, apenas fixando, para esses poderem ser decididos, mínimos conteúdos materiais (repartição equitativa dos prejuízos oriundos da pandemia) e procedimentais (participação dos delegatários no processo de decisão, abrindo-se, adira-se, inclusive espaço para a manifestação da sociedade).

14. Caso o processo de negociação, seguindo esses parâmetros, não chegue a bom termo, o contrato de delegação pode vir, em derradeira hipótese, a ser terminado.

De fato, na linha do parecer, contrariaria os mais básicos critérios de equidade, justiça e solidariedade social que os danos decorrentes de uma pandemia que abalou toda a humanidade fossem, em uma relação contratual, arcados apenas pela população, seja diretamente através de tarifas, seja através dos tributos que paga ao Estado.

A pandemia, fato exógeno originado fora dos lindes do país e do Estado e superior à sua vontade e a qualquer ato que pudesse praticar para evitá-la, gerou efeitos desastrosos não só para as receitas das empresas, mas também para a arrecadação do Estado e para a renda dos usuários. Há levantamentos econômicos do IBGE, demonstrando, em nível nacional, queda no PIB do Brasil decorrentes da pandemia¹. O Estado, de forma inexorável, já combatido pelas sucessivas quedas do barril de petróleo, por uma nova, premente e prejudicial divisão dos royalties do petróleo, crises fiscais promovidas por suas recentes administrações corruptas e ruinosas, além de encontrar-se em situação de óbvia penúria financeira, sofrerá danos em razão desse encolhimento da economia do Brasil, ora provocada por situação total e absolutamente imprevisível, advinda de evento que refoge à cautela não só do homem ou do administrador público mediano, mas que escapa também e por completo o mais prudente e cauteloso dos seres humanos. Portanto, trata-se de onerosa força maior igualmente incidente sobre todas as três partes envolvidas em uma delegação de serviço público. Violaria inclusive a boa-fé e o dever de cooperação contratual, presente em uma concessão de serviços públicos mais do que em qualquer outra espécie de contrato, que uma das partes pretendesse impor integralmente a outra tais ônus. Observe-se que o evento tido por extraordinário foi caracterizado pela Organização Mundial de Saúde como uma pandemia, a primeira em mais de um século. O primeiro Decreto estadual a promover o distanciamento social foi equivocadamente considerado como 'fato do príncipe' por alguns apressados da análise, que, na sanha do precedente opinativo, não perceberam que se tratava de uma consequência e do reconhecimento de um fato posto. Diante da pandemia de COVID-19 e sob o ponto de vista das interações subjetivas num contrato de concessão, Estado, Concessionárias e usuários foram vítimas e não causadores ou motivadores de danos. Metaforicamente, o Príncipe subscreveu o Decreto ajoelhado como seus súditos, submetendo-se aos fatos, produzindo ato de natureza eminentemente declaratória, no sentido de reconhecer seu subjugo àqueles mesmos fatos e às suas inexoráveis consequências,

O Direito Administrativo passa nas últimas décadas por inúmeras transformações, com a revisão de dogmas que se firmavam por si só, sem maiores questionamentos e esteios no direito positivo, Entre esses dogmas doutrinários, não legislativos, se encontrava o de o Estado ter que arcar sozinho por todos os fatos imprevisíveis relevantes que ocorressem no curso de uma delegação de serviços públicos. Em artigo brilhante, vanguardista e premonitório o saudoso Procurador do Estado e Administrativista de proa, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, salientava essas mudanças do Direito Administrativo concitando todos a rever os seus conceitos estruturados e as repetições de teses que já então tinha como póstumas. *“Há, indubitavelmente, um novo Direito Administrativo, que emergiu e ainda está se definindo, no torvelinho das transformações que continuam a surpreender-nos por serem incrivelmente céleres e profundas”* (Mutações do Direito Administrativo, novas considerações, avaliação e controle das transformações in RDE, nº 2, jun-ago/2005, Salvador, pp. 02-17). Esse o desafio por mim proposto à douta Procuradoria Administrativa e exitosamente vencido no Parecer ora aprovado.

Não seria crível que as importantes evoluções pelas quais passa o Direito Administrativo se direcionassem apenas em favor de apenas uma das partes (a privada) da relação jurídico-administrativa, na irrazoabilidade do vetusto dizer “me dá cá essa palha”. Avanços como proporcionalidade, razoabilidade, equilíbrio contratual dinâmico e consensualidade devem ser aplicados igualmente às duas partes das relações contratuais públicas, especialmente em eventos como o da hipótese em apreço, que foge a qualquer padrão de prudência contratual. De mais a mais,

¹ Segundo o jornal VALOR, o PIB brasileiro caiu 0,9% no primeiro trimestre de 2020 frente aos três meses que lhe precedeu, conforme informado pelo IBGE. – <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/05/29/ibge-setor-externo-intensifica-queda-do-pib-com-efeitos-da-pandemia-no-mundo.ghtml> – consulta em 19 de agosto de 2020.

além de a legislação infra-constitucional não se bastar à solução da hipótese, esses princípios têm sede constitucional e conformam, por conseguinte, toda a ordem jurídica e sua eventual interpretação.

Gustavo Kaercher, em artigo, salienta o risco da onerosidade excessiva para uma das partes de um contrato após o advento da pandemia. *“Com efeito, a onerosidade excessiva ameaça cortar para os dois lados, e com gume afiado. Nesse cenário, como fazer com a possibilidade de uma revisão que, embora requerida e objetivamente adequada sob a perspectiva tradicional, pode produzir uma onerosidade excessiva “ao contrário?”*”²

E, reafirme-se, nem caberia o argumento de essa responsabilidade do Estado por caso fortuito ou força maior decorrer das cláusulas exorbitantes que o poder público possui na relação contratual. Os fatos tratados no Parecer ora aprovado nada têm a ver com as alterações unilaterais que o Estado pode impor às delegações de serviços públicos. São, ao revés, fatos totalmente desvinculados da responsabilidade ou da possível gestão de ambas as partes. Violaria inclusive o princípio da isonomia que apenas uma das partes ficasse por eles responsáveis, e, no extremo, também seria violado o princípio da moralidade em razão de o Estado assumir totalmente fatos que não lhe dizem respeito, como um segurador universal do concessionário.

Tanto é assim que, no direito comparado e na história do direito administrativo, a mencionada parte da doutrina brasileira tradicional é minoritária e, estranhamente, reproduziu legislação estrangeira, excluindo a possibilidade de distribuição dos prejuízos entre o público e o privado, tal como previsto no Direito francês.

Mesmo em países semelhantes ao nosso na alegada instabilidade que levaria a tamanho beneplácito estatal, há divisão dos prejuízos decorrentes daqueles fatos extraordinários. Na Argentina, por exemplo, vige o Princípio do Compartilhamento dos Prejuízos:

Ley 23.696

Art. 49. – RECOMPOSICION DEL CONTRATO: La rescisión prevista en el artículo precedente, no procederá en aquellos casos en que sea posible la continuación de la obra, o la ejecución del contrato, previo acuerdo entre comitente o contratante y contratista que se inspire en el principio del sacrificio compartido por ambas partes contratantes. Estos acuerdos deberán ser aprobados por el Ministro competente en razón de la materia y deberán contemplar las siguientes condiciones mínimas: (...)

Ley nº. 25.344

ARTICULO 3º – La rescisión prevista en el artículo precedente, no procederá en aquellos casos en que sea posible la continuación de la obra, o la ejecución del contrato, previo acuerdo entre comitente o contratante y contratista que se inspire en el principio del sacrificio compartido por ambas partes. Estos acuerdos deberán ser aprobados por la autoridad competente en razón de la materia y deberán contemplar las siguientes condiciones mínimas: (...)

Vê-se então que, como propugnado no parecer aprovado, casos difíceis como esses exigem uma atuação primordialmente negociada das partes, até porque em casos de desequilíbrio sempre será de qualquer forma muito difícil se chegar a números concretos, certos e definidos. Essa necessidade de prévia negociação de boa-fé, não ilide, contudo, que, como deixam exposto os dispositivos legais

² <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/sinuca-de-bico-efeitos-da-pandemia-de-covid-19-no-microcosmos-dos-contratos-07042020> – consulta em 19 de agosto de 2020.

argentinos, deva ela se pautar pelo princípio do compartilhamento dos sacrifícios. Tanto é assim, que até mesmo a nossa Lei n. 8666/93 estabelece que o reequilíbrio diante de fatos extraordinários deve se dar por acordo.

Na Guidance Note emitida em 02/04/2020 pela Infrastructure and Project Authority, o Governo do Reino Unido afirma que a pandemia da COVID-19 não configura uma “Force Majeure Event” nos contratos de PFI e PF24 (equivalentes às parcerias público-privadas – PPPs *lato sensu* brasileiras):

- Os contratados de PPP devem se considerar parte da resposta do setor público à atual emergência do COVID-19.

- As contra partes contratantes da PPP devem cooperar para garantir a prestação contínua de serviços públicos (a emergência COVID-19 não é, e não deve ser, considerada um evento de força maior).

Já em Portugal, também exemplificativamente, chegaram a ser tomadas as seguintes medidas, Constantes do Decreto-Lei nº 19-A/2020:

Artigo 3º

Pretensões compensatórias e de reposição do equilíbrio financeiro

1 – Nos termos da alínea b) do artigo 4º do Decreto do Presidente da República nº 17-A/2020, de 2 de abril, são suspensas, de dia 3 de abril de 2020 até ao termo da vigência do estado de emergência, as cláusulas contratuais e disposições normativas que preveem o direito à reposição do equilíbrio financeiro ou a compensação por quebras de utilização em qualquer contrato de execução duradoura em que o Estado ou outra entidade pública sejam parte, incluindo contratos de parceria público-privada, não podendo os contraentes privados delas valer-se por factos ocorridos durante o referido período.

2 – Sem prejuízo do disposto no número anterior quanto ao período a que se reporta, nos contratos em que se preveja expressamente o direito do contraente ou parceiro privado a ser compensado por quebras de utilização ou em que a ocorrência de uma pandemia constitua fundamento passível de originar uma pretensão de reposição do equilíbrio financeiro, tal compensação ou reposição só pode ser realizada através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, não dando lugar, independentemente de disposição legal ou estipulação contratual, a revisão de preços ou assunção, por parte do contraente ou parceiro público, de um dever de prestar à contraparte.

Artigo 8º

Indemnização pelo sacrifício

Não dão lugar a indemnização pelo sacrifício os danos resultantes de atos regularmente praticados pelo Estado ou outra entidade pública, no exercício das competências conferidas pela legislação de saúde pública e de proteção civil, ou no quadro do estado de emergência, para efeitos da prevenção e do combate à pandemia COVID-19, que constitui para o efeito causa de força maior.

No mais clássico direito administrativo francês, GASTON JÈZE, autores dos mais influentes nos direitos administrativos de todos os países latinos, já afirmava:

“A teoria da imprevisão tem por objetivo assegurar uma ajuda financeira temporária a fim de impedir que o investidor suporte perdas muito altas, para que ele não quebre e não interrompa sua colaboração com o serviço público. (...) É uma teoria excepcional, que deve ser aplicada restritivamente e não extensivamente. (...)”

Em nenhum caso a teoria da imprevisão é aplicável se o concessionário não estiver em déficit. Se ele tiver algum ganho, por menor que seja, a teoria da imprevisão não será aplicável. (...) Durante o período crítico propriamente dito, o poder concedente não dará nenhuma ajuda além da estritamente necessário. Ele apenas participa do déficit; uma fração desse déficit continua a cargo do concessionário.”

E, quanto à relação entre parâmetros dos limites da participação do Estado nos prejuízos e a necessidade de prévia negociação entre as partes, denotando como o consensualismo no direito administrativo não é tão recente assim, o mesmo autor explica:

“O Conselho de Estado indicou, por sua jurisprudência, às partes contratantes – Administração e colaborador –, os elementos essenciais segundo os quais ele faz a repartição. As bases da transação amigável são então conhecidas e não são incertas. Se inspirando nas regras estabelecidas pelo Conselho de Estado, Administração e o contratado devem fazer, eles mesmos um, cálculo aproximativo das quantias que o juiz do contrato, em caso de ausência de acordo, provavelmente atribuirá a cada um. Nessas condições, por que litigar? Melhor se entender.”

Como se vê, tampouco o direito comparado, normalmente tão valorizado pela doutrina do direito administrativo econômico brasileiro, pode ser invocado em favor da corrente doutrinária afastada pelo Parecer ora aprovado, ao menos nessa inédita situação fática.

Reitera-se que o parecer foi emitido sem ter em vista qualquer caso concreto, devendo cada um deles passar por um processo administrativo pericial, com efetiva demonstração e comprovação de perdas e prejuízos de ambas as partes – Estado e Concessionária –, baseados em fatos e cálculos, permitindo-se, a partir daí, a negociação entre Poder Concedente e Concessionária, sempre partindo dos pressupostos materiais a adjetivos acima fixados. As partes poderão valer-se das mais variadas cláusulas obrigacionais do contrato, como prazo, realização de investimentos, entre outras, para o advento de uma ampla revisão contratual negociada, eis que, diante de uma nova ordem socioeconômica, é provável e possível que o interesse à revisão seja de natureza dúplice, tanto do Estado como do Concessionário. Os percentuais de compartilhamento dos danos poderão ser dos mais variáveis, não necessariamente divididos de forma equânime, devendo atender, outrossim, ser considerada a capacidade de cada parte do contrato em suportar o dano havido.

De observar-se, por fim, que a reparação de aumentos de despesa ocorridos e eventual previsão de sua reparação por meio exclusivo do Estado não se confunde com a situação advinda da pandemia de COVID-19, onde houve redução da demanda e da receita, fatos esses objeto e exame do Parecer acima aprovado.

Revela-se oportuno, considerando os múltiplos interesses e o escopo de haver uma unidade de tratamento entre as concessionárias nas negociações com o Poder Concedente, que seja elaborado um Decreto do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, no sentido de estatuir diretrizes gerais para a negociação alvitrada. Assim, recomendo à PG-17, por meio do ilustre Parecerista, minutar sobredito Decreto a fim de ser, ulteriormente, enviado à Chefia do Executivo.

À Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários, Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP e à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA.

Rio de Janeiro, 19 de agosto de 2020.

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

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 nº 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 econômicas, 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 nº 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 nº 03/2019 GUB	Questão federativa em face das leis locais e legislação estadual (quesitos 1.5; 1.7; 1.8; e 1.9)
Parecer nº 07/2019 ASA	Privatização da CEDAE up stream e suas implicações (quesitos 1.10 e 4.1)
Parecer nº 07/2019 JVSM PG 17	Análise de pagamentos ao ERJ e indenizações (quesitos 2.1 e 3.1)
Parecer nº 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 nº 1-A/2020/ARCY/PG-17	Impactos nos contratos de concessão de saneamento em vigor nos Municípios de Niterói, Petrópolis e Guapimirim
Parecer nº 04/2020/ASA/PG-17	Possibilidade de realização de audiência pública virtual, dada a Pandemia do COVID19
Parecer nº 03/2020/JVSM/PG-17	Viabilidade da realização pelo ERJ de consulta e/ou audiência pública de planos de saneamento
Parecer nº 06/2020/GUB/PG-17	Prazo de vigência do contrato de concessão: cláusula 7 do contrato (35 anos) X Lei Estadual de nº 2.831/97 (25 anos)
Parecer nº 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 nº 5-20/ARCY/PG-17	Exame dos instrumentos de gestão associada.
Parecer Conjunto nº 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, §§ 1º e 6º, que submetem questões administrativas metropolitanas ao exame do Tribunal de Contas do Estado;

(c) arts. 11, § 1º; 12, IV, V e VI; 18, §4º, IV; 23; e 24 §1º, 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 Metrôpole 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 Metrôpole.

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

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

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

E as seguintes disposições que decorreram de emenda legislativa:

(h) dos arts. 11, § 6º; 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 único, II ao prever a consulta direta da população 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 Pirai, 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 predomínio 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 Metr pole (IRM), autarquia especial integrante, para fins organizacionais, da Administra o Pública Estadual Indireta e vinculada, igualmente para fins organizacionais, ao Governo do Estado. O IRM tem como fun o precípua executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como assegurar suporte necessário ao exercício de suas atribui es, 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, fun o pública de interesse comum que a licita o 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 elabora o dos planos de saneamento básico e aprová-los;
- b) decidir sobre a forma de presta o dos serviços, sua delega o e modelagem;**
- c) aprovar minutas de editais de licita o de presta o de serviços, contratos e convênios, bem como de outros instrumentos, precedidos ou não de licita o,** que deverão ser remetidos ao Tribunal de Contas do Estado;
- d) autorizar a retomada da opera o dos serviços, nos casos e condi es 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 presta o dos serviços, sua delega o e modelagem, e, também, aprovar as minutas do edital de licita o e de todos os instrumentos relacionados   concessão.

Com rela o a tais atribui es, 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 delibera o 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 participa o do BNDES, que fez a apresenta o do projeto para o CD, que aprovou a modelagem e a distribui o 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 Metrópole 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 Metrópole 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.

Vejam os 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 ciada 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 Metr pole⁴² (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 coopera o teve sua juridicidade reconhecida no Parecer nº 09/ARCY/PG17, *in verbis*:

(...) nada obsta que se combine a institui o de uma Região Metropolitana com o emprego, por esta, de convênio de coopera o 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 coopera o. Tal arranjo além de se adequar   jurisprudência do STF, também encontra respaldo na doutrina.

(...)

Ademais, a delega o de competências administrativas, via Convênio de Coopera o, pela Região Metropolitana ao Estado do Rio de Janeiro, funda-se no artigo 90, VII, da Lei na 13.089/2015 (Estatuto da Metr pole) 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 delega o nos moldes propostos foi objeto de nalguns 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 atribui es por meio de atos de delega o (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 aglomera es urbanas serão utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – plano de desenvolvimento urbano integrado;

II – planos setoriais interfederativos;

III – fundos públicos;

IV – opera es urbanas consorciadas interfederativas;

V – zonas para aplica o 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 coopera o*;(Grifamos).

⁴³ Cf. Art.11, § 4º: “*O Conselho Deliberativo poderá decidir pela celebra o de convênios ou outros instrumentos com pessoas jurídicas de direito público e com empresas públicas ou sociedades de economia mista, universidades e suas funda es, tendo como objeto a execu o conjunta, ou por delega o, 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 Metr pole), que foram objeto de decisão do Conselho Deliberativo ocorrida em fevereiro de 2020. Sobre a outorga variável, também objeto da decisão, a previsão   de que o concessionário desembolse aos Municípios percentual de sua arrecada o 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 recomenda o do Parecer n  05/2020-PGE/PG-17/ARCY acerca da necessária avalia o das obriga es a serem assumidas pelo Estado e a receita a ser percebida a título de outorga fixa (p. 20), e dos Pareceres n  9/2020-PGE/PG-17/ARCY e Parecer n  7/2020-PGE/PG17/JVSM, reiterados pelo Parecer Conjunto n  1/2020-PGE/PG-17/ARCY/FAB, que apontam como requisitos a (i) necessidade de celebra o de acordo entre titulares e a (ii) *motiva o 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 Metrópole, por meio do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no art. 20 da Lei Complementar Estadual nº 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 Resolução.

Parágrafo segundo. Eventual oferta excedente, realizada no âmbito da 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 e julho de 2020.

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. 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 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.

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

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

No parágrafo primeiro do art. 9º 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 execução orçamentária pela Secretaria estadual competente.

Artigo 11

O art. 11 da minuta de Resolução traz uma limitação quanto aos entes beneficiários da repartição dos recursos auferidos a título de outorga, fixando que tal repartição 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.

Cumpra 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 MetrÓpole, 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 Metrôpole, 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 art. 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

SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE

Parecer nº 11/2021 – LDQO – ASSJUR/SEAS – Leonardo David Quintanilha de Oliveira

Processo SEI-070026/000232/2021

DIREITO ADMINISTRATIVO. OBRAS DE SA-NEAMENTO E PROTEÇÃO DA SEGURANÇA HÍDRICA. BACIA HIDROGRÁFICA DO GUAN-DU. POLÍTICA ESTADUAL DE RECURSOS HÍ-DRICOS. PROJETO DE DESESTATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 01/2020. GRUPO DE TRABA-LHO PARA SUPORTE JURÍDICO E ACOMPA-NHAMENTO DO PROJETO DE DESESTATIZA-ÇÃO NO ÂMBITO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RESOLU-ÇÃO PGE Nº 4.610/2020. ART. 4º, V, H, DO DE-CRETO ESTADUAL Nº 40.500/07. RECURSOS DO FUNDO ESTADUAL DE RECURSOS HÍDRICOS – FUNDRHI. LEI ESTADUAL Nº 3.239/1999. DE CRETO ESTADUAL Nº 46.993/2020. ART. 96, PARTE FINAL, DO ADCT DA CERJ.

Em princípio, o projeto de desestatização dos serviços de água e esgotamento sanitário não impede a consecução de políticas públicas relevantes para a gestão e segurança dos recursos hídricos.

Caso uma obra realizada com recursos públicos tenha funcionalidade sobreposta às metas previstas no contrato de concessão, será necessário se adotar mecanismo de compensação para que ela não seja computada para fins de atingimento do compromisso da concessionária, sob pena de configuração de locupletamento indevido.

Os bens públicos essenciais à prestação do serviço concedido serão transferidos à concessionária e, uma vez extinta a concessão, serão revertidos ao Poder Público (art. 18, X e XI; 23, X; 35, § 1º, da Lei Federal nº 8.987/1995).

A incorporação de obras executadas pelo Estado para o sistema de abastecimento de água e de esgotamento sa-nitário dar-se-á mediante Termo de Transferência do Sistema, ou, em relação a edificações concluídas após a celebração desse Termo, por alteração unilateral da avença.

1 – RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo por intermédio do qual a titular da Subsecretaria de Recursos Hídricos da Secretaria de Estado do Ambiente e

Sustentabilidade – Subrhes/Seas solicita orientação desta Assessoria Jurídica –Assjur acerca de juridicidade na utilização de recursos públicos para o desenvolvimento de novos projetos e/ou obras de saneamento em municípios contemplados pelo caderno de encargos do processo licitatório sob a modalidade de concorrência internacional (Concorrência Internacional nº 01/2020).

O objeto do mencionado certame é concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário em gestão associada ao Estado do Rio de Janeiro.

As dúvidas arroladas pela consulente (doc. SEI nº 13665517) são as seguintes:

1) É legalmente adequado que um ente do Poder Público (Seas, Cedae ou municípios, por exemplo) realize ações de saneamento e proteção da segurança hídrica da região do Guandu com recursos públicos, por exemplo recursos do FUNDRHI ou da CEDAE (sabendo que a gestão da ETA Guandu permanecerá com a Cedae)? E, no caso dessas ações serem executadas pelo Comitê de Bacia, há algum impedimento normativo?

2) Os investimentos supra mencionados seriam incorporados a ganhadora da concessão que controlará os ativos da Cedae? Se forem incorporados, estaríamos investindo recursos públicos gerando benefício à adquirente dos ativos da CEDAE, afetando as suas metas previstas no edital?

3) Em sendo possível a aplicação desses recursos públicos por quaisquer dos atores mencionados nas perguntas anteriores, caso a concessão seja finalizada e a nova concessionária assuma o serviço durante realização das obras, haverá a necessidade de alguma formalidade especial para a garantia de que a obra realizada seja incorporada pela nova concessionária?

É o breve relatório. Passa-se a examinar.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – ADVERTÊNCIA PRÉVIA

Preliminarmente, cumpre-se ressaltar que cabe à Assjur prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados pelo gestor, nem analisar os seus aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

Cabe ainda destacar que a Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro – Cedae, sociedade de economia mista estadual, possui órgão jurídico setorial competente para pronunciamento acerca de assuntos que envolvam matérias jurídicas de seu interesse, razão pela qual este parecer não examinará a viabilidade de utilização de seus recursos.

2.2 – DO PROJETO DE DESESTATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO

A consulente indaga, em linhas gerais, se subsistiria óbice jurídico ao desenvolvimento, com recursos públicos, de projetos de saneamento e segurança hídrica em municípios contemplados pelo caderno de encargos do processo licitatório de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Estado do Rio de Janeiro.

Foi questionado ainda se as obras, uma vez realizadas, seriam incorporados por uma das futuras concessionárias controladoras dos ativos da Cedae e, em caso afirmativo, se lhe restaria

configurado benefício, impactando as metas fixadas no edital do certame. Extrai-se do questionamento apresentado o receio quanto ao eventual locupletamento indevido de sociedade empresária que se sagrar vencedora de um dos blocos da licitação internacional.

Antes do enfrentamento da questão, faz-se necessária breve contextualização fática e exposição de certas normativas.

O art. 3º, inciso I, da Lei Federal nº 11.445/2007¹ conceitua saneamento básico como o conjunto de serviços públicos, infraestrutura e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Por envolverem a captação, tratamento, distribuição e outras atividades relativas à água, os serviços de saneamento estão intimamente relacionados às políticas de recursos hídricos.

Atualmente, em diversos municípios do estado do Rio de Janeiro os serviços de saneamento básico são prestados pela Cedae. Todavia, o setor de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e de alguns municípios do interior fluminense se encontra submetido ao Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto, cuja modelagem proposta apregoa a manutenção da prestação dos serviços de coleta e tratamento de água pela Cedae (etapa *upstream*) e a desestatização dos serviços de distribuição de água tratada ao usuário final e de coleta e tratamento de esgotos e disposição final de efluentes (etapa *downstream*)².

Com vistas à concessão da prestação dos serviços que serão desestatizados, foi publicado o edital de licitação de Concorrência Internacional nº 01/2020.

Há pontos de contato entre as metas contempladas no Projeto de Desestatização e os interesses perseguidos pelo Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos – Segrhi³.

¹ Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de:

- a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição;
- b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente;
- c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e
- d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes;

² Sobre o tema, cabe transcrever trecho do Parecer nº 05/2020-PGE/PG-17/ARCY, da lavra do Procurador do Estado André Cyrino:

Pelo modelo de desestatização proposto, os serviços que antes eram prestados unicamente pela CEDAE seriam divididos em duas etapas: a etapa upstream (serviços de coleta e tratamento de água) e, subsequentemente, a etapa downstream (serviços de distribuição de água tratada ao usuário final e de coleta e tratamento de esgotos e disposição final de efluentes). Com a CEDAE, permaneceria, apenas a etapa upstream. Já a etapa downstream seria desestatizada e licitada a concessionárias privadas. A modelagem proposta para os municípios não metropolitanos (i.e. do interior) é um pouco diferente: todas as etapas (upstream e downstream) seriam delegadas a concessionárias privadas. Assim, a CEDAE continuaria prestando apenas a etapa upstream, apenas para a RMRJ. Por essa modelagem, a CEDAE prestaria, no âmbito da RMRJ, os serviços upstream às concessionárias downstream, mediante cobrança de tarifa. O projeto prevê que essa relação seria regulada via contrato de interdependência a ser celebrado entre a CEDAE e as concessionárias, figurando a agência reguladora setorial como interveniente anuente.

³ Lei Estadual nº 3.239/1999 instituiu a Política Estadual de Recursos Hídricos e criou o Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos – Segrhi. São integrantes do Segrhi: (i) o Conselho Estadual de Recursos Hídricos (Cerhi); (ii) o Fundo Estadual de Recursos Hídricos (Fundrhi); (iii) os Comitês de Bacia Hidrográfica (CBH's); e (iv) as Agências de Água.

Porém, o Projeto supracitado não possui o condão de engessar toda e qualquer ação pública voltada ao saneamento básico. Se assim fosse, estar-se-ia diante de modelagem de delegação contrária aos preceitos constitucionais que conferem ao Poder Público a competência para a promoção de programas de saneamento básico (art. 23, IX, da CF e art. 73, IX, CERJ) e o dever de preservação do meio ambiente (art. 225 da CF e art. 261 da CERJ).

A política ambiental não deve ser obstada pela desestatização vindoura. A desestatização deve ser instrumental à melhoria da qualidade ambiental, e não o inverso.

Na verdade, a Administração Pública eficiente requer a atuação coordenada entre os diversos segmentos públicos e privados, com vistas à concretização de direitos constitucionais, como à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Além disso, não se ignora a significativa dimensão da área da concessão em questão, cujo objeto se encontra dividido em quatro blocos de municípios a terem seus serviços delegados para concessionárias privadas. Mesmo que se conjecture uma celeridade significativa aos trâmites administrativos da concessão, a complexidade do projeto demandará tempo razoável para a execução dos compromissos assumidos.

Todavia, caso a Administração Pública, no exercício de seu juízo de conveniência e oportunidade, decida motivadamente executar obra na bacia hidrográfica do Guandu ou outra obra que se sobreponha àquelas adequadas ao atendimento das metas previstas no edital da licitação internacional em testilha, será recomendável a adoção de mecanismo compensatório para que a obra pública não seja imputada à concessionária, para fins de apuração de cumprimento de suas obrigações pactuais. Em outras palavras, eventuais obras realizadas com recursos públicos deverão representar um *plus* ambiental, e não atenuar as obrigações da concessionária.

O próprio caderno de encargos do edital da Concorrência Internacional nº 01/2020⁴ prevê um regime de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato caso o Estado ou a Cedae realize investimentos considerados de responsabilidade da concessionária:

6.19 Termo de Ajustamento Parcial de Conduta Celebrado entre Cedae, Estado do Rio De Janeiro e o Ministério Público Estadual, Oriundo da Ação Civil Pública Nº 0218928-66.2007.8.19.0001 – TAC PSAM / PDBG

A CEDAE e o ESTADO celebraram um TAC com o Ministério Público Estadual, assumindo o compromisso de realizar diversos investimentos no sistema de esgotamento sanitário da Região Metropolitana. Considerando o estágio de cada uma das obras incluídas neste compromisso, foi realizada a seguinte divisão:

(...)

2. Para as obras listadas no item 16.19.2, foi considerado que a CONCESSIONÁRIA será a responsável pela realização dos investimentos, devendo a CONCESSIONÁRIA considera-los em seu plano de investimentos. Para estes investimentos, desconsidera-se o delay descrito no item 3.3, devendo ser programadas para início no máximo um ano após o início da OPERAÇÃO DO SISTEMA e concluídas até o término do quinto ano a partir do início da OPERAÇÃO DO SISTEMA. **Caso o ente público (ESTADO ou CEDAE) realize alguns dos investimentos listados nesse subitem, haverá o reequilíbrio econômico-financeiro previsto na subcláusula 30.2 (IV) do CONTRATO.** (grifou-se)

⁴ Disponível em <<http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos/grupo2/ANEXO-IV-Caderno-de-Encargos.pdf>> . Acesso em 05 mar 2021.

A solução pode ser estendida a outras situações de execução de obras de saneamento com recursos públicos que, caso fossem realizadas pela concessionária, seriam contabilizadas para fins de atingimento de compromissos associados ao plano de investimento.

Conforme lições de Flávio Amaral⁵ e Alexandre Aragão⁶, a longa durabilidade e o dinamismo das relações negociais tornam os contratos concessionais naturalmente instáveis. Por essa razão, é recomendável que ajustes dessa espécie contenham mecanismos endocontratuais que permitam harmonizar a segurança jurídica e a mutabilidade inerentes à prestação de serviços e disponibilização de infraestrutura.

Caso contrário, o gasto público na execução da obra seria disfuncional, pois importará apenas em uma fonte de indireto enriquecimento sem causa de futura concessionária. Frustrar-se-iam os propósitos da desestatização. Correr-se-á, ademais, risco de que algum órgão de controle questione a higidez do processo licitatório de desestatização, sob a pressuposição de que o investimento público teria objetivado, por uma combinação furtiva com um dos licitantes, frustrar a igualdade entre os concorrentes no certame.

Já no que diz respeito à incorporação das obras públicas, caso elas sejam essenciais e indispensáveis à prestação regionalizada do serviço concedido, serão transferidas à futura concessionária responsável pela região (art. 18, X e XI⁷ e 23, X⁸, da Lei Federal nº 8.987/1995).

⁵ “Contratos complexos e incompletos, como são aqueles voltados para o setor de infraestrutura, e nos quais subjaz o dever de concretização de interesses públicos primários devem ser objeto de uma gestão contratual eficiente e de uma governação atenta às suas naturais incompletudes. Sob essa ótica, uma das preocupações centrais da regulação por contrato deve ser com a sua gestão. O delineamento de um processo racional e funcional do seu efetivo monitoramento é absolutamente indispensável para a consecução do interesse público. Muito há por avançar nesse campo. (...) A gestão e o monitoramento dos contratos regulatórios incompletos pressupõem também correta definição dos modos e meios de regular a relação contratual duradoura com vistas a assegurar a flexibilidade e a estabilidade necessárias para a manutenção do equilíbrio consensualmente estabelecido. A regulação contratual deve ocupar-se em estabelecer os mecanismos que instrumentalizam operativamente a mutabilidade – ou, em outros termos, perseguir a construção de esquemas contratuais que desenvolvam uma metodologia de processualização da mutabilidade que, para além de estar orientada pelos objetivos primários da preservação do contrato e do equilíbrio das posições contratuais, deve ser densificada em cláusulas contratuais estruturadas a partir de princípios de elevada carga axiológica, como o são a boa-fé, a confiança legítima e a segurança jurídica.” (GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, Parcerias e Regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 150).

⁶ “Os contratos administrativos em geral possuem uma proteção contra a instabilidade que inexistente nos contratos privados, proteção essa consistente basicamente na proteção da equação econômico-financeira inicial do contrato, que deve ser mantida diante de quaisquer fatos, naturais ou humanos, que alterem os seus elementos constitutivos, excetuando-se as alterações decorrentes de fatos previsíveis, inerentes à própria álea da economia e que nada tenham a ver com a atuação do Estado. Nos contratos de concessão de serviços públicos, em face da sua longa duração e ao fato de visarem ao exercício de uma atividade-fim do Estado, há uma especial preocupação do Legislador e dos tribunais em manter o seu equilíbrio econômico-financeiro. Se no decorrer da sua execução houver algum fato que a altere, seja impondo-lhe um maior custo (ex.: obrigação de construir abrigos para passageiros, não prevista originariamente) ou a sua diminuição (ex.: redução do percurso de linha de ônibus), a equação deve ser recomposta. A proteção do equilíbrio econômico-financeiro é determinada em diversos dispositivos das Leis n. 8.666/93, 8.987/95 e 9.074/95, e estamos com os que entendem que também possui esteio constitucional, mais especificamente na parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição (“mantidas as condições efetivas da proposta”) e no direito de propriedade inerente à iniciativa privada (arts. 5º, XXII, e 170, CF). A proteção especial da estabilidade das concessões ocorre não apenas diante da possibilidade de alteração administrativa unilateral de cláusulas do contrato, o que de fato representa um fator extra de instabilização contratual, como diante de fatos imprevisíveis em geral. No primeiro caso, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro é um contrapeso às regulares e previsíveis prerrogativas exorbitantes da Administração Pública na gestão dos contratos de que seja parte. No segundo, a proteção não existe para resguardar imediatamente o concessionário, mas sim a continuidade do serviço público e o interesse público atendido pelo contrato”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 808-809).

⁷ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: (...)

X - a indicação dos bens reversíveis;

XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

A minuta do contrato de concessão⁹ prevê o período de Operação Assistida do Sistema, espécie de fase de transição da prestação dos serviços às respectivas concessionárias. Nessa etapa, com duração de até 180 dias, a Cedae será integralmente responsável pela prestação dos serviços, cabendo à concessionária realizar o acompanhamento das atividades relacionadas à operação do sistema¹⁰.

Caberá ao Estado e a Cedae preservar os bens reversíveis¹¹ enquanto perdurar a Operação Assistida¹².

Tais bens só serão transferidos para a concessionária após a celebração do Termo de Transferência do Sistema¹³. O referido instrumento atribuirá à prestadora do serviço a responsabilidade pela manutenção do estado de funcionamento, conservação e segurança dos bens reversíveis durante a vigência do contrato¹⁴.

As estruturas, instalações, bens e equipamentos resultantes dos investimentos, bem como as obras necessárias à prestação do serviço, os prédios, as estruturas e as instalações executadas durante a vigência da concessão serão incorporadas ao sistema¹⁵ e passarão a ser operados pela concessionária nos termos contratuais¹⁶.

A incorporação de obras executadas pelo Estado dar-se-á por meio de alteração unilateral do ajuste, mediante a observância dos pressupostos e requisitos previstos no contrato e da manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro¹⁷. Previamente à modificação do contrato, o Estado deverá¹⁸:

i) assegurar e considerar a manifestação da concessionária quanto à compatibilidade técnica da obra com o sistema, a viabilidade física e financeira da incorporação, a necessidade de reforma, obras de adequação ou conclusão das instalações referidas, assim como a repercussão econômico-financeira da incorporação no âmbito do contrato; e

ii) disponibilizar à concessionária as informações técnicas da obra, assim como os documentos necessários para a sua avaliação para fins de apuração do equilíbrio econômico-financeiro.

Também devem ser encaminhados à concessionária, em até três meses da conclusão de cada uma das obras que tenham potencial para serem incorporadas ao sistema, 3 (três) exemplares completos das peças escritas e desenhadas (desenhos “*as built*”), definitivas em meio eletrônico e impresso que permita a sua reprodução de acordo com as normas técnicas aplicáveis¹⁹.

A inclusão ou supressão de obras na avença exigirá acordo entre as partes quanto à manutenção

⁸ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...)

X - aos bens reversíveis;

⁹ Disponível em <<http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos/grupo2/Contrato-de-Concessao.pdf>> . Acesso em 05 mar 2021.

¹⁰ Cláusulas 8.1 e 8.2.

¹¹ 1.1.8. BENS REVERSÍVEIS: conjunto de bens móveis e imóveis, englobando instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios integrantes dos sistemas de água e esgoto existentes, objeto da CONCESSÃO, essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, que será transferido à CONCESSIONÁRIA, bem como os demais bens essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA que vierem a ser adquiridos e/ou construídos pela CONCESSIONÁRIA, e que reverterão aos titulares dos SERVIÇOS, por intermédio do ESTADO, quando da extinção da CONCESSÃO;

¹² Cláusulas 8.1 e 24.2.14.

¹³ Cláusula 8.10, 24.2.1 e 24.2.13.

¹⁴ Cláusulas 9.9, 19.5, 25.2.29, 34.2.8, 34.2.14 e 34.2.18.

¹⁵ 1.1.64. SISTEMA: conjunto de infraestruturas ligadas à prestação dos SERVIÇOS, tais como, redes, ligações, estações elevatórias de água, estações elevatórias de esgoto, estações de tratamento de água, estações de tratamento de esgoto, poços de visita, interceptores, emissários, coletores troncos, dentre outras estruturas necessárias à prestação dos SERVIÇOS, na ÁREA DA CONCESSÃO descrita no Anexo 04 do EDITAL.

¹⁶ Cláusulas 10.5 e 10.5.1.

¹⁷ Cláusula 13.18, 33.1.1 e 33.1.2.

¹⁸ Cláusulas 13.19, 13.19.1 e 13.19.2.

¹⁹ Cláusula 13.20.

do reequilíbrio contratual²⁰, ou a adequação financeira será promovida pela agência reguladora²¹.

Extinta a concessão por advento do termo final do contrato, o serviço público concedido e os bens reversíveis serão transferidos automaticamente ao Estado, o qual deverá repassá-los, por conseguinte, aos titulares dos serviços (ou seja, os Municípios)²². Nas demais hipóteses de extinção da concessão, será necessário celebrar Termo de Reversão do Sistema²³.

A reversão dos bens essenciais é medida legal que, além de assegurar a continuidade da prestação do serviço (art. 35, § 1º, da Lei Federal nº 8.987/1995)²⁴, impede o aumento indevido do patrimônio da concessionária. Se, porventura, os bens reversíveis não tiverem sido amortizados durante a execução contratual, deverão ser indenizados (art. 35, § 4º, c/c art. 36 do referido diploma legal).

2.3 – DA POLÍTICA ESTADUAL DE RECURSOS HÍDRICOS E DOS RECURSOS DO FUNDO ESTADUAL DE RECURSOS HÍDRICOS

Tendo em vista que a consulente aventa que o custeio de obras será inclusive com recursos do Fundo Estadual de Recursos Hídricos – Fundrhi, cumpre examinar, ainda que de maneira superficial, a sua viabilidade jurídica. A análise se dará em abstrato, tendo em conta que a consulta não aponta para um projeto específico.

O Fundrhi consiste em fundo especial típico, e que, por tal motivo, possui receitas especificadas em lei e vinculadas ao atingimento de escopos fixados também em lei (art. 71 da Lei Federal nº 4.320/1963)²⁵.

O referido fundo teve a sua criação autorizada pela Lei Estadual nº 3.239/1999²⁶ e foi regulamentado pelo Decreto Estadual nº 35.724/2004²⁷. Seus recursos se destinam a financiar programas governamentais de recursos hídricos (art. 47, *caput*, da Lei Estadual nº 3.239/1999)²⁸ e devem ser aplicados tendo em conta as diretrizes do Plano Estadual de Recursos Hídricos – Perhi e do respectivo Plano de Bacia Hidrográfica – PBH, sem deixar de lado a compatibilização com as leis orçamentárias estaduais (art. 49, *caput*).

No que diz respeito ao financiamento de obras com recursos do Fundrhi, a alínea *a* do inciso I do art. 49 da Lei Estadual nº 3.239/1999 assim prevê:

Art. 49 – A aplicação dos recursos do Fundo Estadual de Recursos Hídricos

²⁰ Cláusula 33.2 e 33.2.2.

²¹ Cláusula 13.19.3.

²² Cláusulas 46.1 e 46.1.1.

²³ Cláusulas 46.4 e 46.5.

²⁴ Art. 35 (...)

§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

²⁵ Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

²⁶ Institui a Política Estadual de Recursos Hídricos; cria o Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos; regulamenta a Constituição Estadual, em seu artigo 261, parágrafo 1º, inciso VII; e dá outras providências.

²⁷ Art. 1º - O Fundo Estadual de Recursos Hídricos do Estado do Rio de Janeiro - FUNDRHI, de natureza e individualização Contábeis e vigência ilimitada, instituído através do Decreto nº 30.203, de 13 de dezembro de 2001, revogado pelo Decreto nº 32 767, de 11 de fevereiro de 2003, incluído no âmbito da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Urbano – SEMADUR, é regido na forma do disposto na lei nº 3.239, de 02 de agosto de 1999, na Lei nº 4247, de 16 de dezembro de 2003, e neste Decreto .

²⁸ Art. 47 - Fica autorizada a criação do Fundo Estadual de Recursos Hídricos (FUNDRHI), de natureza e individualização contábeis, vigência ilimitada, destinado a desenvolver os programas governamentais de recursos hídricos, da gestão ambiental.

(FUNDRHI) deverá ser orientada pelo Plano Estadual de Recursos Hídricos (PERHI) e pelo respectivo Plano de Bacia Hidrográfica (PBH), e compatibilizada com o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e o Orçamento Anual do Estado, observando-se o seguinte:

I - os valores arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos, inscritos como receita do FUNDRHI, serão aplicados na região ou na bacia hidrográfica em que foram gerados, e utilizados em:

a) financiamento de estudos, programas, projetos e **obras incluídos nos respectivos PBH's**, inclusive para proteção de mananciais ou aquíferos; (grifou-se).

De acordo com o dispositivo acima transcrito, o dispêndio de valores do Fundrhi deve se dar em benefício da região ou bacia hidrográfica na qual ocorreu a arrecadação pelo uso de recursos hídricos.

Além disso, o gasto precisa estar em conformidade com o PBH –elaborado pela Agência de Água ou entidade delegatária (art. 59, X, da Lei Estadual nº 3.239/1999²⁹ e art. 1º da Lei Estadual nº 5.639/2010³⁰, respectivamente) e aprovado pelo respectivo Comitê de Bacia Hidrográfica – CBH (art. 55, II, da Lei Estadual nº 3.239/1999³¹).

Para obras de uso múltiplo ou de interesse comum ou coletivo a serem executadas em mais de uma bacia hidrográfica, é viável o custeio rateado com base nas condições aprovadas pelos CBH's (art. 55, IV, da Lei Estadual nº 3.239/1999)³².

Assim, é juridicamente possível realizar obras em regiões ou bacias hidrográficas com recursos do Fundrhi, desde que cumpridas as exigências legais específicas, bem como a legislação referente à licitação e contratos e o disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)³³.

²⁹ Art. 59 - Compete à Agência de Água, no âmbito de sua área de atuação: (...)

X - elaborar as propostas dos Planos de Bacia Hidrográfica (PBH's), para apreciação pelos respectivos CBH's;

³⁰ Art. 1º O órgão gestor e executor da Política Estadual de Recursos Hídricos poderá firmar contratos de gestão, por prazo determinado, com entidades sem fins lucrativos com obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros - no desenvolvimento das próprias atividades, vedada a sua distribuição - entre os seus associados, conselheiros, diretores ou doadores que se enquadrem no disposto pelos incisos I, II, III e V do Art. 62 da Lei Estadual nº 3239, de 02 de agosto de 1999, que receberem delegação do Conselho Estadual de Recursos Hídricos para exercer funções de competência da Agência de Água, definida no Art. 56 e com competências estabelecidas no Art. 59 da mesma lei, enquanto estas não estiverem constituídas.

³¹ Art. 55 - Os Comitês de Bacia Hidrográfica (CBH's) têm as seguintes atribuições e competências:

(...)

II - aprovar e encaminhar ao CERHI a proposta do Plano de Bacia Hidrográfica (PBH), para ser referendado;

³² Art. 55 - Os Comitês de Bacia Hidrográfica (CBH's) têm as seguintes atribuições e competências: (...)

IV - aprovar as condições e critérios de rateio dos custos das obras de uso múltiplo ou de interesse comum ou coletivo, a serem executadas nas bacias hidrográficas;

³³ Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

Além dos requisitos normativos acima mencionados, é preciso observar as restrições impostas pelo Decreto Estadual nº 46.993/2020, que suspendeu novas despesas de caráter não essencial no âmbito do Poder Executivo estadual durante o período de calamidade pública³⁴.

De acordo com o referido ato regulamentar, obras e instalações são despesas de caráter não essencial, salvo se realizadas por unidades orçamentárias que atuem diretamente no enfrentamento à pandemia provocada pela Covid-19 (art. 2º, *caput*, e §1º, e anexo)³⁵.

Excepcionalmente, para fins de empenhamento de despesa suspensa, poderão ser observados os requisitos do art. 5º do Decreto Estadual nº 46.993/2020, modificado pelo Decreto Estadual nº 47.163/2020. Veja-se:

Art. 5º - O empenhamento de despesa suspensa pelo presente Decreto para a qual se verifique razão legítima, de interesse público, para sua realização, deverá ser precedido de juntada ao processo de declaração justificada do titular da pasta reconhecendo a essencialidade da despesa face às particularidades das atividades setoriais em conformidade com uma das hipóteses abaixo:

I - despesa decorrente diretamente de obrigação legal ou de ajuste celebrado com órgão de controle externo;

II - despesa diretamente relacionada à incremento na geração de receitas;

III - despesa diretamente relacionada à redução de despesas correntes;

IV - despesas cuja interrupção possa diretamente resultar em agravamento de vulnerabilidade econômico-social, tais como: demissão de número expressivo de funcionários ou interrupção de serviço assistencial ou de natureza semelhante;

V - despesa cuja interrupção possa resultar, diretamente, na interrupção de serviço essencial, considerando que não há outra forma menos onerosa

§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.

³⁴ Dispõe sobre a contenção de despesas durante período de calamidade pública, e dá outras providências.

³⁵ Art. 2º - Para efeito deste decreto entende-se por despesas não essenciais as despesas previstas no Anexo.

§ 1º- Ficam excepcionalizadas das restrições do *caput* as Unidades Orçamentárias que atuem diretamente no enfrentamento à Pandemia provocada pelo alastramento do COVID-19, especialmente as abaixo elencadas:

I - Secretaria de Estado de Saúde;

II - Fundo Estadual de Saúde;

III - Fundação Saúde do Estado do Rio de Janeiro;

IV - Instituto Vital Brazil;

V - Instituto de Assistência aos Servidores do Estado do Rio de Janeiro;

VI - Secretaria de Estado de Polícia Militar;

VII - FUNESPOM

VIII - Secretaria de Estado de Polícia Civil

IX - FUNESPOL

X - Secretaria de Estado de Defesa Civil;

XI - Fundo Especial do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro;

XII - Secretaria de Estado de Governo, nas ações orçamentárias referentes à Operação Segurança Presente.

XIII - Fundação Universidade do Estado do Rio de Janeiro, no que tange às unidades de saúde Hospital Pedro Ernesto e Clínica Píquet Carneiro; (Incluído pelo Decreto Estadual nº 46.999/2020)

XIV - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, no que tange a pesquisas que tenham por objeto o enfrentamento à pandemia do COVID-19; (Incluído pelo Decreto Estadual nº 46.999/2020)

XV - Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos; (Incluído pelo Decreto Estadual nº 47.021/2020)

XVI - Fundação Leão XIII (Incluído pelo Decreto Estadual nº 47.021/2020).

de atingimento do mesmo objetivo;

VI - despesa cuja interrupção possa gerar prejuízo financeiro imediato e demonstrável, tais como multas e juros ou indenizações a terceiros.

Quanto ao ponto, vale frisar que, conforme consta na consulta, os projetos e/ou obras pretendidos abarcam ações de saneamento básico.

Os serviços de saneamento básico são legalmente reconhecidos como de natureza essencial (art. 50, § 2º, da Lei Federal nº 11.445/2007)³⁶, o que se dá, inclusive, em razão de sua estreita correlação com a promoção da saúde pública, conservação dos recursos naturais e outros interesses sociais e difusos relevantes (art. 2º, VI, da Lei Federal nº 11.445/2007)³⁷.

São, portanto, iniciativas de elevado interesse público, com grande impacto social e econômico, sobretudo no presente contexto pandêmico. Estudos produzidos por organizações internacionais revelam que a falta de saneamento compromete a qualidade de vida dos cidadãos, favorecendo a proliferação de patologias³⁸. Por outro lado, investimentos no saneamento podem promover significativa economia de gastos na saúde pública³⁹.

Logo, as ações de saneamento e proteção dos recursos hídricos custeadas com recursos do Fundrhi podem ser reconhecidas como essenciais pelo Secretário de Estado, uma vez que são enquadráveis em gasto com saúde pública, para fins do disposto nos incisos IV e V do art. 5º do Decreto Estadual nº 46.993/2020.

Insta, além disso, salientar que a parte final do art. 96 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro – ADCT da CERJ contempla a imperatividade de execução do saldo remanescente dos fundos estaduais atingidos pela desvinculação estatuída pela Emenda Constitucional nº 73/2019 – aqui incluído o Fundrhi (interpretação do art. 94 e, *a contrario sensu*, do art. 95 do ADCT, incluídos pelos arts. 1º e 2º da Emenda Constitucional nº 73/2019)⁴⁰. *In verbis*:

³⁶ Art. 50 (...)

§ 2º A União poderá instituir e orientar a execução de programas de incentivo à execução de projetos de interesse social na área de saneamento básico com participação de investidores privados, mediante operações estruturadas de financiamentos realizados com recursos de fundos privados de investimento, de capitalização ou de previdência complementar, em condições compatíveis com a natureza essencial dos serviços públicos de saneamento básico.

³⁷ Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: (...)

VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;

³⁸ Cfr. <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5458:oms-2-1-bilhoes-de-pessoas-nao-tem-agua-potavel-em-casa-e-mais-do-dobro-nao-dispoem-de-saneamento-seguro&Itemid=839>. Acesso em 05 mar 2021.

³⁹ Cfr. <http://www.funasa.gov.br/todas-as-noticias/-/asset_publisher/lpnzx3bJYv7G/content/-cada-real-gasto-em-saneamento-economiza-nove-em-saude-disse-ministro-da-saude?inheritRedirect=false>. Acesso em 05 mar 2021.

⁴⁰ Art. 94 São desvinculados das destinações constitucionais e legais previstas, 30% (trinta por cento) da disponibilidade financeira (saldo) dos Fundos do Estado do Rio de Janeiro, do Poder Executivo, 20% (vinte por cento) para o Fundo Especial da Polícia Militar do Estado do Rio De Janeiro – FUNESPOM – e 20% (vinte por cento) para o Fundo Especial do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio De Janeiro – FUNESBOM.

§ 1º Os recursos desvinculados previstos no caput deverão ser transferidos à Conta Única do Tesouro Estadual até 31 de janeiro do exercício seguinte ao da apuração da disponibilidade financeira. § 2º Fica excetuada da base de cálculo da desvinculação prevista no caput a parcela integrante do Fundo Especial da Polícia Militar do Estado do Rio De Janeiro – FUNESPOM – oriunda da contribuição consignada do soldo do servidor policial militar em folha de pagamento.

Art. 95 A desvinculação de que trata o artigo anterior da presente Emenda Constitucional **não** se aplica aos seguintes Fundos do Poder Executivo:

I – Fundo Especial Acadepol;

II – Fundo Estadual da Cultura;

III – Fundo de Recuperação Econômica de Municípios Fluminenses;

Art. 96 - Enquanto perdurar o Estado de Calamidade Financeira no âmbito da Administração Pública, além do percentual disposto no artigo 94 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Poder Executivo poderá desvincular e utilizar o percentual adicional de 20% (vinte por cento) da disponibilidade financeira (saldo) do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano – FECAM –, **ficando obrigada a execução do saldo remanescente dos fundos de que trata o artigo 1º desta Emenda Constitucional.** (grifou-se).

Não obstante à atecnicidade do dispositivo autorizativo acima colacionado⁴¹, depreende-se de sua redação que, apesar da significativa desvinculação finalística de fundos estaduais, contemplou-se na própria Emenda Constitucional uma contrapartida, a saber: o orçamento dos fundos, uma vez concretizadas as entradas de receitas correlatas, passam a ter caráter vinculante, e não meramente autorizativo. Tendo disponibilidade financeira, a execução é obrigatória⁴².

IV – Fundo de Microcrédito para Empreendedores das Comunidades Pacificadas do Rio de Janeiro – Fundo UPP Empreendedor;

V – Fundo Estadual de Assistência Social – FEAS;

VI – Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico;

VII – Fundo Estadual de Fomento à Economia Popular Solidária;

VIII – Fundo Especial da Polícia Civil – Funespol;

IX – Fundo para Infância e Adolescência – FIA;

X – Fundo Estadual de habitação de Interesse Social – FEHIS;

XI – Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais - FECP.

Cfr. ainda o art. 94 do ADCT, incluído pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 73/2019

Art. 94 São desvinculados das destinações constitucionais e legais previstas, 30% (trinta por cento) da disponibilidade financeira (saldo) dos Fundos do Estado do Rio de Janeiro, do Poder Executivo, 20% (vinte por cento) para o Fundo Especial da Polícia Militar do Estado do Rio De Janeiro – FUNESPOM – e 20% (vinte por cento) para o Fundo Especial do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio De Janeiro – FUNESBOM. (...)

⁴¹ A EC nº 73/2019 é fruto de Proposta de Emenda Constitucional de autoria do Poder Executivo estadual (PEC nº 31/2019). Ocorre que foram apresentadas emendas parlamentares à PEC, tendo sido produzido novo texto pela Comissão de Emendas Constitucionais da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro – Alerj, restando definida a desvinculação orçamentária de 6 (seis) fundos estaduais em percentuais que variam de 20% (vinte por cento) a 50% (cinquenta por cento), entre outras providências. Foi nesse contexto que se incluiu, na parte final do art. 96, o seguinte trecho: “*ficando obrigada a execução do saldo remanescente dos fundos de que trata o artigo 1º desta Emenda Constitucional*”. (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO DE JANEIRO. **Desvinculação de recursos de fundos estaduais é aprovada pela Alerj.** 17 de dezembro de 2019. Disponível em: < <http://www.alerj.rj.gov.br/Visualizar/Noticia/47954> >. Acesso em 01 de março de 2021).

Além da incorreção redacional – ao mencionar “*o art. 1º desta Emenda Constitucional*”, refere-se, na verdade, ao art. 94, também acrescido pelo art. 1º desta mesma EC nº 73/2019 –, também se vislumbra atecnicidade na inserção do comando à parte final do art. 96. Melhor dizendo, o art. 96 contém duas normas distintas: (i) a previsão de hipótese excepcional autorizativa de desvinculação extra dos recursos do Fecam durante o estado de calamidade financeira; e (ii) a obrigatoriedade de execução dos saldos remanescentes nos fundos estaduais após a realização da desvinculação autorizada pelo art. 94. A primeira norma se refere exclusivamente aos recursos do Fecam, os quais poderão sofrer desvinculação adicional na ordem de 20% (vinte por cento), ao passo que a segunda se traduz em norma de orçamento impositivo aplicável a todos os fundos estaduais atingidos pela desvinculação.

⁴² Soma-se às desvinculações previstas no ADCT da CERJ, a desvinculação de receitas dos Estados – DRE operada pelo art. 76-A do ADCT da Constituição Federal de 1988. A norma determina que 30% (trinta por cento) de diversas receitas estaduais e distritais permanecerão desvinculadas de órgão, fundo ou despesa até 31 de dezembro de 2023, salvo algumas exceções.

Assim, é possível sintetizar a aplicação desses preceitos constitucionais ao Fundrhi da seguinte forma: observada a desvinculação de receitas estaduais (art. 76-A do ADCT da CF/88) e a desvinculação de 30% da disponibilidade financeira do Fundrhi (art. 94 do ADCT da CERJ), o saldo remanescente deverá ser obrigatoriamente executado em programas governamentais de recursos hídricos. Vale a transcrição do preceito:

“Art. 76-A. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) das receitas dos Estados e do Distrito Federal relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes.

Considerando o atual cenário de orçamento impositivo, é relevante se atentar para que eventual contingenciamento de despesas não colida com a necessidade de performar os programas custeados pelo Fundrhi. Em outros termos, as medidas de comedimento de gastos não podem ensejar o dispêndio dos recursos do Fundo aquém aos saldos das desvinculações constitucionais.

Por todo o exposto, o empenhamento de despesa suspensa, quando custeada com recursos do Fundrhi, exigirá prévia juntada ao feito de declaração justificada do titular da pasta reconhecendo a essencialidade da despesa face às particularidades das atividades setoriais, em consonância com o art. 5º do Decreto Estadual nº 46.993/2020, alterado pelo Decreto Estadual nº 47.163/2020 e, ainda, a ligação do gasto com a obrigação constitucional prevista no art. 96, parte final, do ADCT da CERJ.

3. CONCLUSÃO

Considerando as premissas expostas neste pronunciamento jurídico, passa-se a responder objetivamente as perguntas formuladas na consulta *sub examine*:

- 1) ***É legalmente adequado que um ente do Poder Público (Seas, Cedae ou municípios, por exemplo) realize ações de saneamento e proteção da segurança hídrica da região do Guandu com recursos públicos, por exemplo recursos do FUNDRHI ou da CEDAE (sabendo que a gestão da ETA Guandu permanecerá com a Cedae)? E, no caso dessas ações serem executadas pelo Comitê de Bacia, há algum impedimento normativo?***

Em princípio, o projeto de concessão dos serviços da Cedae não impede a realização de políticas públicas relevantes para a gestão e segurança dos recursos hídricos, sobretudo quando se tratar de ações custeadas com verbas do Fundrhi, verdadeiro instrumento econômico garantidor dos programas governamentais dessa espécie (art. 49, I, *a*, da Lei Estadual nº 3.239/1999).

Para tanto, devem ser cumpridas as exigências legais específicas, bem como a legislação referente à licitação e contratos e o disposto no art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Enquanto vigente o Decreto Estadual nº 46.993/2020, caso o Sr. Secretário de Estado entenda subsistir razão legítima de interesse público, far-se-á necessário acostar ao processo administrativo declaração justificada reconhecendo a essencialidade da despesa face às particularidades das atividades desempenhadas com os recursos do Fundrhi conformadas à hipótese prevista no art. 5º do referido Decreto e com fulcro no orçamento impositivo previsto no art. 96, parte final, do ADCT da CERJ.

Quanto à competência dos Comitês de Bacia Hidrográfica, recomenda-se que este questionamento seja encaminhado por via própria, instruído com a especificação das ações e/ou obras pretendidas. A matéria demanda manifestação jurídica no caso concreto.

- 2) ***Os investimentos supra mencionados seriam incorporados a ganhadora da concessão que controlará os ativos da Cedae? Se forem incorporados, estaríamos investindo recursos públicos gerando benefício à adquirente dos ativos da CEDAE, afetando as suas metas previstas no edital?***

Os bens públicos essenciais e indispensáveis à prestação do serviço concedido serão transferidos às concessionárias após a celebração do Termo de Transferência do Sistema (art. 18, X e

Parágrafo único. Excetuam-se da desvinculação de que trata o caput:

- I - recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, os incisos II e III do § 2º do art. 198 e o art. 212 da Constituição Federal;
- II - receitas que pertencem aos Municípios decorrentes de transferências previstas na Constituição Federal;
- III - receitas de contribuições previdenciárias e de assistência à saúde dos servidores;
- IV - demais transferências obrigatórias e voluntárias entre entes da Federação com destinação especificada em lei;
- V - fundos instituídos pelo Poder Judiciário, pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público, pelas Defensorias Públicas e pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.”

XI e 23, X, da Lei Federal nº 8.987/1995 e cláusulas da minuta do contrato).

As estruturas, instalações, bens e equipamentos resultantes dos investimentos, bem como as obras necessárias à prestação do serviço, os prédios, as estruturas e as instalações executados durante a vigência da concessão serão incorporadas ao sistema e passarão a ser operados pela concessionária nos termos contratuais.

Extinta a concessão, tais bens serão revertidos ao Poder Público.

Caso determinada obra seja executada com recursos públicos, ela não deverá ser computada para fins de atingimento de meta da concessionária, cabendo, nesse caso, a adoção de mecanismo compensatório para a preservação da higidez da licitação e do contrato. Ou seja, as obras realizadas com dinheiro público deverão representar um *plus* ambiental, e não atenuar as obrigações da concessionária.

3) *Em sendo possível a aplicação desses recursos públicos por quaisquer dos atores mencionados nas perguntas anteriores, caso a concessão seja finalizado e a nova concessionária assuma o serviço durante realização das obras, haverá a necessidade de alguma formalidade especial para a garantia de que a obra realizada seja incorporada pela nova concessionária?*

Caso a obra já tenha sido concluída antes da celebração do Termo de Transferência do Sistema, em até 180 dias após o início da vigência do contrato, a sua transferência dar-se-á em conjunto com os demais bens reversíveis, mediante a subscrição do referido termo.

Se, porventura, a incorporação da obra executada pelo Estado se der depois de firmado o Termo de Transferência do Sistema, o Estado poderá promovê-la por meio de alteração unilateral do contrato. Para tanto, deverão ser cumpridas as obrigações prévias contidas nas cláusulas 13.19, 13.19.1, 13.19.2 e 13.20 do contrato.

Eventual inclusão ou supressão de obras e serviços no objeto do contrato exigirá acordo entre as partes devidamente justificado.

Tendo em vista que a matéria possui potencial impacto no Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto estadual, submetam-se os autos à PGE (PG-15, com vistas à PG-02, notadamente ao Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020), com fulcro no art. 4º, V, *h*, do Decreto Estadual nº 40.500/07⁴³ (com redação dada pelo Decreto Estadual nº 46.552/19), para manifestação acerca da presente consulta e exercício do controle e supervisão das conclusões contidas neste parecer.

Rio de Janeiro, 05 de março de 2021.

LEONARDO DAVIS QUINTANILHA DE OLIVEIRA

Procurador do Estado

Assessor Chefe – Assjur/Seas

⁴³ Art. 4º - Compete aos órgãos locais e setoriais do Sistema Jurídico do Estado: (...)

V - analisar, previamente, e, em seguida, devidamente instruído com parecer conclusivo, submeter à Procuradoria Geral do Estado os procedimentos que tenham por objeto: (...)

h) matéria de grande importância, impacto ou possibilidade de repercussão geral para a Administração Pública;

MARIANA SILVA MAIER HAGE

Assessora Jurídica

Assjur/Seas

VISTO

Visto. Aprovo o Parecer nº 11/2021 – LDQO – ASSJUR/SEAS, por meio do qual, a partir de consulta formulada pelo titular da Subsecretaria de Recursos Hídricos da Secretaria de Estado do Ambiente e Sustentabilidade – Subrhes/Seas, analisou a viabilidade jurídica da utilização de recursos públicos para o desenvolvimento de novos projetos e/ou obras de saneamento em municípios contemplados pelo caderno de encargos do processo licitatório sob a modalidade de concorrência internacional (Concorrência Internacional nº 01/2020).

Na esteira das premissas assentadas no opinamento em análise, reconheço que o Projeto de Desestatização da CEDAE não possui o condão de obstar toda e qualquer ação pública voltada ao saneamento básico, de modo que caso a Administração Pública, no exercício de seu juízo de conveniência e oportunidade, decida motivadamente executar obra na bacia hidrográfica do Guandu ou outra obra que se sobreponha àquelas adequadas ao atendimento das metas previstas no edital da licitação internacional em andamento, será **necessária a adoção de mecanismo compensatório para que a intervenção estatal seja considerada para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, observadas os preceitos do ajuste celebrado, sem que isso necessariamente represente o incremento das metas inicialmente pactuadas.**

Não há como se estabelecer, no momento, uma solução definitiva e abstrata para eventual repercussão nas metas contratuais, o que deverá ser objeto de análise específica, à luz das circunstâncias concretas e dos limites do contrato de concessão. **O que se está a definir, nesta oportunidade, é apenas que não há obstáculos para a continuidade de medidas estatais vinculadas ao saneamento, napendência do processo de desestatização da Companhia estadual.**

No tocante ao critério de incorporação de bens à concessão, reconheço, na linha do parecer em destaque, que **deverá observar critérios previstos no edital e no contrato para o disciplina de bens reversíveis, sendo fundamental o tratamento da matéria também sob a lógica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.**

De resto, me reporto integralmente aos termos do Parecer nº 11/2021 – LDQO – ASSJUR/SEAS, que também foi submetido ao Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020, conforme ata de reunião realizada no dia 12/03/21.

À Secretaria de Estado do Ambiente, em devolução.

Rio de Janeiro, 30 março de 2021

RAFAEL ROLIM DE MINTO

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Estado em Juízo

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Origem:

Processo nº 0001674-76.2021.8.19.0000

Órgão Especial do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pessoa jurídica de direito público interno, neste ato representado pela Procuradoria Geral do Estado, com fundamento no artigo 4º da Lei nº 8.437/1992 e no artigo 1.059 do CPC/2015, vem requerer a presente **SUSPENSÃO DE LIMINAR**, em decorrência dos fatos e dos fundamentos a seguir aduzidos:

1 - ANTECEDENTES

Trata-se, na origem, de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Exmo. Sr. Deputado Estadual Luis Paulo Correa da Rocha e outros contra o Decreto estadual nº 47.422/2020, ato subordinado e secundário editado com o base em delegação de competência da Região Metropolitana, titular do serviço público de saneamento básico. Confira-se o teor do ato impugnado:

“DECRETO Nº 47.422 DE 23 DE DEZEMBRO DE 2020

DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO E DOS SERVIÇOS COMPLEMENTARES DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em exercício, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, **considerando o disposto nos instrumentos de gestão associada interfederativa celebrados com titulares dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitários**, nos termos do art. 241, da Constituição e em atendimento ao art. 5º da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conforme Processo Administrativo nº SEI-120207/000707/2020.

CONSIDERANDO:

- ser de competência comum dos entes públicos integrantes das três esferas federativas, nos termos do art. 23, inc. IX, da Constituição, implementar políticas públicas e programas que assegurem, de forma eficiente e economicamente sustentável, melhorias nas condições de saneamento básico;
- que a universalização dos serviços públicos de saneamento básico, dentre os quais se destacam os serviços de esgotamento e fornecimento de água tratada, é um vetor fundamental para garantir, entre outros aspectos

essenciais da dignidade humana, o direito à saúde e à proteção ao meio ambiente;

- a necessidade de compartilhamento interfederativo de responsabilidades para que se viabilize a ampliação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário adequado, em atendimento aos prazos legalmente estabelecidos, assim como a necessidade de proteção ao meio ambiente;

- que a Lei federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e, dentre os princípios fundamentais elenca a prestação regionalizada dos serviços com o objetivo de gerar ganhos de escala e propiciar a universalização e a viabilidade técnica e econômico- financeira do saneamento básico, admitindo a cooperação federativa para o exercício de funções públicas, tais quais a prestação, organização, fiscalização e regulação;

- **que o Estado do Rio de Janeiro, por meio de delegação dos titulares dos serviços, assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário;**

- **que, não obstante o papel desempenhado pelo Estado do Rio de Janeiro, os titulares dos serviços remanescerão responsáveis pelo planejamento, fiscalização e acompanhamento dos resultados das concessões contratadas.**

DECRETA:

Art. 1º - Fica autorizada a abertura de procedimento licitatório sob a modalidade de concorrência internacional, a ser julgada pelo critério de maior oferta, com o fim de selecionar a proposta mais vantajosa para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário cujos titulares constituíram gestão associada com o Estado do Rio de Janeiro.

Art. 2º - A área objeto da licitação consiste na área urbana das sedes municipais e respectivos distritos urbanos integrantes de cada um dos Municípios inseridos nas quatro concessões a serem licitadas pelo Estado do Rio de Janeiro. Parágrafo Único - A área urbana a ser considerada é aquela delimitada nos Planos Diretores de cada município e, na ausência deste plano, no definido pela legislação municipal ou, por último, pelo IBGE.

Art. 3º - O prazo da concessão dos serviços objeto do presente Decreto será de até 35 (trinta e cinco) anos somados ao período inicial de operação assistida do sistema, em conformidade com as normas e os termos do Edital de licitação e seus anexos.

Art. 4º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação” (grifos acrescentados).

Segundo os representantes, o ato impugnado violaria “o artigo 3º da Lei estadual nº 2831, de 13 de novembro de 1997, que estabelece o prazo de concessão de 25 (vinte e cinco) anos, sendo que o aludido Decreto estipula prazo maior, qual seja, 35 (trinta e cinco) anos” (p.4).

Com base nessa premissa absolutamente equivocada, os representantes afirmaram que haveria inconstitucionalidade por “violação à hierarquia das normas”, uma vez que a matéria estaria

submetida à reserva legal, *in verbis*:

“Os princípios da simetria e da hierarquia das leis preconizam que um ato legislativo em sentido formal, que vise a alterar outro ato legislativo vigente, somente pode ser realizado da mesma forma que seu ato constitutivo, ou seja, os princípios em destaque proíbem a revogação de artigos de Lei Estadual por meio de Decreto, norma inferior, permitindo, entretanto, que esta modificação venha a ocorrer somente por Emenda à Lei. **Do contrário, violar-se-iam: o art. 3º da Lei Estadual nº 2831/1997** e os artigos 70; 98, IV; e 145, IV da CE/89” (grifos acrescentados – p.6).

Alegou-se, ainda, que o Decreto seria inconstitucional por violar a Lei estadual nº 7529/2017¹ e a Lei Complementar nº 184/2018².

Diante dessa argumentação, o pedido cautelar foi parcialmente deferido, ad referendum do plenário, “*apenas para reduzir o prazo de concessão de trinta e cinco anos para vinte e cinco anos, isto se entre a presente decisão e o leilão de concessão, não ocorrer alteração por meio de lei em sentido estrito que venha a ampliar o prazo dos contratos de concessão para trinta e cinco anos*”.

Foi interposto agravo interno contra essa decisão, oportunidade na qual se demonstrou que a medida cautelar ensejava **grave periculum in mora inverso**, uma vez que o prazo de duração da concessão é um dos principais vetores da modelagem da delegação do serviço, cuja variação afeta o interesse na participação, o preço a ser apresentados e, sobretudo, as metas de universalização do serviço, exigidas pelo marco legal do saneamento básico (Lei federal nº 14.026/2020).

Para além disso, demonstrou-se que não se encontrava presente a **fumaça do bom direito** necessária à concessão da medida cautelar, na medida em que:

(a) a representação de inconstitucionalidade não merecia ser sequer conhecida, porquanto **(i) voltada a impugnar ato subordinado e secundário (Decreto), assim como (ii) utilizou lei ordinária e complementar como parâmetro de controle e (iii) não impugno especificamente o ato do Conselho Diretor da Região Metropolitana que serviu de base para a fixação do prazo de concessão.**

(b) no mérito, partiu-se da falsa premissa de que a Lei estadual nº 2831/1997 seria aplicável à concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário de titularidade da Região Metropolitana.

A despeito dessa argumentação, **que em tudo se alinha com o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, no sentido do indeferimento da medida cautelar (fls. 128/152)**, a cautelar foi mantida nos seguintes termos:

“Aos agravados (agravo interno).

¹ Autoriza o Poder Executivo a alienar ações representativas do capital social da companhia estadual de águas e esgotos – CEADE e dá outras providências.

² 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.

De logo peço data para a primeira Sessão próxima do OE, visto que decisão submetida à aprovação do Colegiado.

Por ora, mantenho como se encontra a decisão agravada, pois ao contrário de como pensa o ERJ, a questão não é de legalidade, simplesmente, mas de afronta direta a Constituição. Decreto executivo que adentrou em espaço reservado à Lei”.

Considerando o prazo processual para o agravado apresentar contrarrazões, aliado à demora inerente ao processamento e inclusão de recursos na pauta de julgamentos, essa decisão, na prática, transferiu a reapreciação da cautelar pelo Órgão Especial para momento posterior à data designada para a entrega das propostas dos licitantes, marcada para o próximo dia 27 de abril.

Isso esvaziará o próprio Decreto nº 47.422/2020 impugnado na ação direta de inconstitucionalidade estadual, em clara lesão à ordem administrativa.

A agravar esse cenário está o fato de que a medida cautelar compromete, com o respeito devido, a ordem administrativa e a saúde e a economia públicas, porquanto impede que a Região Metropolitana e os Municípios que a integram deem concretude às metas de universalização do saneamento básico imposta pelo Marco Legal do Saneamento Básico, atualizado pela Lei nº 14.026/2020.

É o que se passa a demonstrar.

2- CABIMENTO DA CONTRACAUTELA

Dispõe o artigo 4º da Lei nº 8.437/1992 que:

“Art. 4º - Compete ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

Ademais, preceitua o artigo 1.059 do CPC que: *“À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009”.*

Nesse passo, admite-se plenamente tanto na jurisprudência (v.g. STA- AgR56/AM), quanto na doutrina, o cabimento de medida de contracautela contra quaisquer tutelas provisórias concedidas que tenham repercussão contra a Fazenda Pública, especialmente em hipóteses como a presente, na qual o recurso cabível (agravo interno) seria desprovido de efeito suspensivo, *in verbis*:

*“Atualmente, contudo, **o pedido de suspensão cabe em todas as hipóteses em que se concede provimento de urgência contra a Fazenda Pública** ou quando a sentença contém efeitos imediatos, por ser impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo. É que, sempre que se concede uma ‘cautela’ contra o Poder Público, admite-se, em contrapartida, uma contracautela. O*

pedido de suspensão é, pois, a contracautela que se confere à Fazenda Pública. Daí se poder dizer que, hoje em dia, há a suspensão de liminar, a suspensão de segurança, a suspensão de sentença, a suspensão de acórdão, a suspensão de cautelar, a suspensão de tutela antecipada e assim por diante” (destacamos)³.

Saliente-se ainda que, nos termos da jurisprudência do e. STF, em hipóteses como a presente, de urgência e de evidente plausibilidade jurídica da tese defendida, não se exige esgotamento de instância ordinária para fins de fixação de competência desse Supremo Tribunal em suspensão de liminar. Nesse sentido:

“Inicialmente, reitero a competência deste Supremo Tribunal para apreciar o presente pedido, tendo em vista que a discussão apoia-se em fundamento constitucional, gravitando em torno da interpretação e aplicação dos arts. 2º e 84, VI, “a”, ambos da Constituição da República.

No tocante a alegada inadmissibilidade do pleito suspensivo, por conta do não esgotamento da instância ordinária pelo requerente, esclareço que, em caso de urgência e evidente plausibilidade jurídica da tese defendida, esta Corte admite hipótese de flexibilização à regra” (SL 968/RJ, rel. Ministro Ricardo Lewandowsky, j. 14.01.2020).

Além disso, nos termos da jurisprudência do STF, não há óbice ao conhecimento de suspensão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade estadual, nos casos como o presente em que a subtração da eficácia do ato impugnado produz efeitos concretos e imediatos que resultem em grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. ADMISSIBILIDADE DE REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. EFEITOS EX NUNC. CESSAÇÃO DOS EFEITOS DA SUSPENSÃO DE LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO POR PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. (grifos acrescentados).

(SL 879 AgR, STF, Plenário, Relatora Min. Carmen Lucia, j. em 07.04.2017)

Fixadas essas premissas, o que se pretende aqui é suspender cautelar concedida ação direta de inconstitucionalidade estadual. Diante disso, o conhecimento de eventual recurso a ser apresentando da decisão cautelar proferida pelo Tribunal de Justiça local é de competência do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que seria o Tribunal competente para julgamento de eventual recurso extraordinário em representação de inconstitucionalidade. Assim, incumbe ao Exmo. Presidente do Supremo Tribunal Federal a apreciação do presente pleito de suspensão, notadamente porque a matéria de fundo trata de controle abstrato de constitucionalidade exercido por tribunal local.

No caso, tem-se uma cautelar em ação direta de inconstitucionalidade que limitou o prazo de

³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da, “A Fazenda Pública em Juízo”, 3ª edição, Editora Dialética, p. 377/8

concessão de serviço de saneamento básico de Região Metropolitana ao regime fixado em lei do Estado do Rio de Janeiro. A decisão, ao impor aos municípios um regime legal de concessões editado pelo Poder Legislativo do Estado, viola: (i) a autonomia dos Municípios que integram a Região Metropolitana (CRFB/1988, art. 18);

(ii) a autoridade da decisão do STF na ADI nº 1842/RJ, que dispõe ser o serviço de saneamento básico, em princípio, de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local; (iii) a efetividade da organização e do planejamento para a execução de serviços de interesse metropolitano (CRFB, art. 25, § 3º), cuja essencialidade, no caso, diz respeito à universalização de saneamento básico; e (iv) a competência do Poder Executivo para, em seu juízo de discricionariedade técnica, decidir sobre a forma de prestação de serviço público, sua delegação e modelagem (CRFB, art. 2º).

Logo, é adequada a apresentação do presente instrumento e correto o seu direcionamento ao Exmo. Presidente do Supremo Tribunal Federal.

3 - GRAVE LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA E À SAÚDE E ECONOMIA PÚBLICAS

3.A - Concessão Imprescindível à Universalização do Saneamento

O Marco Legal do Saneamento Básico, atualizado por meio da Lei nº 14.026/2020, exige que as contratadas para a prestação do serviço de saneamento básico demonstrem capacidade econômico-financeira para assegurar a universalização desses serviços até 31 de janeiro de 2033⁴.

Conforme aponta o Ofício encaminhado pela Secretaria de Estado da Casa Civil, para assegurar a universalização do saneamento básico nos 35 municípios que aderiram à concessão serão necessários investimentos da ordem de R\$ 23,22 bilhões até 2033 (**doc.1**).

INVESTIMENTOS PARA A UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS ATÉ 2033					
Serviço	BLOCO I	BLOC O II	BLOC O III	BLOC O IV	TOTAL
Água	R\$ 2.584.755,00	R\$ 649.157,00	R\$ 1.270.639,00	R\$ 4.153.551,00	R\$ 8.658.102,00
Esgoto	R\$ 3.987.507,00	R\$ 1.423.748,00	R\$ 794.474,00	R\$ 8.356.483,00	R\$ 14.562.212,00
Total	R\$ 6.572.262,00	R\$ 2.072.905,00	R\$ 2.065.113,00	R\$ 12.510.034,00	R\$ 23.220.314,00
			0		

Esse volume de recursos é imensamente superior à capacidade de receita dos municípios participantes, que, hoje, se beneficiam de um modelo de subsídio cruzado, que depende quase integralmente do Município do Rio de Janeiro (responsável por 77% da receita bruta da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro - CEDAE).

⁴ Art. 7º da Lei 14.026/2020, que, por sua vez, incluiu o artigo 11-B na Lei nº 11.445/07, in verbis: “ Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento”.

Na verdade, o volume de investimentos supera até mesmo a capacidade financeira da CEDAE (considerados não apenas os recursos próprios, como a sua própria capacidade de endividamento).

O raio-x do quadro sanitário do Estado, aliado ao investimento médio anual da CEDAE nos últimos 10 anos, que foi de R\$ 185 milhões, demonstram a inviabilidade de o modelo atual de prestação do serviço alcançar as metas legais de universalização do saneamento.

Nesse aspecto, segundo cálculos do BNDES, seguindo o modelo atual, seriam necessários, enfatize-se, 140 anos para se atingir a média de universalização (docs. 2 e 3).



Painel do Saneamento Brasil– Instituto Trata Brasil.



Painel do Saneamento Brasil– Instituto Trata Brasil.

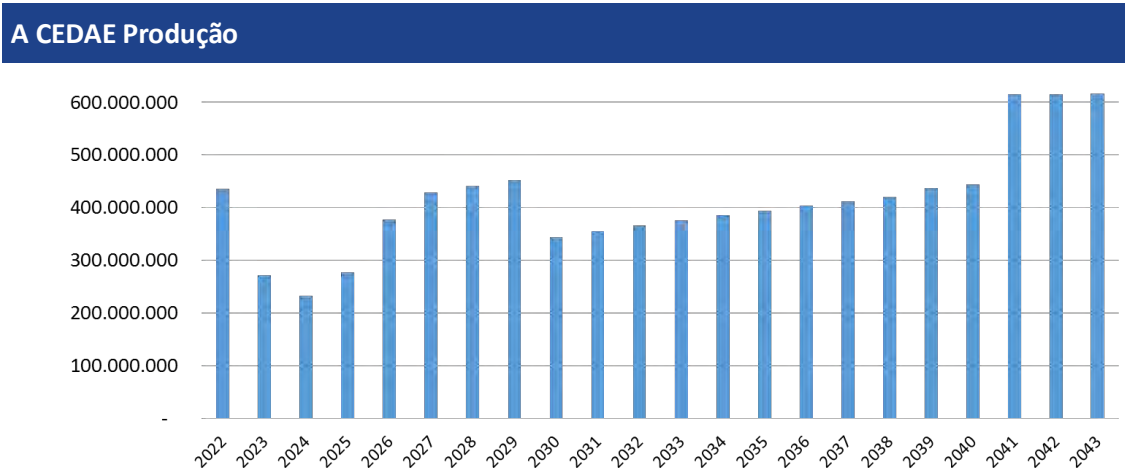
Diante desse grave quadro, optou-se, após amplo estudo e debate, pela concessão do serviço mediante o modelo de bloco de concessões regionalizadas, com abrangência nos Municípios atendidos pela CEDAE.

Conforme estudos do BNDES, esse modelo apresenta maior competitividade, possibilidade de implantação faseada, manutenção da CEDAE com adequada capacidade econômico-financeira, bem como a divisão de responsabilidades.

Mais: a modelagem escolhida cria maior incentivo à atração de investimentos privados indispensáveis ao atingimento das metas de universalização nos prazos legais, sem descuidar da necessidade de (i) garantir-se a modicidade das tarifas e a (ii) criação de estruturas de fiscalização voltadas a verificar o adequado cumprimento das metas contratuais, assim como o estabelecimento

de indicadores de metas bem definidos.

A CEDAE, por sua vez, não deixará de existir; apenas passará a concentrar esforços na captação e tratamento, transformando-se em uma sociedade de gestão de recursos hídricos, com receita estimada em mais de R\$ 2,3 bilhão e fluxo de caixa positivo. Esse foco na atuação da CEDAE garantirá melhora na qualidade da água.



Sem prejuízo disso, é importante acrescentar que a concessão trará ainda benefícios sociais, ambientais e econômicos para o Estado. De fato, a concessão de saneamento é considerada o maior projeto ambiental do país, com mais de R\$ 9 bilhões em programas específicos para a despoluição e melhoria de áreas desassistidas, que podem ser assim sintetizados:

- **FAVELAS:** Mínimo de R\$ 1,86 bi a ser investido na ampliação do sistema de abastecimento de água e de esgotamento sanitário nas favelas não urbanizadas, com obrigatoriedade da continuidade da prestação do serviço - Favelas urbanizadas estão inseridas nas metas gerais de universalização;
- **COMPLEXO LAGUNAR:** R\$ 250 milhões Na despoluição do Complexo Lagunar da Barra da Tijuca e Jacarepaguá;
- **BAÍA DE GUANABARA:** Investimentos de R\$ 2,6 bilhões, nos 5 primeiros anos, destinados a atacar as causas da poluição da baía, dos seus corpos afluentes e melhorar a balneabilidade das praias e lagoas. Serão menos 18,4 millitros de esgoto não tratado por segundo;
- **RIO GUANDU:** Investimentos de R\$ 2,9 bi, nos 5 primeiros anos, para reduzir a poluição na bacia do rio Guandu, que abastece a maior parte da Região Metropolitana; e
- **PROGRAMA DE SANEAMENTO AMBIENTAL (PSAM):** R\$ 1,4 bilhão em Duque de Caxias, Nova Iguaçu e São Gonçalo.

Ademais, serão gerados 26 mil novos empregos diretos e indiretos nos 35 municípios para garantir o cumprimento das metas do Plano Nacional de Saneamento Básico.

Estima-se, também, que a concessão trará benefícios financeiros aos Municípios e ao Estado com outorgas (fixas e variáveis) da ordem de R\$ 22 bilhões, assim como à AGENERSA, com o recebimento de taxas de fiscalização em torno de R\$ 2,16 bilhões.

OUTORGA FIXA - SEM ÁGIO

R\$ 10.620.422.000,91

OUTORGA ESTADO

R\$ 8.496.337.600,73

OUTORGA MUNICÍPIOS INTERIOR	R\$ 104.005.706,51
OUTORGA MUNICÍPIOS RMRJ	R\$ 1.515.059.020,25
OUTORGA IRM (5% EQUIVALENTE À RMRJ)	R\$ 505.019.673,42

OUTORGA VARIÁVEL	R\$ 11,5 bi
MUNICÍPIOS (3% DA RECEITA FATURADA)	R\$ 10,1 bi
IRM (0,5% DA RECEITA FATURADA METROPOLITANA)	R\$ 1,4 BI

TAXA DE REGULAÇÃO	R\$ 2,16 Bi
AGENERSA (0,5% DA RECEITA FATURADA CONCESSIONÁRIAS)	R\$ 1,68
AGENERSA (CEDAE PRODUÇÃO)	R\$ 0,48

Em síntese, projetam-se impactos de mais de R\$ 1 trilhão na economia durante os próximos 35 anos:

Estrutura	R\$ bilhões
Massa salarial direta e indireta	
18,7 mil empregos atuais na cadeia mais a geração de 26R\$ 443,18 mil para a realização de obras e outras atividades de apoio	
Receita bruta Concessisonárias	R\$ 336,72
Opex	R\$ 69,54
Produtividade e sistema de saúde	R\$ 50,90
Capex	R\$ 30,00
Imobiliário	R\$ 12,40
Outorga fixa (mínima)	R\$ 10,60
Outorgas variáveis (mínima)	R\$ 13,90
Turismo	R\$ 2,70
Impostos	R\$ 3,20
Subtotal	R\$ 973,14
Novas companhia de saneamento	R\$ 38,50
Total	R\$ 1.011,64

A despeito da demonstrada importância sanitária, econômica, social e ambiental subjacente à

concessão pretendida pela Região Metropolitana deste Estado e pelos Municípios que a integram, o Tribunal local, de forma inadvertida, contrária ao parecer do *Parquet* e sem sequer se preocupar em ouvir previamente o Estado e os seus pares, integrantes do e. Órgão Especial do TJRJ, colocou em xeque todo o projeto.

Mais grave: inviabilizou, mesmo, o cumprimento das metas de universalização do saneamento básico prevista no respectivo marco legal.

III.b – Universalização do Saneamento em Xeque

Sabe-se que a fixação de determinado prazo de vigência para o contrato de concessão obedece a uma lógica econômica, e, em se tratando de concessão de serviço de saneamento básico, não se pode colocar em dúvida os vultosos investimentos que estão em jogo.

Na hipótese em apreço, como não poderia deixar de ser, o prazo de duração do contrato de concessão não foi questão definida de modo arbitrário ou calcado em critérios apriorísticos, descolados da economia interna do setor. Ao revés, obedeceu, como visto, a uma estrita lógica econômica de difícil calibragem.

O que está em jogo aqui, portanto, é questão de natureza estritamente técnica que foi definida após estudos econômicos desenvolvidos no âmbito do BNDES, sob a supervisão do Estado do Rio de Janeiro, da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro e de outros Municípios que participam do projeto, sob o contínuo escrutínio de diversos órgãos estatais (TCE, MPF, MP-RJ, DPGE-RJ, AGENERSA, Rio-Águas e CEDAE) e da população, mediante consultas públicas.

Todavia, a . decisão cautelar, ao reduzir em aproximadamente um terço (10 anos) o prazo de vigência da concessão, colocou em xeque todo o equilíbrio econômico-financeiro da modelagem definida pelo BNDES após amplo debate e aprofundados estudos.

Mais: inviabilizou a própria universalização do saneamento básico na forma definida pelo respectivo Marco Legal, com grave prejuízo sanitário, social, ambiental e econômico.

Como apontado no Ofício encaminhado pela Secretaria de Estado da Casa Civil, “a *redução do prazo da concessão implica em mudanças profundas na capacidade de retorno do investimento, o que levaria a um reequilíbrio do valor da tarifa cobrada aos consumidores, única forma de ressarcimento dos investimentos, que seria majorada significativamente, uma vez que a modelagem atual prevê retorno do investimento (payback) em prazo médio de 20 anos. **A simples redução do prazo da concessão inviabiliza o procedimento***” (destacamos).

Ademais, ainda segundo o mencionado ofício,

“a alteração no prazo da concessão equivale a anular o EVTE (Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica), obrigando, desta forma, a que os municípios reiniciem os estudos, com ou sem a participação do governo do estado, para estruturar nova viabilidade para os blocos regionalizados dos serviços de água e esgoto”.

Realmente, a decisão cautelar que aqui se pretende suspender interfere no equilíbrio econômico-financeiro da concessão e, por consequência, demanda alteração do edital de licitação.

Essa alteração do edital, porém e na prática, **ensejaria o retorno à estaca zero de todo o processo de concessão, com a realização de novos estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira, ambiental e jurídica.**

Demandaria, também, reapreciação pelos municípios partícipes e nova deliberação, votação e aprovação pelo Conselho Deliberativo do Instituto Região Metrópole⁵.

Não é só. **Todos os novos documentos teriam de ser encaminhados aos órgãos de controle, especialmente o Tribunal de Contas do Estado.** Haveria, ainda, a necessidade de reiniciar o processo de consultas públicas para a elaboração do edital e documentos finais após as contribuições. Findo esse movimento, seria necessário lançar o edital e abrir os prazos para o leilão, idênticos aos atuais, de quatro meses no total, para que haja possibilidade de novas visitas técnicas.

Em suma, alterações no equilíbrio econômico-financeiro levam o processo ao momento inicial. Independentemente dos procedimentos de aprovação nos municípios e no Instituto Região Metrópole, os prazos normais para o envio o lançamento da minuta do edital e demais documentos, consultas públicas, análises de pareceres de PGE, MPF, MPRJ, TCE, procuradorias da CEDAE, e municípios (prefeituras e câmaras), ajustes, lançamento do edital e realização do leilão podem, por mais acelerado que seja o procedimento, consumir 12 meses, invadindo o período eleitoral e as restrições impostas pela legislação.

Como sintetizado no já mencionado Ofício da Secretaria de Estado da Casa Civil, a decisão cautelar

“(…) levaria ao cancelamento do leilão de concessão dos serviços municipais de água e esgoto por parte do governo do estado, teria como impactos, dos mais simples aos mais complexos:

- *Perda parcial de confiança do mercado e redução ou mesmo anulação da possibilidade de água sobre a outorga fixa;*
- *Perda total de confiança do mercado, com o bloco menos seguro economicamente (IV) com reais possibilidade de dar vazão;*
- *Perda total de confiança do mercado com movimento para reduzir valor da outorga mínima, ainda mantendo risco de blocos, especificamente o IV, darem vazão em leilão futuro;*
- *Necessidade de nova aprovação por parte dos municípios e do IRM para que o estado conduza o processo:*
 - *Necessidade de revisão/atualização dos estudos, especificamente EVTEAJ (Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica, Ambiental e Jurídica);*
 - *Necessidade de nova consulta aos órgãos de controle (notadamente TCE);*
 - *Necessidade de nova consulta pública de minutas de documentos, redação de documentos finais e publicação de novo edital de concessão;*
 - *Necessidade de novos prazos para visitas técnicas e demais, pós edital (120 dias, pelo menos);*
 - *Invasão do período eleitoral e restrições legais;*
 - *Imposição à Companhia Estadual de Águas e Esgoto das datas previstas no Marco Legal do Saneamento, em especial no que tange aos artigos 10-B e 11-B, com impossibilidade de manter serviços em municípios sem contrato (oito, alguns há 12 anos), impossibilidade de manter contrato*

⁵ O Instituto Rio Metrópole é o órgão Executivo da Região Metropolitana que possui a função de executar as decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, bem como de 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

com municípios onde não haja capacidade financeira para executar a universalização (sem o município do Rio de Janeiro, que responde por 77% da receita bruta da companhia, nenhum dos 63 municípios atendidos atualmente – inclusive os oito sem contratos formais – demonstram viabilidade para a universalização pela CEDAE, que teria de encerrar antecipadamente todos os contratos;

- *Município do Rio de Janeiro poderia decidir por realizar isoladamente ou em consórcio a concessão de seus serviços, indenizando a Companhia por seus ativos não amortizados;*
- *Município de Nova Iguaçu, onde fica o principal sistema da CEDAE (Guandu) poderia decidir por realizar isoladamente ou em consórcio a concessão de seus serviços, indenizando a Companhia por seus ativos não amortizados;*
- *Dificuldade da companhia para receber dos municípios as indenizações pelos ativos não amortizados;*
- *Prazo para comprovar capacidade para atingir a universalização termina em março de 2022, prazo da estabilidade dos funcionários da CEDAE termina em abril de 2022, ou seja, a partir de maio de 2022 a companhia teria de iniciar a demissão de seu quadro de funcionários;*
- *Judiciário pode determinar que a Cedae mantenha as atividades até que os municípios realizem suas próprias concessões ou assumam os serviços;*
- *Falência da companhia, com impactos sobre PRCE (fundo de previdência) e CEDAE Saúde.*

Ao fim e ao cabo, a decisão cautelar traz ínsito cenário de caos para o processo de concessão, com gravíssima lesão à ordem administrativa, bem assim à saúde e economia pública.

4- FUMACA DO BOM DIREITO

É certo que “em suspensão de segurança, não se discute o mérito (...) mas, tão-só, se verifica a ocorrência, ou não, de qualquer das hipóteses previstas no art. 297 do RISTF, isto é, se da liminar ou da decisão, em mandado de segurança, resulta ameaça de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública (...)”⁶. É igualmente certo, no entanto, que já se reconheceu a necessidade de “na decisão que examina o pedido de suspensão da segurança, observar-se um mínimo de delibação da matéria discutida na segurança (...)”⁷.

De fato, “lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”

consubstanciam conceitos jurídicos indeterminados, que pressupõem a análise, ainda que superficial, do caso concreto, de modo a se realizar o juízo valorativo de razoabilidade e proporcionalidade exigido para o deferimento da contracautela.

Com base nesse entendimento, além da repercussão social, administrativa e econômica demonstrada, deve ser notado que a liminar cuja suspensão se pretende foi preferida em uma ação direta de inconstitucionalidade que não poderia sequer ser conhecida e que, de toda forma, apresenta tese sem fundamento jurídico.

⁶ STF, SS 303-8/DF, Relator Ministro Néri da Silveira, DJU de 26.04.91.

⁷ STF, SS 1.272-4-RJ

4.1. Cautelar em ação de controle abstrato sem requisitos de admissibilidade.

Como exposto, os representantes da Representação por Inconstitucionalidade (RI) ajuizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pretendem a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 47.422, de 23 de dezembro de 2020, sob o fundamento de que o ato “*umenta o prazo de concessão dos serviços públicos de 25 anos para 35 anos, contrariando a Lei nº 2831, de 13 de novembro de 1997, do Estado do Rio de Janeiro*”. A representação de inconstitucionalidade afirma, ainda, que o Decreto viola a Lei nº 7.529/2017 e a Lei Complementar nº 184/2018 (itens VI e VII da inicial – fls. 12).

A tese apresentada evidencia a inadequação da ação direta. Afinal, o que os representantes da RI afirmam é a **ilegalidade** do Decreto nº 47.422/2020. A necessidade de contrastar o ato impugnado com as leis estaduais citadas, em especial para aferir a conformidade do prazo de concessão de 25 ou de 35 anos, é uma demonstração de que inexistente dispositivo da Constituição do Estado que sirva de parâmetro para o controle abstrato de constitucionalidade.

Os Representantes, após apresentarem a tese de ilegalidade do Decreto, suscitam que a contrariedade à Constituição do Estado decorreria da violação aos seguintes artigos:

(i) art. 70 da CERJ, que dispõe caber ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviço público; (ii) art. 145, IV, que atribui ao Governador a competência para expedir decretos e regulamentos para a execução da lei; e (iii) art. 98, IV, que dispõe caber à Assembleia Legislativa legislar sobre normas gerais sobre exploração ou concessão de serviços públicos. **Não há nesses dispositivos da Constituição qualquer conteúdo que dê fundamento direto para a tese defendida na ação, no sentido de que seria vedado estabelecer concessão de serviço de titularidade da Região Metropolitana por prazo de 35 anos. A Constituição do Estado não estabelece prazo máximo para contratos de concessão!**

Em realidade, a tese é simplesmente a de que a Constituição do Estado dispõe sobre a edição de lei que disciplinará o regime de concessão de serviço público e que a lei estadual em questão não foi observada pelo Decreto impugnado. **A contrariedade à Constituição, portanto, se existisse, seria MERAMENTE REFLEXA, o que inviabiliza o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade.** Nesse sentido, Representação por Inconstitucionalidade nº 0043208-44.2014.8.19.0000, Relator Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira, j. em 04.07.2016.

Mais além, a liminar foi proferida em uma representação de inconstitucionalidade que também é inviável porque as ações de controle abstrato de constitucionalidade não se prestam ao exame de conformidade de atos cujo fundamento de validade não é diretamente a Constituição. Nos termos da jurisprudência do STF, somente os atos normativos qualificados como essencialmente primários ou autônomos podem ser controlados por uma ação abstrata de constitucionalidade (v.g. ADI 4095 AgR, Relatora Ministra Rosa Weber, j. em 16.10.2014).

No caso, **o Decreto nº 47.422/2020 trata de ato de efeitos concretos, editado com base em delegação de entidade interfederativa, que se limita a dar publicidade a uma decisão do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana sobre a abertura de procedimento licitatório para a concessão de serviço público.** Não há inovação no ordenamento jurídico que autorize o controle de constitucionalidade, já que se está diante de um ato subordinado, secundário e de efeitos concretos, editado com base no art. 2, III, da Lei federal nº 8.987/1995 e no art. 11, VII, da Lei Complementar nº 184/2018.

A subordinação do Decreto nº 47.422/2020 a outro ato infralegal é, aliás, outro fundamento pelo qual a ação direta sequer poderia ter sido conhecida. Isso porque, ao editar o decreto para autorizar a abertura de procedimento licitatório, o Estado apenas deu publicidade à Resolução do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana nº 08/2020, que aprovou o plano de

concessão e a concorrência pública, com base em sua competência definida no art. 11, inciso VII, da Lei Complementar nº 184/2018⁸ e que, expressamente, estabelece, entre as condições de delegação do serviço, o prazo de concessão de 35 anos.

Portanto, ainda, por absurdo, que fosse acolhida a tese dos representantes, continuaria a existir a previsão da Resolução nº 08/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, com a fixação do prazo de vigência de 35 anos da concessão dos serviços de saneamento. Nos termos da jurisprudência do STF, no entanto, a impugnação fragmentada de um complexo de atos impõe o não conhecimento da ação de controle abstrato de constitucionalidade. Nesse sentido: ADI 5922 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, j. em 14.02.2020.

Diante do exposto, o pedido de suspensão tem por objeto uma liminar proferida em ação direta de constitucionalidade que, de acordo com jurisprudência do STF e do TJERJ, sequer poderia ser conhecida.

4.2. Ausência de fundamento jurídico na tese de ilegalidade do Decreto nº 47.422/2020

A decisão monocrática que deferiu a cautelar na ação direta de inconstitucionalidade afirmou a ilegalidade do Decreto nº 47.422/2020, em razão da “*divergência entre o prazo do contrato de concessão dos serviços objeto do ato impugnado, que o fixou em trinta e cinco anos, e o previsto no ao artigo 4º Lei Estadual nº 2.831/97*”. Inexiste, no entanto, ilegalidade no Decreto, com as vênias devidas ao eminente Des. Relator. A razão é simples: **a Lei estadual nº 2.831/1997, em razão da autonomia federativa, não se aplica a serviços cuja titularidade não é do Estado do Rio de Janeiro.**

Nesse aspecto, *em primeiro lugar*, cabe observar que **o Estado não é titular do serviço público de saneamento básico, aprioristicamente falando.** Esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1842/RJ, afirmou que o serviço de saneamento básico é, em princípio, de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, da CRFB), admitindo-se, contudo, a sua transferência a uma Região Metropolitana que venha a ser instituída por lei complementar, na forma do artigo 25, § 3º, da Constituição da República.

Esse é exatamente o caso dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Nos termos do art. 11, VII, da Lei Complementar nº 184/2018, que instituiu a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, os Municípios metropolitanos transferiram ao Conselho Diretor da Região Metropolitana (entidade interfederativa) a titularidade dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

Em segundo lugar, como consequência dessa transferência de titularidade afirmada pelo STF e operada pela Lei Complementar nº 184/2018, não é possível falar em incidência da Lei estadual nº 2.831/1997, que fixa prazo máximo de 25 anos para concessão de serviço público que não é de titularidade do Estado.

A Lei federal nº 8.987/1995 dispõe sobre **normas gerais** de concessão e permissão de serviços. Nesse aspecto, a Lei federal, em seu art. 2, inciso III, apenas exige que os contratos de concessão possuam “*prazo determinado*”. É certo, assim, que os titulares dos serviços, se assim reputarem

⁸ Lei Complementar nº 184/2016, 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; 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”. (grifos acrescentados)

conveniente, podem editar leis para a predefinição de prazos máximos e mínimos de concessão. Foi justamente no exercício dessa competência que o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 2.831/1997. Essa previsão legal, contudo, **é restrita às concessões que tenham o Estado como Poder Concedente.**

Em realidade, a tese de suposta ilegalidade do Decreto estadual é, ela sim, manifestamente inconstitucional, pois atentatória à autonomia dos Municípios que integram a Região Metropolitana e que são os titulares originais do serviço de saneamento.

Em terceiro lugar, além da autonomia federativa que bloqueia a incidência da Lei estadual nº 2.831/1997 para serviços de titularidade de outros entes federativos, a previsão de limitação de concessão por prazo de 25 anos também é inteiramente inaplicável às concessões de serviço de saneamento, em razão do critério de especialidade das normas. Afinal, a Lei Complementar nº 184/2018, em seu artigo 11, inciso VII, alínea “b”, na esteira da norma geral constante do art. 2º, III, da Lei federal nº 8.987/1995, indica que compete à Região Metropolitana, como titular do serviço de abastecimento de água e de saneamento básico, dispor sobre a sua delegação e modelagem, o que inclui a vigência do respectivo contrato de concessão.

4.3. Análise realizada pelo TCE-RJ

Por fim, é relevante apontar que a inaplicabilidade da Lei estadual nº 2.831/1997 para a concessão do serviço de saneamento foi objeto de exame detalhado pelo Tribunal de Contas do Estado, em representação ajuizada pelos mesmos Deputados que ajuizaram a ação direta de inconstitucionalidade (processo TCE-RJ 100.167-5/21). O TCE/RJ, em sua decisão, afirmou (i) a inaplicabilidade da Lei nº 2831/1997 ao caso, assim como (ii) a competência e discricionariedade técnica da Região Metropolitana para fixar o prazo da concessão em 35 anos.

Os documentos oficiais da licitação⁹ aberta pelo Decreto nº 47.422/2020 são esclarecedores sobre o papel exercido pelo Estado do Rio de Janeiro na concessão: um mero representante dos titulares dos serviços, que exerce o **mandato** para organizar, gerir e transferir a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário nas áreas da concessão. Essa qualidade de mandatário do Estado constou, inclusive, dos *considerandas* do Decreto impugnado:

- “- que o Estado do Rio de Janeiro, por meio de delegação dos titulares dos serviços, assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário;
- que, não obstante o papel desempenhado pelo Estado do Rio de Janeiro, os titulares dos serviços remanesçam responsáveis pelo planejamento, fiscalização e acompanhamento dos resultados das concessões contratadas”

Em resumo, com a instituição da Região Metropolitana operou-se a transferência da titularidade dos serviços de saneamento, com a consequente necessidade de extinção dos contratos atuais com a CEDAE e a celebração de novos contratos pela Região Metropolitana. Para contornar os custos de transação envolvidos na coordenação conjunta de serviços com múltiplos titulares, o projeto de Desestatização elaborado pelo BNDES propôs a delegação de diversas funções administrativas ao Estado, mediante a celebração de Convênio de Cooperação, com a delegação (i) à AGENERSA, das funções de fiscalização e regulação dos serviços e (ii) ao Estado, das funções de organização e promoção da licitação dos serviços e gestão dos contratos.

O Estado não é o Poder Concedente, nem detém competência para definir aspectos

⁹ A título de exemplo: minutas de Edital (item “1.2.21”) e de Contrato (subcláusulas “1.1.31”, “1.1.67” e “1.168”).

relacionados à modelagem da concessão e, em especial, do respectivo prazo de vigência. Assim sendo, conforme apontado pelo **Procurador do Estado Gustavo Binenbojm**, em parecer específico sobre o tema, “*não sendo o poder concedente o Estado do Rio de Janeiro, mas outro ente ou a Região Metropolitana, sem legislação específica dispondo sobre o limite de vigência de seus contratos de concessão, estes poderão decidir qual o prazo aplicável em cada modelagem concessional, com base no art. 2º, II da lei 8987/95, que exige apenas que o prazo seja determinado*”.

5. NECESSÁRIA CONCESSÃO LIMINAR DA CONTRACAUTELA

Encontram-se preenchidos os requisitos para a concessão liminar da contracautela objeto da presente suspensão.

De fato, está cabalmente demonstrado que a decisão cautelar provoca gravíssima lesão à ordem administrativa, bem assim à saúde e economia pública.

A relevância dos fundamentos apresentados se coaduna com a probabilidade de êxito do presente pedido de suspensão, não só à luz das graves consequências políticas que atingem a Administração estadual e todos os Municípios da Região Metropolitana, mas sobretudo diante dos fundamentos jurídicos que embasam o presente requerimento.

A manutenção da decisão cautelar acarreta graves danos à economia pública e à saúde, pois, na prática, inviabiliza a realização da licitação para concessão do serviço de saneamento básico para toda a região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro.

De outro lado, também se encontra evidenciado que a representação de inconstitucionalidade que ensejou a decisão atacada não merece ser sequer conhecida e, no mérito, é manifestamente improcedente.

Por fim, o *periculum in mora* reside no fato de que **está marcada para o próximo dia 27 de abril a entrega das propostas dos licitantes**. Sem a liminar, portanto, a licitação terá que ser suspensa *sine die* e o Estado periga não cumprir obrigação doseu plano de recuperação fiscal.

É imprescindível, desse modo, a concessão liminar do pedido de suspensão, nos moldes do art. 4º, § 7º, da Lei nº 8.437/1992.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando os graves riscos à ordem pública administrativa e econômica e, ainda, à saúde pública que a manutenção dos efeitos da tutela provisória deferida acarreta, o Estado do Rio de Janeiro requer:

a) A concessão de liminar para que se suspendam os efeitos da medida cautelar deferida nos autos da Representação por Inconstitucionalidade nº **0001674-76.2021.8.19.0000** até o trânsito em julgado da decisão final que vier a ser proferida na causa, na forma do art. 4º, § 7º, da Lei 8.437/1992;

b) No mérito, seja acolhido o pedido de suspensão, confirmando-se a liminar;

c) Seja dada ciência do presente incidente aos representantes da ação direta, a fim de que exerçam o contraditório diferido.

Eventuais intimações do Estado do Rio de Janeiro deverão ser dirigidas à Procuradoria-Geral do Estado, com sede na Rua do Carmo, nº 27, Centro, RJ.

P. deferimento.

Rio de Janeiro, 20 de abril de 2021

BRUNO DUBEUX

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

ANTONIO JOAQUIM PIRES E ALBUQUERQUE

PROCURADOR DO ESTADO

CIRO GRYNBERG

PROCURADOR DO ESTADO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – DIGNO PRESIDENTE DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUSPENSÃO DE LIMINAR nº 1446 MC/RJ

ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pela Procuradoria Geral do Estado, nos autos da suspensão de liminar acima referida, vem expor e requerer o quanto segue:

Por reputar “*configurados o manifesto interesse público e a grave lesão à economia pública que a decisão judicial impugnada está a causar*”, Vossa Excelência deferiu a tutela liminar e determinou a suspensão dos efeitos da decisão proferida pelo Órgão Especial do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no âmbito da representação por inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, de modo a **restabelecer a plena eficácia do Decreto 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente.**

Enfatizou-se, na referida decisão que, “*assentada a plausibilidade da argumentação do Estado do Rio de Janeiro, verifico, outrossim, a existência de periculum in mora na manutenção da decisão cuja suspensão se requer, decorrente da possibilidade de frustração do procedimento licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, cuja data de recebimento das propostas se avizinha. Tal como consignado pelo Estado autor, a diminuição do prazo previsto para o contrato de concessão, operado pela decisão cuja suspensão se requer, rompe o equilíbrio econômico-financeiro estimado da contratação, tornando-a presumivelmente inviável do ponto de vista econômico. Por conseguinte, a decisão impugnada acaba por obstaculizar, na prática, a expansão da prestação de serviços de saneamento básico, os quais ostentam a mais alta relevância ante sua óbvia repercussão na saúde pública. No ponto, saliento ser notório que o Brasil ainda ostenta índices baixos de universalização desses serviços, com relevante parte de sua população ainda sem acesso à coleta de esgoto e ao fornecimento de água tratada.*”.

Pois bem, tomou-se conhecimento de que, nos autos do MS 0101354-84.2021.5.01.0000, impetrado no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, em que figuram como Impetrantes SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE SANEAMENTO BÁSICO E MEIO AMBIENTE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E REGIÃO – SINTSAMA e SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE PURIFICAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E EM SERVIÇOS DE ESGOTO DE CAMPOS E REGIÃO NORTE E NOROESTE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - STAECNON – RJ, **restou deferida a antecipação de tutela pelo Desembargador Relator para:**

“para suspender o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento de esgoto e abastecimento de águas de que trata o presente mandamus até que seja apresentado estudo circunstanciado de impacto socioeconômico na relação com os trabalhadores da empresa de economia mista estadual, seus prestadores de serviços e terceirizados, do qual constem alternativas para a dispensa em massa de trabalhadores, com a participação, preferencialmente, do Sindicato de Classe, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).” (grifei)

Nessa demanda, tal como na que ensejou o presente pedido de suspensão, questiona-se a realização do leilão da concessão de serviço de saneamento básico da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, ao argumento de que “... *O resultado, o sucesso e o êxito da licitação, além dos avanços tecnológicos na distribuição da água e da qualidade do tratamento do esgoto no âmbito do estado do Rio de Janeiro não interessam a Justiça do Trabalho. Mas o destino dos postos de trabalho que serão ceifados com a privatização dos serviços interessa. E muito!*”.

Percebe-se, pois, que em observância ao § 5º, art. 15¹ da Lei 12.016/2009 e ao §8º do art. 4º² da Lei 8.437/92, **o objeto das demandas apresentadas é exatamente o mesmo**, qual seja, o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento de esgoto e abastecimento de águas estabelecido no **Decreto Estadual 47.422/2020**, **atentando que na decisão em tela, a abrangência da limitação ainda foi mais extensa do que a própria decisão já afastada, eis que SUSPENDE INTEGRALMENTE o mencionado certame.**

Apenas para contextualizar, o mencionado Mandado de Segurança foi impetrado perante a SEDI 2 do E. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, questionando decisão do juízo da 1ª instância, no bojo da ACP 0100320-85.2021.5.01.0061, que havia, na mesma linha já apontada na suspensão concedida, **negado a liminar pretendida** ao argumento de que “*As privatizações têm por base o disposto nos artigos 37, XIX, e 173, caput, da CRFB, que, em uma interpretação sistemática, estabelecem que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado deve se dar de forma excepcional, motivo pelo qual a retirada do Estado da economia deve ser menos burocrática do que o procedimento adotado para o ingresso do Poder Público na seara econômica. A Lei 9.491/97, que alterou os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização da União, estabelece os parâmetros a serem observados para a desestatização, que deve ser promovida pelo Executivo, administrativamente, mediante análise de conveniência e oportunidade. No caso da CEDAE, esses critérios serão definidos na Lei estadual. Portanto, não cabe ao Judiciário analisar o mérito administrativo, já que autorizado pela Lei específica. Quanto às eventuais dispensas que se venha a promover, tampouco existe amparo legal para a pretensão, uma vez que a obrigação da empresa, em caso de privatização é o cumprimento das obrigações legalmente previstas do empregador, inexistindo, in casu, qualquer indício de que tais direitos serão desrespeitados.*”

Ressalte-se, por fim, que o SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DA PURIFICAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E EM SERVIÇOS DE ESGOTOS DE NITERÓI E REGIÃO (SINDÁGUA-RJ), o SINDICATO DOS ENGENHEIROS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (SENGE-RJ), o SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE PURIFICAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E EM SERVIÇOS DE ESGOTO DE CAMPOS E REGIÃO NORTE E NOROESTE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO também já ajuizaram demanda com o mesmo objeto da presente, perante a 27ª VR/TRT 1ª Região³, sendo que na primeira ação ajuizada **o d. Juízo entendeu pela incompetência da Justiça do Trabalho por não se tratar de ação oriunda de relação de trabalho, mas sim da análise de regularidade do edital da concessão, ressalvando, a competência do Excelso Supremo Tribunal Federal.**

Assim, diante da identidade fática e jurídica entre as demandas⁴, que contém o mesmo objeto (suspensão edital de concessão da CEDAE) e por ambas ensejarem idêntica situação de interesse público e de risco de lesão para o Erário, requer-se a Vossa Excelência seja deferida a extensão dos efeitos da liminar deferida nesta suspensão para alcançar também a liminar deferida nos autos do processo n.º 0001674-76.2021.8.19.0000, antes referido, pois *ubi eadem ratio ibi idem jus*.

¹ §5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

² § 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

³ 0100039-37.2021.5.01.0027

⁴ STJ, AgRg no AgRg na STA nº 69/2004; e STJ.

Rio de Janeiro, 26 de abril de 2021.

BRUNO DUBEUX

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA RELATORA DO MS 0101354-84.2021.5.01.0000 - DESEMBARGADORA CLAUDIA REGINA VIANNA MARQUES BARROZO DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO.

Processo nº 0101354-84.2021.5.01.0000

ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA em epígrafe, impetrado por SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE SANEAMENTO BÁSICO E MEIO AMBIENTE DO RIO DE JANEIRO E REGIÃO - SINTSAMA E SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE PURIFICAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E EM SERVIÇOS DE ESGOTO DE CAMPOS E REGIÃO NORTE E NOROESTE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - STAECNON/RJ em face de ato do MMº JUÍZO DA 61ª VARA DO TRABALHO DO RIO DE JANEIRO, por intermédio da Procuradora do Estado que a presente subscreve, não se conformando com a r. decisão monocrática que deferiu a liminar *inaudita altera pars* para suspender o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento o sequestro de verba estadual nos autos da ação em epígrafe, vem interpor **AGRAVO REGIMENTAL**, com fulcro no art. 236, inciso III, do Regimento Interno Consolidado do TRT da 1ª Região, tendo por fundamento as razões expostas a seguir, submetendo a V. Exa. **PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO**, consoante prevê o 237 do Regimento Interno do TRT da 1ª Região. Não sendo este concedido, requer a apresentação do processo em mesa para apreciação pelo órgão colegiado, na sessão subsequente.

Rio de Janeiro, 10 de maio de 2021

DANIELE FARIAS DANTAS DE ANDRADE URYN

PROCURADOR DO ESTADO

CARLOS ANDRÉ SILVA BAPTISTA

PROCURADOR DO ESTADO

PEDRO GUIMARÃES LOULA

PROCURADOR DO ESTADO

Agravante: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Agravado: SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE SANEAMENTO BÁSICO E MEIO AMBIENTE DO RIO DE JANEIRO E REGIÃO - SINTSAMA E SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE

PURIFICAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E EM SERVIÇOS DE ESGOTO DE CAMPOS E REGIÃO NORTE E NOROESTE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - STAECNON/RJ

Processo nº 0101354-84.2021.5.01.0000

Da Tempestividade do Presente Recurso

O Agravante tomou ciência da decisão agravada em 05/05/2021 (quarta-feira), sendo certo que o *dies ad quem* do prazo recursal de dezesseis dias conferido pelo art. 236 do Regimento Interno Consolidado do TRT da 1ª Região, combinado com art. 183 do CPC (que concede prazo em dobro aos entes públicos, contados de sua intimação pessoal, para todas as suas manifestações processuais) ocorrerá em 27/05/2021 (quinta-feira), é plenamente tempestiva a interposição do presente recurso.

Do Cabimento

É cabível o presente recurso com fundamento no artigo 236 do Regimento Interno Consolidado do TRT da 1ª Região, que dispõe:

Art. 236. Cabe agravo regimental, oponível no prazo de oito dias, contados da intimação, contradespacho ou decisão:

*(Caput com redação dada pela Emenda Regimental nº 14, de 12.11.2009)
(...)*

III - do Presidente de Seção Especializada, de Presidente de Turma e de relator, que concede ou denega medida liminar, tutela antecipada ou tutela específica, ou que indefere inicial de ação de competência originária do Tribunal.

(Incisos I a III acrescentados pela Emenda Regimental nº 14, de 12.11.2009).

Tendo em vista insurgir-se o Agravante contra a r. decisão de desembargadora relatora que, em decisão monocrática, deferiu liminar que suspendeu o procedimento licitatório da concessão dos serviços desaneamento de esgoto e abastecimento de águas de que trata o Decreto Estadual 47.422/2020, cabível o agravo regimental ora interposto.

Da Decisão aGravada. Dos Antecedentes Fáticos

O Estado do Rio de Janeiro tomou conhecimento que, nos autos do MS 0101354-84.2021.5.01.0000, restou deferida tutela de urgência, *inaudita altera pars*, para:

“suspender o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento de esgoto e abastecimento de águas de que trata o presente mandamus até que seja apresentado estudo circunstanciado de impacto socioeconômico na relação com os trabalhadores da empresa de economia mista estadual, seus prestadores de serviços e terceirizados, do qual constem alternativas para a dispensa em massa de trabalhadores, com a participação, preferencialmente, do Sindicato de Classe, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).”

O mencionado Mandado de Segurança foi impetrado perante a SEDI 2 do E. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, em face de decisão do juízo da 1ª instância, no bojo da ACP 0100320- 85.2021.5.01.0061, que havia negado a liminar pretendida ao argumento de que:

“As privatizações têm por base o disposto nos artigos 37, XIX, e 173, caput, da CRFB, que, em uma interpretação sistemática, estabelecem que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado deve se dar de forma excepcional, motivo pelo qual a retirada do Estado da economia deve ser menos burocrática do que o procedimento adotado para o ingresso do Poder Público na seara econômica. A Lei 9.491/97, que alterou os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização da União, estabelece os parâmetros a serem observados para a desestatização, que deve ser promovida pelo Executivo, administrativamente, mediante análise de conveniência e oportunidade. No caso da CEDAE, esses critérios serão definidos na Lei estadual. Portanto, não cabe ao Judiciário analisar o mérito administrativo, já que autorizado pela Lei específica. Quanto às eventuais dispensas que se venha a promover, tampouco existe amparo legal para a pretensão, uma vez que a obrigação da empresa, em caso de privatização é o cumprimento das obrigações legalmente previstas do empregador, inexistindo, in casu, qualquer indício de que tais direitos serão desrespeitados.”

Conforme será demonstrado adiante, a decisão proferida deverá ser reformada, pois a (i) a decisão impugnada compromete, com o respeito devido, a ordem administrativa e a saúde e a economia públicas, porquanto impede, que a Região Metropolitana e os Municípios que a integram deem concretude às metas de universalização do saneamento básico imposta pelo Marco Legal do Saneamento Básico, atualizado pela Lei nº 14.026/2020, (ii) partiu de premissa equivocada ao não considerar o estudo circunstanciado já realizado para a proteção da mão de obra da Companhia; (iii) desconsidera a existência de acordo coletivo que estabelece a observância da garantia de emprego até 2022, que por si só já afasta o alegado *periculum in mora* que justificaria a decisão.

Da Extensão na Suspensão de Liminar 1.446/RJ

Inicialmente, vale esclarecer que foi requerido, no âmbito da suspensão 1.446/RJ, a suspensão da liminar deferida no presente Mandado de Segurança, eis que o Exmo. Sr. Presidente do E. Supremo Tribunal Federal já havia deferido liminar “para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-

76.2021.8.19.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de modo a restabelecer a plena eficácia do Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente, com fundamento no § 7º do art. 4º da Lei 8.437/92”.

Na decisão proferida, após o requerimento de extensão, restou decidido pela “existência de coincidência, em termos práticos, entre o conteúdo da decisão cautelar cuja suspensão foi liminarmente determinada nestes autos e o teor da nova decisão provisória, proferida nos autos do MS nº 0101354- 84.2021.5.01.0000. Isto porque ambas as decisões acabam por suspender, às vésperas da data marcada para o recebimento das propostas, o procedimento licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico relativos à Região Metropolitana do Rio de Janeiro, tal como tecnicamente estruturado, ainda que em diferentes medidas. Com efeito, ao determinar a sustação completa do procedimento licitatório em tela, a decisão proferida no MS nº 0101354-84.2021.5.01.0000 afasta a eficácia da decisão de contracautela anteriormente deferida no presente incidente, gerando, portanto, idêntico risco ao interesse público já consignado nestes autos, relacionado à obstaculização da expansão da prestação de serviços de saneamento básico, os quais ostentam a mais alta relevância ante sua óbvia repercussão na saúde pública.”

Entretanto, pelo fato de o pedido de suspensão não ter natureza recursal, entende-se, ainda, cabível a presente medida a fim de se ver reformada a liminar deferida, pelos fatos que a seguir serão arrolados.

Da Perda de Objeto

-

Antes ainda de adentrar ao mérito da demanda, vale frisar a perda de objeto do presente *mandamus*, isto porque este possui como pedido principal a suspensão do procedimento licitatório que já fora realizado em 01/05/2021, fazendo incidir a previsão do art. 462 do CPC, não vislumbrado mais sequer interesse processual para o prosseguimento do presente, na forma do art. 330, CPC.

Da Incompetência da Justiça do Trabalho. Artigo 114 da Constituição da República

Conforme mencionado, a presente ação tem por objetivo suspender aquilo que os impetrantes nominam como atos de privatização ou desestatização da CEDAE, sob o fundamento de que a suposta ausência de estudos sobre a situação trabalhista e previdenciária dos empregados substituídos pelos sindicatos importaria em violação de princípios consagrados pelo ordenamento jurídico nacional.

Ocorre que, muito embora a relação entre a CEDAE e os substituídos processuais seja de emprego, a pretensão aduzida - qual seja, suspensão dos efeitos de edital de concorrência - não encontra qualquer relação com o ordenamento jurídico de tutela ao trabalho e tampouco poderia encontrar respaldo em qualquer norma trabalhista, tratando-se, na realidade, de questões de direito administrativo e societário.

Com efeito, a suspensão dos efeitos da norma editalícia não configura causa de pedir ou pedido que decorra diretamente da relação de trabalho, afastando a incidência do inciso I do art. 114 da Constituição da República.

É evidente, portanto, que o objeto da ação ajuizada não possui natureza trabalhista, não decorrendo da relação de trabalho e tampouco configurando "ação oriunda da relação de

trabalho" para efeito de incidência do artigo 114, I da Constituição da República.

Portanto, verifica-se que a hipótese tratada nos autos não se encontra entre as arroladas no artigo 114 da CRFB, motivo pelo qual requer seja reconhecida a incompetência da Justiça do Trabalho para seu julgamento.

Vale ressaltar a sentença proferida no bojo da ACP nº 0100039-37.2021.5.01.0027 a qual ao analisar o **mesmo objeto** da presente demanda entendeu pelo reconhecimento da incompetência desta especializada:

“Desta forma, a presente ação não se amolda a nenhuma das hipóteses de competência da Justiça do Trabalho previstas no art. 114 da Constituição da República, porque discute a regularidade do edital de concessão de parte dos serviços públicos da segunda ré. A circunstância de não ter havido estudo prévio acerca da repercussão da concessão sobre os contratos de trabalho vigentes não é suficiente para atrair a competência desta Justiça Especial, pois **a questão se insere na regularidade ou não do edital**, ou seja, de todo o procedimento de concessão daqueles serviços públicos autorizada por lei, **carecendo esta Justiça de competência para decidir acerca desta regularidade, por se tratar de questão de natureza jurídica administrativa e não trabalhista e, portanto, esta Justiça Especial não possui competência para suspender os efeitos do indigitado edital**. Trata-se de incompetência absoluta em razão da matéria, que é definida mediante análise da causa de pedir ou do pedido. Acerca do órgão competente para o seu julgamento, conforme exposto pela segunda ré, em sua manifestação, a alienação das ações da CEDAE decorre do termo de compromisso firmado entre o Estado do Rio de Janeiro e a União Federal em 26/01/2017, como escopo de promover o reequilíbrio financeiro-fiscal daquele. Por meio dele o Estado do Rio de Janeiro assumiu, dentre outros compromissos, o de promover a alienação da integralidade das ações da CEDAE e utilizar os recursos obtidos na amortização de dívidas. Desse modo, a competência para o julgamento da presente ação é do Excelso Supremo Tribunal Federal, como constou expressamente da ata de audiência de conciliação realizada em 13/02/2017 na Ação Cível Originária 2.981/DF, na qual o eminente Ministro Relator Luiz Fux registrou a competência daquela Corte para julgamento de todos os eventuais questionamentos judiciais que tenham como objeto o termo de compromisso e suas medidas, conforme a seguir transcrito: "(...) Considerando precedentes desta Corte, dentre eles a ACO nº 2536/RJ e o MS nº 34.483, estando a questão judicializada perante este órgão, fica estabelecido que todos os eventuais questionamentos judiciais que tenham como objeto o termo de compromisso e suas medidas, incluindo a aferição de constitucionalidade das leis e projetos nele previstos, estão sujeitos à jurisdição preventa deste Supremo Tribunal Federal.”

A d. Julgadora ainda foi além ao encaminhar a demanda ao Supremo Tribunal Federal, considerando se tratar de matéria atinente o termo de compromisso existente entre Estado do Rio de Janeiro e União Federal, já havendo vinculação da Corte Suprema, através da ACO 2536/RJ.

Atente-se que mesmo que assim não se entenda, tem-se que a Corte Suprema também já se manifestou a respeito do Decreto 47.422/2020, conforme se demonstrará no próximo capítulo.

Do Pedido de Suspensão de Liminar nº 1446 MC/RJ

-

Imperioso mencionar recente decisão proferida pelo Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux no julgamento da Medida Cautelar 1446 MC/RJ ao suspender a liminar concedida no bojo da Representação de Inconstitucionalidade nº 0001674/76.2021.8.19.0000 de modo a restabelecer a plena eficácia do Decreto nº 47.422/2020 do Estado do Rio de Janeiro até ulterior decisão nopresente incidente, nos seguintes termos:

“assentada a plausibilidade da argumentação do Estado do Rio de Janeiro, verifico, outrossim, a existência de periculum in mora na manutenção da decisão cuja suspensão se requer, decorrente da possibilidade de frustração do procedimento licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, cuja data de recebimento das propostas se avizinha. Tal como consignado pelo Estado autor, a diminuição do prazo previsto para o contrato de concessão, operado pela decisão cuja suspensão se requer, rompe o equilíbrio econômico-financeiro estimado da contratação, tornando-a presumivelmente inviável do ponto de vista econômico. Por conseguinte, a decisão impugnada acaba por obstaculizar, na prática, a expansão da prestação de serviços de saneamento básico, os quais ostentam a mais alta relevância ante sua óbvia repercussão na saúde pública. No ponto, saliento ser notório que o Brasil ainda ostenta índices baixos de universalização desses serviços, com relevante parte de sua população ainda sem acesso à coleta de esgoto e ao fornecimento de água tratada.”.

Desta feita, observa-se que a questão quanto ao prosseguimento do certame já foi definida pelo Supremo Tribunal Federal e a manutenção da decisão impugnada certamente atentará à segurança jurídica na medida que essa encontra-se em dissonância com entendimento do Pretório Excelso.

Tanto é assim que o próprio ordenamento jurídico prevê a possibilidade de ser concedida a extensão dos efeitos das decisões proferidas em sede de suspensão de segurança em face de liminares cujo objeto seja idêntico, conforme § 5º do art. 15 da Lei 12.016/2009 e §8º, art. 4º da Lei 8437/92.

E não há dúvidas de que o objeto da decisão ora impugnada é o mesmo da decisão suspensa pelo Exmo. Sr. Presidente de nossa Corte Suprema, qual seja, **o prosseguimento licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro.**

Da Inexistência de Privatização ou Desestatização da CEDAE. Continuidade da Companhia Estadual de Águas e Esgotos na Prestação dos Serviços de Captação e Tratamento de Água. Concessão de Parte dos Serviços de Adução, Reserva, e Distribuição de Água e Coleta de Esgoto a Agentes Privados. Projeto Estratégico para o Estado do Rio de Janeiro e Municípios. Participação Ampla de todos os Setores da

Sociedade Interessados

Ao contrário do que alegam os impetrantes como premissa para a construção de toda a causa de pedir apresentada pela petição inicial, não haverá 'privatização' ou 'desestatização' da CEDAE, que continuará a existir como entidade de direito privado integrante da Administração Indireta do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e por ele controlada.

A didática apresentação de imagens e textos elaborada pelos quadros técnicos do conceituado BNDES que ora se junta (documento 1) e para a qual chamamos especial atenção de Vossa Excelência em razão de seu caráter didático - torna indubitável que a CEDAE não apenas continuará a existir como pessoa jurídica de direito privado no âmbito da Administração Indireta do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, como, ademais, continuará a desempenhar considerável e relevante parcela dos serviços e atividades que atualmente exerce no âmbito dos Municípios atendidos pelos Grandes Sistemas Produtores da Região Metropolitana.

Nesse sentido, a referida apresentação de imagens e textos demonstra que a CEDAE continuará a desempenhar o rol de atividades ali denominadas como "*upstream*", conceito que abrange captação, tratamento e adução de água e venda de água tratada.

As futuras delegatárias de serviço público - que se busca contratar por meio do Edital de Concorrência inadvertidamente suspenso no curso do presente *mandamus* - irão concentrar suas atividades no que se denomina como "*downstream*", conceito que abrange operação de reservatórios, distribuição de água, além de coleta e tratamento de esgoto.

Trata-se de projeto de relevância estratégica para o ESTADO DO RIO DE JANEIRO e para diversos Municípios situados em território estadual.

Sua implementação visa à universalização do fornecimento de água à população, geração de empregos, obtenção de receitas públicas em favor do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e Municípios localizados em âmbito estadual (decorrente de arrecadação de outorgas), ampliação da tarifa social destinada aos segmentos sociais de renda inferior e investimentos em meio ambiente.

Tais propósitos, muitos dos quais atendem à legislação que definiu o novo marco legal do saneamento básico (LEI Nº 14.026, DE 15 DE JULHO DE 2020) foram previstos pelo planejamento realizado pelo BNDES, e são mencionados como resultado, a médio e longo prazo, do projeto de concessão modelado pela mencionada instituição federal de fomento ao desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, o documento 2 - qual seja, notícia veiculada na rede mundial de computadores pela Agência BNDES de Notícias na data de 29.12.2020 - aponta as perspectivas e objetivos do projeto de concessão de serviços de saneamento em âmbito estadual (grifamos):

BNDES e governo do Rio de Janeiro lançam edital para concessão de saneamento do estado

Projeto prevê universalizar fornecimento de água e esgoto a 12,8 milhões de pessoas

Maior concessão de saneamento do Brasil deve gerar 45 mil empregos e investimentos de cerca de R\$ 30 bilhões

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e o governo do Rio de Janeiro lançaram nesta terça-feira, 29, edital para concessão do serviço de saneamento no estado, atualmente prestado pela Companhia Estadual de Águas e Esgoto (CEDAE). Os vencedores do leilão, que está previsto para o dia 30 de abril na B3, em

São Paulo (SP), deverão universalizar o fornecimento de água e esgoto para mais de 12,8 milhões de pessoas em até 12 anos, objetivo previsto no novo marco regulatório dosaneamento, sancionado em julho deste ano. O projeto, que é o maior do gênero no Brasil, deve gerar 45 mil empregos, investimentos de cerca de R\$ 30 bilhões e pelo menos R\$ 10,6 bilhões em pagamentos de outorgas pelos concessionários para o Estado do Rio de Janeiro e para os 35 municípios fluminenses que aderiram ao projeto.

Com a universalização do serviço, cerca de 5,7 milhões de pessoas passarão a ter acesso à coleta e ao tratamento de esgoto. Atualmente, dentro da área a ser atendida, 26 cidades contam com cobertura de rede de esgoto inferior a 50% - e seis delas não possuem qualquer acesso ao serviço.

Serão licitados quatro blocos, compreendendo cerca de 90% da população coberta pela **CEDAE, que continuará responsável pela captação, tratamento e fornecimento de água aos concessionários dos sistemas Guandu e Imunana/Laranjal.** A concessão tem prazo de duração para exploração o serviço de 35 anos. A divisão em áreas tem como objetivo tornar viável a operação e garantir os investimentos necessários, mesmo nas regiões menos atrativas economicamente, sem necessidade de aumento tarifário. **A tarifa social aplicada pela CEDAE, destinada à população de mais baixa renda, que hoje é cobrada de 0,54% das unidades, deverá ser expandida para até 5%.**

Meio Ambiente - O projeto também gerará investimentos de R\$ 2,6 bilhões em cinco anos para combater causas da poluição da Baía da Guanabara, com expectativa de R\$ 4,7 bilhões em economia com saúde e ganhos de produtividade, além de retorno **estimado de cerca de R\$ 800 milhões com turismo.** Durante esse período também serão aplicados **R\$ 2,9 bilhões na redução da poluição do Rio Guandu, que abastece a maior parte da Região Metropolitana, e R\$ 250 milhões para auxiliar na despoluição das lagoas de Jacarepaguá e da Barra.** Além disso, os responsáveis pela exploração do serviço deverão investir **ao menos R\$ 1,86 bilhão na ampliação do abastecimento de água e esgotamento sanitário em favelas não urbanizadas no município do Rio de Janeiro, comprometendo-se com a continuidade de prestação do serviço.**

Contas públicas - Além dos benefícios para a população, a concessão terá efeitos **financeiros positivos para o governo do Estado - que receberá pelo menos R\$ 8,5 bilhões em outorgas - e para os 35 municípios que aderiram ao projeto - que deverão arrecadar, em conjunto, cerca de R\$ 9 bilhões durante todo o período de concessão.**

Saneamento - O serviço no Rio é o terceiro a ser licitado dentro do programa do BNDES para estruturação de projetos no setor de saneamento, após o da Região Metropolitana de Maceió (AL) e o de Cariacica (ES). Juntas, estas duas concessões atenderão cerca de 1,9 milhão de pessoas e deverão gerar R\$ 3,2 bilhões em investimento.

Sobre o BNDES - Fundado em 1952 e atualmente vinculado ao Ministério da Economia, o BNDES é o principal instrumento do Governo Federal para promover investimentos de longo prazo na economia brasileira. Suas ações têm foco no impacto socioambiental e

econômico no Brasil. O Banco oferece condições especiais para micro, pequenas e médias empresas, além de linhas de investimentos sociais, direcionadas para educação e saúde, agricultura familiar, saneamento básico e transporte urbano. Em situações de crise, o Banco atua de forma anticíclica e auxilia na formulação das soluções para a retomada do crescimento da economia.

Fixadas essas premissas, e retornando ao nosso ponto de partida, é, portanto, imprescindível deixar claro que a CEDAE, juntamente com outros agentes privados, permanecerá delegatária de parcela importante dos serviços relacionados a água e esgoto na Região Metropolitana do ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Não existe processo de desestatização da CEDAE. A Companhia, embora com novo dimensionamento, continuará a existir e será fundamental para a segurança hídrica da população abastecida pelos sistemas Guandu, Imunana-Laranjal, Acari e Lajes, ou seja, uma população de mais de 10 milhões de pessoas na Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

Sob outro aspecto, sustentam os Impetrantes que o processo de eventuais alterações contratuais que tenham impacto nos contratos de trabalho individuais deve ocorrer em total transparência com as entidades sindicais.

É preciso ressaltar que não houve qualquer tentativa de afastar as entidades sindicais do processo, uma vez que o mesmo foi conduzido de forma transparente, com consultas públicas, espaço para oferta de contribuições, votação no Conselho de Administração e na Assembleia de Acionistas da CEDAE (locais onde os trabalhadores possuem assento).

Ressalte-se, portanto, que todo o procedimento que culminou com a elaboração e publicação do Edital de Concorrência foi caracterizado pela ampla possibilidade de participação não apenas dos sindicatos e demais associações de representação de interesses dos empregados, mas também da sociedade civil e órgãos e entidades de controle.

Pelo que até agora já se firmou, é possível fixar, desde logo, algumas conclusões importantes:

- (i) a concessão que se busca implementar por meio do Edital de Concorrência ora suspenso constitui projeto estratégico e fundamental para o ESTADO DO RIO DE JANEIRO e vários Municípios situados em território estadual, do ponto de vista econômico, social e financeiro;*
- (ii) a concessão que se busca implementar por meio do Edital de Concorrência ora suspenso configura pressuposto indispensável para o atendimento às exigências fixadas pela nova legislação que rege o serviço de saneamento no país;*
- (iii) não se encontra em curso um processo de "privatização" ou "desestatização" da CEDAE (expressões vulgarmente utilizadas pelos meios de comunicação sem o devido apuro técnico): a companhia, em conformidade com o modelo idealizado pelo BNDES, continuará a existir como sociedade de economia mista na Administração Indireta do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e*
- (iv) o procedimento que culminou com a elaboração e publicação do Edital de Concorrência foi caracterizado pela ampla possibilidade de participação sindicatos, sociedade e órgãos de controle;*
- (v) em conformidade com o projeto em curso de implementação, a CEDAE continuará a exercer relevante parcela dos serviços e atividades que desempenha atualmente.*

Da Garantia de Emprego até 2022 com Previsão em Norma Coletiva de trabalho, cláusula 38ª do Acordo Coletivo de Trabalho estranhamente não Anexado pelos Impetrantes

Sendo certo que, conforme se afirmou acima, a CEDAE continuará a existir e atuar como sociedade de economia mista estadual, titular de direitos e obrigações, repisamos a consequência óbvia e natural: permanecerá a CEDAE responsável por aquilo a que se obrigou anteriormente à publicação do Edital de Concorrência, notadamente ao Acordo Coletivo de Trabalho em vigor.

Nesse sentido, a Companhia - que, diga-se à exaustão, continuará a existir como empresa controlada pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO e delegatária de serviços relacionados a seu objeto social - encontra-se obrigada a cumprir a cláusula de garantia de emprego prevista em Acordo Coletivo de Trabalho pactuado para vigorar no período de 2020 - 2022 (Documento 3).

Destaca-se que a garantia de emprego em favor dos empregados da CEDAE está assegurada até abril de 2022, por meio de Acordo Coletivo de Trabalho assinado em 22 de outubro de 2020:

“Cláusula 38 - GARANTIA DE EMPREGO - de 1º de maio de 2020 a 30 de abril de 2021 e de 1º de maio de 2021 a 30 de abril de 2022 a Companhia concederá, em cada um dos períodos indicados, a garantia de emprego a 99% (noventa e nove por cento) do seu efetivo de pessoal”.

Tal norma coletiva evidentemente continua a vincular as partes, independentemente da futura concessão de parte do serviço a agentes privados.

Os autores da ação, com a devida vênia, apontam para uma artificial situação de incerteza jurídica quanto à manutenção dos efeitos do Acordo Coletivo, a fim de fundamentar a inadvertida pretensão de suspensão de eficácia dos efeitos do Edital de Concorrência. Esse cenário de incerteza não existe. A CEDAE continuará a existir, continuará a prestar serviços públicos e permanecerá obrigada ao cumprimento do Acordo.

Portanto, sob nenhum aspecto, caberia aos Sindicatos postulantes desta ação suscitar a infundada dúvida quanto à vigência, validade e eficácia do Acordo Coletivo de Trabalho - que, conforme se afirmou, permanece válido e eficaz - como justificativa para pretender suspender os efeitos do Edital de Concorrência, não merecendo acolhida, sob tal aspecto, a manutenção da tutela de urgência deferida, eis que o acordo coletivo em vigor, e, ESTRANHAMENTE, não juntado pelos Sindicatos aos autos, afasta qualquer argumentação de *periculum in mora*.

Da Previsão de “Outplacement” pelo Contrato de Interdependência. Previsão Contratual de Aproveitamento de Empregados da CEDAE pela Nova Concessionária

Em mais uma demonstração de que o processo que antecedeu a publicação do Edital de Concorrência levou seriamente em consideração a preocupação com o enfrentamento da situação laboral dos empregados da CEDAE, o Contrato de Interdependência, que constitui o Anexo VI ao Edital de Concorrência (documento 4) previu, em suas cláusulas 18.3, 18.4 e 18.5 um programa de 'outplacement', que nada mais é do que o aproveitamento, pelas novas concessionárias, de ex-empregados da CEDAE:

18.3. Durante o período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, a cooperação mútua entre as partes compreenderá a execução conjunta de um programa de outplacement que permita o aproveitamento de funcionários da CEDAE pela CONCESSIONÁRIA, com vista a garantir a adequada prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

18.4. A CEDAE se compromete a elaborar e disponibilizar, para livre acesso da CONCESSIONÁRIA, em até 30 (trinta) dias contados da assinatura do presente CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA, um Banco de Dados amplo, contendo informações sobre dados curriculares, experiências profissionais e aptidões técnicas dos seus empregados.

18.4.1. A adesão dos empregados da CEDAE ao banco de dados mencionado no item anterior será voluntária.

Mencione-se que a previsão contratual acima, obrigatória para a CEDAE e para as novas concessionárias a serem contratadas, se revela conforme ao decidido pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho nos autos do processo nº 0100071-78.2018.5.01.0049, em que se determinou que fossem buscadas "formas de proteção ao emprego e regras para a ocorrência de demissões, viabilizando o reaproveitamento e a qualificação dos empregados no caso de mudança tecnológica e organizacionais."

Em obediência a essa decisão, destaca-se que foi inserido no processo de concessão regra de 'outplacement', segundo a qual as licitantes vencedoras dos blocos terão de absorver a mão de obra da CEDAE em número suficiente para manter a qualidade dos serviços prestados à população.

Destaca-se, ainda, que considerando a necessidade de maiores investimentos no período de 12 anos, a contar do início da operação plena (prevista para maio de 2022), é natural que haja, se não pleno, amplo aproveitamento da mão de obra da Companhia, já especializada, em todas as tipologias de serviços, dos mais simples aos mais complexos, nas atividades necessárias ao cumprimento das metas do Marco Legal do Saneamento e indicadores determinados em edital e contrato.

Portanto, além da já mencionada garantia de emprego, conforme previsão normativa em sede de Acordo Coletivo de Trabalho, houve também a manifesta preocupação em reinserir os empregados eventualmente demitidos da CEDAE nos quadros da concessionária, solução essa que, a um só tempo, atende os melhores interesses dos trabalhadores, dos usuários do serviço e das concessionárias, considerada a experiência acumulada pelos empregados após longos períodos de trabalho no setor.

Também por essa razão cai por terra a tese jurídica dos impetrantes, devendo assim ser cassada a tutela de urgência deferida.

Da Necessária Avaliação Quanto às Consequências da Tutela de Urgência Concedida. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Política Pública Estratégica para o Estado do Rio de Janeiro e Municípios

Os capítulos precedentes demonstraram a absoluta inexistência dos fundamentos fáticos e jurídicos que fundamentaram a liminar deferida.

Conforme se viu, e por tudo o que se demonstrou, inclusive por meio de documentos ora acostados aos autos, é falsa a afirmativa de que o planejamento que antecedeu o Edital de Concorrência não levou em consideração a situação trabalhista e previdenciária dos empregados da CEDAE.

Assentada essa premissa, é preciso chamar a atenção do MM. Juízo para outro aspecto.

É certo que o exercício da atividade jurisdicional na atualidade é crescentemente influenciado por juízos de valor abertos e pela necessidade de aplicação de normas abstratas e de forte cunho valorativo aos casos concretos submetidos à apreciação jurisdicional.

Tanto é assim que a causa de pedir exposta na petição inicial é integralmente lastreada em princípios, dentre os quais a busca pelo pleno emprego, a boa-fé contratual e o dever de informação dela decorrente. E assim é, inclusive, porque não há qualquer regra que condicione objetivamente a validade do edital à realização dos estudos e avaliações mencionados pelos autores.

Nesse cenário, a formulação do convencimento desse MM. Juízo quanto à adequação e pertinência dos pedidos não poderia prescindir da análise à luz da macrojustiça e do rol de consequências associadas a uma eventual decisão que venha a entender pela suspensão dos efeitos do Edital de Concorrência impugnado, tal como pretendem os autores.

Nesse contexto, a liminar deferida não atentou para a redação atual da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro expressamente impõe que as consequências de decisões administrativas e judiciais sejam levadas em consideração por parte do agente público, especialmente quando importarem emanulação ou afastamento de eficácia de atos e contratos administrativos:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Conforme exposto em passagem anterior, a concessão que se busca viabilizar por meio do Edital de Concorrência visa à universalização do fornecimento de água para a população, geração de empregos, arrecadação de receitas públicas em favor do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e diversos Municípios localizados em âmbito estadual, ampliação da tarifa social e

investimentos em meio ambiente.

Nos termos já mencionados, e com fundamento em resultados estimados pelo BNDES, dentre os efeitos esperados da implementação da concessão se incluem os seguintes:

- (1) universalizar o fornecimento de água e esgoto para mais de 12,8 milhões de pessoas em até 12 anos, conforme previsto no novo marco regulatório do saneamento;**
- (2) geração de 45 mil empregos;**
- (3) investimentos de cerca de R\$ 30 bilhões e pelo menos R\$ 10,6 bilhões em pagamentos de outorgas pelos concessionários para o Estado do Rio de Janeiro e para os 35 municípios fluminenses que aderiram ao projeto;**
- (4) expansão da tarifa social destinada à população de baixa renda de 0,54% para 5%;**
- (5) investimentos de R\$ 2,6 bilhões em cinco anos para combater causas da poluição da Baía de Guanabara, com expectativa de R\$ 4,7 bilhões em economia com saúde e ganhos de produtividade, além de retorno estimado de cerca de R\$ 800 milhões com turismo; e**
- (6) arrecadação de 8,5 bilhões em outorgas para o ERJ e 9 bilhões para os Municípios.**

Os objetivos acima almejados encontram fundamento em estudos e avaliações conduzidas de forma séria, independente e imparcial por quadros técnicos do BNDES, instituição federal responsável por delinear o modelo de concessão dos serviços.

Especialmente quanto à estimativa de geração de empregos, ressalta-se que o aumento do número de empregos diretos e indiretos é um dos resultados do projeto de concessão, não só pela concessão do serviço em si, mas pelas imposições do Marco Legal do Saneamento Básico e cumprimento das metas do Plano Nacional do Saneamento.

Ao estipular a obrigatoriedade de que sejam atingidos 90% de coleta, transporte seguro e tratamento de esgoto e 99% de distribuição de água tratada para a população urbana dos municípios, diretamente foram estipulados altos níveis de investimentos, que no caso dos 35 municípios inseridos no processo de concessão da CEDAE, representará investimentos de R\$ 12 bilhões entre 2022 e 2026 e outros R\$ 13 bilhões entre 2027 e 2033, período no qual será necessário um grande acréscimo de mão de obra para a execução dos trabalhos de expansão das redes físicas de distribuição de água e coleta e transporte de esgoto, assim como na construção de estações de tratamento de água e esgoto.

Portanto, com a devida vênia, descabe ao Poder Judiciário, com mero fundamento em alegada violação a princípios (e que, de mais a mais, já se demonstrou não haver ocorrido), anular ou suspender os efeitos de um Edital que consubstancia política pública essencial e estratégica para o atendimento à saúde (saneamento básico) e economia pública do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e vários Municípios localizados em seu território.

Portanto, diante da demonstrada desproporcionalidade da medida pretendida pelos impetrantes, que presumivelmente importará em custos econômicos, sociais e financeiros muito superiores aos benefícios que pretende sustentar, pugna pela suspensão dos efeitos da tutela de urgência deferida.

Da Inexistência do “*Periculum in mora*”. Presença do Risco Reverso. da ausência dos Requisitos para a Liminar Deferida

A totalidade dos capítulos precedentes aponta para a inexistência de tese jurídica plausível capaz de socorrer aos Sindicatos Postulantes, que sobressai desde já, ainda que sob a ótica de análise superficial e anterior ao mérito.

É preciso ressaltar, neste passo, a notória presença do '*periculum in mora*' reverso, sinalizando para a iminente necessidade de cassação da tutela de urgência deferida no bojo do MS 0101354- 84.2021.5.01.0000.

Sendo certo que o início do procedimento licitatório está previsto para esta semana, é evidente que a decisão ora impugnada frustrará a tempestiva implementação de um projeto de relevância estratégica dos pontos de vista sanitário, econômico e financeiro, não apenas para o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, mas também para diversos dos Municípios situados em seu território.

A decisão em tela poderá, ao final, ter como efeito colateral, inclusive, a frustração das metas de expansão e universalização do serviço de saneamento básico, conforme previstas pela nova lei atualmente vigente.

É de se ressaltar que medidas como a ora impugnada por si só desestabilizam o ambiente de negócio e influenciam o certame afastando possíveis interessados na concessão do serviço.

Portanto, além da plausibilidade da tese jurídica, também o risco de dano reverso se mostra favorável ao ESTADO, devendo ser cassada a liminar deferida, até porque, como já exaustivamente tratado, inexistente também o *periculum in mora*, UMA VEZ QUE HÁ GARANTIA DE EMPREGO, VIA ACORDO COLETIVO, até 2022, bem como a previsão de *outplacement*, com a busca de aproveitamento, pelas novas concessionárias, de ex-empregados da CEDAE.

Da Conclusão

Assim, pelo exposto, pleiteia a **reconsideração da decisão ora agravada**, nos termos do acima exposto, ou a submissão à C. Turma vinculada, pelas razões apresentadas, que mostram inexistirem as premissas utilizadas para o deferimento da medida.

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 10 de maio de 2021

DANIELE FARIAS DANTAS DE ANDRADE URYN
PROCURADOR DO ESTADO

CARLOS ANDRÉ SILVA BAPTISTA
PROCURADOR DO ESTADO

PEDRO GUIMARÃES LOULA
PROCURADOR DO ESTADO

EXMO. SR. DR. JUIZ DA 61ª VARA DO TRABALHO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061

O **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, nos autos do processo em epígrafe, por intermédio do Procurador do Estado que a presente subscreve, vem apresentar sua **CONTESTAÇÃO** à Ação Civil Pública ajuizada pelo **SINDI DOS TRABALH. NAS EMPRESAS DE SANEAM. BASICO E MEIO AMBIENTE DO RIO DEJANEIRO E REGIAO** juntamente ao **SIND DOS TRAB NA IND DE PURIFICACAO E DISTR DE ÁGUA EEM SERVICOS DE ESGOTO DE CAMPOS E REGIAO NORTE E NOROESTE DO EST DO RIO DEJANEIRO - STAECNON-RJ**, nos seguintes termos.

DAS NOTIFICAÇÕES

Tendo em vista caber à Procuradoria Geral a defesa do segundo reclamado em juízo, requer que as notificações sejam feitas à **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - A/C:PROCURADORIA TRABALHISTA (PG-10) - Rua do Carmo nº 27, 3º andar, Centro, Rio de Janeiro - RJ**, ressaltando-se que, de acordo com o art. 183 do Código de Processo Civil, os entes públicos fazem jus à **intimação pessoal**.

DA TEMPESTIVIDADE

O réu, na qualidade de pessoa jurídica de direito público, nos termos do art. 1º, inciso I, do Decreto-lei779/1969, possui em quádruplo o prazo previsto no art. 841 da CLT, interregno mínimo entre a notificação e a audiência para apresentação de defesa. Ademais, ainda que esse d. Juízo considere a aplicação alógica do prazo de 15 (quinze) dias para contestação previsto no art. 335 do CPC, tal prazo deverá ser computado em dobro para a Fazenda Pública, nos termos do art. 183 do mesmo diploma legal, estando igualmente tempestiva a defesa, apresentada dentro do prazo de 30 (trinta) dias úteis.

Desse modo, plenamente tempestiva a presente contestação, protocolada dentro do prazo de 30 (trinta dias) dias úteis concedido pelo juízo para a apresentação da defesa.

DA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS TELEPRESENCIAIS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO. E-MAIL PARA CONVITE

A Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em respeito ao art. 4º, §1º do ATO CONJUNTO Nº6/2020 do Presidente e da Corregedora do Tribunal Regional do Trabalho da primeira região, vem indicar seu e-mail para o encaminhamento do convite para acessar a sala de videoconferência: **PLANTAOPG10@GMAIL.COM**

DOS ANTECEDENTES FÁTICOS

As entidades sindicais pretendem com a presente demanda a suspensão do procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento de esgoto e abastecimento de águas, até que seja apresentado estudo circunstanciado a respeito dos impactos socioeconômicos na seara trabalhista em relação aos contratos de trabalho em vigência e aos direitos adquiridos dos empregados da CEDAE, onde constem as alternativas para a mitigação de danos e garantias de proteção aos trabalhadores, sob pena de multa diária.

Foi requerido pela parte autora a concessão da antecipação da tutela, a qual foi inicialmente indeferida por este juízo, conforme Id. 31b04df. Não conformada, a parte impetrou Mandado de Segurança de nº 0101354-84.2021.5.01.0000, obtendo em um primeiro momento o deferimento de tutela de urgência, inaudita *altera pars*, para:

"suspender o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento de esgoto e abastecimento de águas de que trata o presente mandamus até que seja apresentado estudo circunstanciado de impacto socioeconômico na relação com os trabalhadores da empresa de economia mista estadual, seus prestadores de serviços e terceirizados, do qual constem alternativas para a dispensa em massa de trabalhadores, com a participação, preferencialmente, do Sindicato de Classe, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais)."

Não obstante, através de incidente de contracautela houve a provocação do STF por este peticionante, onde se indicou haver coincidência temática entre o conteúdo da decisão cautelar cuja suspensão foi determinada nos autos da ADI nº 0001674-76.2021.8.19.0000 e o teor da superveniente decisão provisória, proferida nos autos do MS nº 0101354-84.2021.5.01.0000. Isto porque ambas as decisões acabam por suspender, às vésperas da data marcada para o recebimento das propostas, o procedimento licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico relativos à Região Metropolitana do Rio de Janeiro, ainda que em diferentes.

O pleito do Estado foi acolhido pelo Ilmo. Ministro Luiz Fux que suspendeu a liminar deferida em Mandado de Segurança para o prosseguimento do processo licitatório. Decisão esta que já fora juntada aos autos em Id. fe5f1dc e cujo dispositivo descreve.

"Ex positis, acolho o pedido de extensão formulado e DEFIRO o pedido de medida limina, para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº, em trâmite perante o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, a fim de restabelecer o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente, com fundamento no §8º do art. 4º da Lei 8437/92.

Outrossim, determino a suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeira e de Segundo graus que obste parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente."

Sendo o breve resumo da demanda até o presente momento, passa-se às razões de contestação.

DA EXTENSÃO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.446/RJ

Inicialmente, vale esclarecer que foi requerido, no âmbito da suspensão 1.446/RJ, a suspensão da liminar deferida no presente Mandado de Segurança, eis que o Exmo. Sr. Presidente do E. Supremo Tribunal Federal já havia deferido liminar "para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de modo a restabelecer a plena eficácia do Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente, com fundamento no § 7º do art. 4º da Lei 8.437/92".

Na decisão proferida, após o requerimento de extensão, restou decidido pela "existência de coincidência, em termos práticos, entre o conteúdo da decisão cautelar cuja suspensão foi liminarmente determinada nestes autos e o teor da nova decisão provisória, proferida nos autos do MS nº 0101354-84.2021.5.01.0000. Isto porque ambas as decisões acabam por suspender, às vésperas da data marcada para o recebimento das propostas, o procedimento licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico relativos à Região Metropolitana do Rio de Janeiro, tal como tecnicamente estruturado, ainda que em diferentes medidas. Com efeito, ao determinar a sustação completa do procedimento licitatório em tela, a decisão proferida no MS nº 0101354-84.2021.5.01.0000 afasta a eficácia da decisão de contracautela anteriormente deferida no presente incidente, gerando, portanto, idêntico risco ao interesse público já consignado nestes autos, relacionado à obstaculização da expansão da prestação de serviços de saneamento básico, os quais ostentam a mais alta relevância ante sua óbvia repercussão na saúde pública."

Entretanto, pelo fato de o pedido de suspensão não ter natureza recursal, entende-se, ainda, cabível a presente medida a fim de se ver reformada a liminar deferida, pelos fatos que a seguir serão arrolados.

DA PERDA DE OBJETO

Antes ainda de adentrar ao mérito da demanda, vale frisar a perda de objeto do presente *mandamus*, isto porque este possui como pedido principal a suspensão do procedimento licitatório que já fora realizado em 01/05/2021, fazendo incidir a previsão do art. 462 do CPC, não vislumbrado mais sequer interesse processual para o prosseguimento do presente, na forma do art. 330, CPC.

DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Conforme mencionado, a presente ação tem por objetivo suspender aquilo que os Reclamantes nominam como atos de privatização ou desestatização da CEDAE, sob o fundamento de que a suposta ausência de estudos sobre a situação trabalhista e previdenciária dos empregados substituídos pelos sindicatos importaria em violação de princípios consagrados pelo ordenamento jurídico nacional.

Ocorre que, muito embora a relação entre a CEDAE e os substituídos processuais seja de emprego, a pretensão aduzida - qual seja, suspensão dos efeitos de edital de concorrência - não encontra qualquer relação com o ordenamento jurídico de tutela ao trabalho e tampouco poderia encontrar respaldo em qualquer norma trabalhista, tratando-se, na realidade, de questões de direito administrativo e societário.

Com efeito, a suspensão dos efeitos da norma editalícia não configura causa de pedir ou pedido que decorra diretamente da relação de trabalho, afastando a incidência do inciso I do art. 114 da Constituição da República.

É evidente, portanto, que o objeto da ação ajuizada não possui natureza trabalhista, não decorrendo da relação de trabalho e tampouco configurando "ação oriunda da relação de trabalho" para efeito de incidência do artigo 114, I da Constituição da República.

Portanto, verifica-se que a hipótese tratada nos autos não se encontra entre as arroladas no artigo 114 da CRFB, motivo pelo qual requer seja reconhecida a incompetência da Justiça do Trabalho para seu julgamento.

Vale ressaltar a sentença proferida no bojo da ACP nº 0100039-37.2021.5.01.0027 a qual ao analisar o **mesmo objeto** da presente demanda entendeu pelo reconhecimento da incompetência desta especializada:

“Desta forma, a presente ação não se amolda a nenhuma das hipóteses de competência da Justiça do Trabalho previstas no art. 114 da Constituição da República, porque discute a regularidade do edital de concessão de parte dos serviços públicos da segunda ré. A circunstância de não ter havido estudo prévio acerca da repercussão da concessão sobre os contratos de trabalho vigentes não é suficiente para atrair a competência desta Justiça Especial, pois **a questão se insere na regularidade ou não do edital**, ou seja, de todo o procedimento de concessão daqueles serviços públicos autorizada por lei, **carecendo esta Justiça de competência para decidir acerca desta regularidade, por se tratar de questão de natureza jurídica administrativa e não trabalhista e, portanto, esta Justiça Especial não possui competência para suspender os efeitos do indigitado edital**. Trata-se de incompetência absoluta em razão da matéria, que é definida mediante análise da causa de pedir ou do pedido. Acerca do órgão competente para o seu julgamento, conforme exposto pela segunda ré, em sua manifestação, a alienação das ações da CEDAE decorre do termo de compromisso firmado entre o Estado do Rio de Janeiro e a União Federal em 26/01/2017, como escopo de promover o reequilíbrio financeiro-fiscal daquele. Por meio dele o Estado do Rio de Janeiro assumiu, dentre outros compromissos, o de promover a alienação da integralidade das ações da CEDAE e utilizar os recursos obtidos na amortização de dívidas. Desse modo, a competência para o julgamento da presente ação é do Excelso Supremo Tribunal Federal, como constou expressamente da ata de audiência de conciliação realizada em 13/02/2017 na Ação Cível Originária 2.981/DF, na qual o eminente Ministro Relator Luiz Fux registrou a competência daquela Corte para julgamento de todos os eventuais questionamentos judiciais que tenham como objeto o termo de compromisso e suas medidas, conforme a seguir transcrito: "(...) Considerando precedentes desta Corte, dentre eles a ACO nº 2536/RJ e o MSnº 34.483, estando a questão judicializada perante este órgão, fica estabelecido que todos os eventuais questionamentos judiciais que tenham como objeto o termo de compromisso e suas medidas, incluindo a aferição de constitucionalidade das leis e projetos nele previstos, estão sujeitos à jurisdição preventa deste Supremo Tribunal Federal.”

A d. Julgadora ainda foi além ao encaminhar a demanda ao Supremo Tribunal Federal, considerando se tratar de matéria atinente o termo de compromisso existente entre Estado do Rio de Janeiro e União Federal, já havendo vinculação da Corte Suprema, através da ACO 2536/RJ.

Atente-se que mesmo que assim não se entenda, tem-se que a Corte Suprema também já se manifestou a respeito do Decreto 47.422/2020, conforme se demonstrará no próximo capítulo.

DA INEXISTÊNCIA DE PRIVATIZAÇÃO OU DESESTATIZAÇÃO DA CEDAE. CONTINUIDADE DA COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE CAPTAÇÃO E TRATAMENTO DE ÁGUA. CONCESSÃO DE PARTE DOS SERVIÇOS DE ADUÇÃO, RESERVA, EDISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E COLETA DE ESGOTO A AGENTES PRIVADOS. PROJETO ESTRATÉGICO PARA O ESTADO DO RIO DE JANEIRO E MUNICÍPIOS. PARTICIPAÇÃO AMPLA DE TODOS OS SETORES DA SOCIEDADE INTERESSADOS

Ao contrário do que alegam os impetrantes como premissa para a construção de toda a causa de pedir apresentada pela petição inicial, não haverá 'privatização' ou 'desestatização' da CEDAE, que continuará a existir como entidade de direito privado integrante da Administração Indireta do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e por ele controlada.

A didática apresentação de imagens e textos elaborada pelos quadros técnicos do conceituado BNDES que ora se junta e para a qual chamamos especial atenção de Vossa Excelência em razão de seu caráter didático - torna indúvidoso que a CEDAE não apenas continuará a existir como pessoa jurídica de direito privado no âmbito da Administração Indireta do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, como, ademais, continuará a desempenhar considerável e relevante parcela dos serviços e atividades que atualmente exerce no âmbito dos Municípios atendidos pelos Grandes Sistemas Produtores da Região Metropolitana.

Nesse sentido, a referida apresentação de imagens e textos demonstra que a CEDAE continuará a desempenhar o rol de atividades ali denominadas como “*upstream*”, conceito que abrange captação, tratamento e adução de água e venda de água tratada.

As futuras delegatárias de serviço público - que se busca contratar por meio do Edital de Concorrência- irão concentrar suas atividades no que se denomina como “*downstream*”, conceito que abrange operação de reservatórios, distribuição de água, além de coleta e tratamento de esgoto.

Trata-se de projeto de relevância estratégica para o ESTADO DO RIO DE JANEIRO e para diversos Municípios situados em território estadual.

Sua implementação visa à universalização do fornecimento de água à população, geração de empregos, obtenção de receitas públicas em favor do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e Municípios localizados em âmbito estadual (decorrente de arrecadação de outorgas), ampliação da tarifa social destinada aos segmentos sociais de renda inferior e investimentos em meio ambiente.

Tais propósitos, muitos dos quais atendem à legislação que definiu o novo marco legal do saneamento básico (LEI Nº 14.026, DE 15 DE JULHO DE 2020) foram previstos pelo planejamento realizado pelo BNDES, e são mencionados como resultado, a médio e longo prazo, do projeto de concessão modelado pela mencionada instituição federal de fomento ao desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, a notícia veiculada na rede mundial de computadores pela Agência BNDES de Notícias na data de 29.12.2020, acostada à esta Contestação, aponta as perspectivas e objetivos do projeto de concessão de serviços de saneamento em âmbito estadual (grifamos):

BNDES e governo do Rio de Janeiro lançam edital para concessão de saneamento do estado

Projeto prevê universalizar fornecimento de água e esgoto a 12,8 milhões de pessoas

Maior concessão de saneamento do Brasil deve gerar 45 mil empregos e investimentos de cerca de R\$ 30 bilhões

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e o governo do Rio de Janeiro lançaram nesta terça-feira, 29, edital para concessão do serviço de saneamento no estado, atualmente prestado pela Companhia Estadual de Águas e Esgoto (CEDAE). Os vencedores do leilão, que está previsto para o dia 30 de abril na B3, em São Paulo (SP), deverão universalizar o fornecimento de água e esgoto para mais de 12,8 milhões de pessoas em até 12 anos, objetivo previsto no novo marco regulatório do saneamento, sancionado em julho deste ano. O projeto, que é o maior do gênero no Brasil, deve gerar 45 mil empregos, investimentos de cerca de R\$ 30 bilhões e pelo menos R\$10,6 bilhões em pagamentos de outorgas pelos concessionários para o Estado do Rio de Janeiro e para os 35 municípios fluminenses que aderiram ao projeto.

Com a universalização do serviço, cerca de 5,7 milhões de pessoas passarão a ter acesso à coleta e ao tratamento de esgoto. Atualmente, dentro da área a ser atendida, 26 cidades contam com cobertura de rede de esgoto inferior a 50% - e seis delas não possuem qualquer acesso ao serviço.

Serão licitados quatro blocos, compreendendo cerca de 90% da população coberta pela CEDAE, que continuará responsável pela captação, tratamento e fornecimento de água aos concessionários dos sistemas Guandu e Imunana/Laranjal. A concessão tem prazo de duração para exploração o serviço de 35 anos. A divisão em áreas tem como objetivo tornar viável a operação e garantir os investimentos necessários, mesmo nas regiões menos atrativas economicamente, sem necessidade de aumento tarifário. A tarifa social aplicada pela CEDAE, destinada à população de mais baixa renda, que hoje é cobrada de 0,54% das unidades, deverá ser expandida para até 5%.

Meio Ambiente - O projeto também gerará investimentos de R\$ 2,6 bilhões em cinco anos para combater causas da poluição da Baía da Guanabara, com expectativa de R\$ 4,7 bilhões em economia com saúde e ganhos de produtividade, além de retorno estimado de cerca de R\$ 800 milhões com turismo. Durante esse período também serão aplicados R\$ 2,9 bilhões na redução da poluição do Rio Guandu, que abastece a maior parte da Região Metropolitana, e R\$ 250 milhões para auxiliar na despoluição das lagoas de Jacarepaguá e da Barra. Além disso, os responsáveis pela exploração do serviço deverão investir ao menos R\$ 1,86 bilhão na ampliação do abastecimento de água e esgotamento sanitário em favelas não urbanizadas no município do Rio de Janeiro, comprometendo-se com a continuidade de prestação do serviço.

Contas públicas - Além dos benefícios para a população, a concessão terá efeitos financeiros positivos para o governo do Estado - que receberá pelo menos R\$ 8,5 bilhões em outorgas - e para os 35 municípios que aderiram ao projeto - que deverão arrecadar, em conjunto, cerca de R\$ 9 bilhões durante todo o período de concessão.

Saneamento - O serviço no Rio é o terceiro a ser licitado dentro do programa do BNDES para estruturação de projetos no setor de saneamento, após o da Região Metropolitana de Maceió (AL) e o de Cariacica (ES). Juntas, estas duas concessões atenderão cerca de 1,9 milhão de pessoas e deverão gerar R\$ 3,2 bilhões em investimento.

Sobre o BNDES - Fundado em 1952 e atualmente vinculado ao Ministério da Economia, o BNDES é o principal instrumento do Governo Federal para promover investimentos de longo prazo na economia brasileira. Suas ações têm foco no impacto socioambiental e econômico no Brasil. O Banco oferece condições especiais para micro, pequenas e médias empresas, além de linhas de investimentos sociais, direcionadas para educação e saúde, agricultura familiar, saneamento básico e transporte urbano. Em situações de crise, o Banco atua de forma anticíclica e auxilia na formulação das soluções para a retomada do crescimento da economia.

Fixadas essas premissas, e retornando ao nosso ponto de partida, é, portanto, imprescindível deixar claro que a CEDAE, juntamente com outros agentes privados, permanecerá delegatária de parcela importante dos serviços relacionados a água e esgoto na Região Metropolitana do ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Não existe processo de desestatização da CEDAE. A Companhia, embora com novo dimensionamento, continuará a existir e será fundamental para a segurança hídrica da população abastecida pelos sistemas Guandu, Imunana-Laranjal, Acari e Lajes, ou seja, uma população de mais de 10 milhões de pessoas na Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

Sob outro aspecto, sustentam os reclamantes que o processo de eventuais alterações contratuais que tenham impacto nos contratos de trabalho individuais deve ocorrer em total transparência com as entidades sindicais.

É preciso ressaltar que não houve qualquer tentativa de afastar as entidades sindicais do processo, uma vez que o mesmo foi conduzido de forma transparente, com consultas públicas, espaço para oferta de contribuições, votação no Conselho de Administração e na Assembleia de Acionistas da CEDAE (locais onde os trabalhadores possuem assento).

Ressalte-se, portanto, que todo o procedimento que culminou com a elaboração e publicação do Edital de Concorrência foi caracterizado pela ampla possibilidade de participação não apenas dos sindicatos e demais associações de representação de interesses dos empregados, mas também da sociedade civil e órgãos e entidades de controle.

Pelo que até agora já se firmou, é possível fixar, desde logo, algumas conclusões importantes:

- (1) a concessão que se busca implementar por meio do Edital de Concorrência ora suspenso constitui projeto estratégico e fundamental para o ESTADO DO RIO DE JANEIRO e vários Municípios situados em território estadual, do ponto de vista econômico, social e financeiro;**
- (2) a concessão que se busca implementar por meio do Edital de Concorrência ora suspenso configura pressuposto indispensável para o atendimento às exigências fixadas pela nova legislação que rege o serviço de saneamento no país;**
- (3) não se encontra em curso um processo de "privatização" ou "desestatização" da CEDAE (expressões vulgarmente utilizadas pelos meios de comunicação sem o devido apuro técnico): a companhia, em conformidade com o modelo idealizado pelo BNDES, continuará a existir como sociedade de economia mista na Administração Indireta do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e**
- (4) procedimento que culminou com a elaboração e publicação do Edital de Concorrência foi caracterizado pela ampla possibilidade de participação sindicatos, sociedade e órgãos de controle;**
- (5) em conformidade com o projeto em curso de implementação, a CEDAE continuará a exercer relevante parcela dos serviços e atividades que desempenha atualmente.**

DA GARANTIA DE EMPREGO ATÉ 2022 COM PREVISÃO EM NORMA COLETIVA DE TRABALHO. CLÁUSULA 38ª DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO ESTRANHAMENTE NÃO ANEXADO PELOS RECLAMANTES

Sendo certo que, conforme se afirmou acima, a CEDAE continuará a existir e atuar como sociedade de economia mista estadual, titular de direitos e obrigações, repisamos a consequência óbvia e natural: permanecerá a CEDAE responsável por aquilo a que se obrigou anteriormente à publicação do Edital de Concorrência, notadamente ao Acordo Coletivo de Trabalho em vigor.

Nesse sentido, a Companhia - que, diga-se à exaustão, continuará a existir como empresa controlada pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO e delegatária de serviços relacionados a seu objeto social - encontra-se obrigada a cumprir a cláusula de garantia de emprego prevista em Acordo Coletivo de Trabalho pactuado para vigorar no período de 2020 - 2022 (Documento 3).

Destaca-se que a garantia de emprego em favor dos empregados da CEDAE está assegurada até abril de 2022, por meio de Acordo Coletivo de Trabalho assinado em 22 de outubro de 2020:

“Cláusula 38 - GARANTIA DE EMPREGO - de 1º de maio de 2020 a 30 de abril de 2021 e de 1º de maio de 2021 a 30 de abril de 2022 a Companhia concederá, em cada um dos períodos indicados, a garantia de emprego a 99% (noventa e nove por cento) do seu efetivo de pessoal”.

Tal norma coletiva evidentemente continua a vincular as partes, independentemente da futura concessão de parte do serviço a agentes privados.

Os autores da ação, com a devida vênia, apontam para uma artificial situação de incerteza jurídica quanto à manutenção dos efeitos do Acordo Coletivo, a fim de fundamentar a inadvertida pretensão de suspensão de eficácia dos efeitos do Edital de Concorrência. Esse cenário de incerteza não existe. A CEDAE continuará a existir, continuará a prestar serviços públicos e permanecerá obrigada ao cumprimento do Acordo.

Portanto, sob nenhum aspecto, caberia aos Sindicatos postulantes desta ação suscitar a infundada dúvida quanto à vigência, validade e eficácia do Acordo Coletivo de Trabalho - que, conforme se afirmou, permanece válido e eficaz - como justificativa para pretender suspender os efeitos do Edital de Concorrência, não merecendo acolhida, sob tal aspecto, eis que o acordo coletivo em vigor, e, ESTRANHAMENTE, não juntado pelos Sindicatos aos autos, afasta qualquer argumentação neste sentido.

DA PREVISÃO DE "OUTPLACEMENT" PELO CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA. PREVISÃO CONTRATUAL DE APROVEITAMENTO DE EMPREGADOS DA CEDAE PELA NOVA CONCESSIONÁRIA

Em mais uma demonstração de que o processo que antecedeu a publicação do Edital de Concorrência levou seriamente em consideração a preocupação com o enfrentamento da situação laboral dos empregados da CEDAE, o Contrato de Interdependência, que constitui o Anexo VI ao Edital de Concorrência previu, em suas cláusulas 18.3, 18.4 e 18.5 um programa de 'outplacement', que nada mais é do que o aproveitamento, pelas novas concessionárias, de ex-empregados da CEDAE:

18.3. Durante o período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, a cooperação mútua entre as partes compreenderá a execução conjunta de um programa de *outplacement* que permita o aproveitamento de funcionários da CEDAE pela CONCESSIONÁRIA, com vista a garantir a adequada prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

18.4. A CEDAE se compromete a elaborar e disponibilizar, para livre acesso da CONCESSIONÁRIA, em até 30 (trinta) dias contados da assinatura do presente CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA, um Banco de Dados amplo, contendo informações sobre dados curriculares, experiências profissionais e aptidões técnicas dos seus empregados.

18.4.1. A adesão dos empregados da CEDAE ao banco de dados mencionado no item anterior será voluntária.

Mencione-se que a previsão contratual acima, obrigatória para a CEDAE e para as novas concessionárias a serem contratadas, se revela conforme ao decidido pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho nos autos do processo nº 0100071-78.2018.5.01.0049, em que se determinou que fossem buscadas "formas de proteção ao emprego e regras para a ocorrência de demissões, viabilizando o reaproveitamento e a qualificação dos empregados no caso de mudança tecnológica e organizacionais."

Em obediência a essa decisão, destaca-se que foi inserido no processo de concessão regra de '*outplacement*', segundo a qual as licitantes vencedoras dos blocos terão de absorver a mão de obra da CEDAE em número suficiente para manter a qualidade dos serviços prestados à população.

Destaca-se, ainda, que considerando a necessidade de maiores investimentos no período de 12 anos, a contar do início da operação plena (prevista para maio de 2022), é natural que haja, se não pleno, amplo aproveitamento da mão de obra da Companhia, já especializada, em todas as tipologias de serviços, dos mais simples aos mais complexos, nas atividades necessárias ao cumprimento das metas do Marco Legal do Saneamento e indicadores determinados em edital e contrato.

Portanto, além da já mencionada garantia de emprego, conforme previsão normativa em sede de Acordo Coletivo de Trabalho, houve também a manifesta preocupação em reinserir os empregados eventualmente demitidos da CEDAE nos quadros da concessionária, solução essa que, a um só tempo, atende os melhores interesses dos trabalhadores, dos usuários do serviço e das concessionárias, considerada a experiência acumulada pelos empregados após longos períodos de trabalho no setor.

Também por essa razão cai por terra a tese jurídica dos requerentes, devendo assim serem indeferidos os pedidos da exordial.

DA NECESSÁRIA AVALIAÇÃO QUANTO ÀS CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO. LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. POLÍTICA PÚBLICA ESTRATÉGICA PARA O ESTADO DO RIO DE JANEIRO E MUNICÍPIOS

Os capítulos precedentes demonstraram a absoluta inexatidão dos fundamentos fáticos e jurídicos que fundamentam o pedido autoral.

Conforme se viu, e por tudo o que se demonstrou, inclusive por meio de documentos ora acostados aos autos, é falsa a afirmativa de que o planejamento que antecedeu o Edital de Concorrência não levou em consideração a situação trabalhista e previdenciária dos empregados da CEDAE.

Assentada essa premissa, é preciso chamar a atenção do MM. Juízo para outro aspecto.

É certo que o exercício da atividade jurisdicional na atualidade é crescentemente influenciado por juízos de valor abertos e pela necessidade de aplicação de normas abstratas e de forte cunho valorativo aos casos concretos submetidos à apreciação jurisdicional.

Tanto é assim que a causa de pedir exposta na petição inicial é integralmente lastreada em princípios, dentre os quais a busca pelo pleno emprego, a boa-fé contratual e o dever de informação dela decorrente. E assim é, inclusive, porque não há qualquer regra que condicione objetivamente a validade do edital à realização dos estudos e avaliações mencionados pelos autores.

Nesse cenário, a formulação do convencimento desse MM. Juízo quanto à adequação e pertinência dos pedidos não poderia prescindir da análise à luz da macro justiça e do rol de consequências associadas a uma eventual decisão que venha a entender pela suspensão dos efeitos do Edital de Concorrência impugnado, tal como pretendem os autores.

Nesse contexto, deve-se atentar para a redação atual da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro expressamente impõe que as consequências de decisões administrativas e judiciais sejam levadas em consideração por parte do agente público, especialmente quando importarem em anulação ou afastamento de eficácia de atos e contratos administrativos:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Conforme exposto em passagem anterior, a concessão que se busca viabilizar por meio do Edital de Concorrência visa à universalização do fornecimento de água para a população, geração de empregos, arrecadação de receitas públicas em favor do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e diversos Municípios localizados em âmbito estadual, ampliação da tarifa social e investimentos em meio ambiente.

Nos termos já mencionados, e com fundamento em resultados estimados pelo BNDES, dentre os efeitos esperados da implementação da concessão se incluem os seguintes:

- (1) universalizar o fornecimento de água e esgoto para mais de 12,8 milhões de pessoas em até 12 anos, conforme previsto no novo marco regulatório do saneamento;**
- (2) geração de 45 mil empregos;**
- (3) investimentos de cerca de R\$ 30 bilhões e pelo menos R\$ 10,6 bilhões em pagamentos de outorgas pelos concessionários para o Estado do Rio de Janeiro e para os 35 municípios fluminenses que aderiram ao projeto;**

- (4) expansão da tarifa social destinada à população de baixa renda de 0,54% para 5%;**
- (5) investimentos de R\$ 2,6 bilhões em cinco anos para combater causas da poluição da Baía da Guanabara, com expectativa de R\$ 4,7 bilhões em economia com saúde e ganhos de produtividade, além de retorno estimado de cerca de R\$ 800 milhões com turismo; e**
- (6) arrecadação de 8,5 bilhões em outorgas para o ERJ e 9 bilhões para os Municípios.**

Os objetivos acima almejados encontram fundamento em estudos e avaliações conduzidas de forma séria, independente e imparcial por quadros técnicos do BNDES, instituição federal responsável por de linear o modelo de concessão dos serviços.

Especialmente quanto à estimativa de geração de empregos, ressalta-se que o aumento do número de empregos diretos e indiretos é um dos resultados do projeto de concessão, não só pela concessão do serviço em si, mas pelas imposições do Marco Legal do Saneamento Básico e cumprimento das metas do Plano Nacional do Saneamento.

Ao estipular a obrigatoriedade de que sejam atingidos 90% de coleta, transporte seguro e tratamento de esgoto e 99% de distribuição de água tratada para a população urbana dos municípios, diretamente foram estipulados altos níveis de investimentos, que no caso dos 35 municípios inseridos no processo de concessão da CEDAE, representará investimentos de R\$ 12 bilhões entre 2022 e 2026 e outros R\$ 13 bilhões entre 2027 e 2033, período no qual será necessário um grande acréscimo de mão de obra para a execução dos trabalhos de expansão das redes físicas de distribuição de água e coleta e transporte de esgoto, assim como na construção de estações de tratamento de água e esgoto.

Portanto, com a devida vênia, descabe ao Poder Judiciário, com mero fundamento em alegada violação a princípios (e que, de mais a mais, já se demonstrou não haver ocorrido), anular ou suspender os efeitos de um Edital que consubstancia política pública essencial e estratégica para o atendimento à saúde (saneamento básico) e economia pública do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e vários Municípios localizados em seu território.

Portanto, diante da demonstrada desproporcionalidade da medida pretendida pelos autores, que presumivelmente importará em custos econômicos, sociais e financeiros muito superiores aos benefícios que pretende sustentar, pugna pela improcedência dos pedidos realizados na inicial.

DA CONCLUSÃO

Assim, pelo exposto, requer o Estado do Rio de Janeiro sejam reconhecidas as preliminares trazidas para que seja o processo extinto sem resolução de mérito e caso não acolhidas, no mérito, requer a improcedência dos pedidos autorais, por absoluta falta de amparo legal, assim como pugna por todos os meios de provas admitidas.

Nestes termos, pede deferimento

Rio de Janeiro, 10 de maio de 2021

DANIELE FARIAS DANTAS DE ANDRADE URYN

PROCURADORA DO ESTADO

CARLOS ANDRÉ SILVA BAPTISTA

PROCURADOR DO ESTADO

PEDRO GUIMARÃES LOULA

PROCURADOR DO ESTADO

EXMO. SR. DESEMBARGADOR BENEDITO ABICAIR – RELATOR DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0029592-55.2021.8.19.0000 – DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos do mandado de segurança impetrado pelos Exmos. Srs. Deputados Estaduais **ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS RODRIGUES** e **ADRIANA BONOW BALTHAZAR DA SILVEIRA**, vem, com fundamento no art. 7º, II, da Lei nº 12.016/2009, expor e requerer o que segue.

1. O ATO COATOR

Trata-se de mandado de segurança, impetrado por Deputados Estaduais contra ato do Exmo. Sr. Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - ALERJ e da Mesa Diretora da ALERJ, objetivando a sustação da tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021. Afirmam que a tramitação do Projeto de Decreto Legislativo viola direito líquido e certo à observância do devido processo legislativo e às normas constitucionais relativas ao processo legislativo. Isso porque o ato impetrado busca a sustação do Decreto Executivo nº 47.422/2020, que autorizou a abertura de procedimento licitatório para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e demais municípios fluminenses, fora das hipóteses autorizadas pelo art. 99, VII da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e pelo art. 49, V, da Constituição da República.

O pedido de tutela liminar foi deferido pela decisão de index 23, sob o fundamento de que “*o Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021 susta norma que não versa sobre matéria de competência exclusiva do Poder Legislativo Estadual*”. Diante disso, concluiu-se que, “*não se tratando de matéria de exclusiva competência do Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro, vislumbro, em sede de cognição sumária, a inconstitucionalidade, por vício formal, do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021, a autorizar o deferimento da liminar pleiteada, notadamente ante a presença do periculum in mora, visto que o leilão da CEDAE está previsto para acontecer nesta data*”.

Em suas informações de index 475, as autoridades impetradas afirmaram que os vícios suscitados pelos impetrantes se referem a inconstitucionalidades materiais, ao passo que a excepcional admissão de mandado de segurança impetrado por parlamentar contra a tramitação de atos legislativos se restringe ao controle preventivo de inconstitucionalidade formal. Sustentam, ainda, o descabimento da impetração de mandado de segurança por Parlamentares contra Projeto de Decreto Legislativo que já teria se esaurido, uma vez que já estaria encerrada a tramitação do PDL nº 57/2021, com a publicação do Decreto Legislativonº 16/2021.

Não há, no entanto, como afastar o cabimento da impetração e, no mérito, inconstitucionalidade e abusividade do ato impetrado.

2. LEGITIMIDADE ATIVA E CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma o cabimento de mandado de segurança

impetrado por Parlamentar, no exercício de seu mandato, a fim de tutelar direito líquido e certo à observância do devido processo legislativo. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE

PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). **O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo”** (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não”. (MS 32033, STF, Relator Min. GILMAR MENDES, j. em 20.06.2013)

Nesse aspecto, no presente mandado de segurança o que se pretende é justamente tutelar o direito líquido e certo dos Parlamentares impetrantes de coibir a tramitação de Projeto de Decreto Legislativo que desrespeita as disposições constitucionais relativas ao processo legislativo, uma vez que: (i) há usurpação de competência exclusiva da Chefia do Poder Executivo para exercer a direção superior da Administração estadual e para dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração (CRFB/1988, art. 84, II e VI, *a*; CERJ, art. 145, II e VI, *a*); (ii) o Decreto Legislativo é espécie normativa com objeto restrito, não se admitindo a sua edição para dispor sobre matéria de competência exclusiva do Poder Executivo (CRFB/1988, art. 49, V; CERJ, art. 99, VII) e, tampouco, para exercer atribuição reservada ao Tribunal de Contas do Estado – TCE/RJ (CRFB/1988, art. 71, X; CERJ, art. 123, IX); (iii) a Assembleia Legislativa do Estado não tem competência legislativa para dispor sobre a concessão de serviços de saneamento e abastecimento de águas dos Municípios (CRFB, art. 30, II e V); e (iv) a justificativa do Projeto de Decreto Legislativo demonstra a ausência de correlação entre o seu objeto e a finalidade que as autoridades impetradas pretendem alcançar, em violação ao devido procedimento para a elaboração de normas.

Como se percebe, a controvérsia exige exclusivamente o controle judicial de aspectos formais relativos ao processo legislativo, o que é admitido pela jurisprudência do STF. Dessa maneira, é cabível a impetração para assegurar direito líquido e certo dos Parlamentares ao devido processo legislativo, de modo a sustar a tramitação de Projeto de Decreto Legislativo que (i) não observa os limites constitucionais da espécie legislativa, (ii) usurpa competência exclusiva do Poder Executivo, (iii) afronta a competência dos Municípios para dispor sobre a concessão de serviços de saneamento e abastecimento de água e (iv) é editado para alcançar finalidade diversa daquela constante de seu objeto. As questões suscitadas dizem respeito exclusivamente a **vício formal orgânico** (competência legislativa) e a **vício formal subjetivo** (iniciativa legislativa para a matéria).

Assim sendo, ao contrário do que afirmaram as autoridades impetradas, a impetração não trata de vícios materiais de constitucionalidade do PDL nº 57/2021. Inexiste, assim, fundamento para recusar a

tramitação do mandado de segurança.

3. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DO PROCESSO LEGISLATIVO: PREJUÍZO DA PROMULGAÇÃO E DA PUBLICAÇÃO DO DECRETO LEGISLATIVO – INEXISTÊNCIA DE ENCERRAMENTO DA TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA

Em suas informações, as autoridades impetradas requereram o indeferimento da inicial, sob o fundamento de as inconstitucionalidades suscitadas deveriam “*ser apreciadas em controle abstrato repressivo, contra o Decreto Legislativo nº 16/2021, nunca contra um Projeto de Decreto Legislativo já exaurido*”. De acordo com as autoridades impetradas, o PDL nº 57/2021 teria sido aprovado pelo Plenário da Assembleia Legislativa e foi promulgado e publicado sob o nº 16/2021.

Ocorre que a tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021 não se encerrou. Veja-se que o presente Mandado de Segurança foi impetrado em 29 de abril de 2021, tendo se deferido liminar para suspender a tramitação legislativa em 30 de abril de 2021 (index 23), com a intimação das autoridades impetradas na mesma data (index 45). Por sua vez, o Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021 foi votado em plenário em 29 de abril de 2021, mas a sua publicação ocorreu na mesma data em que foi deferida a liminar “*para suspender os efeitos decorrentes da votação e aprovação do Projeto de Decreto Legislativonº 57/2021*”.

A publicação do ato legislativo, portanto, não teve qualquer efeito. Recorde-se que a publicação é o ato que encerra o processo legislativo, marcando o início de vigência da norma. Ocorre que no mesmo dia em que foi publicado o Decreto Legislativo, foi proferida a decisão que suspendeu os efeitos da votação e aprovação do PDL n 57/2021. É dizer: em razão da decisão judicial proferida na mesma data, o ato de publicação foi esvaziado. Afinal, por força da decisão liminar, foram suspensos os efeitos da aprovação do PDL e, conseqüentemente, de todos os atos legislativos subsequentes.

A alegação de exaurimento da tramitação legislativa do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021 pressuporia a recusa de autoridade da tutela jurisdicional de fls. 23, assim como a rejeição da própria autoridade do próprio Poder Judiciário fluminense.

Dessa forma, não há como acolher a preliminar suscitada pela autoridade impetrada, sendo cabível e adequada a impetração do presente mandado de segurança para resguardar direito líquido e certo dos Parlamentares impetrantes à observância do devido processo legislativo e às normas constitucionais relativas ao processo legislativo.

4. FATOS QUE ENVOLVEM A CONTROVÉRSIA

4.1. DECLARADO DESVIO DE FINALIDADE: UTILIZAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO PARA PRESSIONAR A UNIÃO FEDERAL A APROVAR O PLANO DE RECUPERAÇÃO FISCAL DO ESTADO

O PDL Nº 57/2021 destina-se a sustar os efeitos do Decreto nº 47.422, de 23 de dezembro de 2020, editado pelo Chefe do Poder Executivo para dispor sobre a concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Confira-se:

Art. 1º - **Ficam sustados os efeitos do Decreto n.º 47.422, de 23 de dezembro de 2020**, publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro de 28 de dezembro de 2020, que “DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO E DOS SERVIÇOS COMPLEMENTARES DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”.

Art. 2º - A edição de novo decreto com o mesmo intuito fica condicionado à prorrogação do Regime de Recuperação Fiscal.

Art. 3º - Este Decreto Legislativo entrará em vigor na data de sua publicação” (grifos acrescentados).

É certo que a Constituição do Estado – que reproduz, nesta parte, a Constituição da República –, autoriza a sustação de “*atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*” (art. 99, VII, da CERJ). Trata-se, evidentemente, de solução constitucional excepcional, destinada a restabelecer a eficazo princípio da separação de poderes, nos casos de exorbitância do Poder Executivo no desempenho de sua competência regulamentar.

O PDL impugnado, no entanto, não diz respeito a qualquer exorbitância de poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo. Na verdade, **o PDL tem o declarado propósito de pressionar a União Federal para obrigá-la a renovar o Regime de Recuperação Fiscal que está submetido o Estado do Rio de Janeiro**.

Infere-se da exposição de motivos o desvio de finalidade na utilização da espécie legislativa. Observa-se, ainda, a incongruência interna do PDL – questão que será abordada em tópico próprio –, uma vez que, a pretexto de pressionar a União, se pretende suspender Decreto do Chefe do Executivo editado com base no regular exercício de suas competências constitucionais. E, pior, com gravíssimo dano para a população Fluminense.

4.2. FATOS SUBJACENTES À EDIÇÃO DO DECRETO EXECUTIVO N.º 47.422/2020

O Decreto estadual n.º 47.422/2020, cujo ato impetrado pretende sustar, foi editado com o base em delegação de competência da Região Metropolitana, titular do serviço público de saneamento básico.

Como se vê dos *considerandos* do ato executivo, trata-se de decreto editado com base em “*delegação dos titulares dos serviços*”, sendo que o Estado “*assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário*” (grifos acrescentados).

Em outras palavras, o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço público de saneamento básico, que, conforme já decidido pelo STF no julgamento da ADI 1842/RJ, é titularizado pelos Municípios, que, se assim optarem, podem transferir a respectiva titularidade para a Região Metropolitana, tal como se deu neste Estado, com a edição da Lei Complementar n.º 184/2018.

Esse fato, inclusive, foi reforçado pelo Presidente do STF, Min. Luiz Fux, na decisão liminar recentemente concedida nos autos da Suspensão de Liminar n.º 1446/RJ, ajuizada pelo Estado contra a medida cautelar deferida monocraticamente pelo Desembargador Adolpho Mello nos autos da RI n.º

0001674-76.2021.8.19.0000. Confira-se:

“A leitura do referido precedente demonstra que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, interpretando os artigos 23, IX, e 25, §3º, da Constituição, assentou entendimento no sentido de que a integração de município a região metropolitana criada por lei estadual, conquanto compulsória, não esvazia a autonomia municipal. Assim, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico segue sendo dos municípios integrantes, a despeito da execução de referidos serviços se dar de modo conjunto no âmbito da unidade interfederativa. Por esses fundamentos, entendeu o Plenário desta Corte ser inconstitucional dispositivo de lei estadual que submetia o poder concedente relacionado a estes serviços exclusivamente à decisão da autoridade Estadual, pois reconhecia-se pertencer ao “colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado” o poder concedente e a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico”.

De outro lado, a concessão do serviço público de saneamento é decorrência da necessidade de cumprimento da meta de universalização do saneamento trazida pelo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020), que impõe o seu atingimento até 31 de janeiro de 2033 (art. 7).

A opção pela concessão em modelo de bloco de concessões regionalizadas, com abrangência nos Municípios atendidos pela CEDAE, foi precedida de estudos técnicos realizados pelo BNDES, com a participação e controle (i) da população, mediante consultas públicas, e (ii) de inúmeros órgãos estatais, tais como MPF, MP-RJ, TCE-RJ, DPGE-RJ, AGENERSA, Rio-Águas e CEDAE.

Ademais, segundo informado pelo Secretário de Estado da Casa Civil, em ofício anexado pelo Estado nos autos daquela suspensão de liminar, a concessão representará inúmeros benefícios sociais, econômicos e ambientais para a população Fluminense, com investimentos estimados da ordem de R\$ 1 trilhão até 2033.

5. DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO: VIOLAÇÃO AO ART. 84, II E VI, A, DA CRFB E ART. 145, II E VI, A, DA CERJ; ART. 49, V, DA CRFB/1988 E ART. 99, VII, DA CERJ; E ART. 18, DA CRFB C/C ADI Nº 1842.

5.1. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO PARA EXERCER A DIREÇÃO SUPERIOR DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL E PARA DISPOR, MEDIANTE DECRETO, SOBRE A ORGANIZAÇÃO E O FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO

Como exposto, o Projeto de Decreto Legislativo impugnado tem por objetivo sustar o Decreto executivo nº 47.422/2020, que dispõe sobre a concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário dos Municípios do Estado. Ocorre que a Constituição, no art. 84, incisos II e VI, *a*, reproduzidos no art. 145, incisos II e VI, *a*, da CERJ, reserva ao Chefe do Poder Executivo a competência para “*exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal*” e para dispor, mediante decreto, sobre “*organização e funcionamento da administração federal*”.

Diante disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma a inconstitucionalidade formal

de atos legislativos de iniciativa parlamentar que mitigam o poder de direção superior do Chefe do Poder Executivo e que interferem na organização e funcionamento da Administração. Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. **Representação por inconstitucionalidade. Lei nº 4.295/2004 do Estado do Rio de Janeiro, a qual autoriza os diretores de escolas públicas estaduais a ceder espaço para a realização de encontro de casais, jovens e adolescentes de todos os grupos religiosos e dá outras providências. Lei que versa a respeito das atribuições, organização e funcionamento das instituições de ensino públicas estaduais. Competência do chefe do Poder Executivo. Iniciativa parlamentar. Inconstitucionalidade formal. Precedentes. 1. É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que padece de inconstitucionalidade formal a lei resultante de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições, organização e funcionamento de órgãos públicos, haja vista que essa matéria é afeta ao chefe do Poder Executivo.** 2. Agravo regimental não provido.

(ARE 1075428 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, j. em 07.05.2018).

No caso, o Projeto de Decreto Legislativo, ao sustar o Decreto executivo nº 47.422/2020, busca impedir a realização da licitação para concessão do serviço de

abastecimento de água e esgotamento sanitário, cujos Municípios constituíram gestão associada com o Estado do Rio de Janeiro para a referida delegação. O ato coator, portanto, além de mitigar a competência para direção da Administração, afeta a organização e o funcionamento do Poder Executivo. Afinal, ao interferir no processo de concessão, o Legislativo destrutura a organização administrativa e o planejamento realizado para a consecução dos serviços públicos de saneamento.

A questão controvertida que se apresenta, portanto, é *saber se o Poder Legislativo pode editar ato normativo para sustar os efeitos de um ato de competência reservada ao Chefe do Executivo*. A resposta é negativa. Isso porque, se a Constituição reserva ao Chefe de outro Poder a competência para o ato, não se admite que o Poder Legislativo inicie processo legislativo para deliberar sobre a sua sustação ou revogação.

Em termos práticos, por meio do Decreto executivo nº 47.422/2020, o Poder Executivo autorizou a abertura de uma licitação, em cumprimento às suas obrigações constitucionais para prestação de serviço público e nos estritos termos de delegação recebida dos Municípios. A definição da abertura de uma licitação, do seu respectivo objeto, assim como das condições concretas para a delegação do serviço público são funções tipicamente administrativas. O Poder Legislativo não pode suplantiar a discricionariedade técnica da Administração para, em seu lugar, determinar objeto que lhe afigura mais conveniente, nem determinar as datas para a realização da concorrência, ou a forma como a delegação do serviço será realizada.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal afirmam a inconstitucionalidade formal de atos normativos originados no Poder Legislativo que disponham sobre a execução de serviços públicos e sobre contratos de concessão de serviços públicos:

EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 5.127/2015. MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA. OBRIGATORIEDADE DE INSTALAÇÃO DE AR CONDICIONADO NOS VEÍCULOS DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL. PROCESSO LEGISLATIVO. INICIATIVA PRIVATIVA. PODER EXECUTIVO. SERVIÇOS PÚBLICOS. 1. **O Supremo Tribunal**

Federal firmou orientação no sentido de que compete ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que interfiram na gestão de contratos de concessão de serviços públicos. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (grifos acrescentados).

(ARE 1075713 AgR, Relator Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. em 29.06.2018)

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR.

Lei estadual nº 8.368, de 02 de abril de 2019, que cria a “Linha social de transporte hidroviário urbano de passageiros, ligando a Praça XV e a Baía de Sepetiba”. Presente o fumus boni iuris na medida em que, em juízo de cognição sumária, referida lei, de iniciativa do Poder Legislativo, padeceria de vício de inconstitucionalidade, dado que a Constituição estadual, no art. 112, § 1º, II, “d”, reserva à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo projetos de lei que disponham sobre a “criação e extinção de Secretarias de Estado e órgãos da administração pública”. **Risco de interferência no funcionamento do serviço público, na medida em que a norma, de iniciativa da Assembleia Legislativa, impõe ao Poder Executivo definir os pontos de parada intermediários necessários a atender e otimizar a demanda, mediante criação de diversas unidades administrativas, capacitação de profissionais e organização de serviços, bem como a sua respectiva fiscalização,** certo que a norma impugnada está apta a produzir efeitos desde a sua publicação. Urgência da suspensão da eficácia da lei (RI/TJRJ, art. 105, § 2º). Deferimento da liminar. (grifos acrescentados)

(RI 0073462-87.2020.8.19.0000, Relator Desembargador Jesse Torres PEREIRA JÚNIOR, j. em 30.11.2020).

Diante disso, em razão da usurpação de competência do Poder Executivo para direção superior da Administração e para a sua organização e funcionamento, a tramitação do PDL nº 57/2021 viola o direito líquido e certo dos impetrantes de observância do devido processo legislativo, em razão de vício formal subjetivo de inconstitucionalidade.

5.2. INADEQUAÇÃO DA ESPÉCIE LEGISLATIVA: INEXISTÊNCIA DE CONTEÚDO REGULAMENTAR PARA CONTROLE POR DECRETO LEGISLATIVO E USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS

Não bastasse a usurpação da competência exclusiva do Poder Executivo, o ato coator também viola as disposições constitucionais sobre o processo legislativo porque: (i) inexistente, no Decreto Estadual nº 47.422/2020, conteúdo regulamentar para controle por Decreto Legislativo; e (ii) o controle externo de atos administrativos é atribuição do Tribunal de Contas que, por meio do Processo TCE-RJ 100.167-5/21, afirmou a regularidade do edital de licitação a que se refere o Decreto nº 47.422/2020.

Ou seja, em razão da própria natureza do Decreto do Poder Executivo que o ato coator pretende sustar, nem mesmo em tese se pode verificar adequação da espécie legislativa. Nos termos do art. 49, V, da Constituição, reproduzido pelo art. 99, VII, da CERJ, os Decretos Legislativos têm o seu objeto delimitado para “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*”.

Ocorre, no entanto, que o Decreto nº 47.422/2020 não trata de exercício de poder regulamentar do Poder Executivo, cuja competência está prevista no inciso IV do art. 84 da Constituição (reproduzido pelo art. 145, IV, da CERJ) e diz respeito ao dever de “*sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”.

O Decreto executivo nº 47.422/2020 trata de um ato de efeitos concretos, editado com base em delegação de entidade interfederativa, que se limita a dar publicidade a uma decisão do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana sobre a abertura de procedimento licitatório para a concessão de serviço público. **Não trata, portanto, de um regulamento, mas de um Decreto editado no exercício de competência exclusiva do Poder Executivo para “direção superior da administração” (art. 84, II, da CRFB) e para dispor mediante decreto sobre “organização e funcionamento da administração” (art. 84, VI, a, da CRFB).**

O Decreto nº 47.422/2020 não é, portanto, regulamento típico, abstrato e genérico, mas ato administrativo concreto. Não há em suas disposições qualquer inovação no ordenamento jurídico, dotada de abstração e generalidade, que pudesse dar margem à extrapolação do poder regulamentar e que possa, em consequência, autorizar eventual atividade de controle de legalidade por parte da Assembleia Legislativa.

Por sinal, a justificativa do PDL nº 57/2021 é explícita ao afirmar que a finalidade do Decreto Legislativo é condicionar que “*a concessão (da CEDAE) só seja feita após a*” ... “*prorrogação do Regime de Recuperação Fiscal*”. Diante disso, é fora de dúvida que não há controle sobre excesso de poder regulamentar, seja porque não se trata de regulamento, ou mesmo pela explícita justificativa para inauguração do PDL nº 57/2021.

A competência legislativa para edição de decretos legislativos não se trata de um poder discricionário do Poder Legislativo para sustar atos do Poder Executivo que considere inoportuno ou inconveniente. Conforme registrava Hely Lopes Meirelles, consubstanciando-se em competência excepcional, derogatória da Separação de Poderes, “*esse controle deve limitar-se ao que prevê a Constituição Federal, para evitar a interferência inconstitucional de um Poder sobre outro*”. **A edição de decretos legislativos trata, portanto, de competência estritamente vinculada aos expressos termos da Constituição.** Em decorrência disso, a espécie legislativa só é adequada quando se está diante de decretos regulamentares editados pelo Poder Executivo que exorbitem dos limites estabelecidos na lei.

É bem verdade que o Decreto nº 47.422/2020 não é autônomo. Mas sua subordinação sequer é direta a uma lei. Trata-se, em realidade, de ato terciário e, repita-se, meramente de efeitos concretos. Ao editar o referido Decreto para autorizar a abertura de procedimento licitatório, o Estado apenas deu publicidade à Resolução do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana nº 08/2020, que aprovou o plano de concessão e a concorrência pública, com base em sua competência definida no art. 11, inciso

VII, da Lei Complementar nº 184/2018¹.

Veja-se que é a Resolução nº 08/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, editada pelo titular do serviço de saneamento básico, nos termos definidos pelo STF na ADI 1842/RJ, que estabelece as condições de delegação do serviço. E o Decreto nº 47.422/2020, por sua vez, foi editado com fundamento no art. 2º da Resolução nº 08/2020:

Art. 2º - Autorizar a delegação das funções de organização e promoção de 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.

Como se vê, a atuação do Poder Executivo que o ato coator pretende sustar está subordinada ao ato do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana que determinou as condições para a concessão do serviço de saneamento, não tendo sequer como fundamento de validade um ato normativo editado pela Assembleia Legislativa do Estado.

Além disso, o PDL nº 57/2021 também viola o devido processo legislativo, uma vez que o controle externo de atos administrativos relativos a contratações públicas, nos termos do art. 71, X, da Constituição (reproduzido pelo art. 123, IX, da CERJ), é uma atribuição do Tribunal de Contas.

Nesse aspecto, por meio do processo TCE-RJ 100.167-5/21, o TCE/RJ examinou o edital de licitação e a modelagem definida para a concessão de serviço público referida pelo Decreto nº 47.422/2020, tendo-se concluído pela sua regularidade. Assim sendo, o PDL nº 57/2021, ao buscar a sustação de um ato do Poder Executivo relativo à uma contratação pública, viola a competência do Tribunal de Contas do Estado, que foi exercida e concluiu pela inexistência de fundamento para a sustação do ato.

Diante do exposto, o ato coator combatido mais uma vez viola as disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo para a edição de Decreto Legislativo, porque (i) pretende sustar o Decreto nº 47.422/2020 por razões de conveniência e oportunidade; (ii) o Decreto nº 47.422/2020 é um ato de efeitos concretos, editado com base em delegação de entidade interfederativa, não ostentando conteúdo regulamentar para controle por Decreto Legislativo; e (iii) usurpa a competência do Tribunal de Contas para a sustação de atos administrativos relativos a contratações públicas.

5.3. INCOMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO ESTADUAL PARA DISPOR SOBRE A CONCESSÃO DE SERVIÇO DE SANEAMENTO E ABASTECIMENTO DE ÁGUA DOS MUNICÍPIOS – INCONSTITUCIONALIDADE ORGÂNICA

¹ 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;
- 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.

O ato coator também é abusivo e inconstitucional, em razão de vício orgânico de constitucionalidade. Como se verifica do teor do Decreto executivo nº 47.422/2020 que o PDL pretende sustar, o Poder Executivo estadual determinou a abertura de licitação para concessão de serviço de saneamento na condição de mero representante dos titulares dos serviços de abastecimento e esgotamento sanitário nas áreas de concessão. Como se extrai do preâmbulo do Decreto executivo, o Poder Executivo atua por delegação. Confira-se parte do preâmbulo do Decreto executivo nº 47.422/2020:

- que **o Estado do Rio de Janeiro, por meio de delegação dos titulares dos serviços**, assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário;
- que, **não obstante o papel desempenhado pelo Estado do Rio de Janeiro, os titulares dos serviços remanesçam responsáveis pelo planejamento, fiscalização e acompanhamento dos resultados das concessões contratadas**;

Recorde-se que Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1842/RJ, afirmou que o serviço de saneamento básico é, em princípio, de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, da CRFB). O STF, contudo, admitiu a transferência do serviço a uma Região Metropolitana que venha a ser instituída por lei complementar, na forma do artigo 25, § 3º, da Constituição da República. Nesse sentido:

O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. (...) 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 (...).** (...) **Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado** (grifos acrescentados)

(ADI 1842/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Red. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. em 06.03.2013).

Esse é exatamente o caso dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Nos termos do art. 11, VII, da Lei Complementar nº 184/2018, que instituiu a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, os Municípios metropolitanos transferiram ao Conselho Diretor da Região Metropolitana (entidade interfederativa) a titularidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Como consequência dessa titularidade primária dos municípios para o serviço, assim como do papel de mero mandatário exercido pelo Poder Executivo estadual dentro da Região Metropolitana (entidade interfederativa), **a edição de ato normativo pelo Estado sobre serviço que não é de sua**

titularidade usurpa a competência dos municípios para o exercício de suas competências político-administrativas e legislativas. Em outras palavras, o Poder Legislativo do Estado não pode dispor sobre matéria relacionada a um serviço que é de titularidade primária dos municípios. Nesse sentido:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei do estado de Mato Grosso do Sul que dispõe sobre a proibição de interrupção, por parte das empresas concessionárias, do fornecimento de serviços públicos essenciais à população, em decorrência da falta de pagamento. **3. Inconstitucionalidade formal, por afronta à competência dos municípios – descrita no art. 30, incisos I e V – e da União – prevista nos arts. 21, XII, “b”; 22, IV; e 175, caput e parágrafo único, incisos I, II e III, todos da Constituição Federal.** 4. **O Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre poder concedente federal ou municipal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos,** sob regime federal ou municipal, mediante a edição de leis estaduais. Precedentes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.(grifos acrescentados)

(ADI 3866, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. em 30.08.2019)

O Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021, portanto, ao dispor sobre a concessão de serviços públicos de titularidade municipal, contém vício de inconstitucionalidade formal, por afronta às competências político-administrativa e legislativa municipais para dispor sobre os serviços de saneamento de interesse das localidades. Assim, o ato coator também é inconstitucional por violação aos art. 30, I e V, da Constituição Federal, impondo-se a concessão de segurança para a tutela de direito líquido e certo dos impetrantes de observância do devido processo legislativo.

5.4. DESVIO DE FINALIDADE: VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCEDIMENTO PARA ELABORAÇÃO DE NORMA

Por fim, uma análise, ainda que superficial, da justificativa para a propositura do PDL nº 57/2021 permite afirmar que o ato normativo proposto contém desvio de finalidade, considerando que o fim almejado pela norma – **suspender a realização da licitação para concessão do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário, que foi realizado em 30 de abril de 2021** – é discrepante dos seus motivos e das competências atribuídas ao Poder Legislativo.

Como já afirmado, o decreto legislativo é modalidade de ato normativo que tem como objetivo sustar atos do Poder Executivo que exorbitem de seu poder regulamentar. No entanto, no presente caso, muito embora o conteúdo do PDL nº 57/2021 seja a sustação do Decreto Executivo nº 47.422/2020, a justificativa apresentada demonstra que é outra a finalidade do ato normativo. Além da inadequação da espécie legislativa eleita, o PDL nº 57/2021 pretende, na verdade, forçar a União Federal a renovar o Regime de Recuperação Fiscal a que está submetido o Estado do Rio de Janeiro.

Conforme já transcrito, a justificativa do PDL se resume a citar “o leilão de privatização da CEDAE”, “mercado para o dia 30 de abril”, bem como a existência de “uma série de entraves burocráticos para impedir” a formalização “por parte do Governo Federal, da renovação do Regime de

Recuperação Fiscal (RRF), tal como estabelecido no contrato firmado entre a União e o Estado do Rio de Janeiro no ano de 2017”.

Nesse sentido, o PDL nº 57/2021 foi editado para alcançar uma finalidade que sequer está no âmbito de atribuições do Poder Legislativo, violando o devido procedimento para a elaboração da norma. Ana Paula de Barcellos, em obra sobre devido procedimento na elaboração normativa, indica que qualquer proposta para a edição de uma norma depende de fundamentação adequada. E a fundamentação adequada demanda a indicação dos fins e resultados almejados pelo legislador, devendo eles serem coerentes e congruentes com o comando legal proposto. Confira-se:

Além de identificar o problema que motiva a proposta da norma, um segundo conteúdo mínimo do devido procedimento na elaboração normativa envolve a indicação, por quem propõe a norma, dos resultados pretendidos por ela, isto é: dos resultados que se imagina a norma será capaz de produzir no mundo dos fatos no enfrentamento do problema identificado. **A ação normativa do Estado não deve ser inconsequente, aleatória ou leviana; ela deve ter em vista resultados e deverá se mover de forma tão coerente quanto possível em direção a eles.**² (grifos acrescentados)

A inobservância da exposição de razões e fundamentos correlatos com o conteúdo da proposição normativa, como é o caso do PDL nº 57/2021, tem como consequência a declaração de inconstitucionalidade da norma por violar o devido procedimento na elaboração normativa. Vale transcrever trecho das conclusões de Ana Paula de Barcellos:

Nesse sentido, o devido procedimento na elaboração normativa será relevante em múltiplos sentidos no controle de constitucionalidade das normas que venham a ser editadas com fundamento nesses parâmetros. O DPEN explicita as conexões lógicas que foram consideradas por quem propôs a norma, que deverão constar da justificativa, sendo certo que o Poder Judiciário não poderá ignorar tais dados. Com efeito, qualquer exame da razoabilidade ou proporcionalidade de uma norma terá de necessariamente enfrentar as razões e informações que foram apresentadas quando de sua edição, seja para apontar seu equívoco, impertinência ou omissão.

Na realidade, a explicitação contida na justificativa poderá por vezes tornar ainda mais evidente a inconstitucionalidade da norma, na medida em que não faça sentido, ou seja claramente omissa ou imprópria. (...)

(...)

Em resumo, **a violação do devido procedimento na elaboração normativa desencadeia** duas modalidades de eficácia jurídica: **a invalidade formal da norma afinal editada com violação a essa exigência procedimental de extração constitucional** e a possibilidade de exigir-se acesso ao conteúdo da justificativa que deveria ter sido apresentada. Além disso, **o devido procedimento na elaboração normativa será relevante também** para o fim de

² BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 173.

caracterizar a omissão inconstitucional, na hipótese de inexistir monitoramento dos resultados pretendidos pela norma, e **no controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos com fundamento na sua irrazoabilidade ou desproporcionalidade.**³ (grifos acrescentados)

Dessa forma, considerando que a justificativa declarada do PDL nº 57/2021 evidencia que a finalidade do ato normativo a ser editado **sequer diz respeito ao controle de poder regulamentar exercido pelo Poder Executivo**, pois busca impedir a realização de procedimento licitatório para destravar negociação com a União Federal, é clara a violação ao devido procedimento para a elaboração de normas e o desrespeito às disposições constitucionais relativas ao processo legislativo.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Estado requer sejam rejeitadas as preliminares suscitadas pelas autoridades impetradas e, no mérito, que seja confirmada a liminar com a concessão de segurança para determinar o arquivamento do PDL nº 57/2021, em razão dos vícios formais do processo legislativo.

Rio de Janeiro, 16 de junho de 2021.

CIRO GRYNBERG

PROCURADOR DO ESTADO

³ BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 217-218.

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no exercício da competência prevista no artigo 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, vem apresentar

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

(com pedido de medida cautelar)

em face do art. 11 da Lei Estadual nº 9.164, de 28 de dezembro de 2020, (cópia anexa), pelos seguintes fundamentos.

1. ATO NORMATIVO IMPUGNADO

1. A Lei estadual nº 9.164, de 28 de dezembro de 2020, derivada de **projeto de lei de iniciativa dos Exmos. Srs. Deputados Samuel Malafaia e Luiz Paulo**, regulamentou os procedimentos para armazenamento e retardo de água de chuva em perímetros urbanos para aproveitamento e postergação de sua descarga na rede pública. O art. 11 da Lei estadual ora impugnado, no entanto, tratou de matéria bastante distinta: impôs à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado - AGENERSA que determine às concessionárias de água e esgoto sob sua fiscalização que deixem de aplicar "o conceito de consumo mínimo da água para qualquer tipo de estabelecimento". Confira-se a redação do dispositivo:

Art. 11. A Agência Reguladora de Saneamento – AGENERSA –, deverá, no transcurso do exercício de 2021, determinar que as concessionárias de água e esgoto do Estado do Rio de Janeiro, sob sua fiscalização, não mais pratiquem o conceito de consumo mínimo de água para qualquer tipo de estabelecimento, residencial, comercial, industrial ou público, como forma de preservação ambiental da água.

2. O art. 11 da Lei nº 9.164/2020 foi inicialmente vetado, mas a Assembleia Legislativa do Estado – ALERJ rejeitou o veto, promulgando o dispositivo, conforme publicação no Diário Oficial de 15 de junho de 2021.

3. Contudo, o art. 11 da Lei nº 9.164/2020 é inconstitucional, em razão de:

- (i) vício de iniciativa, uma vez que a imposição de atribuições a órgãos e entidades da Administração é privativa do Poder Executivo, tratando-se de matéria de Reserva da Administração (art. 112, § 1º, *d*, *c/c* art. 145, VI, *a*, da CERJ);
- (ii) afronta ao princípio da separação de poderes (art. 7º da CERJ), já que a iniciativa legislativa para dispor sobre atribuições de autarquia (AGENERSA), assim como sobre a gestão de contrato administrativo de concessão viola a independência do Poder Executivo;
- (iii) usurpação de competência dos Municípios para dispor sobre critério específico de

fixação de tarifa de serviços de saneamento e abastecimento de água, nos termos da decisão da ADI nº 1.842/RJ, em que o STF afirmou que o serviço de saneamento básico é de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (CERJ, art. 72 *caput*, art. 343, art. 358, I e V); e

- (iv) afronta à competência da União para instituir diretrizes gerais de saneamento básico, que, no art. 30, incisos III e IV, da Lei federal nº 11.445/2007 (Lei Geral de Saneamento Básico) admite expressamente a cobrança por consumo mínimo (CERJ, art. 74, § 1º).

4. A promulgação do art. 11 da Lei nº 9.164/2020, em 15.06.2021, após a derrubada do veto ao dispositivo, além de interferir em competências constitucionais do Poder Executivo e de outros entes federativos, impõe prejuízo bilionário à CEDAE e às concessionárias de saneamento, uma vez que, conforme dados de Auditoria Independente sobre a operação dos serviços de água e esgoto no Estado, 47,02% das receitas advêm de cobrança de tarifa mínima dos consumidores (documento anexo).

5. Nesse aspecto, não fosse a violação à Constituição estadual, a proibição de cobrança de tarifa mínima, por interferir diretamente nos contratos de concessão de serviço de água e saneamento, afeta o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Como consequência, o reequilíbrio dos contratos de concessão demandará o reajuste tarifário, a ser suportado por usuários que não são cobrados por consumo mínimo. A hipótese é, portanto, de suspensão cautelar do art. 11 da Lei nº 9.164/2020, diante dos prejuízos sociais e econômicos produzidos pela vigência do dispositivo.

2. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 11 DA LEI Nº 9.164/2020

2.2 USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA DISPOR SOBRE A ORGANIZAÇÃO E O FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO: VÍCIO DE INICIATIVA E VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES - CERJ, ARTS. 7º, 112, § 1º, *d*, *c/c* 145, VI, A.

6. O art. 11 da Lei nº 9.146/2020, oriundo de iniciativa parlamentar, impôs à AGENERSA a atribuição de proibir as concessionárias de água e esgoto do Estado de efetuarem cobrança de tarifa por consumo mínimo de água. Ocorre que a Constituição da República, no art. 84, inciso VI, *a*, reproduzido pelo art. 145, inciso VI, *a*, da CERJ, reserva ao Chefe do Poder Executivo a competência para dispor, mediante decreto, sobre “*organização e funcionamento da administração estadual*”. Nesse passo, ao estabelecer atribuições à Administração Pública, o dispositivo impugnado avançou em providências que cuidam de funções típicas do Poder Executivo. É fora de dúvida, portanto, a violação ao **princípio da separação de poderes** (art. 7º da CERJ), uma vez que a lei interferiu na organização e funcionamento da Administração.

7. Nesse sentido, a jurisprudência do STF afirma a inconstitucionalidade de leis de iniciativa parlamentar que atribuem deveres aos órgãos pertencentes à estrutura da Administração, já que a hipótese é de reserva de Administração:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de iniciativa parlamentar que dispõe sobre atribuições de órgãos da Administração Pública. Vício de iniciativa reconhecido.

Inconstitucionalidade mantida. 1. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento pacífico da Corte de que **é inconstitucional**

lei proveniente de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições de órgãos da Administração Pública. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifos acrescentados)

(ARE 1022397 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, j. em 08.06.2018).

8. O ato normativo impugnado, ao exigir da AGENERSA a adoção de medidas para proibir que as concessionárias sob sua fiscalização realizem cobrança por consumo mínimo, interferiu diretamente no funcionamento de uma autarquia estadual, afetando, inclusive, a sua discricionariedade técnica para regulação do serviço.

9. Mais além, a instituição da proibição de cobrança de tarifa por consumo mínimo interferiu na gestão dos contratos administrativos de concessão de serviço de água e esgoto. Afinal, ao excluir a possibilidade de as concessionárias efetuarem a cobrança de abastecimento de água por tarifa mínima, o ato normativo impôs a modificação dos contratos, com repercussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro das concessões.

10. A jurisprudência do STF, no entanto, afirma serem inconstitucionais, por afronta ao princípio da separação de poderes, as leis de iniciativa do Poder Legislativo que interferem na política tarifária de contratos de concessão, tendo em vista que se trata de matéria reservada ao Poder Executivo. Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 4.166/05 do Município de Cascavel/PR. **Lei de iniciativa parlamentar que concede gratuidade no transporte coletivo urbano às pessoas maiores de 60 anos. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Reserva de Administração. Separação de Poderes. Violação. Precedentes.** Recurso extraordinário parcialmente provido. 1. **O Supremo Tribunal Federal tem declarado a inconstitucionalidade de leis de iniciativa do poder legislativo que preveem determinado benefício tarifário no acesso a serviço público concedido, tendo em vista a interferência indevida na gestão do contrato administrativo de concessão, matéria reservada ao Poder Executivo, estando evidenciada a ofensa ao princípio da separação dos poderes.** 2. Não obstante o nobre escopo da referida norma de estender aos idosos entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, independentemente do horário, a gratuidade nos transportes coletivos urbanos esteja prevista no art. 230, § 2º, da Constituição Federal, o diploma em referência, originado de projeto de iniciativa do poder legislativo, acaba por incidir em matéria sujeita à reserva de administração, por ser atinente aos contratos administrativos celebrados com as concessionárias de serviço de transporte coletivo urbano municipal (art. 30, inciso V, da Constituição Federal). 3. Agravo regimental não provido. (grifos acrescentados)

(ARE 929591 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, j. em 06.10.2017)

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.304/02 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. EXCLUSÃO DAS MOTOCICLETAS DA RELAÇÃO DE VEÍCULOS SUJEITOS AO PAGAMENTO DE PEDÁGIO. CONCESSÃO DE DESCONTO, AOS ESTUDANTES, DE CINQUENTA POR CENTO SOBRE O VALOR DO PEDÁGIO. **LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA**

ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. AFRONTA. 1. A lei

estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela Administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação. 2. Afronta evidente ao princípio da harmonia entre os poderes, harmonia e não separação, na medida em que o Poder Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente. (grifos acrescentados). (ADI 2733, Rel. Ministro Eros Grau, j. em 03.02.2006).

11. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também afirma a inconstitucionalidade de atos normativos de iniciativa parlamentar que modifiquem contratos de concessão:

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 5.699 de

31/03/2014 Município do Rio de Janeiro. Isenção de pagamento de pedágio, nas vias públicas municipais para motoristas de veículos de passeio com 65 anos de idade ou mais e dá outras providências. Vício de iniciativa. **A isenção concedida pela referida lei adentra no teor dos contratos de concessão de serviço público firmados pelo Poder Executivo, acarretando equilíbrio econômico-financeiro e criando obrigações ao concessionário não previstas no contrato. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 112, §1º, inciso II, alínea 'd' e art. 145 ambos da CF/RJ. Afronta ao princípio constitucional de Separação de Poderes (art. 7º). (grifos acrescentados).**

(RI nº 0017055-71.2014.8.19.0000, Órgão Especial, Rel. Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira, j. em 25.8.2014)

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. Ação aforada pela

Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias - ABCR. Preliminar de ilegitimidade ativa que se rejeita. Legitimação da entidade de classe para figurar no polo ativo de representação por inconstitucionalidade que exige dois requisitos: representação em âmbito estadual e pertinência temática. Aplicação do art. 162 da Carta Estadual, consoante regra de simetria do art. 103, IX, da Carta Magna. Presentes os requisitos: Associação representante formada por "empresas brasileiras concessionárias de serviço público de operação, manutenção e conservação de rodovias, pontes e túneis", que impugna **lei de iniciativa da Câmara Municipal, que concedeu gratuidade em pedágios de vias públicas a pessoas com deficiência física, no âmbito do município do Rio de Janeiro. Vício formal na usurpação de competência do Executivo, em confronto com os artigos 7º, 112, § 1º, II, alínea "d" e 145, VI, da Carta estadual.** Procedência do pleito declaratório de inconstitucionalidade". (grifos acrescentados)

(R.I. nº 0017135-35.2014.8.19.0000, Órgão Especial, Rel. Desembargador Jesse Torres, j. em 12.01.2015).

12. Diante disso, em razão da usurpação de competência do Poder Executivo para a sua

organização e funcionamento, o art. 11 da Lei estadual nº 9.164/2020 é inconstitucional por violação aos arts. 7º; 112, § 1º, d, c/c 145, VI, a, da Constituição do Estado.

2.2. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS PARA DISPOR SOBRE A CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE SANEAMENTO E ABASTECIMENTO DE ÁGUA: ADI Nº 1.842/RJ - CERJ, ART. 72 *CAPUT*, ART. 343, ART. 358, I E V; CRFB/1988, ART. 30, I E V

13. O ato impugnado também é inconstitucional, em razão de vício orgânico de constitucionalidade. Como relatado, o art. 11 da Lei nº 9.164/2020 dispôs sobre o regime tarifário do serviço de abastecimento de água. Ocorre, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1842/RJ, afirmou que o serviço de abastecimento de água e esgoto é, em princípio, de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, da CRFB). Nesse sentido, confirma-se a recente decisão do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal na Suspensão Liminar nº 1446/RJ:

A leitura do referido precedente demonstra que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, interpretando os artigos 23, IX, e 25, §3º, da Constituição, assentou entendimento no sentido de que a integração de município a região metropolitana criada por lei estadual, conquanto compulsória, não esvazia a autonomia municipal. **Assim, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico segue sendo dos municípios integrantes, a despeito da execução de referidos serviços se dar de modo conjunto no âmbito da unidade interfederativa.** Por esses fundamentos, entendeu o Plenário desta Corte ser inconstitucional dispositivo de lei estadual que submetia o poder concedente relacionado a estes serviços exclusivamente à decisão da autoridade Estadual, pois reconhecia-se pertencer ao “colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado” o poder concedente e a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico. (SL 1446/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, j. em 22.04.2021)

14. Como consequência dessa titularidade primária dos municípios para o serviço, a edição de ato normativo pelo Poder Legislativo do Estado sobre serviço que não é de sua titularidade usurpa a competência dos municípios para o exercício de suas competências político-administrativas e legislativas. Em outras palavras, o Poder Legislativo do Estado, nos termos do art. 72, *caput*, da Constituição do Estado¹, não pode dispor sobre matéria relacionada a um serviço que é de titularidade primária dos municípios. Nesse sentido:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei do estado de Mato Grosso do Sul que dispõe sobre a proibição de interrupção, por parte das empresas concessionárias, do fornecimento de serviços públicos essenciais à população, em decorrência da falta de pagamento. **3. Inconstitucionalidade formal, por afronta à competência dos municípios – descrita no art. 30, incisos I e V – e da União – prevista nos arts. 21, XII, “b”; 22, IV; e 175, caput e parágrafo único, incisos I, II e III, todos da Constituição Federal.** 4. **O Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre poder concedente federal ou municipal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos,** sob regime federal ou municipal, mediante a edição de leis estaduais. Precedentes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (grifos

acrescentados)

(ADI 3866, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. em 30.08.2019)

15. O Órgão Especial do Tribunal de Justiça também afirma a inconstitucionalidade orgânica de leis que interferem em concessão de serviços de titularidade de outros entes federativos. Nesse sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE VOLTA

REDONDA. **Lei nº 5.619/2019, a qual impede as empresas concessionárias fornecedoras de água, luz e gás, de realizarem estimativas de consumo para fins de cobrança, através de cálculo por média, no âmbito do Município de Volta Redonda,** e dá outras providências. **Lei municipal ora impugnada que interfere diretamente nas regras previstas em contrato de concessão dos serviços públicos de fornecimento de água, luz e gás, ao dispor sobre valores e forma de cobrança, além dos direitos e deveres dos respectivos fornecedores e consumidores,** tendo a Câmara Municipal disciplinado matéria relativa à proteção do consumidor, que compete concorrentemente à União e aos Estados-membros, acabando também por **invadir tema de competência exclusiva da União e do Estado, no que tange à concessão dos serviços de fornecimento de energia elétrica e gás, de modo a caracterizar a existência de inconstitucionalidade formal por vício de competência legislativa, e também por vício de iniciativa, em relação ao Poder Executivo Municipal, quanto ao serviço concedido de água e esgoto,** Lei questionada que busca inaugurar uma regulamentação paralela e diretamente contraposta ao CDC e à Lei Federal nº 8.987/95, tendo a Câmara Municipal nitidamente extrapolado a autorização constitucional para legislar sobre a matéria, ao interferir nos contratos de concessão dos aludidos serviços públicos, inclusive firmados por outros entes da federação, **invadindo a competência privativa da União, do Estado do Rio de Janeiro e do Chefe do Poder Executivo Municipal, para dispor sobre a matéria prevista nos artigos 7º; 72; 74, V e VIII; 112, §1º, II, ;d; e §2º; e 145, VI, ;a; todos da CERJ, e nos arts. 21, XII, ;b; 22, IV; 24, V e VIII; e 25,**

§2º, da CF/88, de modo a consubstanciar a inconstitucionalidade formal da aludida Lei, por vício de competência legislativa e de iniciativa, além de ensejar também a existência de vício de inconstitucionalidade material insanável. Precedentes do E. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade acolhida para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.619/2019, com efeitos ex tunc. (grifos acrescentados)

(RI 0059997-45.2019.8.19.0000, Relatora Des. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR, j. em 20/07/2020)

16. O art. 11 da Lei nº 9.164/2020, portanto, ao dispor sobre a concessão de serviços públicos de titularidade municipal, contém vício de inconstitucionalidade formal, por afronta às competências político-administrativa e legislativa municipais para dispor sobre os serviços de abastecimento de água de interesse das localidades, preservadas pelos arts. 72 *caput*, 343 e 358, I e V da Constituição do Estado.

2.3 AFRONTA À COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA FIXAÇÃO DE DIRETRIZES GERAIS SOBRE SANEAMENTO BÁSICO: EXISTÊNCIA DE LEI GERAL FEDERAL ADMITINDO A COBRANÇA POR CONSUMO MÍNIMO – VIOLAÇÃO AO ART. 74, § 1º, DA CERJ.

17. O art. 21, inciso XX, da Constituição da República dispõe que compete à União “*instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos*”. Em razão dessa competência político- administrativa, a União Federal editou a Lei nº 11.445/2007 para o estabelecimento de diretrizes nacionais para o saneamento básico. E, em seu art. 30, incisos III e IV, a Lei Geral do Saneamento Básico admitiu expressamente a possibilidade de cobrança por consumo mínimo:

Art. 30. Observado o disposto no art. 29 desta Lei, a estrutura de remuneração e de cobrança dos serviços públicos de saneamento básico considerará os seguintes fatores:

(...)

III - quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde pública, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a proteção do meio ambiente;

IV - custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas;

18. Dessa forma, o art. 11 da Lei estadual nº 9.164/2020, ao proibir a cobrança de tarifa por consumo mínimo, contrariou a previsão da Lei geral sobre a matéria. O § 1º do art. 74 da Constituição do Estado, contudo, dispõe que “*o Estado, no exercício de sua competência suplementar, observará as normas gerais estabelecidas pela União*”.

19. Não é demais registrar, aliás, que a iniciativa parlamentar para vedar a cobrança por tarifa mínima vai na contramão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, inclusive, editou enunciado de súmula afirmando a juridicidade do modelo tarifário (Súmula 356/STJ²). Nesse sentido, confira-se julgado do STJ afirmado a legalidade da cobrança de tarifa mínima em serviço de abastecimento de água:

Administrativo. Serviço público. Taxa de água. Cobrança de tarifa pelo consumo mínimo. Legalidade. Precedentes jurisprudenciais. É lícita a cobrança da taxa de água pela tarifa mínima, mesmo que haja hidrômetro que registre consumo inferior àquele. Inteligência das disposições legais que regulam a fixação tarifária (artigo 4º, da Lei n. 6.528/1978 e artigos 11 caput, 11, § 2º e 32 do Decreto n. 82.587/1978). Recurso provido.

(REsp 416.383/RJ, STJ, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, j. em 27.08.2002).

20. Diante disso, o ato normativo impugnado é inconstitucional por violação à competência da União para instituir diretrizes gerais de saneamento básico, na medida em que o art. 30, incisos III e IV da Lei federal nº 11.445/2007 (Lei Geral de Saneamento Básico) admite expressamente a cobrança por consumo mínimo.

3. REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR

21. O art. 11 da Lei estadual nº 9.164/2020 foi publicado no Diário Oficial do Estado de 15 de junho de 2021, após a Assembleia Legislativa do Estado – ALERJ ter rejeitado o veto ao dispositivo, em sessão realizada em 14 de junho de 2021. O ato normativo, portanto, já está vigente, de tal forma que os concessionários de abastecimento de água e esgoto, a CEDAE e o Poder Executivo estão obrigados a modificar os contratos de concessão e o regime tarifário em vigor para adequação à proibição de cobrança por consumo mínimo.

22. Nesse aspecto, convém recordar que, em 30 de abril de 2021, por delegação de 35 municípios, incluindo a Região Metropolitana, o Estado realizou concorrência pública para concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, que alcançou valor de outorga de R\$ 22,689 bilhões e investimentos programados de R\$ 27,1 bilhões em 29 municípios. Conforme detalha o documento anexo da Secretaria de Estado do Casa Civil, “*esses valores foram oferecidos pelas concessionárias vencedoras de três dos quatro blocos licitados através de estruturação de estudos de viabilidade econômico-financeira, considerando as receitas existentes advindas da tarifa mínima*” (grifos acrescentados).

23. A rejeição ao veto do art. 11 da Lei nº 9.164/2020 ocorrida após a realização da licitação para a concessão dos serviços, dando vigência à proibição de cobrança do serviço por consumo mínimo, afeta o cálculo da outorga e dos investimentos programados. Afinal, a alteração do regime de remuneração que serviu de base para o oferecimento das propostas repercutirá sobre a equação econômico-financeira dos contratos.

24. Além disso, a proibição do regime tarifário por consumo mínimo também afeta a capacidade de operação da Companhia Estadual de Água e Esgoto – CEDAE. Isso porque, mesmo após a licitação realizada em abril, a CEDAE (i) permanece responsável pela prestação do serviço em 18 municípios; (ii) continua operando o serviço nos blocos já licitados, até o final da operação assistida; assim como (iii) permanece atendendo outros 16 municípios e a região AP5 da cidade do Rio de Janeiro até a realização de nova licitação programada para dezembro de 2021. Ocorre que, como se verifica do relatório de demonstração financeira da CEDAE³, apenas 52,98% dos usuários dos serviços possuem hidrometração (controle de volume de consumo por hidrômetro). A cobrança de 47,02% dos usuários, portanto, é realizada com base em tarifa mínima.

25. Assim, na prática, a proibição do regime tarifário por consumo mínimo, sem o prévio investimento em hidrometração da rede de abastecimento⁴, instituiu um *regime de gratuidade* de serviço para 47,02% dos consumidores. O desequilíbrio econômico-financeiro causado pelo ato normativo impugnado é evidente, exigindo o reajuste de tarifa. Isso, no entanto, apenas para os usuários que possuem hidrômetros instalados. A conta do consumo de água em todo o Estado será paga, portanto, exclusivamente pelas unidades que possuem hidrômetro instalado.

26. Dessa forma, em qualquer cenário, a vigência da vedação de cobrança por tarifa mínima de abastecimento de água produz graves efeitos sociais e econômicos para os usuários e prestadores de serviço. Afinal, ou importará no repasse dos custos do serviço para os usuários com hidrometração, em afronta à modicidade tarifária exigida, inviabilizando a oferta e o consumo de serviço essencial⁵, ou resultará na *inconstitucional* instituição de uma gratuidade em serviço prestado de forma indireta, o que é expressamente vedado pelo art. 112, § 2º, da Constituição do Estado⁶.

27. E mais. A proibição por cobrança por consumo mínimo importará na extinção da chamada “tarifa social”, estabelecida para beneficiar a população de baixa renda, com a cobrança de valores fixos por unidade consumidora. Como destaca o documento anexo da Casa Civil, “*por natureza, tarifa social possui características, em conceitos econômicos e contábeis, de tarifa mínima, ficando, desta forma, proibida pela decisão da ALERJ*”.

28. Demonstra-se, com isso, o *periculum in mora* e a relevância da questão constitucional, não

apenas pela afronta à Constituição do Estado, como também pela repercussão social e econômica descritas. A modificação do regime tarifário do serviço de abastecimento de água, com a proibição da cobrança por consumo mínimo, nos moldes pretendidos pelo legislador estadual, afeta o equilíbrio econômico-financeiro da operação da CEDAE, assim como dos contratos de concessão recém-licitados.

29. A modificação de condições para remuneração pela prestação do serviço concedido poucos meses após a realização da licitação, além de gerar grave crise de confiança no mercado, também afeta a estruturação do lote de concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário para 16 municípios e para a região AP5 da cidade do Rio de Janeiro, cuja licitação ocorrerá em dezembro de 2021.

30. É, portanto, **relevante e urgente a concessão de medida cautelar** para a suspensão da eficácia do art. 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, publicado em 15 de junho de 2021.

4. PEDIDO

31. Diante do exposto, requer-se:

- (i) a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do art. 11 da Lei estadual nº 9.164/2020, do Estado do Rio de Janeiro, em sua integralidade, até que seja julgado o mérito da ação;
- (ii) sejam requeridas informações à Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro;
- (iii) seja notificado para manifestação o Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça e o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado; e
- (iv) ao final, seja julgado procedente o pedido, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 11 da Lei estadual nº 9.164/2020.

Rio de Janeiro, 05 de agosto de 2021.

CLÁUDIO CASTRO¹

GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

¹ Peça elaborada pelo Ilustre Procurador Dr. Ciro de Almeida Grynberg.

Exmo. Sr. Desembargador Adolpho Andrade Mello - Relator da Representação de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000 – do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

O **Governador do Estado do Rio de Janeiro**, pela Procuradoria Geral do Estado, nos autos da representação de inconstitucionalidade ajuizada pelo Exmo. Sr. Deputado Luiz Paulo Corrêa da Rocha e outros, em face do Decreto estadual nº 47.422, de 23 de dezembro de 2020, inconformado, *permissa venia*, com a o teor da decisão a fls. 154/157, que deferiu, em parte, a medida cautelar, vem, com fundamento no art. 200 do RITJRJ e no art. 1.021 c/c o art. 1070 do Código de Processo Civil, interpor o presente **agravo interno**, conforme as razões a seguir expostas, que se espera motivem a reconsideração da decisão recorrida e, se esse não for o caso, a respectiva reforma pelo OETJ.

1. Objeto da ação direta

Trata-se, em síntese, de ação direta de inconstitucionalidade contra o Decreto estadual nº 47.422/2020, **ato subordinado e secundário** editado com o base em **delegação de competência da Região Metropolitana, titular do serviço público de saneamento básico**. Confirma-se o teor do ato impugnado:

“DECRETO Nº 47.422 DE 23 DE DEZEMBRO DE 2020

DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE A B A S T E C I M E N T O DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO E DOS SERVIÇOS COMPLEMENTARES DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em exercício, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, **considerando o disposto nos instrumentos de gestão associada interfederativa celebrados com titulares dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitários**, nos termos do art. 241, da Constituição e em atendimento ao art. 5º da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conforme Processo Administrativo nº SEI-120207/000707/2020.

CONSIDERANDO:

- ser de competência comum dos entes públicos integrantes das três esferas federativas, nos termos do art. 23, inc. IX, da Constituição, implementar políticas públicas e programas que assegurem, de forma eficiente e economicamente sustentável, melhorias nas condições de saneamento básico;
- que a universalização dos serviços públicos de saneamento básico, dentre os quais se destacam os serviços de esgotamento e fornecimento de água tratada, é um vetor fundamental para garantir, entre outros aspectos essenciais da dignidade humana, o direito à saúde e à proteção ao meio ambiente;
- a necessidade de compartilhamento interfederativo de responsabilidades para que se viabilize a ampliação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário adequado, em atendimento aos prazos legalmente estabelecidos, assim como a necessidade de proteção ao meio ambiente;
- que a Lei federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e, dentre os princípios fundamentais elenca a prestação

regionalizada dos serviços com o objetivo de gerar ganhos de escala e propiciar a universalização e a viabilidade técnica e econômico-financeira do saneamento básico, admitindo a cooperação federativa para o exercício de funções públicas, tais quais a prestação, organização, fiscalização e regulação;

- que o Estado do Rio de Janeiro, por meio de delegação dos titulares dos serviços, assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário;

- que, não obstante o papel desempenhado pelo Estado do Rio de Janeiro, os titulares dos serviços remanescerão responsáveis pelo planejamento, fiscalização e acompanhamento dos resultados das concessões contratadas.

DECRETA:

Art. 1º - Fica autorizada a abertura de procedimento licitatório sob a modalidade de concorrência internacional, a ser julgada pelo critério de maior oferta, com o fim de selecionar a proposta mais vantajosa para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário cujos titulares constituíram gestão associada com o Estado do Rio de Janeiro.

Art. 2º - A área objeto da licitação consiste na área urbana das sedes municipais e respectivos distritos urbanos integrantes de cada um dos Municípios inseridos nas quatro concessões a serem licitadas pelo Estado do Rio de Janeiro. Parágrafo Único - A área urbana a ser considerada é aquela delimitada nos Planos Diretores de cada município e, na ausência deste plano, no definido pela legislação municipal ou, por último, pelo IBGE.

Art. 3º - O prazo da concessão dos serviços objeto do presente Decreto será de até 35 (trinta e cinco) anos somados ao período inicial de operação assistida do sistema, em conformidade com as normas e os termos do Edital de licitação e seus anexos.

Art. 4º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação” (grifos acrescentados).

Segundo os representantes, o ato impugnado violaria “o artigo 3º da Lei estadual nº 2831, de 13 de novembro de 1997, que estabelece o prazo de concessão de 25 (vinte e cinco) anos, sendo que o aludido Decreto estipula prazo maior, qual seja, 35 (trinta e cinco) anos” (p.4).

Com base nessa premissa absolutamente equivocada, concluem que haveria inconstitucionalidade por “violação à hierarquia das normas”, uma vez que a matéria estaria submetida à reserva legal, *in verbis*:

“Os princípios da simetria e da hierarquia das leis preconizam que um ato legislativo em sentido formal, que vise a alterar outro ato legislativo vigente, somente pode ser realizado da mesma forma que seu ato constitutivo, ou seja, os princípios em destaque proíbem a revogação de artigos de Lei Estadual por meio de Decreto, norma inferior, permitindo, entretanto, que esta modificação venha a ocorrer somente por Emenda à Lei. **Do contrário, violar-se-iam: o art. 3º da Lei Estadual nº 2831/1997** e os artigos 70; 98, IV; e 145, IV da CE/89” (grifos acrescentados – p.6).

Alega-se, ainda, que o Decreto seria inconstitucional por violar a Lei estadual nº 7529/2017¹ e a Lei Complementar nº 184/2018².

Diante dessa argumentação, o pedido cautelar foi parcialmente deferido, *ad referendum* do plenário, “*apenas para reduzir o prazo de concessão de trinta e cinco anos para vinte e cinco anos, isto se entre a presente decisão e o leilão de concessão, não ocorrer alteração por meio de lei em sentido estrito que venha a ampliar o prazo dos contratos de concessão para trinta e cinco anos*”.

Com as devidas vênias, essa decisão enseja grave *periculum in mora* inverso, uma vez que o prazo de duração consubstancia um dos principais vetores da modelagem da concessão, cuja variação influencia sobremaneira na formação do preço a ser apresentado pelos participantes.

Para além disso, e novamente com as devidas vênias, não se encontra presente a fumaça do bom direito necessária à concessão da medida cautelar.

De fato, a presente representação de inconstitucionalidade não merece ser sequer conhecida, porquanto **(i)** voltada a impugnar ato subordinado e secundário (Decreto), assim como **(ii)** utiliza lei ordinária e complementar como parâmetro de controle e **(iii)** não impugna especificamente o ato do Conselho Diretor da Região Metropolitana que serviu de base para a fixação do prazo de concessão.

No mérito, parte-se da falsa premissa de que a Lei estadual nº 2831/1997 seria aplicável à concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário de titularidade da Região Metropolitana.

É o que se passa a demonstrar.

2. Preliminares

I - Inexistência de contrariedade à dispositivo constitucional:

inviabilidade de exame de legalidade em controle de constitucionalidade

Como exposto, os representantes pretendem a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 47.422, de 23 de dezembro de 2020, sob o fundamento de que o ato “*umenta o prazo de concessão dos serviços públicos de 25 anos para 35 anos, contrariando a Lei nº 2831, de 13 de novembro de 1997, do Estado do Rio de Janeiro*”. A representação de inconstitucionalidade afirma, ainda, que o Decreto viola a Lei nº 7.529/2017 e a Lei Complementar nº 184/2018 (itens VI e VII da inicial – fls. 12).

A tese apresentada evidencia a inadequação da ação direta. Afinal, o que os representantes afirmam é a **ilegalidade** do Decreto nº 47.422/2020. A necessidade de contrastar o ato impugnado com as leis estaduais citadas, em especial para aferir a conformidade do prazo de concessão de 25 ou de 35 anos, é uma demonstração clara de que inexistente dispositivo da Constituição do Estado que sirva de parâmetro para o controle abstrato de constitucionalidade.

Veja-se que os representantes, após apresentarem a tese de ilegalidade do Decreto, suscitam que a contrariedade à Constituição do Estado decorreria da violação aos seguintes artigos: (i) art. 70 da CERJ, que dispõe caber ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviço público; (ii) art. 145, IV, que atribui ao Governador a competência para expedir decretos e regulamentos para a execução da lei; e (iii) art. 98, IV, que dispõe caber à

¹ Autoriza o Poder Executivo a alienar ações representativas do capital social da companhia estadual de águas e esgotos – CEADE e dá outras providências.

² 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

Assembleia Legislativa legislar sobre normas gerais sobre exploração ou concessão de serviços públicos. Não há nos dispositivos da Constituição do Estado suscitados qualquer conteúdo que dê fundamento direto para a tese defendida na ação, no sentido de que seria vedado estabelecer concessão de serviço de titularidade da Região Metropolitana por prazo de 35 anos.

Em realidade, a tese é simplesmente a de que a Constituição do Estado dispõe sobre a edição de lei que disciplinará o regime de concessão de serviço público e que a lei estadual em questão não foi observada pelo Decreto impugnado. A contrariedade à Constituição, portanto, se existisse, seria meramente reflexa, o que inviabiliza o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 2º, 3º E 4º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 16/04 DO MUNICÍPIO DE SAQUAREMA. ISSQN. BASE DE CÁLCULO. Representação por inconstitucionalidade oferecida pelo Prefeito do Município do Rio de Janeiro relativamente aos artigos 2º, 3º e 4º da Lei Complementar nº 16/04 do Município de Saquarema, que reduzem a base de cálculo do ISSQN. Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade ativa, pois presente a pertinência temática se a lei impugnada repercute diretamente no município administrado pelo Representante. Rejeita-se a preliminar de inépcia, porque a petição inicial atende aos requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil de 1973, sendo perfeitamente identificáveis a causa de pedir e o pedido, garantido o pleno exercício do direito de defesa. **A ação direta de inconstitucionalidade se reserva aos casos de confronto direto entre a norma impugnada e a Constituição, sendo incabível quando a ofensa se revela meramente reflexa, indireta ou oblíqua**, e na hipótese dos autos se questiona a base de cálculo do ISSQN adotada pela lei impugnada em desrespeito à Lei Complementar nº 116/03. Inviável a Representação de Inconstitucionalidade apoiada em conflito de normas infraconstitucionais. Os dispositivos constitucionais que o Representante afirma violados são de índole programática, pois tratam de princípios norteadores da atuação dos entes públicos estaduais, sem conter qualquer espécie de previsão normativa referente aos elementos próprios do imposto sobre serviços de qualquer natureza. Improcedência do pedido. (grifos acrescentados)

(Representação por Inconstitucionalidade nº 0043208-44.2014.8.19.0000, Relator Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira, j. em 04.07.2016)

Assim sendo, a decisão agravada, que deferiu a cautelar em razão da “*divergência entre o prazo do contrato de concessão dos serviços objeto do ato impugnado, que o fixou em trinta e cinco anos, e o previsto no ao artigo 4º Lei Estadual nº 2.831/97*”, merece, com as devidas vênias, ser reformada, uma vez que não se admite ação de controle abstrato de constitucionalidade por ofensa reflexa, indireta ou oblíqua da Constituição.

II - A natureza subordinada do ato impugnado:

descabimento de ação de controle abstrato de constitucionalidade

A representação de inconstitucionalidade também é inviável, porque as ações de controle abstrato de constitucionalidade não se prestam ao exame de conformidade de atos cujo fundamento de validade não é diretamente a Constituição. É dizer: é inadequada a via da ação direta de inconstitucionalidade para impugnação de atos secundários.

Nos termos da jurisprudência do STF, somente os atos normativos qualificados como essencialmente primários ou autônomos podem ser controlados por uma ação abstrata de constitucionalidade. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 1º, 2º E 3º DA RESOLUÇÃO Nº 102/2007 DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA AGRICULTURA E DO ABASTECIMENTO DO ESTADO DO PARANÁ. FUNDAMENTO EM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. NATUREZA REGULAMENTAR. **ATO SECUNDÁRIO. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. INVIABILIDADE.** 1. Decisão denegatória de seguimento de ação direta de inconstitucionalidade por manifesto descabimento. 2. **Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente os atos normativos qualificados como essencialmente primários ou autônomos expõem-se ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedido o conteúdo do ato normativo atacado por legislação infraconstitucional que lhe dá amparo material, a evidenciar sua natureza de ato regulamentar secundário, inviável a sua impugnação pela via da ação direta.** Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (grifos acrescentados)

(ADI 4095 AgR, Relatora Ministra Rosa Weber, j. em 16.10.2014).

No caso, o Decreto nº 47.422/2020 se trata de ato de efeitos concretos, editado com base em delegação de entidade interfederativa, que se limita a dar publicidade a uma decisão do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana sobre a abertura de procedimento licitatório para a concessão de serviço público.

Não há qualquer inovação no ordenamento jurídico, dotada de abstração e generalidade, que autorize o controle de constitucionalidade.

Repita-se: de acordo com a própria narrativa dos representantes, a verificação da existência de violação em relação ao prazo da concessão *não* pressupõe o exame da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, mas *exclusivamente* do art. 3º da Lei estadual nº 2.831/1997.

Assim sendo, não fosse a inteira inaplicabilidade da Lei estadual nº 2.831/1997 para disciplinar uma concessão de serviço em que o Estado não é o Poder Concedente – argumento que será desenvolvido em capítulo próprio –, é inviável conhecer-se da presente representação de inconstitucionalidade que tem por objeto ato infralegal e subordinado, que sequer contraria dispositivo da Constituição do Estado.

Dessa forma, também por esse fundamento, a decisão cautelar merece ser reformada, de modo a se indeferir a liminar, com a subsequente extinção da ação direta.

III - Ausência de impugnação da Resolução nº 08/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana: inadequação da ação direta por ausência de impugnação do complexo de atos que dispõem sobre o prazo de vigência da concessão

O Decreto nº 47.422/2020 impugnado na ação não é autônomo. De fato, sua subordinação sequer é direta a uma lei. Trata-se, em realidade, de um ato terciário. Isso porque, ao editar o decreto para autorizar a abertura de procedimento licitatório, o Estado apenas deu publicidade à Resolução do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana nº 08/2020, que aprovou o plano de concessão e a concorrência pública, com base em sua competência definida no art. 11, inciso VII, da Lei Complementar nº 184/2018:

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

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

- a) estabelecer 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”. (grifos acrescentados)

Veja-se que é a Resolução nº 08/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, que foi editada pelo titular do serviço de saneamento básico - nos termos definidos pelo STF na ADI 1842/RJ -, que estabelece as condições de delegação do serviço.

O Decreto nº 47.422/2020 foi editado com fundamento no art. 2º da Resolução nº 08/2020. Confira-se a redação do dispositivo:

“Art. 2º - Autorizar a delegação das funções de organização e promoção de 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.

A atuação do Estado impugnada nesta ação, portanto, está subordinada ao ato do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, que determinou no Anexo I da Resolução nº 08/2020 as condições para a concessão do serviço de saneamento (documento anexo).

Em relação ao prazo da concessão, a delegação é expressa ao fixar a vigência por 35 anos a partir da emissão do termo de transferência do sistema. Transcreva-se o quadro constante do Anexo I da Resolução nº 08/2020, com os dados gerais do contrato de concessão:

DADOS GERAIS DO CONTRATO DE CONCESSÃO	
<u>Vigência</u>	<u>35 anos de a partir da emissão do termo de transferência do sistema</u>
Inventário de bens reversíveis	Obrigações da concessionária e constantemente atualizado.
Área da concessão	Área urbana das sedes municipais e respectivos distritos urbanos, abrangendo toda a macrozona urbana, delimitada conforme instrumentos de gestão associada, nos termos dos Planos Diretores de cada município e, na ausência deste plano, no definido pela legislação municipal ou, por último, pelo IBGE.
Obrigações da contratada	As desapropriações, desocupações, instituição de servidões e quaisquer outras limitações administrativas necessárias à prestação dos SERVIÇOS objeto da concessão serão efetuadas pela concessionária.

	<p>Atendimento aos indicadores de desempenho e metas de atendimento, sob pena de redução da tarifa.</p> <p>Universalização dos serviços até o ano de 2033.</p> <p>Pagamento de outorga variável no valor de 3% da arrecadação das tarifas de cada município, participante da prestação regionalizada, e 0,5% do total da receita tarifária arrecadada nos municípios que compõem a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana.</p>
--	--

Diante disso, além de não se tratar de ato autônomo para impugnação em ação direta, a representação também é inadequada, porque a hipotética afirmação de invalidade do Decreto nº 47.422/2020, não resultará na invalidade do ato que lhe dá fundamento.

Portanto, ainda, por absurdo, que fosse acolhida a tese dos representantes, continuaria a existir a previsão da Resolução nº 08/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, com a fixação do prazo de vigência de 35 anos da concessão dos serviços de saneamento.

Nos termos da jurisprudência do STF, no entanto, a impugnação fragmentada de um complexo normativo impõe o não conhecimento da ação de controle abstrato de constitucionalidade. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 47, § 3º, DA LEI FEDERAL 9.504/1997, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI FEDERAL 11.300/2006. CRITÉRIO DE REPARTIÇÃO DO TEMPO DE PROPAGANDA ELEITORAL NO RÁDIO E NA TELEVISÃO ENTRE AS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS. PEDIDO DE INTERPETAÇÃO CONFORME AOS ARTIGOS 1º, V; 5º, CAPUT; E 17, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PARA QUE SEJAM OBSERVADAS AS ALTERAÇÕES NAS BANCADAS DOS PARTIDOS APÓS A ÚLTIMA ELEIÇÃO. QUESTÃO TAMBÉM VERSADA NO ARTIGO 47, § 7º, DA LEI FEDERAL 9.504/1997 E NO ARTIGO 48, §§ 1º, 3º E 4º, DA RESOLUÇÃO 23.551/2017 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA TOTALIDADE DO COMPLEXO NORMATIVO QUE DISCIPLINA A MATÉRIA. VÍCIO PROCESSUAL QUE COMPROMETE O INTERESSE DE AGIR. INVIABILIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO. DISPOSITIVOS QUE SE ENCONTRAM NO MESMO PATAMAR NORMATIVO E DE VALIDADE. INSTRUMENTO QUE NÃO SE PRESTA A SUPRIR CARÊNCIAS NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO.** AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repartição do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão conforme a representação de cada partido político na Câmara dos Deputados resultante da última eleição, controvérsia a que se cinge a presente ação, é versada no artigo 47, § 3º, da Lei federal 9.504/1997, que se pleiteia a interpretação conforme a Constituição Federal para que sejam consideradas na referida repartição as alterações de filiação partidária ocorridas durante a legislatura; e também no artigo 47, § 7º, da Lei federal 9.504/1997, bem como no artigo 48, §§ 1º, 3º e 4º, da Resolução 23.551/2017 do Tribunal Superior Eleitoral, normas que não foram impugnadas. **3. A ausência de impugnação da totalidade do complexo normativo que rege a matéria configura vício processual que compromete o interesse de agir em sede de controle abstrato de constitucionalidade.** Precedentes: ADI 2.595-AgR, Rel. Min.

Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 2/2/2018; ADI 4.342-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Julgado em 2/2/2018; ADI 3.148, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 29/9/2011; ADI 2.422-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 30/10/2014; ADI 2.423-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 30/10/2014. **4. A inexistência de dependência normativa inviabiliza eventual declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos dispositivos não impugnados.** Precedente: ADI 2.895, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ de 20/5/2005. 5. A declaração de inconstitucionalidade por arrastamento ou atração não se presta a suprir carências no exercício do direito de ação. Precedentes: ADI 4.647, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 21/6/2018; ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 23/4/2004; ADI 1.775, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 18/5/2001. 6. Agravo a que se nega provimento. (grifos acrescentados)
(ADI 5922 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, j. em 14.02.2020)

Diante do exposto, a decisão agravada também merece reforma, em razão da inadequação do objeto da ação direta.

3. Sem Fumus Boni Iuris

I - Serviço Público de Titularidade da Região Metropolitana

Diga-se logo: o Estado não é titular do serviço público de saneamento básico.

De fato, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADI nº 1842/RJ, o serviço de saneamento básico é, em princípio, de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, da CRFB). A despeito disso, como também decidido pelo STF naquele julgamento, inexistente óbice à transferência da titularidade desse serviço a uma Região Metropolitana que venha a ser instituída por lei complementar, na forma do artigo 25, § 3º, da Constituição da República. Nesse sentido:

"O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. (...) 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 (...). (...) Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado**" (destacamos - ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013).

Nesse passo, cumpre ser dito que a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro foi instituída pela Lei Complementar nº 184/2018, cujo artigo 11, VII, prevê a titularidade do respectivo Conselho Diretor em relação aos serviços, infraestrutura e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, o que incluiu a competência decisória acerca da forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem.

Assim, conforme bem apontado no Parecer 06/2020 – GUB, de autoria do Procurador do Estado Gustavo Binenbojm, “*com a entrada em vigor dessa lei complementar, houve a transferência da titularidade dos serviços de saneamento básico no âmbito dos municípios metropolitanos à Região*

Metropolitana, demandando a extinção dos contratos atuais com a CEDAE e a celebração de novos contratos com a Região Metropolitana” (grifos acrescentados - parecer anexo).

II – Consequente Inaplicabilidade da Lei Estadual nº 2831/1997

No exercício da competência que lhe fora conferida pelo artigo 22, XVII, da Constituição da República, a União editou a Lei federal nº 8.987/1995, que dispõe sobre normas gerais de concessão e permissão de serviços aplicáveis a todos os entes federativos. Compatível com a sua natureza de norma geral, a Lei nº 8987/1995 apenas exige que os contratos de concessão possuam “*prazo determinado*” (art. 2, III), cabendo aos entes federativos, se assim reputarem conveniente, a predefinição legal de prazos máximos e mínimos.

Foi no exercício dessa competência que o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 2.831/1997, cujo artigo 3º estabelece o prazo máximo 25 anos para as concessões. Todavia, **a atenta análise da lei estadual nº 2.831/1997**, indevidamente utilizada como parâmetro de controle de constitucionalidade pelos representantes, **evidencia que sua aplicabilidade é restrita às concessões que tenham o Estado como Poder Concedente**, *in verbis*:

Lei nº 2831/97:

“Art. 1º - As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos **no plano estadual** reger-se-ão pelas normas desta Lei e dos respectivos contratos.

(...)

Art. 2º - Para os fins desta Lei, considera-se:

I - **Poder Concedente ou Permitente: o Estado**” (grifos acrescentados).

É fora de dúvida, assim, que não se pode pretender, como feito nesta ação, aplicar à concessão do serviço metropolitano de saneamento básico lei estadual que se destina, com exclusividade, às concessões que tenham o Estado como Poder Concedente, tal como se dá com a Lei estadual nº 2.831/1997.

Vê-se, em realidade, que a tese de suposta ilegalidade do Decreto estadual é, ela sim, manifestamente inconstitucional, pois atentatória à autonomia da Região Metropolitana e, em última medida, dos municípios que a integram (titulares originais do serviço de saneamento).

Dito de outra forma, o que se pretende com esta ação, ao fim e ao cabo, é suprimir, de forma absolutamente inconstitucional, a autonomia da Região Metropolitana e dos Municípios que a compõem, impondo-lhes, goela abaixo, condicionante aplicável a outro ente federativo.

III – Posicionamento da PGE sobre o Tema

É importante realçar, a esse respeito, que a inaplicabilidade da Lei 2831/1997 à hipótese em exame foi objeto de minudente análise pela Procuradoria Geral do Estado, pelo Parecer nº 03, de 13 de novembro de 2019, da lavra do Procurador do Estado Gustavo Binenbojm, editado por ocasião da elaboração dos estudos que embasaram a modelagem do processo de universalização do saneamento básico.

“(…) A titularidade dos serviços de saneamento não será transferida ao Estado do Rio de Janeiro, mas à Região Metropolitana, o que significa que ele não pode conceder tais serviços, muito menos disciplinar a possibilidade ou não de subconcedê-los. Em outras palavras, só pode subconceder (ou proibir a subconcessão) quem é concessionário, o que também não é o caso do Estado do Rio de Janeiro.

Conforme explicado no item anterior, **o serviço de saneamento básico foi previsto pela Lei complementar estadual nº 184/2018 como serviço de interesse comum, sendo sua titularidade exercida de modo compartilhado pelos Municípios integrantes da Região Metropolitana**, no âmbito e nos termos da forma de funcionamento deste previstos no referido diploma legislativo complementar estadual.

Com efeito, o art. 11, VII, "a" e "b" da Lei, já mencionado acima, atribui ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, competência para:

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;

O planejamento e a execução do serviço de saneamento de forma integrada pela Região Metropolitana não têm por objetivo definir que o Estado atue como um prestador, mas sim que atue na condição de um *coordenador* de tal serviço. O Estado não se confunde com a Região Metropolitana, esta sim competente para decidir a forma de prestação dos serviços. Dito de outra forma, é de competência da Região Metropolitana, por meio de seu Conselho Deliberativo, decidir se o serviço de saneamento básico será prestado diretamente ou por meio de concessão, e se haverá ou não possibilidade de subconcessões.

Assim, entende-se que o disposto no artigo 31 da Lei estadual nº 2.831/1997, que disciplina a possibilidade de subconcessão no âmbito de concessões de serviços públicos realizadas pelo Estado do Rio de Janeiro, simplesmente não incide e, portanto, não se aplica no presente caso” (grifos acrescentados – parecer anexo).

Nesse aspecto, nos termos da Lei geral de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/1995) e da Lei Complementar nº 184/2018, artigo 11, VII, compete à Região Metropolitana, titular do serviço de saneamento básico, dispor sobre o limite de vigência do respectivo contrato de concessão *ex vi* do art. 2, III, da Lei federal nº 8987/1995.

Mencione-se a esse respeito, uma vez mais, o Parecer nº 06/2020, da lavra do Procurador do Estado do Rio de Janeiro Gustavo Binenbojm, segundo o qual “*não sendo o poder concedente o Estado do Rio de Janeiro, mas outro ente ou a Região Metropolitana, sem legislação específica dispondo sobre o limite de vigência de seus contratos de concessão, estes poderão decidir qual o prazo aplicável em cada modelagem concessional, com base no art. 2º, II da lei 8987/95, que exige apenas que o prazo seja determinado*”.

IV - Pretensão Autoral já Refutada pela Corte de Contas

Em sintonia com o posicionamento da PGE, cumpre mencionar que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro rejeitou Representação ajuizada **nos mesmos termos e pelos mesmíssimos representantes desta ação** (processo TCE-RJ 100.167-5/21).

E, na respectiva decisão, reconheceu (i) a inaplicabilidade da Lei nº 2831/1997 ao caso em apreço, assim como (ii) a competência e discricionariedade técnica da Região Metropolitana para fixar o prazo da concessão em 35 anos, *in verbis*:

“ (...) O primeiro ponto questiona o fato de ter sido estabelecido prazo de 35 (trinta e cinco) anos para a vigência do contrato de operação do sistema, quando a Lei estadual

nº 2.831/97 fixa que o prazo máximo de concessão no âmbito do Estado do Rio de Janeiro é de 25 (vinte e cinco) anos.

Na licitação em tela, participam o Estado do Rio de Janeiro, Municípios da Região Metropolitana e parcela dos Municípios não metropolitanos. Conforme bem exposto pelo Jurisdicionado, a determinação do diploma aplicável à espécie passa pela definição da titularidade do serviço público de saneamento básico.

Nesse ponto, cabe rememorar que se considera Poder Concedente a Região Metropolitana do Rio de Janeiro (Estado e municípios integrantes, nos termos da Lei Complementar que a institui) e cada um dos demais Municípios que não integram a região.

Assim sendo, no âmbito do projeto de desestatização atua o Estado do Rio de Janeiro na condição de mandatário dos entes municipais, na organização e promoção da Concorrência. No que se refere aos Municípios que integram a Região Metropolitana, a referida delegação foi aprovada pelo Conselho Deliberativo da Região, conforme se afere da Ata da Reunião do órgão colegiado realizada em 17.12.2020. Já quanto aos demais entes municipais não metropolitanos que participam da licitação, o mandato conferido ao Estado se deu por meio de contrato de gerenciamento e convênio de cooperação, em conformidade com o que dispõe o art. 241, CRFB/88 e a Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei 14.026/2020.

(...)

Com efeito, se por um lado não há dúvidas quanto à não aplicação ao caso concreto da Lei estadual nº 2.831/97 – remetendo-se, por força da Lei federal nº 8.987/95, a definição do prazo da concessão à disciplina do Edital e do contrato – dada a relevância do projeto para a sociedade fluminense, deve o Jurisdicionado se cercar das cautelas para obstar alegações que possam ensejar entraves na continuidade do procedimento.

Ainda que relevante e legítima a preocupação da Unidade Técnica, fato é que a opção da Administração se deu em conformidade com regra vigente no ordenamento jurídico, presumidamente constitucional, inclusive diante da ausência de concessão de liminar em ADI, o que reforça as justificativas para a atuação administrativa, de maneira que julgo a Representação improcedente neste ponto e acolho a determinação sugerida pelo Corpo Técnico (...).”

(Relator MARCELO VERDINI MAIA – Acórdão do PLENÁRIO proferido na Sessão do dia 24/03/2021).

O que se denota, portanto, é que os representantes insistem em uma tese já refutada pela Corte de Contas e, ao fazê-lo, não apresentaram as informações que, se inicialmente disponibilizadas, certamente conduziriam ao indeferimento da medida cautelar requerida.

V – O Papel do Estado na Concessão

Os documentos oficiais da licitação³ não deixam dúvidas de que o ente estatal é mero representante dos titulares, que exerce, como apontando pelo citado Parecer nº 06/2020, o “*mandatado para organizar, gerir e transferir a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário nas áreas da concessão*”. Essa fato, inclusive, constou textualmente dos *considerandos* apresentados no Decreto impugnado, *in verbis*:

“- que o Estado do Rio de Janeiro, por meio de delegação dos titulares dos serviços, assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário;

³ A título de exemplo: minutas de Edital (item “1.2.21”) e de Contrato (subcláusulas “1.1.31”, “1.1.67” e “1.168”).

- que, não obstante o papel desempenhado pelo Estado do Rio de Janeiro, os titulares dos serviços remanesçam responsáveis pelo planejamento, fiscalização e acompanhamento dos resultados das concessões contratadas”

Explica-se: com a instituição da Região Metropolitana operou-se a transferência da titularidade dos serviços de saneamento, com a consequente necessidade de extinção dos contratos atuais com a CEDAE e a celebração de novos contratos pela Região Metropolitana.

Para contornar os custos de transação envolvidos na coordenação conjunta de serviços com múltiplos titulares, o projeto de Desestatização elaborado pelo BNDES propôs a delegação de diversas funções administrativas ao Estado, mediante a celebração de Convênio de Cooperação, com a delegação à AGENERSA das funções de fiscalização e regulação dos serviços e ao Estado as funções de organização e promoção da licitação dos serviços e gestão dos contratos.

Em outras palavras, o Estado não é o Poder Concedente, nem detém competência para definir aspectos relacionados à modelagem da concessão e, em especial, do respectivo prazo de vigência. Isso, insista-se, insere-se na competência da Região Metropolitana, titular do serviço.

VI – Grave Periculum in Mora Inverso

Risco para a Concessão

Sabe-se que a fixação de determinado prazo de vigência para o contrato de concessão obedece a uma lógica econômica, e, em se tratando de concessão de serviço de saneamento básico, não se pode colocar em dúvida os vultosos investimentos que estão em jogo.

Nesse diapasão, foi objetivo de debate nacional a recente aprovação do Novo Marco Legal do Saneamento que se deu por meio da Lei federal nº 14.026/2020. E uma das finalidades desse esforço legislativo foi justamente a de atrair os investimentos privados, que se afiguram indispensáveis à superação da calamitosa situação na qual se encontra o serviço público de saneamento em todos os seus aspectos.

Atrair investimentos privados implica, de modo geral, dar condições para que esses investimentos, após determinado prazo de maturação, possam ser recuperados pelos respectivos particulares, acrescidos da taxa de retorno mínima estipulada em sede de edital.

Condição *sine qua non* para essa atratividade dos recursos privados é, por conseguinte, a duração da concessão no tempo. Faz-se imperioso que o contrato de concessão dure por um espaço de tempo razoável para que os investidores possam recuperar o capital, com o acréscimo da devida taxa de retorno, sem comprometer a capacidade econômica dos usuários do serviço.

É justamente por conta dessa lógica econômica subjacente que a Lei 11.445/2007, alterada pela Lei 14026/2020, determina que o prazo de duração dos contratos de concessão deverá ser o adequado à amortização dos investimentos realizados⁴. A questão é de tal gravidade que a lei prevê mecanismos indenizatórios na hipótese da extinção do contrato de concessão sem que tenha havido tempo hábil para a amortização de todos os investimentos realizados pelo concessionário⁵.

Na hipótese em apreço, como não poderia deixar de ser, o prazo de duração do contrato de concessão não foi questão definida de modo arbitrário ou calcado em critérios apriorísticos, descolados da economia interna do setor. Ao revés, obedeceu a uma estrita lógica econômica de difícil calibragem.

⁴ “Art. 12. Nos serviços públicos de saneamento básico em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e de fiscalização. (...) III - o prazo de vigência, **compatível com as necessidades de amortização de investimentos**, e as hipóteses de sua prorrogação (...)”.

⁵ “Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: (...) III - **metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato**”.

O que está em jogo é uma questão de natureza estritamente técnica que foi definida após estudos econômicos desenvolvido no âmbito do BNDES, sob a supervisão do Estado do Rio de Janeiro, da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro e de outros Municípios que participam do projeto, sob o contínuo escrutínio de diversos órgãos.

Assim sendo, e com as devidas vênias, para além da insegurança jurídica que a decisão recorrida traz para o processo, já complexo, de concessão, a sua respectiva manutenção poderá mesmo colocá-lo em xeque, na medida em que interfere no respectivo prazo de vigência, que, como visto, representa um dos pilares do equilíbrio econômico-financeiro da modelagem definida pelo BNDES após amplo debate e aprofundados estudos.

* * * * *

Por todo o acima exposto, confia-se na reconsideração da decisão que concedeu a medida cautelar e, caso assim não se entenda, requer-se que V.Exa. leve este recurso a julgamento na próxima sessão do Órgão Especial, do qual se espera o respectivo provimento, com a reforma da decisão recorrida.

Rio de Janeiro, 16 de abril de 2021.

CLÁUDIO CASTRO

GOVERNADOR DO ESTADO EM EXERCÍCIO

BRUNO DUBEUX

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

ANTONIO JOAQUIM PIRES E ALBUQUERQUE

PROCURADOR DO ESTADO

CIRO GRYNBERG

PROCURADOR DO ESTADO

EXMO. SR. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº 0095265-89.2021.8.19.0001

O **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pessoa jurídica de direito público interno, com endereço para o recebimento de intimações na Rua do Carmo, nº 27, Centro, Rio de Janeiro/RJ, vem, nos autos da Ação Popular ajuizada por **RENATA DA SILVA SOUZA e OUTROS**, em face de **CLAUDIO BONFIM DE CASTRO E SILVA**, com fundamento no art. 6º c/c art. 7º, inciso I, “b”, e inciso III da Lei nº 4.717/1965, ingressar espontaneamente no feito, assim como oferecer **CONTESTAÇÃO** mediante os fatos e fundamentos que passa a expor.

1. ALIDE

Cuida-se de Ação Popular ajuizada por Deputados Estaduais em face da pessoa do Governador do Estado, objetivando a anulação do Edital de Concorrência internacional nº 01/2020, relacionado à “*concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro*”. Os autores populares alegam que o Estado, na qualidade de Poder Concedente, publicou o edital de Concorrência para concessão de serviço de saneamento, que é atualmente prestado pela Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro – CEDAE. Sustentam que o Poder Executivo foi autorizado pela Lei nº 7.529/2017 a alienar as ações representativas do capital social da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, não se tendo, no entanto, autorizado a abertura de licitação para concessão dos serviços.

Afirmam, assim, a nulidade do Decreto estadual nº 47.422/2020 e do Edital de concorrência internacional nº 01/2020, uma vez que a definição de execução do serviço por outras prestadoras não poderia ser feita sem autorização legislativa. Além disso, alegam a nulidade do edital de concorrência, uma vez que (i) não preservaria a tarifa social assegurada pelo Decreto nº 25.438/1999 e pela Lei nº 7.529/2017; e (ii) 17 (dezessete) Municípios não aderiram ao modelo de concessão, o que causaria impactos negativos à prestação do serviço.

Ocorre que, ao contrário do que sustentam os autores, não há qualquer vício no edital de licitação de concessão dos serviços de saneamento.

2. PRELIMINARES

2.1. A necessidade de ingresso do Estado: impugnação de ato do Sr. Governador como representante do Estado

Os autores ajuizaram a ação popular em face da pessoa do Governador do Estado do Rio de Janeiro, sob o fundamento de que “*o sr. Claudio Castro, na qualidade de chefe do Poder Executivo estadual em exercício, e, conseqüentemente, delegatário das funções administrativas de organização e promoção do certame em questão, é devidamente responsável pelo ato ilegal, lesivo ao meio ambiente, conforme artigo 6º da Lei 4.717/65*”.

Ocorre que, se os autores afirmam que o Sr. Governador do Estado é responsável pelo ato impugnado, não é possível, nos termos do mesmo art. 6º da Lei nº 4.717/1965, o prosseguimento da ação sem a participação do Estado do Rio de Janeiro. Afinal, o dispositivo é expresso ao exigir que “a ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado”.

Assim sendo, considerando que os próprios autores afirmam que “o Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de Poder Concedente, fez publicar, no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 29/12/2020 (doc. 18), a Concorrência Internacional 01/2020”, não há como afastar a deficiência da inicial, assim como necessidade de ingresso do Estado no polo passivo da ação popular. Afinal, a pretensão de anulação do edital de concorrência internacional importaria na anulação de um ato praticado não pelo Governador, mas pelo próprio Estado do Rio de Janeiro.

Diante disso, apesar de não ter sido citado, em razão das imputações realizadas pelos autores, nos termos do art. 6º da Lei nº 4.717/1965, deve-se admitir o ingresso espontâneo do Estado no polo passivo, com o recebimento da presente defesa.

2.2. A ilegitimidade passiva do Governador e do Estado do Rio de Janeiro: delegação de competências municipais para a concessão do serviço de saneamento

Os autores populares afirmam que a legitimidade passiva do Governador e, por consequência, do Estado do Rio de Janeiro decorreria do fato de o Estado, na qualidade de Poder Concedente, ter publicado o Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020, que é objeto do pedido de anulação. Ocorre que, ao contrário do que afirmam os autores, o Estado do Rio de Janeiro não é o Poder Concedente de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Como se verifica do teor do Decreto Executivo nº 47.422/2020 (index 51), o Poder Executivo estadual determinou a abertura de licitação para concessão de serviço de saneamento **na condição de mero representante dos titulares dos serviços de abastecimento e esgotamento sanitário nas áreas de concessão.** Como se extrai do preâmbulo do Decreto executivo, o Poder Executivo atua por delegação:

- que **o Estado do Rio de Janeiro, por meio de delegação dos titulares dos serviços,** assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário;
- que, **não obstante o papel desempenhado pelo Estado do Rio de Janeiro, os titulares dos serviços remanesçam responsáveis pelo planejamento, fiscalização e acompanhamento dos resultados das concessões contratadas;**

Recorde-se que Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1842/RJ, afirmou que o serviço de saneamento básico é, em princípio, de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, da CRFB). O STF, contudo, admitiu a **transferência do serviço a uma Região Metropolitana que venha a ser instituída por lei complementar, na forma do artigo 25, § 3º, da Constituição da República.** Nesse sentido:

O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. (...) 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 (...). (...) Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado** (grifos acrescentados)

(ADI 1842/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Red. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. em 06.03.2013).

Esse é exatamente o caso dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Nos termos do art. 11, VII, da Lei Complementar nº 184/2018, que instituiu a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, os Municípios metropolitanos transferiram ao Conselho Diretor da Região Metropolitana (entidade interfederativa) a titularidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Como consequência dessa titularidade primária dos municípios para o serviço, assim como do papel de mero mandatário exercido pelo Poder Executivo estadual dentro da Região Metropolitana (entidade interfederativa), não há como reconhecer a legitimidade passiva do mandatário para figurar na relação jurídico-processual. Afinal, a pretensão dos autores populares tem repercussão sobre os interesses daqueles que são ostitulares do serviço: os Municípios.

Por sinal, a minuta de contrato que acompanhou o edital impugnado evidencia a condição de mero representante do Estado do Rio de Janeiro. Confirma-se o teor do preâmbulo do contrato (index 107 – fls. 110):

Pelo presente instrumento, o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pessoa jurídica de direito público, inscrito no CNPJ/MF sob o nº [N.º], com sede na [...], nesta Capital do Estado de [...], neste ato representada pelo Sr. [*], **na qualidade de representante dos titulares dos SERVICOS**, doravante denominada simplesmente ESTADO; (grifos acrescentados)

Aliás, na Suspensão de Liminar nº 1.446/RJ, que impugnou a decisão monocrática proferida na Representação de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, cujo objetivo também era a suspensão do procedimento licitatório para concessão dos serviços de saneamento dos Municípios do Estado, o STF afirmou que *“a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico segue sendo dos municípios integrantes, a despeito da execução de referidos serviços se dar de modo conjunto no âmbito da unidade interfederativa”*.

Dessa forma, em razão da discussão sobre interesses jurídicos dos 35 Municípios titulares dos serviços, incluindo a Região Metropolitana, que figuram como Poder Concedente do edital de licitação impugnado, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015.

2.3. A falta de interesse de agir: prévia impugnação da concessão dos serviços de saneamento

por ação direta de inconstitucionalidade – efeitos *erga omnes* e vinculantes

Como relatado, alguns dos autores populares também ajuizaram a ação direta nº 0001674-76.2021.8.19.0000, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto estadual nº 47.422/2020, que autorizou a abertura do procedimento licitatório aqui impugnado, tendo se alegado que, “*sobre a necessidade da LIMINAR, importa acentuar que o leilão de concessão da Companhia Estadual de Águas e Esgoto (CEDAE) já está previsto para o mês de abril de 2021*”.

Na ação direta, portanto, os representantes também buscam a suspensão da licitação, assim como o reconhecimento de suposta inconstitucionalidade da concessão dos serviços de saneamento. E isso igualmente sob o fundamento de que “*a autorização legislativa foi para a alienação das ações representativas do capital social da CEDAE, e não para o Poder Executivo abrir procedimento licitatório sob a modalidade de concorrência internacional para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário*” (fls. 12 da Petição inicial da ação direta nº 0001674- 76.2021.8.19.0000).

Nesse aspecto, considerando que os autores populares buscam a anulação de ato já impugnado por ação direta, cujos efeitos da decisão serão vinculantes e *erga omnes*, não há como identificar interesse processual na ação popular. Afinal, não será possível decidir pela nulidade alegada, já que esse é exatamente o objeto da decisão da ação direta de inconstitucionalidade, que, pela sua natureza, deverá ser observada pelo Juízo da ação popular.

Aliás, ao deferir o pedido de extensão na SL nº 1.446/RJ, originariamente apresentado para suspender os efeitos da decisão monocrática do Desembargador Adolpho Andrade Mello na ação direta nº 0001674-76.2021.8.19.0000, o STF foi expresso ao determinar a suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo graus que obste, parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no Decreto estadual nº 47.422/2020. Confirmam-se os trechos das decisões proferidas na SL nº 1.446/RJ:

DEFIRO o pedido liminar, para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de modo a restabelecer a plena eficácia do Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente, com fundamento no § 7º do art. 4º da Lei 8.437/92. Comunique-se com urgência o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Nos termos do § 2º do art. 4º da Lei 8.437/92, intime-se os autores do processo na origem, para que se manifestem sobre o pedido de suspensão formulado no prazo legal. Publique-se.

(SL 1.446/RJ, Relator Ministro Presidente Luiz Fux, j. em 22.04.2021)

DEFIRO o pedido de medida liminar, para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0101354-84.2021.5.01.0000, em trâmite perante o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, a fim de restabelecer o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente, com fundamento no §8º do art. 4º da Lei 8.437/92. **Outrossim, determino a suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo graus que obste, parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente.** Comunique-

se, com urgência, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o Tribunal Regional Federal da Segunda Região. (grifos acrescentados)

(SL 1.446/RJ, Relator Ministro Presidente Luiz Fux, j. em 27.04.2021).

Com isso, torna-se inviável nesta ação popular discutir a juridicidade do procedimento licitatório, inclusive porque isso significaria afronta à autoridade da decisão do STF que determinou a “*suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo graus que obste, parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro*”.

Assim sendo, em razão da ausência de interesse processual, pela clara inexistência de adequação para discutir o andamento do procedimento licitatório, cujo prosseguimento já é objeto de ação direta de inconstitucionalidade, o processo merece ser extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015.

3. QUESTÃO PREJUDICIAL

Ainda que se superem as preliminares, o que ora se admite apenas para fins de argumentação, não há como afastar a repercussão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, na qual algum dos autores populares arguem a inconstitucionalidade *in abstracto* do Decreto Estadual nº 47.422/2020 que autorizou a licitação impugnada, sobre o mérito da ação popular.

Tanto é assim que o STF, em suspensão de liminar, deferiu o pedido de contracautela para sustar qualquer decisão que obstasse o andamento da licitação impugnada pelos autores populares. É certo, assim, que, caso venha a ser conhecida a ação direta, o juízo sobre a validade do Decreto Estadual nº 47.422/2020 e, conseqüentemente, sobre o Edital de Concorrência internacional nº 01/2020, estará sujeito à decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado.

Diante disso, até que seja concluído o julgamento da Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000 pelo Órgão Especial do TJERJ, o presente processo deve, ao menos, ser suspenso.

4. MÉRITO

Caso não se entenda pela extinção do feito ou pela suspensão do processo, o que se admite por eventualidade, os pedidos merecem ser julgados improcedentes. Os autores populares afirmam que o Decreto nº 47.422/2020 e o Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020 seriam nulos, uma vez que o Poder Executivo estadual não teria autorização legislativa para alienar as ações do capital social da CEDAE (Lei nº 7.529/2017), mas não para “*abrir procedimento licitatório para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário*”. Alegam, ainda, a nulidade do Edital, uma vez que não preservaria a “tarifa social”, fixada pelo Decreto nº 25.438/1999, bem como não teria se baseado em estudos técnicos para afastar os impactos negativos da concessão para 17 municípios que não aderiram ao modelo de concessão previsto. Não há, contudo, fundamento em nenhuma das três teses de nulidade.

4.1. Decisão sobre a forma de prestação de serviço público: matéria sujeita à Reserva de Administração

A primeira tese de nulidade suscitada pelos autores diz respeito à suposta necessidade de autorização legislativa para a decisão administrativa de abertura de licitação para concessão dos serviços que são prestados pela CEDAE. Isso porque, como a CEDAE teria sido criada por atos legislativos, “*a matéria, portanto, deveria ter sido regulamentada pela Casa Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, através de Lei, e não por Decreto*”.

A premissa dos autores populares, contudo, possui dois equívocos. *Em primeiro lugar*, não cabe ao Poder Legislativo estadual deliberar sobre a concessão de serviço público que é de titularidade primária dos Municípios. *Em segundo lugar*, a decisão sobre a realização de licitação, assim como de prestação de serviço público de forma direta ou indireta, inclusive se por uma estatal ou por concessionária, são decisões de organização e funcionamento, cuja competência é exclusivamente da Administração Pública.

Como já se expôs no tópico sobre a ilegitimidade passiva do Governador e do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto estadual nº 47.422/2020 e o Edital nº 01/2020 foram editados com o base em delegação de competência dos Municípios e da Região Metropolitana, que são os titulares do serviço público de saneamento básico. Os *considerandos* do Decreto, assim como o edital impugnado são expressos ao indicarem que “*o Estado do Rio de Janeiro, por meio de delegação dos titulares dos serviços, assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário*”, mas, “*não obstante o papel desempenhado pelo Estado do Rio de Janeiro, os titulares dos serviços remanescerão responsáveis pelo planejamento, fiscalização e acompanhamento dos resultados das concessões contratadas*”.

Em outras palavras, o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço público de saneamento básico, que, conforme já decidido pelo STF no julgamento da ADI 1842/RJ, é titularizado pelos Municípios, que, se assim optarem, podem transferir a respectiva titularidade para a Região Metropolitana, tal como se deu no Estado do Rio de Janeiro, com a edição da Lei Complementar nº 184/2018. Como consequência dessa titularidade primária dos municípios para o serviço, a edição de ato normativo pelo Poder Legislativo do Estado sobre serviço que não é de sua titularidade usurparia a competência dos municípios para o exercício de suas competências político-administrativas e legislativas. Nesse sentido:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei do estado de Mato Grosso do Sul que dispõe sobre a proibição de interrupção, por parte das empresas concessionárias, do fornecimento de serviços públicos essenciais à população, em decorrência da falta de pagamento. **3. Inconstitucionalidade formal, por afronta à competência dos municípios – descrita no art. 30, incisos I e V – e da União – previstos nos arts. 21, XII, “b”; 22, IV; e 175, caput e parágrafo único, incisos I, II e III, todos da Constituição Federal. 4. O Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre poder concedente federal ou municipal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos**, sob regime federal ou municipal, mediante a edição de leis estaduais. Precedentes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (grifos acrescentados)

(ADI 3866, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. em 30.08.2019)

Assim, ao contrário do afirmado pelos autores populares, não cabe ao Poder Legislativo estadual legislar sobre a concessão de serviço de saneamento básico. Por essarazão, inexistente nulidade por ausência de lei estadual que disponha sobre a concessão do serviço de saneamento.

Mais além, tampouco há exigência de autorização legislativa para abertura de licitação e para a decisão sobre a concessão do serviço. O art. 84, incisos II e VI, *a*, da Constituição da República, reproduzido pelo art. 145, incisos II e VI, *a*, da CERJ, reserva ao Chefe do Poder Executivo a competência para “*exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual*” e para dispor, mediante decreto, sobre “*organização e funcionamento da administração estadual*”.

Dessa forma, a disciplina sobre como a Administração Pública se organiza e funciona, inclusive para prestar um serviço público, é uma matéria sujeita à Reserva de Administração. Tome-se como exemplo um outro serviço público: o serviço judiciário. O Poder Legislativo não tem a iniciativa para leis que disponham sobre a forma como o serviço judiciário será organizado e sobre como será a atuação dos órgãos judicantes. Essa iniciativa é reservada ao Poder Judiciário. De igual modo, para a preservação do núcleo do princípio da Separação de Poderes, a Constituição reserva ao Poder Executivo a disciplina sobre a prestação dos serviços públicos que lhe cabe a execução. A decisão sobre a prestação direta, indireta, inclusive se por meio de uma estatal ou por concessionária de serviço público, é matéria típica de gestão, cuja valoração quanto aos motivos e à escolha do objeto se inserem no mérito administrativo próprio da Administração Pública. Nesse sentido, confiram-se a jurisprudência do STF:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 5.127/2015. MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA. OBRIGATORIEDADE DE INSTALAÇÃO DE AR CONDICIONADO NOS VEÍCULOS DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL. PROCESSO LEGISLATIVO. INICIATIVA PRIVATIVA. PODER EXECUTIVO. SERVIÇOS

PÚBLICOS. 1. **O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que compete ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que interfiram na gestão de contratos de concessão de serviços públicos.** 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (grifos acrescentados).

(ARE 1075713 AgR, Relator Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. em 29.06.2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIÇOS PÚBLICOS E ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. PROCESSO LEGISLATIVO. INICIATIVA. PODER EXECUTIVO.

À luz do princípio da simetria, são de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual as leis que versem sobre serviços públicos e organização administrativa do Estado. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifos acrescentados)

(RE 396970 AgR, Segunda Turma, Relator Ministro EROS GRAU, j. em 15.09.2009)

Diante disso, ao contrário do que afirmam os autores populares, inexistente nulidade na publicação

do edital de concessão, porque a Constituição veda a interferência legislativa nas funções típicas de gestão da Administração Pública. É dizer: inexistente exigência de autorização legislativa para que o Poder Executivo abra procedimentos licitatórios e decida, em ato típico de gestão, como concretamente será prestado um serviço público.

Por meio do Decreto executivo nº 47.422/2020, o Poder Executivo autorizou a abertura de uma licitação, em cumprimento às suas obrigações constitucionais para prestação de serviço público e nos estritos termos de delegação recebida dos Municípios. A definição da abertura de uma licitação, do seu respectivo objeto, assim como das condições concretas para a delegação do serviço público são funções tipicamente administrativas. O Poder Legislativo não pode suplantiar a discricionariedade técnica da Administração para, em seu lugar, determinar objeto que lhe afigura mais conveniente, nem determinar as datas para a realização da concorrência, ou a forma como a delegação do serviço será realizada.

Não é demais lembrar que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro previa, no inciso XX do art. 99, a atribuição da Assembleia Legislativa para “*apreciar e aprovar convênios, acordos, convenções coletivas ou contratos celebrados pelo Poder Executivo com os Governos Federal, Estadual ou Municipal, entidades de direito público ou privado, ou particulares, de que resultem para o Estado quaisquer encargos não estabelecidos na lei orçamentária*”. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, por ocasião do julgamento da ADI 676, Relator Ministro Carlos Velloso, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que “*ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos poderes*”.

A tese de exigência de autorização prévia para licitar e contratar, assim como a pretensão de sustação de procedimento licitatório para concessão de serviço público por suposta necessidade de chancela parlamentar fere o princípio da independência dos Poderes, “*extravassando das pautas de controle externo constante da Carta Federal e de observância pelos Estados*” (ADI 676, Relator Ministro Carlos Velloso, j. em 01.07.1996). Inexiste, assim, a nulidade suscitada pelos autores populares.

4.2. A fixação da tarifa dos serviços concedidos: previsão expressa pelo edital de observância da “tarifa social”

Os autores também afirmam a nulidade do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020 sob o fundamento de que não preservaria a “tarifa social”, fixada pelo Decreto nº 25.438/1999. Nesse aspecto, *em primeiro lugar*, tal como pontuado pela decisão que indeferiu a tutela de urgência, “*previsões legais são normas cogentes, e o próprio Anexo 01 do Edital, no seu item 25.2, reitera a necessidade de observância do império da lei, como se infere: “Sem prejuízo das demais disposições deste CONTRATO e da legislação aplicável, são deveres da CONCESSIONÁRIA:” (Fls. 151)*”. Isso significa que a composição tarifária e, por consequência lógica, a formulação da proposta pelos licitantes consideram todos os custos envolvidos na operação. Isso inclui não apenas a infraestrutura para o serviço, como também as obrigações legais relacionadas à atividade.

Veja-se que o edital é expresso ao indicar que “*Caberá a cada LICITANTE realizar, por sua própria conta e risco, investigações, levantamentos e estudos, bem como desenvolver projetos para permitir a apresentação de sua PROPOSTA COMERCIAL*” (item 21.1 – index 53, fls. 80). Por sua vez, no item 21.8.2 (index 53, fls. 81) há indicação expressa de que na Proposta Comercial da licitante “*deverão estar abrangidos todos os custos referentes ao cumprimento do objeto do CONTRATO, incluindo, mas sem a eles se limitar, valores referentes aos ônus e obrigações da CONCESSIONÁRIA concernentes à legislação federal, estadual ou municipal que impacte direta ou indiretamente a prestação dos SERVIÇOS*”.

Em outras palavras, o ônus de apuração dos custos da operação é do licitante, que deve incluir

no cálculo de sua proposta as obrigações legais vigentes que impactem a prestação do serviço.

Em segundo lugar, ainda que fosse desnecessário o edital detalhar as obrigações legais incidentes sobre a operação do serviço concedido, ao contrário do que alegam os autores, houve previsão expressa de observância da “tarifa social”. A minuta de contrato, que constitui o Anexo 01 do edital (index 107), é expressa ao exigir que “*para garantir a medição correta do percentual de economias beneficiárias de tarifa social, a CONCESSIONÁRIA deverá realizar recadastramento anual dos beneficiários, 2 (dois) meses antes da data de aplicação do cálculo previsto na subcláusula 29.1.2*” (item 29.3 do Contrato - index 107, fls. 162)

O ANEXO III da minuta de contrato que acompanhou o edital (documento anexo), ainda detalha que a fixação da tarifa efetiva pela concessionária é calculada com base no índice de Tarifa Social, cujo objetivo é “*prever um aumento adicional na tarifa dos USUÁRIOS caso o percentual de economias beneficiárias da tarifa social, segundo os critérios estabelecidos por regulamentação estadual, exceda o limite estabelecido em contrato, que é de 5%*”.

É válido destacar, inclusive, que o Governador do Estado do Rio de Janeiro ajuizou recentemente a Ação Direta nº 0057848-08.2021.8.19.0000, em face do art. 11 da Lei estadual nº 9.164/2020, de iniciativa parlamentar e de autoria de um dos autores populares, justamente para preservar o regime de “tarifa social” nos contratos de concessão de saneamento. Como destacado na inicial da Representação de Inconstitucionalidade, a iniciativa legislativa de proibição de cobrança de tarifa mínima, instituída pelo art. 11 da Lei estadual nº 9.164/2020, “*importará na extinção da chamada “tarifa social”, estabelecida para beneficiar a população de baixa renda, com cobrança de valores fixos por unidade consumidora*”.

É certo, assim, que o Governador e o Estado do Rio de Janeiro têm adotado as medidas necessárias para a preservação da “tarifa social”. Por outro lado, os autores populares, inclusive o autor da iniciativa parlamentar citada, aprovaram dispositivo de lei que, na prática, extingue o regime de tarifa social no Estado. Assim, ao contrário do que alegam, se existe um movimento para extinção da tarifa social, esse movimento é dos próprios autores populares. O Sr. Governador, com o ajuizamento da Ação Direta, assim como o Estado, ao prever expressamente no edital a necessidade de observância da “tarifa social”, têm adotado todas as medidas para a preservação do regime social de tarifa na concessão dos serviços.

Não há, portanto, como identificar fundamento na tese de nulidade suscitada, uma vez que a observância da tarifa social fixada pela legislação estadual constou expressamente do edital impugnado.

4.3. Planejamento e desenho do modelo de concessão: estudos técnicos para a modelagem da concessão

Por fim, os autores populares afirmam que o edital de concessão seria nulo, uma vez que não teria se baseado em estudos técnicos para afastar os impactos negativos da concessão para 17 municípios que não aderiram ao modelo de concessão.

De início, é necessário observar que os autores populares apresentaram alegações genéricas sobre o suposto impacto negativo do modelo de concessão, não tendo indicado sequer uma situação concreta de prejuízo produzido pelo Edital impugnado. Aliás, os autores indicam que 17 municípios não aderiram ao modelo de concessão regionalizada e, logo em seguida, sustentam que 12 Municípios ficariam em um “limbo jurídico”. Segundo apontam, portanto, esse seria o fundamento da nulidade do Edital.

Ocorre que, *em primeiro lugar*, é preciso colocar o tema em sua perspectiva correta. Todos os entes federativos, nos termos do art. 18 da Constituição, são autônomos. Isso significa que a adesão ou não ao modelo de concessão regionalizada foi uma decisão tomada por cada Município, dentro de sua

esfera de autonomia federativa, com base em sua realidade social e econômica e, especialmente, considerando a existência de alternativa mais adequada/vantajosa para a prestação do serviço na localidade. Todos os Municípios do Estado puderam aderir ao modelo regionalizado de concessão e, nos termos do item 36.6 do edital (index 53, fls. 105) ainda podem manifestar seu interesse de adesão, com a consequente extensão da área de concessão.

Em segundo lugar, o modelo de concessão previsto no Edital nº 01/2020, afirmado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) como a “*maior concessão de saneamento do Brasil*”, com projeção para “*gerar 45 mil empregos e investimentos de R\$ 30 bilhões*”¹, contou com amplo estudo técnico e participação social para a licitação. Em realidade, o processo de modelagem para a concessão, iniciado em 2017, contou com (i) estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira, ambiental e jurídica; (ii) estudos específicos para cada Município; (iii) exame pelos órgãos de controle da modelagem de concessão; (iv) consultas públicas; e (v) audiências públicas realizadas pela CEDAE (em 25/06 e 06/07/2020) e pela Assembleia Legislativa do Estado – ALERJ (em 07/07/2020).

A modelagem da concessão impugnada pelos autores populares resultou, portanto, de um processo longo e participativo desenvolvido pelo Programa do BNDES para estruturação de projetos no setor de saneamento, com detalhamento dos benefícios e externalidades da concessão (documento anexo).

É preciso ter em conta que o Marco Legal do Saneamento Básico, atualizado pela Lei nº 14.026/2020, exige que as contratadas para a prestação do serviço de saneamento básico demonstrem capacidade econômico-financeira para assegurar a universalização dos serviços até 31 de janeiro de 2033². Conforme aponta o Ofício encaminhado pela Secretaria de Estado da Casa Civil, para assegurar a universalização do saneamento básico nos 35 municípios que aderiram à concessão serão necessários investimentos da ordem de R\$ 23,22 bilhões até 2033 (documento anexo).

INVESTIMENTOS PARA A UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS ATÉ 2033					
Serviço	BLOCO I	BLOCO II	BLOCO III	BLOCO IV	TOTAL
Água	R\$ 2.584.755,00	R\$ 649.157,00	R\$ 1.270.639,00	R\$ 4.153.551,00	R\$ 8.658.102,00
Esgoto	R\$ 3.987.507,00	R\$ 1.423.748,00	R\$ 794.474,00	R\$ 8.356.483,00	R\$ 14.562.212,00
Total	R\$ 6.572.262,00	R\$ 2.072.905,00	R\$ 2.065.113,00	R\$ 12.510.034,00	R\$ 23.220.314,00

Esse volume de recursos é imensamente superior à capacidade de receita dos municípios participantes, que, hoje, se beneficiam de um modelo de subsídio cruzado, que depende quase integralmente do Município do Rio de Janeiro (responsável por 77% da receita bruta da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro - CEDAE).

Na verdade, o volume de investimentos supera até mesmo a capacidade financeira da CEDAE (considerados não apenas os recursos próprios, como a sua própria capacidade de endividamento). O

¹ Disponível em “<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/bndes-e-governo-do-rio-de-janeiro-lancam-edital-para-concessao-de-saneamento-do-estado>”. Acesso em 11.08.2021.

² Art. 7º da Lei 14.026/2020, que, por sua vez, incluiu o artigo 11-B na Lei nº 11.445/07, *in verbis*: “ Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento”.

raio-x do quadro sanitário do Estado, aliado ao investimento médio anual da CEDAE nos últimos 10 anos, que foi de R\$ 185 milhões, demonstram a inviabilidade de o modelo atual de prestação do serviço alcançar as metas legais de universalização do saneamento.

ESTADO

<p>1.628.818 População sem acesso à água (pessoas) SNIS / 2018</p> <p>9,5% Parcela da população sem acesso à água (% da população) SNIS / 2018</p>	<p>5.918.465 População sem coleta de esgoto (pessoas) SNIS / 2018</p> <p>34,7% Parcela da população sem coleta de esgoto (% da população) SNIS / 2018</p>	<p>1.035.286,23 Esgoto não tratado (mil m³) SNIS / 2018</p> <p>31,3% Índice de esgoto tratado referido à água consumida (%) SNIS / 2018</p>
<p>4.164 Internações totais por doenças de veiculação hídrica (Número de internações) DATASUS / 2018</p> <p>92 Óbitos por doenças de veiculação hídrica (Número de óbitos) DATASUS / 2018</p>	<p>3.060,47 Renda das pessoas com saneamento (R\$ por mês) IBGE / 2018</p> <p>1.120,94 Renda das pessoas sem saneamento (R\$ por mês) IBGE / 2018</p>	<p>10,29 Escolaridade das pessoas com saneamento (Anos de educação formal) IBGE / 2018</p> <p>7,45 Escolaridade das pessoas sem saneamento (Anos de educação formal) IBGE / 2018</p>

Painel do Saneamento Brasil– Instituto Trata Brasil.

REGIÃO METROPOLITANA

<p>1.110.460 População sem acesso à água (pessoas) SNIS / 2018</p> <p>8,8% Parcela da população sem acesso à água (% da população) SNIS / 2018</p>	<p>4.179.042 População sem coleta de esgoto (pessoas) SNIS / 2018</p> <p>33,2% Parcela da população sem coleta de esgoto (% da população) SNIS / 2018</p>	<p>- Esgoto não tratado (mil m³) SNIS / 2018</p> <p>33,5% Índice de esgoto tratado referido à água consumida (%) SNIS / 2018</p>
<p>1.223 Internações totais por doenças de veiculação hídrica (Número de internações) DATASUS / 2018</p> <p>32 Óbitos por doenças de veiculação hídrica (Número de óbitos) DATASUS / 2018</p>	<p>3.117,84 Renda das pessoas com saneamento (R\$ por mês) IBGE / 2018</p> <p>1.366,69 Renda das pessoas sem saneamento (R\$ por mês) IBGE / 2018</p>	<p>10,48 Escolaridade das pessoas com saneamento (Anos de educação formal) IBGE / 2018</p> <p>8,51 Escolaridade das pessoas sem saneamento (Anos de educação formal) IBGE / 2018</p>

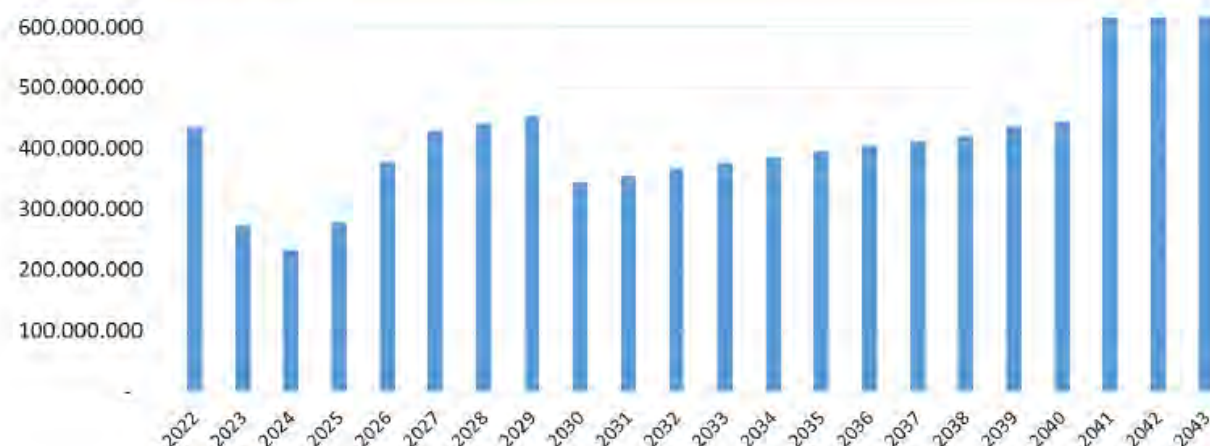
Painel do Saneamento Brasil– Instituto Trata Brasil.

Diante desse quadro, após amplo estudo e debate, desenhou-se a concessão do serviço por modelo de bloco de concessões regionalizadas, com abrangência nos Municípios atendidos pela CEDAE.

Conforme estudos do BNDES, esse modelo apresenta maior competitividade, possibilidade de implantação faseada, manutenção da CEDAE com adequada capacidade econômico-financeira, bem como a divisão de responsabilidades. E mais: a modelagem escolhida cria maior incentivo à atração de investimentos privados indispensáveis ao atingimento das metas de universalização nos prazos legais, sem descuidar da necessidade de (i) garantir-se a modicidade das tarifas e a (ii) criação de estruturas de fiscalização voltadas a verificar o adequado cumprimento das metas contratuais, assim como o estabelecimento de indicadores de metas bem definidos.

A CEDAE, por sua vez, não deixará de existir; apenas passará a concentrar esforços na captação e tratamento, transformando-se em uma sociedade de gestão de recursos hídricos, com receita estimada em mais de R\$ 2,3 bilhão e fluxo de caixa positivo. Esse foco na atuação da CEDAE garantirá melhora na qualidade da água.

A CEDAE Produção



Sem prejuízo disso, é importante acrescentar que a concessão trará ainda benefícios sociais, ambientais e econômicos para o Estado. De fato, a concessão de saneamento é considerada o maior projeto ambiental do país, com mais de R\$ 9 bilhões em programas específicos para a despoluição e melhoria de áreas desassistidas, que podem ser assim sintetizados:

- **FAVELAS:** Mínimo de R\$ 1,86 bi a ser investido na ampliação do sistema de abastecimento de água e de esgotamento sanitário nas favelas não urbanizadas, com obrigatoriedade da continuidade da prestação do serviço - Favelas urbanizadas estão inseridas nas metas gerais de universalização;
- **COMPLEXO LAGUNAR:** R\$ 250 milhões Na despoluição do Complexo Lagunar da Barra da Tijuca e Jacarepaguá;
- **BAÍA DE GUANABARA:** Investimentos de R\$ 2,6 bilhões, nos 5 primeiros anos, destinados a atacar as causas da poluição da baía, dos seus corpos afluentes e melhorar a balneabilidade das praias e lagoas. Serão menos 18,4 mil litros de esgoto não tratado por segundo;
- **RIO GUANDU:** Investimentos de R\$ 2,9 bi, nos 5 primeiros anos, para reduzir a poluição na bacia do rio Guandu, que abastece a maior parte da Região Metropolitana; e
- **PROGRAMA DE SANEAMENTO AMBIENTAL (PSAM):** R\$ 1,4 bilhão em Duque de Caxias, Nova Iguaçu e São Gonçalo.

Ademais, serão gerados 26 mil novos empregos diretos e indiretos nos 35 municípios para garantir o cumprimento das metas do Plano Nacional de Saneamento Básico. Estima-se, também, que a concessão trará benefícios financeiros aos Municípios e ao Estado com outorgas (fixas e variáveis), assim como à AGENERSA, com recebimento de taxas de fiscalização em torno de R\$ 2,16 bilhões. Em síntese, projetam-se impactos de mais de R\$ 1 trilhão na economia durante os próximos 35 anos:

Estrutura	R\$ bilhões
Massa salarial direta e indireta	
18,7 mil empregos atuais na cadeia mais a geração de 26 mil para a realização de obras e outras atividades de apoio	R\$ 443,18
Receita bruta Concessionárias	R\$ 336,72
Opex	R\$ 69,54
Produtividade e sistema de saúde	R\$ 50,90
Capex	R\$ 30,00
Imobiliário	R\$ 12,40
Outorga fixa (mínima)	R\$ 10,60
Outorgas variáveis (mínima)	R\$ 13,90
Turismo	R\$ 2,70
Impostos	R\$ 3,20
Subtotal	R\$ 973,14
Novas companhia de saneamento	R\$ 38,50
Total	R\$ 1.011,64

É certo, assim, que, a despeito da demonstrada importância sanitária, econômica, social e ambiental subjacente à concessão pretendida pela Região Metropolitana e pelos Municípios aderentes, os autores populares apresentam alegações genéricas de nulidade, para impugnar um projeto de concessão desenvolvido no âmbito do BNDES, sob a supervisão do Estado do Rio de Janeiro, da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro e dos Municípios aderentes, sob o contínuo escrutínio de diversos órgãos estatais (TCE, MPF, MP-RJ, DPGE-RJ, AGENERSA, Rio-Águas e CEDAE) e da população, mediante consultas públicas.

Como se nota, contudo, inexitem nulidades no edital, ou no modelo de concessão, mas apenas a resistência política dos autores populares para a consecução do maior projeto de infraestrutura de saneamento básico do país.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Estado requer:

- a) o seu ingresso no polo passivo da ação, nos termos do art. 6º da Lei nº 4.717/1965;
- b) a extinção do processo sem resolução de mérito, em razão da ilegitimidade passiva do Governador e do Estado do Rio de Janeiro, assim como pela ausência de interesse processual;
- c) sucessivamente, que **seja suspenso o julgamento da presente Ação Popular**, até que concluído, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674- 76.2021.8.19.0000;
- d) caso superadas as questões preliminares que seja julgado **IMPROCEDENTE O PEDIDO** inicial.

Pugna pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente o documental e o pericial.

Finalmente, o Réu indica o endereço da Procuradoria Geral do Estado na Rua do Carmo, nº 27, devendo todas as intimações referentes ao presente feito serem feitas em nome da **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, em cumprimento ao disposto nos arts. 106, I, e 272, § 2º, do CPC/2015.

Rio de Janeiro, 12 de agosto de 2021.

CIRO GRYNBERG

PROCURADOR DO ESTADO

**EXMO. SR. JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Processo nº 0090615-96.2021.8.19.0001

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pela **FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS URBANAS** e pelo **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DA PURIFICAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUAS E EM SERVIÇOS DE ESGOTOS E SIMILARES DE NITERÓI E REGIÃO – SINDÁGUA**, vem, pela Procuradoria Geral do Estado, apresentar a sua **CONTESTAÇÃO**, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

1. ALIDE

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada por federação de trabalhadores de indústria e por sindicato de trabalhadores de serviços de água e esgoto de Niterói e região, objetivando o seja *“cancelado, em definitivo, o pregão presencial previsto no EDITAL DE CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 01/2020”*, que trata da concessão do serviço de saneamento dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Os autores alegam que o edital de concorrência contaria com irregularidades, uma vez que: (i) o prazo de concessão (35 anos) não observaria a Lei Estadual nº 2.831/1997, que prevê o prazo de 25 anos para a concessão de serviços públicos; (ii) a definição do valor do metro cúbico da água comercializada pela CEDAE às concessionárias não teria apoio em estudos técnicos; e (iii) a decisão pela concessão do serviço não atenderia o princípio da economicidade, já que a CEDAE detém imunidade tributária e, assim, poderia oferecer o serviço por melhor tarifa; e (iv) o modelo de concessão sem a adesão de todos os Municípios colocaria em risco a capacidade de abastecimento de água e de tratamento de esgoto nesses locais.

O processo, contudo, deve ser extinto, em razão da ilegitimidade ativa das autoras, assim como da ilegitimidade passiva do Estado. No mérito, os pedidos merecem ser julgados improcedentes, uma vez que não há qualquer ilegalidade no edital impugnado.

2. PRELIMINARES

2.1. Ilegitimidade ativa: ausência de pertinência temática e conflito interno de interesses da categoria representada

Os autores afirmam a sua legitimidade ativa para impugnação de edital de concessão internacional de serviço público de fornecimento de água e esgotamento sanitário, uma vez que *“parte de seus representados são empregados da CEDAE e, assim, sofrerão os efeitos da concessão dos serviços de distribuição de água e serviços sanitários objeto do certame”*. Sustentam, em linhas gerais, que o edital importará na extinção de postos de trabalho da CEDAE, sendo legítima a atuação para defesa dos direitos e interesses coletivos dos trabalhadores.

Ocorre, no entanto, que, além de não existir pertinência entre a questão controvertida e as finalidades institucionais da Federação de Trabalhadores e do Sindicato autor, há conflito interno de interesses da categoria representada.

Observe-se os autores justificam a correlação entre as suas finalidades institucionais (a defesa de direitos dos trabalhadores das indústrias e dos empregados deserviços de saneamento de Niterói), sob o fundamento de que o edital de concessão impugnado resultará na extinção de postos de trabalho na CEDAE e na violação de direitos trabalhistas dos representados. *Em primeiro lugar*, a concessão dos serviços prevista no edital impugnado não tem nenhuma repercussão sobre a extinção ou desestatização da CEDAE. O modelo de concessão previsto no edital, muito ao contrário, pressupõe a existência da Empresa Estatal, que se mantém responsável pela reserva, captação, adução e tratamento de água bruta nas bacias hidrográficas Imunama, Laranjal, Guandu e Acari (item 1.2.52 do edital – index 92).

Em segundo lugar, a definição da modelagem de concessão de serviço público, assim como a realização de uma licitação não têm nenhuma relação com eventual garantia ou violação de direitos trabalhistas. Note-se que os autores não questionam qualquer previsão do edital sobre o regime de trabalho ou de contratação de empregados, mas se voltam contra o modelo de concessão do serviço de saneamento dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Aliás, sequer seria possível discutir na presente ação a violação de direitos sociais dos trabalhadores, já que a competência para processo e julgamento seria da Justiça do Trabalho. É certo, assim, que inexistente pertinência entre as finalidades institucionais dos autores (defesa de direitos dos trabalhadores) com o pedido de “cancelamento” de edital de concessão de serviço público.

O que os autores questionam é a decisão administrativa sobre como se dará a prestação de um serviço público. Isso não tem nenhuma relação com a preservação ou violação de direitos sociais do trabalho. A legitimidade ativa de federações e sindicatos pressupõe, contudo, a demonstração de pertinência entre as finalidades institucionais e os pedidos da ação civil pública. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESISTÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO. MÁ-FÉ. AUSÊNCIA. CUSTAS PROCESSUAIS.

CONDENAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. **A ação civil pública foi ajuizada diante da edição da Resolução nº 5.702 da Secretaria de Estado de Educação que determinava a desativação do CIEP nº 403.** 2. A referida unidade educacional posteriormente foi destinada à instalação de Colégio do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro em Volta Redonda, fulminando o interesse processual do autor. 3. **Ainda que futuramente fadada ao insucesso, diante da aparente ausência de prova da pertinência temática entre o pedido e os interesses da classe dos professores representados pelo demandante, o que caracteriza a sua ilegitimidade ativa,** não se vislumbra má-fé da entidade de classe autora que justifique o pagamento de custas processuais na presente demanda. 4. A facilitação do acesso à justiça, que norteia o microssistema da ação civil pública disciplinado pela Lei nº 7.347 de 1985, dispensa o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, salvo comprovada a má-fé da parte. 5. A má-fé não se presume e não há qualquer prova nos autos que a demonstre nestes autos. 6. Tratando-se de desistência por esvaziamento do interesse de agir, decorrente da referida instalação do Colégio do Corpo de Bombeiros no local, a condenação do demandante ao pagamento das custas se revela, de fato, descabida. 7. Recurso provido para excluir da sentença a condenação do autor ao pagamento de custas processuais. (grifos acrescentados)

(Apelação 0032399-49.2018.8.19.0066, TJERJ, 14ª Câmara Cível, Relator Des. JOSÉ CARLOS PAES, j. em 12/08/2020)

Mais além, os autores também não detêm legitimidade ativa em razão do evidente conflito

interno da categoria representada. É certo que os sindicatos possuem legitimidade extraordinária para defender em juízo os interesses coletivos da categoria que representam, ainda que a pretensão diga respeito apenas a parcela dos trabalhadores, na forma da Súmula 630/STF. Contudo, “*a atuação do sindicato em benefício de uma parte da categoria e em prejuízo de outra prejudica sua posição de tutela do direito material questionado, afetando sua condição de representante da categoria como um todo*” (REsp 1677907/RJ, STJ, Terceira Turma, Red. p/ acórdão Minsitra Nancy Andrichi, j. em 11/12/2018). É dizer: em caso de conflito de interesses entre as partes das categorias representadas, deve-se afirmar a ilegitimidade ativa do sindicato ou federação de trabalhadores.

Essa é, justamente, a hipótese. Como exposto, os autores sustentam a sua legitimidade ativa para defesa dos direitos dos empregados da CEDAE, os quais estariam em risco diante da publicação de edital de concessão de serviço que **expressamente** pressupõe a manutenção da CEDAE. De toda forma, ainda que fosse possível identificar a correlação entre o edital e a potencial ofensa de direitos trabalhistas da categoria representada, a impugnação da concessão é frontalmente contrária ao interesse de milhares de trabalhadores do setor que serão beneficiados com os postos de trabalho nas concessionárias de serviço público.

A federação e o sindicato autores não são substitutos apenas dos empregados da CEDAE, mas de todos os trabalhadores da indústria de purificação e distribuição de água e em serviços de esgotamento sanitário. Não é possível, assim, sustentar a legitimidade ativa para o ajuizamento de ação civil pública supostamente voltada a preservar o interesse de uma parte da categoria representada, quando essa pretensão (impedir a concessão), na prática, repercutiria sobre os postos de trabalho das empresas que se habilitaram e venceram a licitação para concessão dos serviços de saneamento.

Diante do exposto, em razão da ilegitimidade ativa das autoras, o processo merece ser extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015.

2.2. Ilegitimidade passiva do Estado do Rio de Janeiro: titularidade do serviço dos Municípios e da Região Metropolitana

Os autores afirmam que a legitimidade passiva do Estado do Rio de Janeiro decorreria do fato de o Estado, na qualidade de Poder Concedente, ter publicado o Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020, que é objeto do pedido de “cancelamento”. Ocorre que, ao contrário do que afirmam os autores, o Estado do Rio de Janeiro não é o Poder Concedente de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Como se verifica do teor do Decreto Executivo nº 47.422/2020 (index 318), o Poder Executivo estadual determinou a abertura de licitação para concessão de serviço de saneamento **na condição de mero representante dos titulares dos serviços de abastecimento e esgotamento sanitário nas áreas de concessão.** Como se extrai do preâmbulo do Decreto executivo, o Poder Executivo atua por delegação:

- que **o Estado do Rio de Janeiro, por meio de delegação dos titulares dos serviços,** assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário;
- que, **não obstante o papel desempenhado pelo Estado do Rio de Janeiro, os titulares dos serviços remanesçam responsáveis pelo planejamento, fiscalização e acompanhamento dos resultados das concessões contratadas;**

Recorde-se que Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1842/RJ, afirmou que o serviço de saneamento básico é, em princípio, de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, da CRFB). O STF, contudo, admitiu a transferência do serviço a uma Região Metropolitana que venha a ser instituída por lei complementar, na forma do artigo 25, § 3º, da Constituição da República. Nessesentido:

O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. (...) 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 (...).** (...) **Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado** (grifos acrescentados)

(ADI 1842/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Red. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. em 06.03.2013).

Esse é exatamente o caso dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Nos termos do art. 11, VII, da Lei Complementar nº 184/2018, que instituiu a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, os Municípios metropolitanos transferiram ao Conselho Diretor da Região Metropolitana (entidade interfederativa) a titularidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Como consequência dessa titularidade primária dos municípios para o serviço, assim como do papel de mero mandatário exercido pelo Poder Executivo estadual dentro da Região Metropolitana (entidade interfederativa), não há como reconhecer a legitimidade passiva do mandatário para figurar na relação jurídico-processual. Afinal, a pretensão dos autores populares tem repercussão sobre os interesses daqueles que são titulares do serviço: os Municípios.

Por sinal, a minuta de contrato que acompanhou o edital impugnado evidencia a condição de mero representante do Estado do Rio de Janeiro. Confira-se o teor do preâmbulo do contrato (index 146 – fls. 149):

Pelo presente instrumento, o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pessoa jurídica de direito público, inscrito no CNPJ/MF sob o nº [N.º], com sede na [...], nesta Capital do Estado de [...], neste ato representada pelo Sr. [*], **na qualidade de representante dos titulares dos SERVICOS**, doravante denominada simplesmente ESTADO; (grifos acrescentados)

Aliás, na Suspensão de Liminar nº 1.446/RJ, que impugnou a decisão monocrática proferida na Representação de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, cujo objetivo também era a suspensão do procedimento licitatório para concessão dos serviços de saneamento dos Municípios do Estado, o STF afirmou que “*a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico segue sendo dos municípios integrantes, a despeito da execução de referidos serviços se dar de modo conjunto no*

âmbito da unidade interfederativa”.

Dessa forma, em razão da discussão sobre interesses jurídicos dos 35 Municípios titulares dos serviços, incluindo a Região Metropolitana, que figuram como Poder Concedente do edital de licitação impugnado, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015.

2.3. A falta de interesse de agir: prévia impugnação da concessão dos serviços de saneamento por ação direta de inconstitucionalidade – efeitos erga omnes e vinculantes

Por meio da ação direta de inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, alguns Deputados Estaduais requereram a declaração de inconstitucionalidade do Decreto estadual nº 47.422/2020 (index 146), que autorizou a abertura do procedimento licitatório aqui impugnado, tendo se alegado que, *“sobre a necessidade da LIMINAR, importa acentuar que o leilão de concessão da Companhia Estadual de Águas e Esgoto (CEDAE) já está previsto para o mês de abril de 2021”*.

Na ação direta, portanto, os representantes também buscam a suspensão da licitação, assim como o reconhecimento de suposta inconstitucionalidade da concessão dos serviços de saneamento. E isso igualmente sob o fundamento de que *“a autorização legislativa foi para a alienação das ações representativas do capital social da CEDAE, e não para o Poder Executivo abrir procedimento licitatório sob a modalidade de concorrência internacional para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário”* (fls. 12 da Petição inicial da ação direta nº 0001674-76.2021.8.19.0000).

Nesse aspecto, considerando que os autores buscam a anulação de ato já impugnado por ação direta, cujos efeitos da decisão serão vinculantes e *erga omnes*, não há como identificar interesse processual na ação civil pública. Afinal, não será possível decidir pela nulidade alegada, já que esse é exatamente o objeto da decisão da ação direta de inconstitucionalidade, que, pela sua natureza, deverá ser observada pelo Juízo da ação coletiva.

Aliás, ao deferir o pedido de extensão na SL nº 1.446/RJ, originariamente apresentado para suspender os efeitos da decisão monocrática do Desembargador Adolpho Andrade Mello na ação direta nº 0001674-76.2021.8.19.0000, o STF foi expresso ao determinar a suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo graus que obste, parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no Decreto estadual nº 47.422/2020. Confirmam-se os trechos das decisões proferidas na SL nº 1.446/RJ:

DEFIRO o pedido liminar, para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de modo a restabelecer a plena eficácia do Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente, com fundamento no § 7º do art. 4º da Lei 8.437/92. Comunique-se com urgência o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Nos termos do § 2º do art. 4º da Lei 8.437/92, intime-se os autores do processo na origem, para que se manifestem sobre o pedido de suspensão formulado no prazo legal. Publique-se.

(SL 1.446/RJ, Relator Ministro Presidente Luiz Fux, j. em 22.04.2021)

DEFIRO o pedido de medida liminar, para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0101354-84.2021.5.01.0000, em trâmite perante o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª

Região, a fim de restabelecer o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente, com fundamento no

§8º do art. 4º da Lei 8.437/92. **Outrossim, determino a suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo graus que obste, parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente.** Comunicuem-se, com urgência, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o Tribunal Regional Federal da Segunda Região. (grifos acrescentados)

(SL 1.446/RJ, Relator Ministro Presidente Luiz Fux, j. em 27.04.2021).

Com isso, torna-se inviável nesta ação civil pública discutir a juridicidade do procedimento licitatório, inclusive porque isso significaria afronta à autoridade da decisão do STF que determinou a “*suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo graus que obste, parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro*”.

Assim sendo, em razão da ausência de interesse processual, pela clara inexistência de adequação para discutir o andamento do procedimento licitatório, cujo prosseguimento já é objeto de ação direta de inconstitucionalidade, o processo merece ser extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015.

3. QUESTÃO PREJUDICIAL

Ainda que se superem as preliminares, o que ora se admite apenas para fins de argumentação, não há como afastar a repercussão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, na qual se busca a declaração de inconstitucionalidade *in abstracto* do Decreto Estadual nº 47.422/2020 que autorizou a licitação impugnada, sobre o mérito da ação civil pública.

Tanto é assim que o STF, em suspensão de liminar, deferiu o pedido de contracautela para sustar qualquer decisão que obstasse o andamento da licitação impugnada pelos autores. É certo, assim, que, caso venha a ser conhecida a ação direta, o juízo sobre a validade do Decreto Estadual nº 47.422/2020 e, conseqüentemente, sobre o Edital de Concorrência internacional nº 01/2020, estará sujeito à decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado.

Diante disso, até que seja concluído o julgamento da Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000 pelo Órgão Especial do TJERJ, o presente processo deve, ao menos, ser suspenso.

4. MÉRITO:

4.1. Serviço Público de titularidade dos Municípios e da Região Metropolitana: inaplicabilidade da Lei estadual nº 2.831/1997

Caso se superem as preliminares e a questão prejudicial, o que se admite apenas por eventualidade, os pedidos devem ser julgados improcedentes. Inexiste qualquer ilegalidade no edital

de concessão impugnado. A razão é simples: **a Lei estadual nº 2.831/1997, em razão da autonomia federativa, não se aplica a serviços cuja titularidade não é do Estado do Rio de Janeiro.**

Nesse aspecto, *em primeiro lugar*, cabe observar que **o Estado não é titular do serviço público de saneamento básico, aprioristicamente falando.** O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1842/RJ, afirmou que o serviço de saneamento básico é, em princípio, de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, da CRFB), **admitindo-se, contudo, a sua transferência a uma Região Metropolitana que venha a ser instituída por lei complementar, na forma do artigo 25, § 3º, da Constituição da República.**

Esse é exatamente o caso dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Nos termos do art. 11, VII, da Lei Complementar nº 184/2018, que instituiu a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, os Municípios metropolitanos transferiram ao Conselho Diretor da Região Metropolitana (entidade interfederativa) a titularidade dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

Em segundo lugar, como consequência dessa transferência de titularidade afirmada pelo STF e operada pela Lei Complementar nº 184/2018, não é possível falar em incidência da Lei estadual nº 2.831/1997, que fixa prazo máximo de 25 anos para concessão de serviço público que não é de titularidade do Estado.

Veja-se que é a Lei federal nº 8.987/1995 que dispõe sobre **normas gerais** de concessão e permissão de serviços. Nesse aspecto, a Lei federal, em seu art. 2º, inciso III, apenas exige que os contratos de concessão possuam “*prazo determinado*”. É certo, assim, que os titulares dos serviços, se assim reputarem conveniente, podem editar leis para a predefinição de prazos máximos e mínimos de concessão. Foi justamente no exercício dessa competência que o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 2.831/1997. Essa previsão legal, contudo, **é restrita às concessões que tenham o Estado como Poder Concedente.**

Em realidade, a tese de suposta ilegalidade formulada pelos autores é, elasim, manifestamente inconstitucional. Isso porque atentatória à autonomia dos Municípios que aderiram ao regime de prestação pela Região Metropolitana e que são os titulares originais do serviço de saneamento.

Em terceiro lugar, além da autonomia federativa que bloqueia a incidência da Lei estadual nº 2.831/1997 para serviços de titularidade de outros entes federativos, a previsão de limitação de concessão por prazo de 25 anos também é inteiramente inaplicável às concessões de serviço de saneamento, em razão do critério de especialidade das normas. Afinal, a Lei Complementar nº 184/2018, em seu artigo 11, inciso VII, alínea “b”, na esteira da norma geral constante do art. 2º, III, da Lei federal nº 8.987/1995, indica que compete à Região Metropolitana, dispor sobre a sua delegação e modelagem, o que inclui a vigência do respectivo contrato de concessão.

Inexiste, portanto, ilegalidade. A Lei estadual que os autores afirmam ter sido desrespeitada não é aplicável à concessão de serviços de saneamento, já que, como afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, não se trata de serviço de titularidade do Estado. O Poder Legislativo estadual é incompetente para dispor sobre serviço que não é de sua titularidade.

Logo, uma lei estadual não pode ser invocada para reger um edital de concessão de serviço público cuja titularidade primária é dos municípios.

4.3. Planejamento e desenho do modelo de concessão: estudos técnicos para a modelagem da concessão

Os autores afirmam, ainda, que o edital de concessão seria nulo, uma vez que não teria se baseado em estudos técnicos para (i) precificar o valor do metro cúbico da água a ser fornecida pela CEDAE para as concessionárias; (ii) afastar os impactos negativos da concessão para municípios

que não aderiram ao modelo de concessão; e (iii) superar a competitividade da CEDAE que tem imunidade tributária.

De início, é necessário observar que os autores apresentaram alegações genéricas sobre o suposto impacto negativo do modelo de concessão, não tendo indicado sequer uma situação concreta de prejuízo produzido pelo Edital impugnado. Alegam, contudo, que os municípios ficariam em um “limbo jurídico”, já que não teriam a assistência para a prestação do serviço. Segundo apontam, portanto, esse seria o fundamento da nulidade do Edital.

Ocorre que, *em primeiro lugar*, é preciso colocar o tema em sua perspectiva correta. Todos os entes federativos, nos termos do art. 18 da Constituição, são autônomos. Isso significa que a adesão ou não ao modelo de concessão regionalizada foi uma decisão tomada por cada Município, dentro de sua esfera de autonomia federativa, com base em sua realidade social e econômica e, especialmente, considerando a existência de alternativa mais adequada/vantajosa para a prestação do serviço na localidade. Todos os Municípios do Estado puderam aderir ao modelo regionalizado de concessão e, **nos termos do item 36.6 do edital (index 142, fls. 144) ainda podem manifestar seu interesse de adesão, com a consequente extensão da área de concessão.**

Em segundo lugar, o modelo de concessão previsto no Edital nº 01/2020, afirmado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) como a “*maior concessão de saneamento do Brasil*”, com projeção para “*gerar 45 mil empregos e investimentos de R\$ 30 bilhões*”¹, contou com amplo estudo técnico e participação social para a licitação. Em realidade, o processo de modelagem para a concessão, iniciado em 2017, contou com (i) estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira, ambiental e jurídica; (ii) estudos específicos para cada Município; (iii) exame pelos órgãos de controle da modelagem de concessão; (iv) consultas públicas; e (v) audiências públicas realizadas pela CEDAE (em 25/06 e 06/07/2020) e pela Assembleia Legislativa do Estado – ALERJ (em 07/07/2020).

A modelagem da concessão impugnada pelos autores resultou, portanto, de um processo longo e participativo desenvolvido pelo Programa do BNDES para estruturação de projetos no setor de saneamento, com detalhamento dos benefícios e externalidades da concessão (documento anexo).

É preciso ter em conta que o Marco Legal do Saneamento Básico, atualizado pela Lei nº 14.026/2020, exige que as contratadas para a prestação do serviço de saneamento básico demonstrem capacidade econômico-financeira para assegurar a universalização dos serviços até 31 de janeiro de 2033². Conforme aponta o Ofício encaminhado pela Secretaria de Estado da Casa Civil, para assegurar a universalização do saneamento básico nos 35 municípios que aderiram à concessão serão necessários investimentos da ordem de R\$ 23,22 bilhões até 2033 (documento anexo).

¹ Disponível em “<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/bndes-egoverno-do-rio-de-janeiro-lancam-edital-para-concessao-de-saneamento-do-estado>”. Acesso em 11.08.2021.

² Art. 7º da Lei 14.026/2020, que, por sua vez, incluiu o artigo 11-B na Lei nº 11.445/07, in verbis: “ Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento”.

INVESTIMENTOS PARA A UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS ATÉ 2033						
Serviço	BLOCO I	BLOCO II	BLOCO III	BLOCO IV	TOTAL	
Água	R\$ 2.584.755,00	R\$ 649.157,00	R\$ 1.270.639,00	R\$ 4.153.551,00	R\$ 8.658.102,00	
Esgoto	R\$ 3.987.507,00	R\$ 1.423.748,00	R\$ 794.474,00	R\$ 8.356.483,00	R\$ 14.562.212,00	
Total	R\$ 6.572.262,00	R\$ 2.072.905,00	R\$ 2.065.113,00	R\$ 12.510.034,00	R\$ 23.220.314,00	

Esse volume de recursos é imensamente superior à capacidade de receita dos municípios participantes, que, hoje, se beneficiam de um modelo de subsídio cruzado, que depende quase integralmente do Município do Rio de Janeiro (responsável por 77% da receita bruta da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro - CEDAE).

Na verdade, o volume de investimentos supera até mesmo a capacidade financeira da CEDAE (considerados não apenas os recursos próprios, como a sua própria capacidade de endividamento). O raio-x do quadro sanitário do Estado, aliado ao investimento médio anual da CEDAE nos últimos 10 anos, que foi de R\$ 185 milhões, demonstram a inviabilidade de o modelo atual de prestação do serviço alcanças metas legais de universalização do saneamento.

Nesse aspecto, segundo cálculos do BNDES, seguindo o modelo atual, seriam necessários, **140 anos** para se atingir a média de universalização (documentos anexos).



Painel do Saneamento Brasil – Instituto Trata Brasil.

REGIÃO METROPOLITANA

<p>1.110.460 População sem acesso à água (pessoas) 2022 / 2023</p> <p>8,8% Parcela da população sem acesso à água (% da população) 2022 / 2023</p>	<p>4.179.042 População sem coleta de esgoto (pessoas) 2022 / 2023</p> <p>33,2% Parcela da população sem coleta de esgoto (% da população) 2022 / 2023</p>	<p>- Esgoto não tratado (mil m³) 2022 / 2023</p> <p>33,5% Índice de esgoto tratado referido à água consumida (%) 2022 / 2023</p>
<p>1.223 Internações totais por doenças de veiculação hídrica (Número de internações) DATASUS / 2023</p> <p>32 Óbitos por doenças de veiculação hídrica (Número de óbitos) DATASUS / 2023</p>	<p>3.117,84 Renda das pessoas com saneamento (R\$ por mês) IBGE / 2023</p> <p>1.366,69 Renda das pessoas sem saneamento (R\$ por mês) IBGE / 2023</p>	<p>10,48 Escolaridade das pessoas com saneamento (Anos de educação formal) IBGE / 2023</p> <p>8,51 Escolaridade das pessoas sem saneamento (Anos de educação formal) IBGE / 2023</p>

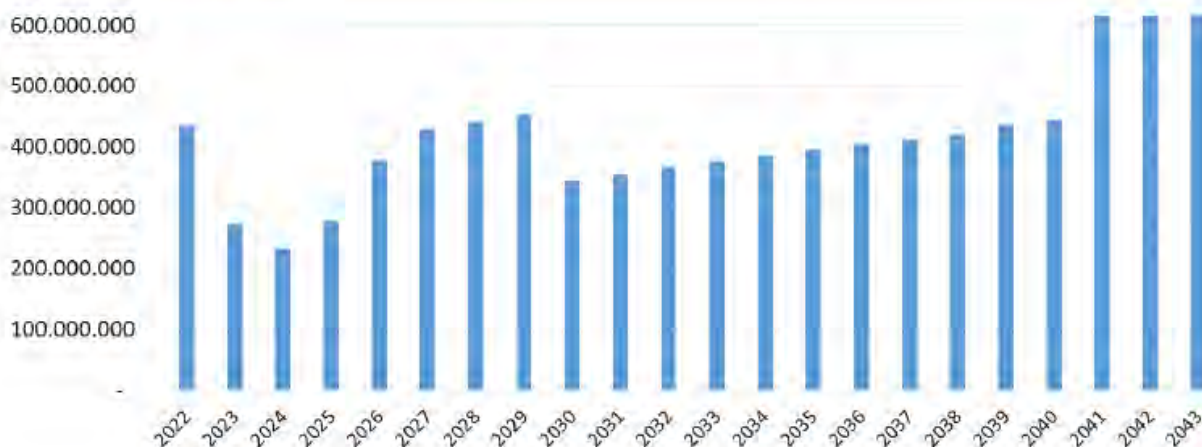
Painel do Saneamento Brasil– Instituto Trata Brasil.

Diante desse quadro, após amplo estudo e debate, desenhou-se a concessão do serviço por modelo de bloco de concessões regionalizadas, com abrangência nos Municípios atendidos pela CEDAE.

Conforme estudos do BNDES, esse modelo apresenta maior competitividade, possibilidade de implantação faseada, manutenção da CEDAE com adequada capacidade econômico-financeira, bem como a divisão de responsabilidades. E mais: a modelagem escolhida cria maior incentivo à atração de investimentos privados indispensáveis ao atingimento das metas de universalização nos prazos legais, sem descuidar da necessidade de (i) garantir-se a modicidade das tarifas e a (ii) criação de estruturas de fiscalização voltadas a verificar o adequado cumprimento das metas contratuais, assim como o estabelecimento de indicadores de metas bem definidos.

A CEDAE, por sua vez, não deixará de existir; apenas passará a concentrar esforços na captação e tratamento, transformando-se em uma sociedade de gestão de recursos hídricos, com receita estimada em mais de R\$ 2,3 bilhão e fluxo de caixa positivo. Esse foco na atuação da CEDAE garantirá melhora na qualidade da água.

A CEDAE Produção



Sem prejuízo disso, é importante acrescentar que a concessão trará ainda benefícios sociais, ambientais e econômicos para o Estado. De fato, a concessão de saneamento é considerada o maior projeto ambiental do país, com mais de R\$ 9 bilhões em programas específicos para a despoluição e

melhoria de áreas desassistidas, que podem ser assim sintetizados:

- FAVELAS: Mínimo de R\$ 1,86 bi a ser investido na ampliação do sistema de abastecimento de água e de esgotamento sanitário nas favelas não urbanizadas, com obrigatoriedade da continuidade da prestação do serviço - Favelas urbanizadas estão inseridas nas metas gerais de universalização;
- COMPLEXO LAGUNAR: R\$ 250 milhões Na despolição do Complexo Lagunar da Barra da Tijuca e Jacarepaguá;
- BAÍA DE GUANABARA: Investimentos de R\$ 2,6 bilhões, nos 5 primeiros anos, destinados a atacar as causas da poluição da baía, dos seus corpos afluentes e melhorar a balneabilidade das praias e lagoas. Serão menos 18,4 mil litros de esgoto não tratado por segundo;
- RIO GUANDU: Investimentos de R\$ 2,9 bi, nos 5 primeiros anos, para reduzir a poluição na bacia do rio Guandu, que abastece a maior parte da Região Metropolitana; e
- PROGRAMA DE SANEAMENTO AMBIENTAL (PSAM): R\$ 1,4 bilhão em Duque de Caxias, Nova Iguaçu e São Gonçalo.

Ademais, serão gerados 26 mil novos empregos diretos e indiretos nos 35 municípios para garantir o cumprimento das metas do Plano Nacional de Saneamento Básico. A concessão traz benefícios financeiros aos Municípios e ao Estado com outorgas (fixas e variáveis), assim como à AGENERSA, com o recebimento de taxas de fiscalização em torno de R\$ 2,16 bilhões. Em síntese, projetam-se impactos de mais de R\$ 1 trilhão na economia durante os próximos 35 anos:

Estrutura	R\$ bilhões
Massa salarial direta e indireta 18,7 mil empregos atuais na cadeia mais a geração de 26 mil para a realização de obras e outras atividades de apoio	R\$ 443,18
Receita bruta Concessionárias	R\$ 336,72
Opex	R\$ 69,54
Produtividade e sistema de saúde	R\$ 50,90
Capex	R\$ 30,00
Imobiliário	R\$ 12,40
Outorga fixa (mínima)	R\$ 10,60
Outorgas variáveis (mínima)	R\$ 13,90
Turismo	R\$ 2,70
Impostos	R\$ 3,20
Subtotal	R\$ 973,14
Novas companhia de saneamento	R\$ 38,50
Total	R\$ 1.011,64

É certo, assim, que, a despeito da demonstrada importância sanitária, econômica, social e ambiental subjacente à concessão pretendida pela Região Metropolitana e pelos Municípios aderentes, os autores apresentam alegações genéricas de nulidade, para impugnar um projeto de concessão desenvolvido no âmbito do BNDES, sob a supervisão do Estado do Rio de Janeiro, da

Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro e dos Municípios aderentes, sob o contínuo escrutínio de diversos órgãos estatais (TCE, MPF, MP-RJ, DPGE-RJ, AGENERSA, Rio-Águas e CEDAE) e da população, mediante consultas públicas.

Como se nota, contudo, inexistem nulidades no edital, ou no modelo de concessão, mas apenas a resistência política dos autores para a consecução do maior projeto de infraestrutura de saneamento básico do país.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Estado requer:

- a) a extinção do processo sem resolução de mérito, em razão da ilegitimidade ativa dos autores, assim como da ilegitimidade passiva do Estado do Rio de Janeiro e da ausência de interesse processual;
- b) sucessivamente, que **seja suspenso o julgamento da presente Ação Civil Pública**, até que concluído, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000;
- c) caso superadas as questões preliminares, que seja julgado **IMPROCEDENTE O PEDIDO** inicial.

Pugna pela produção de todos os meios de prov a em direito admitidos, especialmente o documental e o pericial.

Finalmente, o Réu indica o endereço da Procuradoria Geral do Estado na Rua do Carmo, nº 27, devendo todas as intimações referentes ao presente feito serem feitas em nome da **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, em cumprimento ao disposto nos arts. 106, I, e 272, § 2º, do CPC/2015.

Rio de Janeiro, 26 de outubro de 2021

CIRO GRYNBERG

PROCURADOR DO ESTADO

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no exercício da competência prevista no artigo 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, vem apresentar

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

(com pedido de medida cautelar)

em face do Decreto Legislativo nº 16, de 29 de abril de 2021, (documento anexo), pelos seguintes fundamentos.

1. Ato normativo impugnado

O Decreto Legislativo nº 16/2021, derivado do PDL nº 57/2021, de autoria do Exmo. Sr. Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, sustou os efeitos do Decreto Executivo nº 47.422/2020, que determinara a abertura de procedimento licitatório para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Confira-se o ato normativo impugnado:

Art. 1º - Ficam suspensos os efeitos do Decreto nº 47.422, de 23 de dezembro de 2020, publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro de 28 de dezembro de 2020, que “DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO E DOS SERVIÇOS COMPLEMENTARES DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.”

Art. 2º - A edição de novo decreto com o mesmo intuito fica condicionado à prorrogação do Regime de Recuperação Fiscal.

Art. 3º - Este Decreto Legislativo entrará em vigor na data de sua publicação.

O ato impugnado, portanto, sustou o Decreto do Poder Executivo, impedindo a realização do procedimento licitatório já iniciado (edital anexo), exatamente um dia antes da data marcada para abertura das propostas, interferindo em competências exclusivas do Poder Executivo e, sobretudo, colocando em risco a própria universalização do fornecimento de água e a melhoria da coleta e do tratamento de esgoto no Estado. O ato impugnado, portanto, além dos vícios formais de inconstitucionalidade, viola o direito à saúde de milhares de pessoas que ainda não contam com serviço de saneamento básico. **O Estado do Rio de Janeiro tem quatro das 10 cidades com os piores serviços de saneamento do país.**

Diante disso, o Decreto Legislativo é inconstitucional, em razão de:

- (i) vício de iniciativa, tendo em vista a usurpação de competência exclusiva da Chefia do Poder Executivo para exercer a direção superior da Administração estadual e para dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração (CRFB/1988, art. 84, II e VI, *a*; CERJ, art. 145, II e VI, *a*);
- (ii) afronta ao princípio da separação de poderes (art. 7º da CERJ), já que a edição de ato legislativo para sustar abertura de procedimento licitatório e o planejamento para a concessão de serviço público viola a independência do Poder Executivo;
- (iii) usurpação de competência dos Municípios para dispor sobre a concessão de serviços de saneamento e abastecimento de água, nos termos da decisão da ADI nº 1.842/RJ, em que o STF afirmou que o serviço de saneamento básico é de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (CERJ, art. 72 *caput*, art. 343, art. 358, I e V; CRFB/1988, art. 30, I e V);
- (iv) usurpação de competência do Tribunal de Contas do Estado para o controle externo de atos administrativos do Poder Executivo (CERJ, art. 123, IX; CRFB/1988, art. 71, X);
- (v) o Decreto Legislativo ser espécie normativa com objeto restrito, não se admitindo a sua edição para dispor sobre matéria de competência exclusiva do Poder Executivo (CERJ, art. 99, VII; CRFB/1988, art. 49, V);
- (vi) violação ao devido procedimento para a elaboração de normas, diante da ausência de correlação entre o objeto do Decreto Legislativo e a finalidade que motivou a edição do ato normativo (CERJ, art. 9º; CRFB/1988, art. 5º, LIV); e
- (vii) violação ao direito à saúde, uma vez que frustração da concessão do serviço público impede a universalização do saneamento básico no Estado (CERJ, art. 8º, parágrafo único; CRFB/1988, art. 5º *caput* e art. 196).

2. Nota prévia sobre o Decreto legislativo impugnado

O Decreto Legislativo nº 16/2021 foi editado para sustar o Decreto Executivo nº 47.422/2020, editado pelo Chefe do Poder Executivo para dispor sobre a concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro.

É certo que a Constituição do Estado – que reproduz, nesta parte, a Constituição da República –, autoriza a sustação de “*atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*” (art. 99, VII, da CERJ). Trata-se, evidentemente, de solução constitucional excepcional, destinada a restabelecer a eficácia do princípio da separação de poderes, nos casos de exorbitância do Poder Executivo no desempenho de sua competência regulamentar.

O ato impugnado, no entanto, não diz respeito a qualquer exorbitância de poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo. Na verdade, **o ato impugnado nesta ação direta teve o declarado propósito de servir como instrumento de pressão contra a União para obrigá-la a renovar o Regime de Recuperação Fiscal a que está submetido o Estado do Rio de Janeiro.**

Infere-se da exposição de motivos (documento anexo – Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021) o desvio de finalidade na utilização da espécie legislativa. Isso porque, a pretexto de pressionar a União, foi suspenso um Decreto do Chefe do Executivo editado com base no regular exercício de suas competências constitucionais. E, pior, com gravíssimo dano para a população Fluminense.

Recorde-se que o Decreto estadual nº 47.422/2020 foi editado com base em delegação de competência da Região Metropolitana, titular do serviço público de saneamento básico e contou com a seguinte redação:

“DECRETO Nº 47.422 DE 23 DE DEZEMBRO DE 2020

DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO E DOS SERVIÇOS COMPLEMENTARES DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em exercício, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, **considerando o disposto nos instrumentos de gestão associada interfederativa celebrados com titulares dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitários**, nos termos do art. 241, da Constituição e em atendimento ao art. 5º da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conforme Processo Administrativo nº SEI-120207/000707/2020.

CONSIDERANDO:

- ser de competência comum dos entes públicos integrantes das três esferas federativas, nos termos do art. 23, inc. IX, da Constituição, implementar políticas públicas e programas que assegurem, de forma eficiente e economicamente sustentável, melhorias nas condições de saneamento básico;
- que a universalização dos serviços públicos de saneamento básico, dentre os quais se destacam os serviços de esgotamento e fornecimento de água tratada, é um vetor fundamental para garantir, entre outros aspectos essenciais da dignidade humana, o direito à saúde e à proteção ao meio ambiente;
- a necessidade de compartilhamento interfederativo de responsabilidades para que se viabilize a ampliação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário adequado, em atendimento aos prazos legalmente estabelecidos, assim como a necessidade de proteção ao meio ambiente;
- que a Lei federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e, dentre os princípios fundamentais elenca a prestação regionalizada dos serviços com o objetivo de gerar ganhos de escala e propiciar a universalização e a viabilidade técnica e econômico-financeira do saneamento básico, admitindo a cooperação federativa para o exercício de funções públicas, tais quais a prestação, organização, fiscalização e regulação;
- **que o Estado do Rio de Janeiro, por meio de delegação dos titulares dos serviços, assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário;**
- **que, não obstante o papel desempenhado pelo Estado do Rio de Janeiro, os titulares dos serviços remanesçam responsáveis pelo planejamento, fiscalização e acompanhamento dos resultados das concessões contratadas.**

DECRETA:

Art. 1º - Fica autorizada a abertura de procedimento licitatório sob a modalidade de concorrência internacional, a ser julgada pelo critério de maior oferta, com o fim de selecionar a proposta mais vantajosa para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário cujos titulares constituíram gestão associada com o Estado do Rio de Janeiro.

Art. 2º - A área objeto da licitação consiste na área urbana das sedes municipais e respectivos distritos urbanos integrantes de cada um dos Municípios inseridos nas quatro concessões a serem licitadas pelo Estado do Rio de Janeiro. Parágrafo Único - A área urbana a ser considerada é aquela delimitada nos Planos Diretores de cada município e, na ausência deste plano, no definido pela legislação municipal ou, por último, pelo IBGE.

Art. 3º - O prazo da concessão dos serviços objeto do presente Decreto será de até 35 (trinta e cinco) anos somados ao período inicial de operação assistida do sistema, em conformidade com as normas e os termos do Edital de licitação e seus anexos.

Art. 4º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação” (destacamos).

Como se vê dos *considerandos* do ato, trata-se de decreto publicado com base em “*delegação dos titulares dos serviços*”, sendo que o Estado “*assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário*” (grifos acrescentados). Em outras palavras, o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço público de saneamento básico, que, conforme já decidido pelo e. STF no julgamento da ADI 1842/RJ, é titularizado pelos Municípios, que, se assim optarem, podem transferir a respectiva titularidade para a Região Metropolitana, tal como se deu neste Estado, com a edição da Lei Complementar nº 184/2018.

Esse fato, inclusive, foi reforçado pelo Presidente do STF, Min. Luiz Fux, na decisão liminar recentemente concedida nos autos da Suspensão de Liminar nº 1446/RJ, ajuizada pelo Estado contra a medida cautelar deferida monocraticamente pelo Desembargador Adolpho Mello nos autos da RI nº 0001674-76.2021.8.19.0000, que, assim como o Decreto Legislativo, buscava sustar os efeitos do Decreto nº 47.422/2020. Confira-se:

“A leitura do referido precedente demonstra que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, interpretando os artigos 23, IX, e 25, §3º, da Constituição, assentou entendimento no sentido de que a integração de município a região metropolitana criada por lei estadual, conquanto compulsória, não esvazia a autonomia municipal. Assim, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico segue sendo dos municípios integrantes, a despeito da execução de referidos serviços se dar de modo conjunto no âmbito da unidade interfederativa. Por esses fundamentos, entendeu o Plenário desta Corte ser inconstitucional dispositivo de lei estadual que submetia o poder concedente relacionado a estes serviços exclusivamente à decisão da autoridade Estadual, pois reconhecia-se pertencer ao “colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado” o poder concedente e a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico” (DOC. 04).

De outro lado, a concessão do serviço público de saneamento, referida pelo Decreto sustado pelo ato impugnado, é decorrência da necessidade de cumprimento da meta de universalização do saneamento trazida pelo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020), que impõe o seu atingimento até 31 de janeiro de 2033 (art. 7).

O ato impugnado nesta ação direta, portanto, viola a independência do Poder Executivo e a competência dos municípios para a condução da política de saneamento básico de interesse local, mas, sobretudo, coloca em risco o direito à saúde e à garantia das gerações futuras ao meio ambiente equilibrado.

Assim sendo, ainda que o objeto do Decreto Legislativo – o Decreto Executivo nº 47.422/2020 – seja um ato de efeitos concretos, como já afirmado na RI nº 0001674-76.2021.8.19.0000, isso não altera a natureza do ato do legislativo e a violação direta à Constituição do Estado do Rio de Janeiro. A razão é simples. Os Decretos Legislativos têm fundamento direto na Constituição para, em tese, preservar a ordem legal, coibindo excesso regulamentar. Trata-se, assim, de espécie normativa com inerente generalidade e abstração.

De qualquer modo, ainda que se afirme que os efeitos concretos do Decreto Executivo nº 47.422/2020 condicionem a natureza do Decreto Legislativo impugnado, não há razão para recusar o controle abstrato de constitucionalidade. Afinal, a jurisprudência do STF afirma a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de leis de efeito concreto, uma vez que “*essa nova orientação é mais adequada porque, ao permitir o controle da legitimidade no âmbito da legislação ordinária garante a efetiva concretização da ordem constitucional*” (ADI 3949, Relator Ministro Gilmar Mendes). Em igual sentido, o Órgão Especial, em acórdão recente na RI 0069731-54.2018.8.19.0000, que impugnava dispositivo legal que impedia a alienação da CEDAE, rejeitou a preliminar suscitada pela ALERJ de impossibilidade de controle de ato normativo de efeitos concretos:

Impugnação do artigo 22 da Lei Complementar Estadual nº 182/2018 o qual revoga o artigo 1º da Lei nº 7529 / 2017. Demanda com características distintas da ajuizada perante o STF (A D I nº 5683) na qual questiona a constitucionalidade da última norma, refletindo diretamente no rumo da desestatização da CEDAE. **A Suprema Corte vem admitindo -em guinada de posição- o controle de constitucionalidade de diploma de efeitos concretos ignorando o mérito da natureza normativa do ato em prol do enfoque no seu conteúdo e no processo legislativo do qual derivou(ADI - MC 4048 e ADI 5472 / GO).** Representação apontando a via oblíqua utilizada, buscando invalidar a autorização preteritamente outorgada pelos deputados fluminenses, através de Lei, para a alienação de ações de Sociedade de Economia Mista Completa ausência de conexão lógica (falta de pertinência temática) da emenda (artigo 22 da Lei nº 182/2018) com o projeto original o qual versa questão relativa ao ICMS, em explícito desvio da finalidade real da norma causando impacto direto e significativo na Administração Pública com revérberos no Tesouro Estadual e em todos os setores da sociedade local. Flagrante tentativa de usurpação da competência reservada ao Chefe do Poder Executivo. Violação do Princípio da Separação de Poderes, acarretando vultosos gastos públicos sem previsão de receita. Patentada a inconstitucionalidade formal estrita e a formal orgânica, viciando o artigo 22 da Lei nº 182/ 2018. Referência aos artigos 7, 70, 112 parágrafo II d, 135,145 II, III e VI e 242 da Constituição do Rio de Janeiro.

(RI 0069731-54.2018.8.19.0000, TJRJ, Órgão Especial, Relator Desembargador José Roberto Lagranha Tavora, j. em 09.11.2020).

Dessa forma, diante das violações diretas à Constituição do Estado do Rio de Janeiro, assim como da autonomia do Decreto Legislativo impugnado, impõe-se o conhecimento desta ação direta para a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 16/2021.

3. Inconstitucionalidade do Decreto Legislativo

3.1. Usurpação de competência do poder executivo para exercer a direção superior da Administração estadual e para dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração: vício de iniciativa e violação à separação de poderes - CERJ, arts. 7º, 145, II e VI, a; e CRFB/1988, arts. 2º, 84, II e VI, a;

Como exposto, o Decreto Legislativo impugnado sustou o Decreto executivo nº 47.422/2020, que dispõe sobre a concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário dos Municípios do Estado. Ocorre que a Constituição, no art. 84, incisos II e VI, *a*, reproduzidos no art. 145, incisos II e VI, *a*, da CERJ, reserva ao Chefe do Poder Executivo a competência para “*exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual*” e para dispor, mediante decreto, sobre “*organização e funcionamento da administração estadual*”.

Diante disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma a inconstitucionalidade de atos legislativos que mitigam o poder de direção superior do Chefe do Poder Executivo e que interferem na organização e funcionamento da Administração. Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Representação por inconstitucionalidade. Lei nº 4.295/2004 do Estado do Rio de Janeiro, a qual autoriza os diretores de escolas públicas estaduais a ceder espaço para a realização de encontro de casais, jovens e adolescentes de todos os grupos religiosos e dá outras providências. Lei que versa a respeito das atribuições, organização e funcionamento das instituições de ensino públicas estaduais. Competência do chefe do Poder Executivo. Iniciativa parlamentar. Inconstitucionalidade formal. Precedentes. 1. É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que padece de inconstitucionalidade formal a lei resultante de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições, organização e funcionamento de órgãos públicos, haja vista que essa matéria é afeta ao chefe do Poder Executivo. 2. Agravo regimental não provido.

(ARE 1075428 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, j. em 07.05.2018).

No caso, o Decreto Legislativo, ao sustar o Decreto executivo nº 47.422/2020, busca impedir a realização da licitação para concessão do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário, cujos Municípios constituíram gestão associada com o Estado do Rio de Janeiro para a referida outorga. O ato, portanto, além de mitigar a competência para direção da Administração, afeta a organização e o funcionamento do Poder Executivo. Afinal, ao interferir no processo de concessão, o Legislativo desestrutura a organização administrativa e o planejamento realizado para a consecução dos serviços públicos de saneamento.

A questão controvertida que se apresenta, portanto, é *saber se o Poder Legislativo pode editar Decreto Legislativo para sustar os efeitos de um ato de competência reservada ao Chefe do Executivo*. A resposta é negativa. Isso porque, se a Constituição reserva ao Chefe de outro Poder a competência para o ato, não se admite que o Poder Legislativo delibere sobre a sua sustação ou revogação.

Em termos práticos, por meio do Decreto executivo nº 47.422/2020, o Poder Executivo autorizou a abertura de uma licitação, em cumprimento às suas obrigações constitucionais para prestação de serviço público e nos estritos termos de delegação recebida dos Municípios. A definição da abertura de uma licitação, do seu respectivo objeto, assim como das condições concretas para a delegação do serviço público são funções tipicamente administrativas. O Poder Legislativo não pode suplantiar a discricionariedade técnica da Administração para, em seu lugar, determinar objeto que lhe afigura mais conveniente, nem determinar as datas para a realização da concorrência, ou a forma como a delegação do serviço será realizada.

Não é demais lembrar que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro previa, no inciso XX do art. 99, a atribuição da Assembleia Legislativa para “*apreciar e aprovar convênios, acordos, convenções coletivas ou contratos celebrados pelo Poder Executivo com os Governos Federal, Estadual ou Municipal, entidades de direito público ou privado, ou particulares, de que resultem para o Estado quaisquer encargos não estabelecidos na lei orçamentária*”. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, por ocasião do julgamento da ADI 676, Relator Ministro Carlos Velloso, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que “*ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos poderes*”.

A exigência de autorização prévia para contratar, assim como a sustação de procedimento licitatório para concessão de serviço público fere o princípio da independência dos Poderes, “*extravasando das pautas de controle externo constante da Carta Federal e de observância pelos Estados*” (ADI 676, Relator Ministro Carlos Velloso, j. em 01.07.1996). É fora de dúvida, portanto, a violação ao **princípio da separação de poderes** (art. 7º da CERJ), uma vez que o Decreto Legislativo invadiu uma função típica do Poder Executivo.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal afirmam a inconstitucionalidade de leis originadas no Poder Legislativo que disponham sobre a execução de serviços públicos e sobre contratos de concessão de serviços públicos:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 5.127/2015. MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA. OBRIGATORIEDADE DE INSTALAÇÃO DE AR CONDICIONADO NOS VEÍCULOS DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL. PROCESSO LEGISLATIVO. INICIATIVA PRIVATIVA. PODER EXECUTIVO. SERVIÇOS PÚBLICOS. 1. **O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que compete ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que interfiram na gestão de contratos de concessão de serviços públicos.** 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (grifos acrescentados).

(ARE 1075713 AgR, Relator Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. em 29.06.2018)

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR. **Lei estadual nº 8.368, de 02 de abril de 2019, que cria a “Linha social de transporte hidroviário urbano de passageiros, ligando a Praça XV e a Baía de Sepetiba”.** Presente o fumus boni iuris na medida em que, em juízo de cognição sumária, referida lei, de iniciativa do Poder Legislativo, padeceria de vício de inconstitucionalidade, dado que a Constituição estadual, no art. 112, § 1º, II, “d”, reserva à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo projetos de lei que disponham sobre a “criação e extinção de Secretarias de Estado e órgãos da administração pública”. **Risco de interferência no funcionamento do serviço público, na medida em que a norma, de iniciativa da Assembleia Legislativa, impõe ao Poder Executivo definir os pontos de parada intermediários necessários a atender e otimizar a demanda, mediante criação de diversas unidades administrativas, capacitação de profissionais e organização de serviços, bem como a sua respectiva fiscalização,** certo que a norma impugnada está apta a produzir efeitos desde a sua publicação.

Urgência da suspensão da eficácia da lei (RI/TJRJ, art. 105, § 2º). Deferimento da liminar. (grifos acrescentados)

(RI 0073462-87.2020.8.19.0000, Relator Desembargador Jesse Torres PEREIRA JÚNIOR, j. em 30.11.2020).

Diante disso, em razão da usurpação de competência do Poder Executivo para direção superior da Administração e para a sua organização e funcionamento, o Decreto Legislativo nº 16/2021 é inconstitucional por violação aos arts. 7º e 145, II e VI, *a* da Constituição do Estado.

3.2. usurpação de competência dos Municípios para dispor sobre a concessão de serviços de saneamento e abastecimento de água: ADI nº 1.842/RJ - CERJ, art. 72 *caput*, art. 343, art. 358, I e V; CRFB/1988, art. 30, I e V

O ato impugnado também é inconstitucional, em razão de vício orgânico de constitucionalidade. Como se verifica do teor do Decreto Executivo nº 47.422/2020 que o Decreto Legislativo sustou, o Poder Executivo estadual determinou a abertura de licitação para concessão de serviço de saneamento na condição de mero representante dos titulares dos serviços de abastecimento e esgotamento sanitário nas áreas de concessão. Como se extrai do preâmbulo do Decreto executivo, o Poder Executivo atua por delegação:

- que **o Estado do Rio de Janeiro, por meio de delegação dos titulares dos serviços**, assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário;

- que, **não obstante o papel desempenhado pelo Estado do Rio de Janeiro, os titulares dos serviços remanescerão responsáveis pelo planejamento, fiscalização e acompanhamento dos resultados das concessões contratadas;**

Recorde-se que Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1842/RJ, afirmou que o serviço de saneamento básico é, em princípio, de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, da CRFB). O STF, contudo, admitiu a transferência do serviço a uma Região Metropolitana que venha a ser instituída por lei complementar, na forma do artigo 25, § 3º, da Constituição da República. Nesse sentido:

O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. (...) 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 (...).** (...) **Reconhecimento do poder concedente e da**

titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado (grifos acrescentados)

(ADI 1842/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Red. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. em 06.03.2013).

Esse é exatamente o caso dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Nos termos do art. 11, VII, da Lei Complementar nº 184/2018, que instituiu a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, os Municípios metropolitanos transferiram ao Conselho Diretor da Região Metropolitana (entidade interfederativa) a titularidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Como consequência dessa titularidade primária dos municípios para o serviço, assim como do papel de mero mandatário exercido pelo Poder Executivo estadual dentro da Região Metropolitana (entidade interfederativa), **a edição de ato normativo pelo Poder Legislativo do Estado sobre serviço que não é de sua titularidade usurpa a competência dos municípios para o exercício de suas competências político-administrativas e legislativas.** Em outras palavras, o Poder Legislativo do Estado não pode dispor sobre matéria relacionada a um serviço que é de titularidade primária dos municípios. Nesse sentido:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei do estado de Mato Grosso do Sul que dispõe sobre a proibição de interrupção, por parte das empresas concessionárias, do fornecimento de serviços públicos essenciais à população, em decorrência da falta de pagamento. **3. Inconstitucionalidade formal, por afronta à competência dos municípios – descrita no art. 30, incisos I e V – e da União – prevista nos arts. 21, XII, “b”; 22, IV; e 175, caput e parágrafo único, incisos I, II e III, todos da Constituição Federal.** 4. **O Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre poder concedente federal ou municipal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos,** sob regime federal ou municipal, mediante a edição de leis estaduais. Precedentes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (grifos acrescentados)

(ADI 3866, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. em 30.08.2019)

O Decreto Legislativo nº 16/2021, portanto, ao dispor sobre a concessão de serviços públicos de titularidade municipal, contém vício de inconstitucionalidade formal, por afronta às competências político-administrativa e legislativa municipais para dispor sobre os serviços de saneamento de interesse das localidades, preservadas pelos arts. 343 e 358, I e V da Constituição do Estado.

3.3 usurpação de competência do Tribunal de Contas do Estado para o controle externo de atos administrativos do Poder Executivo (CERJ, art. 123, IX; CRFB/1988, art. 71, X;)

Nos termos do artigo 123, IX, da Constituição estadual, compete ao Tribunal de Contas exercer o controle externo dos atos administrativos do Poder Executivo, inclusive aqueles destinados a contratações públicas:

Art. 123. O controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

(...)

IX - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Assembléia Legislativa.

Trata-se de competência privativa do Tribunal de Contas, que não pode ser substituído pela Assembleia Legislativa, para a qual não deve qualquer subordinação diante de seu caráter autônomo. Nesse ponto apresenta-se oportuno reproduzir precisa lição da professora Odete Medauar:

“Parece-nos que a expressão ‘com o auxílio do Tribunal de Contas’, contida no art. 71 da Constituição federal, tem gerado certa confusão no tocante aos vínculos entre esse órgão e o Legislativo, para considerá-lo subordinado hierarquicamente a tal Poder, dada sua condição de auxiliar. Muito comum é a menção do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, o que acarreta a idéia de subordinação. Confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. A Constituição federal em artigo algum utiliza a expressão ‘órgão auxiliar’; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização. **Tendo em vista que a própria Constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo.** Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, **sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três Poderes**” (grifos acrescentados)

(MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. Revista de Informação Legislativa. n. 108. Brasília, out.-dez. 1990).

Nesse passo, no exercício da competência que lhe é própria, o Tribunal de Contas do Estado afirmou categoricamente a regularidade do edital de licitação aqui em discussão e, mesmo, do próprio Decreto nº 47.422/2020 (Processo TCE-RJ 100.167-5/21 – documento anexo).

Na oportunidade, enfatizou que:

“(...) cabe rememorar que se considera Poder Concedente a Região Metropolitana do Rio de Janeiro (Estado e municípios integrantes, nos termos da Lei Complementar que a institui) e cada um dos demais Municípios que não integram a região.

Assim sendo, no âmbito do projeto de desestatização atua o Estado do Rio de Janeiro na condição de mandatário dos entes municipais, na organização e promoção da Concorrência. No que se refere aos Municípios que integram a Região Metropolitana, a referida delegação foi aprovada pelo Conselho Deliberativo da Região, conforme se afere da Ata da Reunião do órgão colegiado realizada em 17.12.2020. Já quanto aos demais entes municipais não metropolitanos que participam da licitação, o mandato conferido ao Estado se deu por meio de contrato de gerenciamento e convênio de cooperação, em

conformidade com o que dispõe o art. 241, CRFB/88 e a Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei 14.026/2020.

(...)

Com efeito, se por um lado não há dúvidas quanto à não aplicação ao caso concreto da Lei estadual nº 2.831/97 – remetendo-se, por força da Lei federal nº 8.987/95, a definição do prazo da concessão à disciplina do Edital e do contrato – dada a relevância do projeto para a sociedade fluminense, deve o Jurisdicionado se cercar das cautelas para obstar alegações que possam ensejar entraves na continuidade do procedimento.

Ainda que relevante e legítima a preocupação da Unidade Técnica, fato é que a opção da Administração se deu em conformidade com regra vigente no ordenamento jurídico, presumidamente constitucional, inclusive diante da ausência de concessão de liminar em ADI, o que reforça as justificativas para a atuação administrativa, de maneira que julgo a Representação improcedente neste ponto e acolho a determinação sugerida pelo Corpo Técnico (...).”

(Relator MARCELO VERDINI MAIA – Acórdão do PLENÁRIO proferido na Sessão do dia 24/03/2021).

Assim sendo, fica patente que a sustação promovida pelo Decreto legislativo nº 16/2021 usurpou competência do Tribunal de Contas para a sustação de atos administrativos relativos a contratações públicas, o que denota a sua inconstitucionalidade formal.

3.4 Inadequação da espécie legislativa: inexistência de conteúdo regulamentar para controle por decreto legislativo (art. art. 99, VII, da CERJ)

O ato impugnado também viola as disposições constitucionais sobre o processo legislativo, uma vez que o seu objeto – o Decreto Estadual nº 47.422/2020 – não possui conteúdo regulamentar que autorize o controle por Decreto Legislativo. Nos termos do art. 49, V, da Constituição, reproduzido pelo art. 99, VII, da CERJ, os Decretos Legislativos têm o seu objeto constitucionalmente delimitado, pois voltados apenas a “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*”.

Conforme registra Hely Lopes Meirelles, consubstanciando-se em competência excepcional, derogatória da separação de poderes, “*esse controle deve limitar-se ao que prevê a Constituição Federal, para evitar a interferência inconstitucional de um Poder sobre outro*”. A edição de decretos legislativos é, nessa linha, uma competência estritamente vinculada aos limites expressos pela Constituição.

Em decorrência disso, essa espécie legislativa só é adequada quando se está diante de decretos regulamentares que, editados pelo Poder Executivo com base no art. 84, **IV**, da CRFB/1988 ou art. 145, **IV** da CERJ, venham a exorbitar os limites estabelecidos na lei que lhe dá fundamento.

O Decreto nº 47.422/2020, entretanto, não reflete exercício de poder regulamentar do Poder Executivo. Como exposto em tópico anterior, trata-se de ato inserido na competência exclusiva do Poder Executivo para direção superior da Administração e para a sua organização e funcionamento, o que é matéria sujeita à reserva de Administração (art. 145, II e VI, *a*, da CERJ).

Como foi editado com base em delegação da Região Metropolitana e, justamente por isso, se limitou a dar publicidade a uma decisão tomada por aquela entidade sobre a abertura de procedimento

licitatório para a concessão de serviço público, o Decreto nº 47.422/2020 trata de típico ato de gestão, que externaliza o exercício de competência própria e específica do Poder Executivo.

O Decreto nº 47.422/2020 não constitui, portanto, regulamento típico, voltado a regulamentar Lei. Não há, assim, em suas disposições qualquer extrapolação do poder regulamentar que pudesse autorizar eventual atividade de controle de legalidade por parte da Assembleia Legislativa.

Extraí-se disso que o ato impugnado viola as disposições constitucionais que disciplinam a edição dos decretos legislativos, notadamente porque (i) pretende sustar o Decreto nº 47.422/2020 por razões de conveniência e oportunidade; e (ii) o Decreto nº 47.422/2020 é ato de efeitos concretos, editado com base em delegação de entidade interfederativa, não ostentando conteúdo regulamentar para controle por Decreto Legislativo.

3.5 Desvio de finalidade: violação ao devido procedimento para elaboração de norma (CERJ, art. 9º; CRFB/1988, art. 5º, LIV)

O Decreto Legislativo também é inconstitucional por evidente desvio de finalidade, em violação ao devido procedimento para a elaboração de norma. A finalidade da norma – **suspender a realização da licitação para concessão do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário** – é totalmente discrepante do seu comando e das competências atribuídas ao Poder Legislativo.

Como já afirmado, o decreto legislativo é modalidade de ato normativo que tem como objetivo sustar atos do Poder Executivo que exorbitem de seu poder regulamentar. No entanto, no presente caso, muito embora o conteúdo do Decreto Legislativo seja a sustação do Decreto Executivo nº 47.422/2020, a justificativa apresentada demonstra que é outra a finalidade do ato normativo. Sob um comando aparentemente constitucional, pretende-se, na verdade, impedir a licitação para a concessão do serviço público em tela, o que serve **tão-somente** como pressão contra a União para a renovação o Regime de Recuperação Fiscal a que está submetido o Estado do Rio de Janeiro.

A justificativa do Projeto de Decreto Legislativo que resultou no ato impugnado se limita a citar “o leilão de privatização da CEDAE”, “marcado para o dia 30 de abril”, bem como a existência de “uma série de entraves burocráticos para impedir” a formalização “por parte do Governo Federal, da renovação do Regime de Recuperação Fiscal (RRF), tal como estabelecido no contrato firmado entre a União e o Estado do Rio de Janeiro no ano de 2017”.

Nesse sentido, o ato normativo impugnado não foi editado para o fim a que constitucionalmente se destina – o controle de decreto regulamentar –, mas para outra finalidade que sequer está no âmbito de atribuições do Poder Legislativo, violando o devido procedimento para a elaboração da norma.

Ana Paula de Barcellos, em extensa obra sobre devido procedimento na elaboração normativa, indica que qualquer proposta para a edição de uma norma depende de fundamentação adequada. E a fundamentação adequada demanda a indicação dos fins e resultados almejados pela norma, devendo eles serem coerentes e congruentes com o comando legal proposto. Confira-se:

“Além de identificar o problema que motiva a proposta da norma, um segundo conteúdo mínimo do devido procedimento na elaboração normativa envolve a indicação, por quem propõe a norma, dos resultados pretendidos por ela, isto é: dos resultados que se imagina a norma será capaz de produzir no mundo dos fatos no enfrentamento do problema identificado. **A ação normativa do Estado não deve ser inconsequente, aleatória ou leviana: ela deve ter em**

vista resultados e deverá se mover de forma tão coerente quanto possível em direção a eles.¹ (grifos acrescentados)

A inobservância da exposição de razões e fundamentos correlatos com o conteúdo da proposição normativa, como é o caso do Decreto Legislativo nº 16/2021, tem como consequência a declaração de inconstitucionalidade da norma por violar o devido procedimento na elaboração normativa. Vale transcrever trecho das conclusões de Ana Paula de Barcellos:

“Nesse sentido, o devido procedimento na elaboração normativa será relevante em múltiplos sentidos no controle de constitucionalidade das normas que venham a ser editadas com fundamento nesses parâmetros. O DPEN explicita as conexões lógicas que foram consideradas por quem propôs a norma, que deverão constar da justificativa, sendo certo que o Poder Judiciário não poderá ignorar tais dados. Com efeito, qualquer exame da razoabilidade ou proporcionalidade de uma norma terá de necessariamente enfrentar as razões e informações que foram apresentadas quando de sua edição, seja para apontar seu equívoco, impertinência ou omissão.

Na realidade, a explicitação contida na justificativa poderá por vezes tornar ainda mais evidente a inconstitucionalidade da norma, na medida em que não faça sentido, ou seja claramente omissa ou imprópria. (...)

(...)

Em resumo, **a violação do devido procedimento na elaboração normativa desencadeia** duas modalidades de eficácia jurídica: **a invalidade formal da norma afinal editada com violação a essa exigência procedimental de extração constitucional** e a possibilidade de exigir-se acesso ao conteúdo da justificativa que deveria ter sido apresentada. Além disso, **o devido procedimento na elaboração normativa será relevante também** para o fim de caracterizar a omissão inconstitucional, na hipótese de inexistir monitoramento dos resultados pretendidos pela norma, e **no controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos com fundamento na sua irrazoabilidade ou desproporcionalidade.**² (grifos acrescentados)

Dessa forma, considerando que a justificativa para a edição do Decreto Legislativo evidencia que a finalidade do ato normativo a ser editado **não** é o controle do poder regulamentar exercido pelo Poder Executivo, mas, sim, impedir a realização de procedimento licitatório, é clara a violação ao devido procedimento para a elaboração de normas e o desrespeito às disposições constitucionais relativas ao processo legislativo.

3.5 violação ao direito à saúde: a frustração da concessão do serviço público impede a universalização do saneamento básico no Estado (CERJ, art. 8º, parágrafo único e art. 261; CRFB/1988, art. 5º caput, art. 196 e art. 225).

¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 173.

² BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 217-218.

Há que se destacar, por fim, que o Decreto Legislativo nº 16/2021 afronta o direito à saúde, uma vez que a frustração da concessão do serviço público impede a universalização do saneamento básico no Estado (CERJ, art. 8º, parágrafo único e art. 261; CRFB/1988, art. 5º, *caput* e art. 196).

Conforme destacado, o objetivo principal do ato normativo impugnado foi a paralisação da licitação para a concessão do serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto. Ocorre que o anexo Ofício da Secretaria de Estado da Casa Civil demonstra que o modelo atual de prestação do serviço é incapaz de por si só ou por meio de endividamento, promover a universalização dos serviços. Confira-se:

“Ressalta-se que o atendimento das metas altos volumes de investimentos, incompatíveis com a receita gerada na quase totalidade dos municípios. **Ressalta-se, ainda, que com recursos próprios ou mesmo através de endividamento, a CEDAE não será capaz de realizar, mesmo no horizonte de 2040, os investimentos necessários para cumprir as metas estabelecidas pelo Plano Nacional de Saneamento Básico e ratificadas pela Lei Nº 14.026, de 15 de julho de 2020.**

Para fazer frente ao volume de investimentos necessários para atingir as metas de universalização nos 35 municípios que aderiram à concessão regionalizada dos serviços municipais de abastecimento de água e esgotamento sanitário, serão necessários R\$ 23,22 bilhões até 2033. Em média, serão necessários R\$ 1,93 bilhões por ano, ou R\$ 161,25 milhões por mês. **O valor mensal demandado para a universalização supera a média de investimentos anuais da CEDAE nos municípios, com recursos próprios, desde 2013, quando foi lançado o Plano Nacional de Saneamento Básico (PlanSab).**”
(grifos acrescentados)

Nesse sentido, o Decreto Legislativo nº 16/2021 também possui inconstitucionalidade material. Afinal, ao impedir que os Municípios e a Região Metropolitana executem política pública fundamental de saneamento básico, amplamente amparada por estudos técnicos, há violação ao direito fundamental à saúde.

Com efeito, o Brasil e, em particular, o Estado do Rio de Janeiro, enfrentam desafios significativos para a ampliação do acesso ao saneamento básico, principalmente diante dos custos envolvidos na sua implementação. Ana Paula de Barcellos, em importante estudo sobre o tema, faz uma análise acurada da necessidade de garantia desse serviço público:

“O saneamento é uma questão desafiadora no Brasil. Embora o governo o reconheça como um serviço público de saúde fundamental, é improvável que o Brasil cumpra as metas dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio para o saneamento. As normas brasileiras exigem que o governo (geralmente os municípios) forneça serviços de saneamento universal, com financiamento pelo governo federal. **Apesar disso, a coleta de esgoto ocorre em apenas 55,15% dos municípios e o tratamento de esgoto ocorre em apenas 28,52% dos municípios. Em 2008, o ano mais recente para o qual existem dados disponíveis, 2.495 municípios não possuíam rede coletora de esgoto e 3.977 não possuíam sistema de tratamento de esgoto. Além disso, mesmo nas cidades com serviços de saneamento, os serviços não atingiam toda a população e estavam menos disponíveis para as comunidades mais pobres.**

Os gastos do governo federal brasileiro com saneamento representam um percentual consistentemente baixo do PIB.

As normas internacionais sobre Direitos Humanos têm considerado o acesso ao saneamento como parte do direito fundamental à saúde, pelo menos desde a Convenção dos Direitos da Criança de 1989. Em 2010, a Resolução da ONU nº 64/292 reconheceu que o acesso à água e ao saneamento é um direito humano essencial para a realização de todos os direitos humanos. **A Constituição brasileira prevê expressamente o direito à saúde, e a legislação nacional descreve o saneamento como um determinante da saúde.** Isso mostra coerência entre as políticas de saúde e saneamento.

O direito à saúde, portanto, tem uma dimensão executável, e os litígios sobre direitos à saúde podem e devem procurar tornar os determinantes básicos da saúde disponíveis e acessíveis a todas as pessoas no Brasil. O contencioso de direitos à saúde também deve promover políticas públicas que garantam água potável e coleta e tratamento de esgoto.”³ (grifos acrescentados)

Dessa forma, considerando que os dados de coleta e tratamento de esgoto demonstram que o direito ao saneamento básico está longe de ser universalizado, fica claro que o ato normativo impugnado, ao barrar a realização do procedimento licitatório para a concessão desse serviço público vai de encontro ao direito à saúde constitucionalmente garantido.

Por isso, o Decreto Legislativo nº 16/2021 é materialmente inconstitucional, uma vez que ele obstrui, de forma deliberada e sem qualquer justificativa para tanto, a realização de uma política pública que objetiva a universalização do saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro.

4. Requerimento de medida cautelar

O Decreto Legislativo nº 16 foi editado em 29 de abril de 2021, com o objetivo de sustar o Decreto Executivo nº 47.422/2020 e, assim, impedir a realização do procedimento licitatório já iniciado (edital anexo).

A relevância da questão constitucional está demonstrada não apenas pela afronta à Constituição do Estado, mas, sobretudo, pela repercussão social e econômica causada com a sustação do projeto de universalização do fornecimento de água e a melhoria da coleta e do tratamento de esgoto no Estado, com repercussão direta sobre o direito à saúde da população fluminense.

Por sua vez, o *periculum in mora* está caracterizado, porquanto a suspensão do Decreto nº 47.422/2020, além de gerar **grave crise de confiança** no mercado, **traz grave insegurança jurídica** para o processo licitatório, para o contrato de concessão que será celebrado com o licitante vencedor e, ainda, para os agentes públicos envolvidos na tomada de decisões sobre a concessão, que se veem a cada momento surpreendidos com mudanças de rumo no conduzir do processo, fruto de embates políticos, e, pior, submetidos ao risco de serem responsabilizados por continuarem a conduzir o processo licitatório até seu termo.

O Ofício da Secretaria de Estado da Casa Civil ao anexado descreve os impactos negativos que a suspensão da licitação trará para a concessão do serviço público:

³ BARCELLOS, Ana Paula de. Sanitation Rights, Public Law Litigation, and Inequality: A Case Study from Brazil. *Health and Human Rights Journal* nº 2, Vol. 16. Harvard University. December, 2014, tradução livre.

“(…) [o] cancelamento do leilão de concessão dos serviços municipais de água e esgoto por parte do governo do estado, teria como impactos, dos mais simples aos mais complexos:

- *Perda parcial de confiança do mercado e redução ou mesmo anulação da possibilidade de ágio sobre a outorga fixa;*
- *Perda total de confiança do mercado, com o bloco menos seguro economicamente (IV) com reais possibilidade de dar vazão;*
- *Perda total de confiança do mercado com movimento para reduzir valor da outorga mínima, ainda mantendo risco de blocos, especificamente o IV, darem vazão em leilão futuro;*
- *Necessidade de nova aprovação por parte dos municípios e do IRM para que o estado conduza o processo:*
 - *Necessidade de revisão/atualização dos estudos, especificamente EVTEAJ (Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica, Ambiental e Jurídica);*
 - *Necessidade de nova consulta aos órgãos de controle (notadamente TCE);*
 - *Necessidade de nova consulta pública de minutas de documentos, redação de documentos finais e publicação de novo edital de concessão;*
 - *Necessidade de novos prazos para visitas técnicas e demais, pós edital (120 dias, pelo menos);*
 - *Invasão do período eleitoral e restrições legais;*
 - *Imposição à Companhia Estadual de Águas e Esgoto das datas previstas no Marco Legal do Saneamento, em especial no que tange aos artigos 10-B e 11-B, com impossibilidade de manter serviços em municípios sem contrato (oito, alguns há 12 anos), impossibilidade de manter contrato com municípios onde não haja capacidade financeira para executar a universalização (sem o município do Rio de Janeiro, que responde por 77% da receita bruta da companhia, nenhum dos 63 municípios atendidos atualmente – inclusive os oito sem contratos formais – demonstram viabilidade para a universalização pela CEDAE, que teria de encerrar antecipadamente todos os contratos;*
 - *Município do Rio de Janeiro poderia decidir por realizar isoladamente ou em consórcio a concessão de seus serviços, indenizando a Companhia por seus ativos não amortizados;*
 - *Município de Nova Iguaçu, onde fica o principal sistema da CEDAE (Guandu) poderia decidir por realizar isoladamente ou em consórcio a concessão de seus serviços, indenizando a Companhia por seus ativos não amortizados;*
 - *Dificuldade da companhia para receber dos municípios as indenizações pelos ativos não amortizados;*
 - *Prazo para comprovar capacidade para atingir a universalização termina em março de 2022, prazo da estabilidade dos funcionários da CEDAE termina em abril de 2022, ou seja, a partir de maio de 2022 a companhia teria de iniciar a demissão de seu quadro de funcionários;*
 - *Judiciário pode determinar que a Cedae mantenha as atividades até que os municípios realizem suas próprias concessões ou assumam os serviços;*
 - *Falência da companhia, com impactos sobre PRECE (fundo de previdência) e CEDAE Saúde.”*

Como destacado pelo Ministro Luiz Fux ao deferir a contracautela nos autos da SL 1.446/RJ, cujo objeto era a mesma licitação que o DL nº 16/2021 sustou, o risco de suspensão do leilão, na prática,

inviabilizará a concessão e o próprio atendimento do marco legal para universalização do saneamento básico:

“Assentada a plausibilidade da argumentação do Estado do Rio de Janeiro, verifico, outrossim, a existência de periculum in mora na manutenção da decisão cuja suspensão se requer, decorrente da possibilidade de frustração do procedimento licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, cuja data de recebimento das propostas se avizinha. Tal como consignado pelo Estado autor, a diminuição do prazo previsto para o contrato de concessão, operado pela decisão cuja suspensão se requer, rompe o equilíbrio econômico-financeiro estimado da contratação, tornando-a presumivelmente inviável do ponto de vista econômico. **Por conseguinte, a decisão impugnada acaba por obstaculizar, na prática, a expansão da prestação de serviços de saneamento básico, os quais ostentam a mais alta relevância ante sua óbvia repercussão na saúde pública. No ponto, saliento ser notório que o Brasil ainda ostenta índices baixos de universalização desses serviços, com relevante parte de sua população ainda sem acesso à coleta de esgoto e ao fornecimento de água tratada.**

Com base nessas premissas, e tendo em mente a lição do professor Richard Fallon, da Universidade de Harvard, no sentido de que a judicial review adquire legitimidade quando os benefícios (morais, jurídicos, econômicos, políticos, sociais etc) da intervenção judicial ultrapassam os custos da abstenção judicial (Richard Fallon, The Core Of an Uneasy Case for Judicial Review, 121 HARV. L. REV., 2008, p. 1693), anoto que a decisão impugnada parece apresentar potencial de causar lesão à ordem administrativa, à saúde e à economia públicas, o que justifica a concessão de tutela provisória no presente incidente de contracautela.” (grifos acrescentados).

Além disso, a insegurança jurídica gerada pelo Decreto Legislativo coloca em xeque a própria universalização do serviço de água e esgotamento sanitário no Estado, que possui quatro das dez cidades com os piores serviços de saneamento do país.

É, portanto, **relevante e urgente a concessão de medida cautelar** para a suspensão da eficácia do Decreto Legislativo nº 16/2021.

5. Pedido

Diante do exposto, requer-se:

- (i) a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do Decreto Legislativo nº 16, de 29 de abril de 2021, em sua integralidade, até que seja julgado o mérito da ação;
- (ii) sejam requeridas informações à Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro;
- (iii) seja notificado para manifestação o Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça e o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado; e

(iv) ao final, seja julgado procedente o pedido, declarando-se a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 16, de 29 de abril de 2021, em sua integralidade.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2021.

CLÁUDIO CASTRO⁴

Governador do Estado do Rio de Janeiro

⁴ Peça elaborada pelos Ilustres Procuradores Drs. Antonio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque, Bruno Velloso de Mesquita, Ciro de Almeida Grynberg e Marcelle Figueiredo da Cunha.

EXMO. SR. DR. JUIZ DA 61ª VARA DO TRABALHO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos da Ação Civil Pública em epígrafe, ajuizada por **SINDI DOS TRABALH. NAS EMPRESAS DE SANEAM. BASICO E MEIO AMBIENTE DO RIO DE JANEIRO E REGIAO** juntamente ao SIND DOS TRAB NA IND DE PURIFICACAO E DISTR DE ÁGUA E EM SERVICOS DE ESGOTO DE CAMPOS E REGIAO NORTE E NOROESTE DO EST DO RIO DE JANEIRO - **STAECON-RJ**, pela Procuradora do Estado *in fini*, vem apresentar suas **CONTRARRAZÕES** ao recurso ordinário interposto pelo recorrente, pelos argumentos que aduz a seguir, requerendo a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho, para que seja mantida a r. sentença *a quo*.

Termos em que, Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2021.

DANIELE FARIAS DANTAS DE ANDRADE URYN

Procuradora do Estado

PEDRO GUIMARÃES LOULA

Procurador do Estado

COLETA TURMA DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO

CONTRARRAZÕES DO RECORRIDO

COLETA TURMA,

DA TEMPESTIVIDADE

Tendo o recorrido tomado ciência do Recurso Ordinário interposto pelos sindicatos reclamantes, em 17/08/2021, o termo final do prazo para resposta, de dezesseis dias, recairá em

09/09/2021, por força do art. 895 da CLT c/c o art.1º, III do Decreto-lei nº 779 e do artigo 183 do CPC c/c 769 da CLT que determina prazo em dobro para todas as manifestações da Administração Pública, tornando tempestivas as contrarrazões.

BREVE RESUMO DA DEMANDA

Trata-se de Ação Civil Pública por meio da qual os Sindicatos recorrentes pretenderam a suspensão do procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento de esgoto e abastecimento de águas, até que fosse apresentado estudo circunstanciado a respeito dos impactos socioeconômicos na seara trabalhista em relação aos contratos de trabalho em vigência e aos direitos adquiridos dos empregados da CEDAE, com alternativas para a mitigação de danos e garantias de proteção aos trabalhadores, sobpena de multa diária.

Foi requerida antecipação de tutela, a qual foi indeferida pelo juízo *a quo*, conforme Id. 31b04df. Inconformada, a parte autora impetrou Mandado de Segurança de nº 0101354-84.2021.5.01.0000, obtendo em um primeiro momento o deferimento de tutela de urgência, *inaudita altera pars*, para:

“suspender o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento de esgoto e abastecimento de águas de que trata o presente mandamus até que seja apresentado estudo circunstanciado de impacto socioeconômico na relação com os trabalhadores da empresa de economia mista estadual, seus prestadores de serviços e terceirizados, do qual constem alternativas para a dispensa em massa de trabalhadores, com a participação, preferencialmente, do Sindicato de Classe, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).”

Por meio de incidente de contracautela, o STF foi provocado pelo ora recorrido, ante a coincidência temática entre o conteúdo da decisão cautelar cuja suspensão foi determinada nos autos da ADI nº 0001674-76.2021.8.19.0000 e o teor da superveniente decisão provisória, proferida nos autos do MS nº 0101354-84.2021.5.01.0000.

O pleito do Estado foi acolhido pelo Ilmo. Ministro Luiz Fux, que suspendeu a liminar deferida em Mandado de Segurança para o prosseguimento do processo licitatório, nos seguintes termos:

"Ex positis, acolho o pedido de extensão formulado e DEFIRO o pedido de medida limina, para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº , em trâmite perante o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, a fim de restabelecer o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente, com fundamento no §8º do art. 4º da Lei 8437/92.

Outrossim, determino a suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeira e de Segundo grau que obste parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no

Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente."

O juízo de primeiro grau, corretamente, indeferiu os pedidos elencados na exordial, nos seguintes termos:

"De fato, resta prejudicado o pedido de suspensão do procedimento licitatório, uma vez que já ocorreu. Tampouco se vislumbra interesse em agir nos pedidos aduzidos nos itens do pedido B da inicial, uma vez que se trata de demanda coletiva na qual os trabalhadores estão representados pelo substituto processual.

Por esse motivo, extingue-se o processo, sem resolução do mérito, quanto ao pedidos A, B e C.

Com relação ao pedido de condenação da Ré na obrigação de não fazer, qual seja, abster-se de dispensar seus empregados em massa, melhor sorte não assiste ao Autor, já que não resta configurado o risco aventado na inicial, tanto pelo fato de que não foi procedida qualquer dispensa com fulcro no citado artigo 477-A da CLT, tanto porque a própria empresa reconhece a validade da norma coletiva que prevê a garantia de emprego de 99% de seus empregados. Portanto, não há demonstração de qualquer desrespeito, por parte da empresa, aos direitos trabalhistas de seus empregados.

Outrossim, acaso violados, os direitos sequer poderiam ser objeto de ação civil pública. Os trabalhadores ora representados têm em comum apenas o fato de possuírem vínculos de trabalho com a mesma empresa, direitos esses que, em tese, podem vir a sofrer violações futuramente ou não.

Portanto, essas pessoas são identificáveis e possuem causas de pedir distintas. Não vislumbro na hipótese direito a ser amparado na ação ajuizada. Não se trata de direitos difusos, ou seja, direitos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; coletivos, ou seja, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e nem mesmo individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (art. 81 do CDC).

A ação civil pública está prevista no artigo 129, III, da CRFB e regulamentada na Lei 7.347/85, que estabelece que a referida ação será cabível para proteger, entre outros, os direitos difusos e coletivos, sendo que o Autor não demonstrou que esses direitos tenham sido violados.

Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, não assiste razão à parte Autora, motivo pelo qual julgo improcedentes os pedidos D, E e F. Não houve sucumbência da parte Ré. Improcede o pedido H.

Considerando-se que a ação foi julgada improcedente, são devidos honorários desucumbência à Ré, nos termos do disposto no artigo 791-A, parágrafo 3º, da CLT, fixados em 5% sobre o valor indicado na inicial quanto aos pedidos improcedentes, conforme IN 41/2018 do C. TST." (grifos nossos).

Insatisfeita, a parte autora recorreu da decisão. Entretanto, não merece reforma a r. sentença, conforme se expõe:

DA ABSTENÇÃO DE DISPENSA EM MASSA DOS EMPREGADOS. DA GARANTIA DE EMPREGO ATÉ 2022 COM PREVISÃO EM NORMA COLETIVA DE TRABALHO. CLÁUSULA 38ª DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO

Assim como ficou comprovado em sede de defesa, também decidiu o D. Juízo *a quo*, no sentido de que não existe o referido risco, haja vista a existência de norma coletiva válida que prevê a garantia de emprego de 99% dos empregados, *in verbis*:

“Com relação ao pedido de condenação da Ré na obrigação de não fazer, qual seja, abster-se de dispensar seus empregados em massa, melhor sorte não assiste ao Autor, já que não resta configurado o risco aventado na inicial, tanto pelo fato de que não foi procedida qualquer dispensa com fulcro no citado artigo 477-A da CLT, tanto porque a própria empresa reconhece a validade da norma coletiva que prevê a garantia de emprego de 99% de seus empregados. Portanto, não há demonstração de qualquer desrespeito, por parte da empresa, aos direitos trabalhistas de seus empregados.”

Sendo certo que a CEDAE continuará a existir e atuar como sociedade de economia mista estadual, titular de direitos e obrigações, repisamos a consequência óbvia e natural: permanecerá a CEDAE responsável por aquilo a que se obrigou anteriormente à publicação do Edital de Concorrência, notadamente ao Acordo Coletivo de Trabalho em vigor.

Nesse sentido, a Companhia - que, diga-se à exaustão, continuará a existir como empresa controlada pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO e delegatária de serviços relacionados a seu objeto social - encontra-se obrigada a cumprir a cláusula de garantia de emprego prevista em Acordo Coletivo de Trabalho pactuado para vigorar no período de 2020 - 2022.

Destaca-se que a garantia de emprego em favor dos empregados da CEDAE está assegurada até abril de 2022, por meio de Acordo Coletivo de Trabalho assinado em 22 de outubro de 2020:

“Cláusula 38 - GARANTIA DE EMPREGO - de 1º de maio de 2020 a 30 de abril de 2021 e de 1º de maio de 2021 a 30 de abril de 2022 a Companhia concederá, em cada um dos períodos indicados, a garantia de emprego a 99% (noventa e nove por cento) do seu efetivo de pessoal”.

Tal norma coletiva evidentemente continua a vincular as partes, independentemente da futura concessão de parte do serviço a agentes privados.

O recorrente, com a devida vênia, aponta para uma artificial situação de incerteza jurídica quanto à manutenção dos efeitos do Acordo Coletivo, a fim de fundamentar sua inadvertida pretensão. Esse cenário de incerteza não existe. A CEDAE continuará a existir, continuará a prestar serviços públicos e permanecerá obrigada ao cumprimento do Acordo.

Portanto, sob nenhum aspecto, caberia aos Sindicatos postulantes suscitar a infundada dúvida quanto à vigência, validade e eficácia do Acordo Coletivo de Trabalho que, conforme se

afirmou, permanece válido e eficaz, não merecendo acolhida, sob tal aspecto, eis que o acordo coletivo em vigor afasta qualquer argumentação neste sentido.

DA PREVISÃO DE "OUTPLACEMENT" PELO CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA. PREVISÃO CONTRATUAL DE APROVEITAMENTO DE EMPREGADOS DA CEDAE PELA NOVA CONCESSIONÁRIA

Em mais uma demonstração de que o processo que antecedeu a publicação do Edital de Concorrência levou seriamente em consideração a preocupação com o enfrentamento da situação laboral dos empregados da CEDAE, o Contrato de Interdependência, que constitui o Anexo VI ao Edital de Concorrência previu, em suas cláusulas 18.3, 18.4 e 18.5 um programa de 'outplacement', que nada mais é do que o aproveitamento, pelas novas concessionárias, de ex-empregados da CEDAE:

Durante o período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, a cooperação mútua entre as partes compreenderá a execução conjunta de um programa de outplacement que permita o aproveitamento de funcionários da CEDAE pela CONCESSIONÁRIA, com vista a garantir a adequada prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

A CEDAE se compromete a elaborar e disponibilizar, para livre acesso da CONCESSIONÁRIA, em até 30 (trinta) dias contados da assinatura do presente CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA, um Banco de Dados amplo, contendo informações sobre dados curriculares, experiências profissionais e aptidões técnicas dos seus empregados.

A adesão dos empregados da CEDAE ao banco de dados mencionado no item anterior será voluntária.

Mencione-se que a previsão contratual acima, obrigatória para a CEDAE e para as novas concessionárias a serem contratadas, revela-se conforme o decidido pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho nos autos do processo nº 0100071-78.2018.5.01.0049, em que se determinou que fossem buscadas "formas de proteção ao emprego e regras para a ocorrência de demissões, viabilizando o reaproveitamento e a qualificação dos empregados no caso de mudança tecnológica e organizacionais."

Em obediência a essa decisão, destaca-se que foi inserido no processo de concessão regra de 'outplacement', segundo a qual as licitantes vencedoras dos blocos terão de absorver a mão de obra da CEDAE em número suficiente para manter a qualidade dos serviços prestados à população.

Destaca-se, ainda, que considerando a necessidade de maiores investimentos no período de 12 anos, a contar do início da operação plena (prevista para maio de 2022), é natural que haja, se não pleno, amplo aproveitamento da mão de obra da Companhia, já especializada, em todas as tipologias de serviços, dos mais simples aos mais complexos, nas atividades necessárias ao cumprimento das metas do Marco Legal do Saneamento e indicadores determinados em edital e contrato.

Portanto, além da já mencionada garantia de emprego, conforme previsão normativa em sede de Acordo Coletivo de Trabalho, houve também a manifesta preocupação em reinserir os empregados eventualmente demitidos da CEDAE nos quadros da concessionária, solução essa

que, a um só tempo, atende os melhores interesses dos trabalhadores, dos usuários do serviço e das concessionárias, considerada a experiência acumulada pelos empregados após longos períodos de trabalho no setor.

Também por essa razão cai por terra a tese jurídica dos recorrentes - vez que, por qualquer ótica que se analise a questão, verifica-se a inexistência de risco de demissão em massa. Ao contrário, percebem-se iniciativas no sentido de manutenção dos empregos.

Necessário ressaltar que, ao contrário do risco de demissões alegado pelos sindicatos, existe estimativa de que a concessão gere mais empregos. O aumento do número de empregos diretos e indiretos é um dos resultados do projeto de concessão, não só pela concessão do serviço em si, mas pelas imposições do Marco Legal do Saneamento Básico e cumprimento das metas do Plano Nacional do Saneamento.

Ao estipular a obrigatoriedade de que sejam atingidos 90% de coleta, transporte seguro e tratamento de esgoto e 99% de distribuição de água tratada para a população urbana dos municípios, diretamente foram estipulados altos níveis de investimentos, que no caso dos 35 municípios inseridos no processo de concessão da CEDAE, representará investimentos de R\$ 12 bilhões entre 2022 e 2026 e outros R\$ 13 bilhões entre 2027 e 2033, período no qual será necessário um grande acréscimo de mão de obra para a execução dos trabalhos de expansão das redes físicas de distribuição de água e coleta e transporte de esgoto, assim como na construção de estações de tratamento de água e esgoto.

Por todo o exposto acima, conclui-se pela inexistência do risco de demissão em massa aventado pelas recorrentes, razão pela qual deve ser negado provimento ao Recurso Ordinário interposto, mantendo-se a r. sentença em seus exatos termos.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Correta a sentença no tocante à condenação dos sindicatos autores em honorários advocatícios. Tendo a presente reclamação trabalhista sido proposta após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, impõe-se a condenação da parte sucumbente em honorários.

Com a reforma trabalhista, introduzida pela referida Lei, ficou pacificado o direito dos advogados, no âmbito trabalhista, aos honorários de sucumbência, expressamente disposto no art. 791-A da CLT.

Ademais, não há que se falar em violação à súmula 219 do TST, haja vista que, com o advento da Lei 13.467/2017, esta deve ser aplicada às ações ajuizadas após a sua vigência, que se coaduna com a literalidade do art. 133 da CRFB, que prevê a indispensabilidade do advogado à administração da justiça.

Ressalte-se que os honorários são devidos mesmo nas ações em que a parte estiver substituída pelo sindicato de sua categoria, razão pela qual o recurso autoral não merece ser provido.

Destarte, roga-se pela manutenção da r. sentença também em relação a esse ponto.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, requer o Estado do Rio de Janeiro a total improcedência do recurso autoral.

Termos em que, pede deferimento.

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2021.

DANIELE FARIAS DANTAS DE ANDRADE ÚRYN

PROCURADORA DO ESTADO

PEDRO GUIMARÃES LOULA

PROCURADOR DO ESTADO

Poder Judiciário

MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.446 RIO DE JANEIRO

REGISTRADO : **MINISTRO PRESIDENTE**
REQTE.(S) : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
REQDO.(A/S) : **RELATOR DA ADI Nº 0001674-76.2021.8.19.0000 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **LUIZ PAULO CORREA DA ROCHA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **RODRIGO CEZAR CUSTODIO NUNES E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

SUSPENSÃO DE LIMINAR. ADI ESTADUAL. CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO. REGIÃO METROPOLITANA. DECISÃO IMPUGNADA QUE DETERMINA A REDUÇÃO DO PRAZO CONTRATUAL. APLICAÇÃO DE LEI ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE RISCO À ORDEM, À SAÚDE E À ECONOMIA PÚBLICAS. *FUMUS BONI IURIS*. AUTONOMIA FEDERATIVA. TITULARIDADE DOS SERVIÇOS PELOS MUNICÍPIOS INTEGRANTES. ADI 1.842. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PARÂMETRO PREVISTO EM LEI ESTADUAL. *PERICULUM IN MORA*. FRUSTRAÇÃO DO PROCEDIMENTO

SL 1446 MC / RJ

**LICITATÓRIO. ALTA RELEVÂNCIA DA
PROMOÇÃO DA UNIVERSALIZAÇÃO
DO SANEAMENTO BÁSICO. MEDIDA
CAUTELAR DEFERIDA.**

DECISÃO: Trata-se de pedido de suspensão de liminar ajuizado pelo Estado do Rio de Janeiro contra decisão cautelar proferida por desembargador do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, que suspendeu parcialmente os efeitos do Decreto Estadual nº 47.422/2020 e determinou a redução do prazo de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário de trinta e cinco anos para vinte e cinco anos.

Narra o Estado do Rio de Janeiro que seu Governador editou o Decreto nº 47.422/2020 no exercício de competência delegada “*da Região Metropolitana, titular do serviço público de saneamento básico*”, dispondo sobre a concessão da prestação regionalizada de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário e prevendo o prazo de 35 (trinta e cinco) anos para os contratos de concessão a serem firmados. Informa que referido decreto foi impugnado através do processo de origem, sob a alegação, entre outras, de ofensa à Lei Estadual nº 2.831/1997, que prevê prazo de concessão de 25 (vinte e cinco) anos. Relata que ter sido concedida parcialmente a medida cautelar na ADI de origem exclusivamente para a redução do prazo das concessões a serem firmadas.

Sustenta o Estado autor que referida decisão enseja grave *periculum in mora* inverso e esvazia o Decreto nº 47.422/2020, comprometendo procedimento licitatório em curso, cuja data designada para a entrega das propostas dos licitantes é o próximo dia 27 de abril, visto que o prazo de duração de contrato de concessão seria “*um dos principais vetores da modelagem da delegação do serviço, cuja variação afeta o interesse na participação, o preço a ser apresentados e, sobretudo, as metas de universalização do serviço, exigidas pelo marco legal do saneamento básico (Lei federal nº*

SL 1446 MC / RJ

14.026/2020)”. Aduz que a medida cautelar impugnada representa grave lesão à ordem administrativa, à saúde e à economia públicas, pois impediria a Região Metropolitana e os Municípios que a integram de darem concretude às metas de universalização do saneamento básico impostas pelo Marco Legal do Saneamento Básico.

Argumenta o Estado que, para que sejam atingidas as metas de universalização dos serviços de saneamento para os municípios consorciados na origem, estabelecidas pela Lei nº 14.026/2020, seriam necessários investimentos da ordem de R\$ 23,22 bilhões até 2033, montante este muito superior à capacidade financeira dos entes federativos envolvidos e da própria Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro – CEDAE, razão pela qual *“optou-se, após amplo estudo e debate, pela concessão do serviço mediante o modelo de bloco de concessões regionalizadas”*. Assevera que a concessão pretendida trará benefícios sociais, ambientais e econômicos, podendo ser considerada *“o maior projeto ambiental do país, com mais de R\$ 9 bilhões em programas específicos para a despoluição e melhoria de áreas desassistidas”*.

Afirma que a decisão cuja suspensão se requer teria *“colocado em xeque todo o projeto”* e inviabilizado o cumprimento das metas de universalização do saneamento básico prevista no respectivo marco legal, pois o prazo de duração da concessão teria sido definido de modo técnico, de acordo com *“estrita lógica econômica de difícil calibragem”* e após a realização de *“estudos econômicos desenvolvidos no âmbito do BNDES, sob a supervisão do Estado do Rio de Janeiro, da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro e de outros Municípios que participam do projeto, sob o contínuo escrutínio de diversos órgãos estatais (TCE, MPF, MP-RJ, DPGE-RJ, AGENERSA, Rio-Águas e CEDAE) e da população, mediante consultas públicas”*. Sustenta que a redução de prazo da concessão determinada pela decisão cuja suspensão se requer enseja, na prática, *“o retorno à estaca zero de todo o processo de concessão”*, pois gera a necessidade de realização de novos estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira, ambiental e jurídica, além da reapreciação pelos municípios partícipes e nova deliberação, votação e aprovação pelo Conselho Deliberativo do Instituto

SL 1446 MC / RJ

Região Metr pole, entre outras etapas.

Alega ainda que a tese sustentada na a o de origem, no sentido de que o decreto estadual impugnado ofenderia lei estadual, revelaria a inadequa o da a o direta de inconstitucionalidade e que a Constitui o do Estado do Rio de Janeiro não tem dispositivos que estabelecem prazos máximos de contratos de concessão, não havendo, portanto, veda o   concessão de serviço de titularidade da Região Metropolitana pelo prazo de 35 (trinta e cinco) anos. Argumenta que a Lei Estadual não 2.831/1997, que serviu de fundamento para a decisão cuja suspensão se requer, não se aplica a serviços cuja titularidade não   do Estado do Rio de Janeiro, em virtude da autonomia federativa. Sustenta que, nos termos do que restou decidido por este Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.842/RJ, a titularidade dos serviços de saneamento básico  , em princípio, dos Municípios, e não dos Estados, sendo, entretanto, admitida a sua transferência a uma Região Metropolitana que venha a ser instituída por lei complementar, na forma do artigo 25,   3 , da Constitui o. Aduz ter havido no caso concreto justamente referida transferência, na medida em que os Municípios da região metropolitana do Rio de Janeiro teriam cedido *“ao Conselho Diretor da Região Metropolitana (entidade interfederativa) a titularidade dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário”*, razão pela qual não se aplicaria   hipótese a Lei estadual não 2.831/1997.

Requer, por estes fundamentos, a concessão de liminar no presente incidente, para que se suspendam os efeitos da medida cautelar deferida nos autos da Representa o por Inconstitucionalidade não 0001674-76.2021.8.19.0000, na forma do art. 4 ,   7 , da Lei 8.437/1992, e, após regular tramita o, seja julgado procedente o presente pedido de suspensão, confirmando-se a liminar.

  o relatório. **DECIDO.**

Ab initio, consigno que legisla o prevê o incidente de contracautela como meio processual autônomo de impugna o de decisões judiciais,

SL 1446 MC / RJ

franqueado ao Ministério Público ou à pessoa jurídica de direito público interessada exclusivamente quando se verifique risco de grave lesão à ordem, à saúde, segurança e à economia públicas no cumprimento da decisão impugnada (art. 4º, *caput*, da Lei 8.437/1992; art. 15 da Lei 12.016/2009 e art. 297 do RISTF).

Com efeito, ao indicar tais circunstâncias como fundamentos dos incidentes de suspensão, a própria lei indica causas de pedir de natureza eminentemente política e extrajurídica, diferenciando-se das causas que geralmente justificam outros meios de impugnação de decisões judiciais e que se revelam como conceitos jurídicos indeterminados, a serem apreciados pelo julgador perante o caso concreto. Nesse sentido, também aponta a clássica jurisprudência desta Corte, *in verbis*:

*“Suspensão de segurança: natureza cautelar e pressuposto de viabilidade do recurso cabível contra a decisão concessiva da ordem. A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia pleno do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão interesses públicos privilegiados - a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris* que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante. [...]”* (SS 846/DF-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 8/11/1996).

Dada a natureza do instituto, a cognição do Presidente do Tribunal a quem compete a análise do incidente de contracautela deve se limitar à aferição da existência de risco de grave lesão ao interesse público, além de um juízo mínimo de plausibilidade do fundamento jurídico invocado, não cabendo-lhe a manifestação quanto ao mérito propriamente dito do que discutido no processo originário, eis que o mérito deverá ser oportunamente apreciado pelo Tribunal competente na via recursal

SL 1446 MC / RJ

própria. Nesse sentido é a jurisprudência desta Suprema Corte, ao afirmar que “a natureza excepcional da contracautela permite tão somente juízo mínimo de deliberação sobre a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (SS 5.049-AgR-ED, rel. Min. Presidente Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 16/5/2016). Na mesma linha, é o seguinte precedente:

“Agravo regimental na suspensão de liminar. Decisão na origem em que se determinou a ampliação da distância até a qual veículos particulares podem trafegar em corredores exclusivos de ônibus para acessar vias transversais. Não comprovação de lesão à ordem social e administrativa. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. Na estreita via de pedidos de suspensão como o presente, não se procede a uma detida análise do mérito da ação principal, tampouco se permite revolvimento do respectivo quadro fático-probatório, mas apenas a análise dos requisitos elencados pela legislação de regência. 2. É inadmissível, ademais, o uso da suspensão como sucedâneo recursal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento”. (SL 1.165 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Presidente, Tribunal Pleno, DJe 13/02/2020).

Anote-se ademais que, além da potencialidade do ato questionado em causar lesão ao interesse público, o conhecimento do incidente de suspensão dos efeitos das decisões provisórias pelo Presidente deste Supremo Tribunal Federal está condicionado à demonstração de que a decisão foi proferida por Tribunal e de que a controvérsia instaurada na ação originária esteja fundada em matéria de natureza constitucional (STA 782 AgR/SP, Relator Min. Dias Toffoli; SS 5112 AgR/SC, Relatora Min. Cármen Lúcia; STA 729-AgR/SC, Relator Min. Ricardo Lewandowski, e STA 152-AgR/PE, Relatora Min. Ellen Gracie). Trata-se de interpretação que deflui, *a contrario sensu*, também da disposição do art. 25, *caput*, da Lei n. 8.038/1990.

In casu, o pedido de suspensão se volta contra decisão monocrática de desembargador do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que suspendeu parcialmente decreto expedido pelo Governador

SL 1446 MC / RJ

do Rio de Janeiro, na parte em que previa o prazo de 35 (trinta e cinco) anos para os contratos de concessão de serviços públicos de saneamento básico a serem efetivados no âmbito da Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Haja vista ter sido a decisão impugnada proferida por Tribunal e considerando a natureza constitucional da matéria controvertida na origem, relacionada à titularidade dos serviços públicos de saneamento básico e às competências das regiões metropolitanas, verifica-se o cabimento do presente incidente perante este Supremo Tribunal Federal.

Assentado o cabimento do presente pedido de suspensão, no exercício de cognição não exauriente sobre a matéria de fundo, vislumbro presentes os requisitos para a concessão no presente caso concreto. Isso porque, em primeiro lugar, a decisão cuja suspensão se requer, ao veicular entendimento no sentido de que lei do Estado do Rio de Janeiro (no caso, a Lei Estadual nº 2.831/1997) teria o condão de impor limites ao prazo de concessão de serviços públicos de titularidade dos Municípios integrantes de região metropolitana, parece estar em desacordo com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, fixada por ocasião do julgamento da ADI 1.842, cujo acórdão restou assim ementado:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 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.

2. Preliminares de inépcia da inicial e prejuízo. Rejeitada a preliminar de inépcia da inicial e acolhido parcialmente o prejuízo em relação aos arts. 1º, caput e § 1º; 2º, caput; 4º, caput e incisos I a VII; 11, caput e incisos I a VI; e 12 da LC 87/1997/RJ, porquanto alterados substancialmente.

3. Autonomia municipal e integração metropolitana. A Constituição Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art.

SL 1446 MC / RJ

*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***

SL 1446 MC / RJ

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

SL 1446 MC / RJ

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.

6. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em razão da necessidade de continuidade da prestação da função de saneamento básico, há excepcional interesse social para vigência excepcional das leis impugnadas, nos termos do art. 27 da Lei n. 9868/1998, pelo prazo de 24 meses, a contar da data de conclusão do julgamento, lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual deverá reapreciar o tema, constituindo modelo de prestação de saneamento básico nas áreas de integração metropolitana, dirigido por órgão colegiado com participação dos municípios pertinentes e do próprio Estado do Rio de Janeiro, sem que haja concentração do poder decisório nas mãos de qualquer ente". (ADI 1.842, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 16/09/2013, grifei).

A leitura do referido precedente demonstra que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, interpretando os artigos 23, IX, e 25, §3º, da Constituição, assentou entendimento no sentido de que a integração de município a região metropolitana criada por lei estadual, conquanto compulsória, não esvazia a autonomia municipal. Assim, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico segue sendo dos municípios integrantes, a despeito da execução de referidos serviços se dar de modo conjunto no âmbito da unidade interfederativa. Por esses fundamentos, entendeu o Plenário desta Corte ser inconstitucional dispositivo de lei estadual que submetia o poder concedente relacionado a estes serviços exclusivamente à decisão da autoridade Estadual, pois reconhecia-se pertencer ao “*colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado*” o poder concedente e a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico.

À luz do julgamento da ADI 1.842, revela-se, neste juízo sumário e sem prejuízo de ulterior revisão, a impossibilidade de invocação da Lei Estadual nº 2.831/1997 como limitadora do prazo de concessão de serviços cuja titularidade não pertence exclusivamente ao Estado do Rio

SL 1446 MC / RJ

de Janeiro, mas antes ao conjunto de Municípios integrantes da Região Metropolitana, sob pena de ferimento da autonomia federativa dos municípios conglomerados, donde exsurge o *fumus boni iuris* da alegação formulada pelo Estado autor.

Assentada a plausibilidade da argumentação do Estado do Rio de Janeiro, verifico, outrossim, a existência de *periculum in mora* na manutenção da decisão cuja suspensão se requer, decorrente da possibilidade de frustração do procedimento licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, cuja data de recebimento das propostas se avizinha. Tal como consignado pelo Estado autor, a diminuição do prazo previsto para o contrato de concessão, operado pela decisão cuja suspensão se requer, rompe o equilíbrio econômico-financeiro estimado da contratação, tornando-a presumivelmente inviável do ponto de vista econômico. Por conseguinte, a decisão impugnada acaba por obstaculizar, na prática, a expansão da prestação de serviços de saneamento básico, os quais ostentam a mais alta relevância ante sua óbvia repercussão na saúde pública. No ponto, saliento ser notório que o Brasil ainda ostenta índices baixos de universalização desses serviços, com relevante parte de sua população ainda sem acesso à coleta de esgoto e ao fornecimento de água tratada.

Com base nessas premissas, e tendo em mente a lição do professor Richard Fallon, da Universidade de Harvard, no sentido de que a *judicial review* adquire legitimidade quando os benefícios (morais, jurídicos, econômicos, políticos, sociais etc) da intervenção judicial ultrapassam os custos da abstenção judicial (Richard Fallon, *The Core Of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV., 2008, p. 1693), anoto que a decisão impugnada parece apresentar potencial de causar lesão à ordem administrativa, à saúde e à economia públicas, o que justifica a concessão de tutela provisória no presente incidente de contracautela.

Ex positis, **DEFIRO o pedido liminar**, para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Rio de

SL 1446 MC / RJ

Janeiro, de modo a restabelecer a plena eficácia do Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente, com fundamento no § 7º do art. 4º da Lei 8.437/92.

Comunique-se com urgência o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Nos termos do § 2º do art. 4º da Lei 8.437/92, intime-se os autores do processo na origem, para que se manifestem sobre o pedido de suspensão formulado no prazo legal.

Publique-se. Int.

Brasília, 22 de abril de 2021.

Ministro LUIZ FUX

Presidente

Documento assinado digitalmente

EXTENSÃO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.446 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MINISTRO PRESIDENTE**
REQTE.(S) : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
REQDO.(A/S) : **RELATORA DO Ms 0101354-84.2021.5.01.0000, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE SANEAMENTO BÁSICO E MEIO AMBIENTE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E REGIÃO ; SINTSAMA**
INTDO.(A/S) : **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE PURIFICAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E EM SERVIÇOS DE ESGOTO DE CAMPOS E REGIÃO NORTE E NOROESTE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - STAECNON ; RJ**
ADV.(A/S) : **MARCUS ALEXANDRE GARCIA NEVES**
INTDO.(A/S) : **LUIZ PAULO CORREA DA ROCHA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **RODRIGO CEZAR CUSTODIO NUNES E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

SUSPENSÃO DE LIMINAR. CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO. REGIÃO METROPOLITANA. ADITAMENTO DO PEDIDO. LEI 8.437/1992, ART. 4º, § 8º. IDENTIDADE DE OBJETOS ENTRE A DECISÃO CUJA SUSPENSÃO FOI DETERMINADA NESTES AUTOS E A

SL 1446 EXTN / RJ

**NOVA DECISÃO PROVISÓRIA
PROFERIDA. ACOLHIDO O PEDIDO DE
EXTENSÃO. MEDIDA LIMINAR
DEFERIDA.**

Decisão: Trata-se de suspensão de liminar ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro contra decisão provisória proferida por desembargador do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que suspendeu parcialmente os efeitos de decreto estadual e, por consequência, sustou parcialmente licitação em curso para a concessão de serviços de saneamento básico de titularidade dos municípios da região metropolitana do Rio de Janeiro.

Em decisão proferida em 22/04/2021, deferi medida liminar no presente incidente, *“para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de modo a restabelecer a plena eficácia do Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente, com fundamento no § 7º do art. 4º da Lei 8.437/92”*.

Em petição protocolada em 26/04/2021 (doc. 26), relata o Estado do Rio de Janeiro a superveniência de decisão provisória proferida por desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, nos autos do MS nº 0101354-84.2021.5.01.0000, que determinou a suspensão do *“o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento de esgoto e abastecimento de águas de que trata o presente mandamus até que seja apresentado estudo circunstanciado de impacto socioeconômico na relação com os trabalhadores da empresa de economia mista estadual, seus prestadores de serviços e terceirizados”*.

Sustenta o Estado que referida decisão teria o mesmo objeto da decisão cuja suspensão já fora determinada nestes autos, a saber, o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento de esgoto e abastecimento de águas estabelecido no Decreto Estadual 47.422/2020, com a ressalva de que nela *“a abrangência da limitação ainda foi mais extensa do que a própria decisão já afastada, eis que SUSPENDE*

SL 1446 EXTN / RJ

INTEGRALMENTE o mencionado certame”.

Ante a alegada identidade fática e jurídica entre as demandas mencionadas, requer o Estado autor “a extensão dos efeitos da liminar deferida nesta suspensão para alcançar também a liminar deferida nos autos do processo n.º 0001674-76.2021.8.19.0000”.

É o relatório. **DECIDO.**

Ab initio, consigno que a legislação prevê o incidente de contracautela como meio processual autônomo de impugnação de decisões judiciais, franqueado ao Ministério Público ou à pessoa jurídica de direito público interessada exclusivamente quando se verifique risco de grave lesão à ordem, à saúde, segurança e à economia públicas no cumprimento da decisão impugnada (artigo 4º, *caput*, da Lei 8.437/1992; artigo 15 da Lei 12.016/2009 e artigo 297 do RISTF).

O §8º do artigo 4º da Lei 8.437/1992 prevê expressamente a possibilidade de aditamento do pedido de suspensão, a fim de que haja a extensão dos efeitos de decisão proferida no âmbito do incidente de contracautela a outras liminares com idêntico objeto.

À luz deste dispositivo, verifico, em cognição sumária, a existência de coincidência, em termos práticos, entre o conteúdo da decisão cautelar cuja suspensão foi liminarmente determinada nestes autos e o teor da nova decisão provisória, proferida nos autos do MS nº 0101354-84.2021.5.01.0000. Isto porque ambas as decisões acabam por suspender, às vésperas da data marcada para o recebimento das propostas, o procedimento licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico relativos à Região Metropolitana do Rio de Janeiro, tal como tecnicamente estruturado, ainda que em diferentes medidas.

Com efeito, ao determinar a sustação completa do procedimento licitatório em tela, a decisão proferida no MS nº 0101354-84.2021.5.01.0000 afasta a eficácia da decisão de contracautela anteriormente deferida no presente incidente, gerando, portanto, idêntico risco ao interesse público já consignado nestes autos, relacionado à obstaculização da expansão da

SL 1446 EXTN / RJ

prestação de serviços de saneamento básico, os quais ostentam a mais alta relevância ante sua óbvia repercussão na saúde pública.

Ante a verificação da coincidência prática acima apontada e com vistas à preservação da autoridade da decisão liminar proferida nos autos do presente incidente de contracautela, faz-se mister acolher o pedido de extensão formulado pelo Estado do Rio de Janeiro, sem prejuízo de ulterior análise exauriente quando da perfectibilização do contraditório.

Ex positis, acolho o pedido de extensão formulado e **DEFIRO o pedido de medida liminar, para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0101354-84.2021.5.01.0000, em trâmite perante o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**, a fim de restabelecer o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente, com fundamento no §8º do art. 4º da Lei 8.437/92.

Outrossim, **determino a suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo graus que obste, parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro**, previsto no Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente.

Comuniquem-se, com urgência, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o Tribunal Regional Federal da Segunda Região.

Nos termos do §2º do art. 4º da Lei 8.437/92, intime-se o sindicato autor do mandado de segurança impetrado na origem, para que se manifeste sobre o pedido de extensão formulado no prazo legal.

Após, à Procuradoria-Geral da República, para manifestação (Lei 8.437/92, art. 4º, §2º).

Publique-se.

Brasília, 27 de abril de 2021.

SL 1446 EXTN / RJ

Ministro Luiz Fux

Presidente

Documento assinado digitalmente



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
MSCiv 0101354-84.2021.5.01.0000

SEDI-2

Gabinete da Desembargadora Claudia Regina Vianna Marques Barrozo

Relatora: CLAUDIA REGINA VIANNA MARQUES BARROZO

IMPETRANTE: SINDI DOS TRABALH. NAS EMPRESAS DE SANEAM. BASICO E MEIO AMBIENTE DO RIO DE JANEIRO E REGIAO, SIND DOS TRAB NA IND DE PURIFICACAO E DISTR DE AGUA E EM SERVICOS DE ESGOTO DE CAMPOS E REGIAO NORTE E NOROESTE DO EST DO RIO DE JANEIRO - STAECNON-RJ

AUTORIDADE COATORA: JUIZO DA 61ª VARA DO TRABALHO DO RIO DE JANEIRO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE SANEAMENTO BÁSICO E MEIO AMBIENTE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E REGIÃO – SINTSAMA** e **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE PURIFICAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E EM SERVIÇOS DE ESGOTO DE CAMPOS E REGIÃO NORTE E NOROESTE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - STAECNON – RJ** contra ato do MMº JUÍZO DA DA 61ª VARA DO TRABALHO DO RIO DE JANEIRO, tendo como Terceiros Interessados **COMPANHIA ESTADUAL DE AGUAS E ESGOTOS CEDAE** e **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, e ação subjacente tombada sob o número **0100320-85.2021.5.01.0061**, com pedido liminar.

O pedido liminar fora deferido em consonância com o disposto no art. 13 da Convenção n. 158, art. 4º da Convenção n. 98 e art. 5º da Convenção n. 154, todas da OIT, bem como nos arts. 26 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, para suspender o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento de esgoto e abastecimento de águas de que trata o presente *mandamus*.

Entretanto, liminar deferida pelo Ministro Presidente do STF sobre o tema “privatização da CEDAE” e dos noticiários recentes acerca do resultado do leilão da empresa, com a concessão de três dos quatro blocos ofertados, intimei que os impetrantes viessem se manifestar sobre a eventual perda superveniente do objeto de sua medida, o que, através da manifestação vista no id 9548ef7, as partes anuíram com a modalidade extintiva aventada.

Destarte, julgo extinto o feito, sem resolução mérito, por perda superveniente de objeto, na forma do art. 485, inciso VI, do CPC. Sem custas.

Intimem-se os impetrantes e os terceiros interessados.

Dê-se ciência a autoridade dita coatora.

Transcorrido o prazo, certifique-se o trânsito em julgado, dê-se baixa e archive-se.

RIO DE JANEIRO/RJ, 26 de maio de 2021.

CLAUDIA REGINA VIANNA MARQUES BARROZO
Desembargadora do Trabalho

617



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
61ª VARA DO TRABALHO DO RIO DE JANEIRO
ACPCiv 0100320-85.2021.5.01.0061

RECLAMANTE: SINDI DOS TRABALH. NAS EMPRESAS DE SANEAM. BASICO E MEIO AMBIENTE DO RIO DE JANEIRO E REGIAO E OUTROS (2)
RECLAMADO: COMPANHIA ESTADUAL DE AGUAS E ESGOTOS CEDAE E OUTROS (2)

Relatório

Vistos etc.

O Autor, SINDI DOS TRABALH. NAS EMPRESAS DE SANEAM. BASICO E MEIO AMBIENTE DO RIO DE JANEIRO E REGIAO e SIND DOS TRAB NA IND DE PURIFICACAO E DISTR DE AGUA E EM SERVICOS DE ESGOTO DE CAMPOS E REGIAO NORTE E NOROESTE DO EST DO RIO DE JANEIRO - STAECON-RJ, ajuizaram ação civil pública em face dos Réus, COMPANHIA ESTADUAL DE AGUAS E ESGOTOS CEDAE e ESTADO DO RIO DE JANEIRO, sob os fatos e fundamentos expendidos na inicial, postulando as parcelas ali discriminadas. Instrui a inicial com documentos.

Inexistindo conciliação, resistiu-se à pretensão, contestando e juntando documentos. Sem outras provas, restou encerrada a fase probatória. Razões finais remissivas. Conciliação final recusada.

Fundamentação

RELATADO, DECIDO:

Por preenchidos os requisitos legais, defiro a gratuidade de Justiça.

INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

Essencialmente, toca à Justiça do Trabalho julgar as demandas decorrentes de relações de trabalho (art.114 CRFB/88), estando, pois, a presente ação no cerne da competência material desta especializada.

Residindo em Juízo como tais, competente é esta especializada para analisar e julgar a pretensão deduzida.

PEDIDOS

Alegam os Autores, em síntese, que o Diretor-Presidente da CEDAE e o Secretário da Casa Civil do Governo do Rio de Janeiro apontaram que, em decorrência do processo licitatório de distribuição de água, a empresa terá de reduzir seu quadro, mantendo, deste, apenas 20% dos trabalhadores, levando à conclusão de que ocorrerá a dispensa de 80% dos seus empregados. Afirma que, em decorrência da crise econômica decorrente da pandemia da Covid-19 e do disposto no art. 477-A da CLT, as empresas estariam dispensadas de negociação com o ente sindical para promover dispensa coletiva, uma vez que o dispositivo legal em questão intentaria equiparar o instituto às dispensas individuais. Sustenta, contudo, que uma interpretação sistemática da Constituição Federal, das Convenções Internacionais da OIT, ratificadas pelo Brasil e dos princípios constantes em tratados e convenções internacionais, tais como a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a função social da empresa, a democracia na relação trabalho-capital e a negociação coletiva para os conflitos embasariam que o dispositivo legal eventualmente utilizado pela CEDAE para fundamentar o “enxugamento” do quadro de funcionários violaria a proteção do empregado insuficiente e acarretaria o retrocesso social. Aduz que as questões relativas à dispensa coletiva deverão observar o direito a informação, transparência e participação da entidade sindical;

o dever geral de boa-fé objetiva e o dever de busca de meios alternativos às demissões em massa. Aduz que, de acordo com a cláusula 38ª do ACT 2020/2022, firmado entre a CEDAE e o Sindicato Autor, estabelece a obrigação daquela em conceder a garantia de emprego a 99% de seu efetivo pessoal. Assevera que o parágrafo 3º da referida cláusula estabelece que, em caso de rompimento da concessão de serviços, a CEDAE compromete-se a absorver os empregados em outras áreas de atuação da empresa. Acresce que o parágrafo 4º prevê, ainda, que a garantia de emprego consiste na sujeição do ato de dispensa à recurso administrativo com efeito suspensivo a ser interposto pelo representante ou presidente do sindicato da categoria profissional do empregado dispensado, cabendo ao presidente da empresa decisão final sobre a manutenção ou não do desligamento. Pelos motivos expostos, requereram a concessão de liminar, *inaudita altera pars*, para suspender o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento de esgoto e abastecimento de águas, até que fosse apresentado estudo circunstanciado a respeito dos impactos socioeconômicos na seara trabalhista em relação aos contratos de trabalho em vigência e aos direitos adquiridos dos empregados da CEDAE, onde constassem alternativas para a mitigação de danos e garantias de proteção aos trabalhadores, sob pena de multa diária. Requereram também a intimação da empresa para que apresentasse a relação completa de empregados efetivos, terceirizados e demais prestadores de serviços da CEDAE, diretos e indiretos, bem como suas alocações atuais; informação precisa sobre ter havido estudo circunstanciado sobre a possibilidade de remanejamento de seus empregados nos postos de trabalho, após a conclusão do procedimento licitatório; a lista dos seguintes documentos: a) Relação Anual de Informações Sociais –RAIS -de 2020; b) Cadastro Geral de Empregados e Desempregados –CAGED -de 2020; c) Programa de Prevenção de Riscos Ambientais –PPRA -atual, de todos os locais de trabalho; d) Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional -PCMSO - atual. Requer o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 477-A da CLT. Requereram, ainda, a condenação da Ré na obrigação de não fazer, para que se abstinhasse de promover, após a conclusão do procedimento licitatório, a dispensa coletiva de seus empregados sem que tal medida fosse antes objeto de negociação com o sindicato. Sucessivamente, a condenação da Ré na obrigação de não fazer, para que esta se abstenha de proceder a dispensa sem justa causa do excedente a 1% de seu quadro de empregados, sem que seja concedida a garantia de emprego, consistente na sujeição do ato de desligamento imotivado a recurso administrativo com efeito suspensivo, nos moldes da norma coletiva apontada; e a condenação da Ré ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 15% do valor da causa.

Foi proferida a seguinte decisão:

“Trata-se de pedido liminar da parte autora, inaudita altera pars, para que seja determinada a suspensão do procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento de esgoto e abastecimento de águas, até que seja apresentado estudo circunstanciado a respeito dos impactos socioeconômicos na seara trabalhista em relação aos contratos de trabalho em vigência e aos direitos adquiridos dos empregados da CEDAE, onde constem as alternativas para a mitigação de danos e garantias de proteção aos trabalhadores, sob pena de multa diária.

As privatizações têm por base o disposto nos artigos 37, XIX, e 173, caput, da CRFB, que, em uma interpretação sistemática, estabelecem que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado deve se dar de forma excepcional, motivo pelo qual a retirada do Estado da economia deve ser menos burocrática do que o procedimento adotado para o ingresso do Poder Público na seara econômica. A Lei 9.491/97, que alterou os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização da União, estabelece os parâmetros a serem observados para a desestatização, que deve ser promovida pelo Executivo, administrativamente, mediante análise de conveniência e oportunidade. No caso da CEDAE, esses critérios serão definidos na Lei estadual. Portanto, não cabe ao Judiciário analisar o mérito administrativo, já que autorizado pela Lei específica.

Quanto às eventuais dispensas que se venha a promover, tampouco existe amparo legal para a pretensão, uma vez que a obrigação da empresa, em caso de privatização é o cumprimento das obrigações legalmente previstas do empregador; inexistindo, in casu, qualquer indício de que tais direitos serão desrespeitados. Indefiro o requerimento. Considerando a suspensão das atividades presenciais no âmbito do TRT-1, como medida de saúde pública voltada à contenção do avanço da pandemia da Covid-19, e tendo em vista o Ato Conjunto CSJT.GP.GVP.CGJT n. 5/20 e o Ato nº 11/2020 do GCGJT, determino o seguinte:

1. Cite-se a Ré por e-carta, para que apresente contestação, sem sigilo, no prazo de 15 dias úteis, ou no prazo de 30 dias úteis, via sistema, no caso de a Ré ser um dos entes previstos no art. 183 do CPC, conforme o disposto no artigo 335 do CPC c/c o art. 6º do Ato 11/2020 da GCGJT, contados da citação (art. 774, da CLT), e art. 4º do Ato Conjunto nº 13/2020, deste E. Regional, sob pena de revelia e confissão ficta – art. 344 do CPC.

2. No mesmo prazo, a Ré deverá, em peça apartada, informar se tem proposta de acordo (declinando o valor e a forma de pagamento). Em caso de haver proposta de acordo, intime-se a parte autora para manifestação, no prazo de 48 horas. Após, façam-se conclusos para apreciação.

3. Após, dê-se vista às partes, no prazo sucessivo de 10 dias úteis, iniciando-se pela parte autora, sendo esta para manifestação acerca da defesa e documentos por 10 (dez) dias úteis, e de ambas para que informem se pretendem produzir prova oral ou pericial, justificando-as, com a indicação especificado fato controvertido a ser provado.

4. Caso seja requerida a produção de prova oral, as partes deverão acessar a sala virtual utilizando-se das informações que seguem: LINK ÚNICO: <https://trt1-jus-br.zoom.us/my/vt61.rj> SENHA: 61vtrj (letras em minúsculo e sem espaço) ID pessoal de reunião: 4584782807 (que será solicitada SOMENTE para aqueles que ingressarem via celular) 5. Registre-se que a plataforma a ser utilizada, ZOOM Meetings, pode ser acionada em computadores e smartphones, motivo pelo qual eventual alegação de impossibilidade de realização o ato, pela parte, deverá ser devidamente fundamentada para posterior apreciação pelo Juízo, considerando o contido no art. 2º, IV, da Recomendação nº 01/CRTRT01 e art. 5º do Ato nº 11/GCGJT, de 23 de abril de 2020. 6. Caso as partes informem que não há necessidade de outras provas a serem produzidas, uma vez que se trata de matéria documental ou de direito, presume-se que permaneceram inconciliáveis. Nesse caso, deverão ser intimadas a apresentar razões finais, pelo prazo comum de 5 (cinco) dias, ficando prejudicada a derradeira proposta conciliatória, devendo vir os autos conclusos para sentença, na forma do art. 355 do CPC. As partes renunciaram, nesse caso, a qualquer arguição de nulidade pela remessa dos autos para prolação da decisão, sem a realização da derradeira assentada ou pela simples aplicação do art. 355. do CPC.

RIO DE JANEIRO/RJ, 20 de abril de 2021.

ELISIO CORREA DE MORAES NETO

Juiz do Trabalho Titular

Posteriormente, a liminar foi concedida em sede de mandado de segurança, nos seguintes termos:

“Assim, diante deste contexto e em consonância com o disposto no art. 13 da Convenção n. 158, art. 4º da Convenção n. 98 e art. 5º da Convenção n. 154, todas da OIT, bem como nos arts. 26 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, concedo a liminar, para suspender o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento de esgoto e abastecimento de águas de que trata o presente mandamus até que seja apresentado estudo circunstanciado de impacto socioeconômico na relação com os trabalhadores da empresa de economia mista estadual, seus prestadores de serviços e terceirizados, do qual constem alternativas para a dispensa em massa de trabalhadores, com a participação, preferencialmente, do Sindicato de Classe, sob pena de multa diária de R\$100.000,00 (cem mil reais).

Indefiro o pedido liminar sobre todos os pleitos incertos na alínea "B" do rol de pedidos, porque ao comando mandamental não interessa, no momento, a quantidade exata de empregados da CEDAE, o número de terceirizados e de prestadores de serviços, já que em curso ACP na primeira instância com o mesmo objeto e no qual a dilação probatória é mais ampla, sendo certo ainda que a necessidade de estudo circunstanciado sobre a possibilidade de remanejamento de empregados entre postos de trabalho já foi albergado pelo deferimento da liminar de suspensão do procedimento licitatório até a sua apresentação.

Intime-se a autoridade dita coatora, nos termos da Lei 12.016/2009, remetendo-lhe cópia desta decisão e para que preste as informações de estilo no prazo legal.

Intimem-se os impetrantes para ciência desta decisão.

Citem-se os terceiros interessados, por mandado, nos endereços indicados no id 77d01cc Pág. 2, para que se manifestem, em quinze dias, sobre o teor da presente ação mandamental”.

RIO DE JANEIRO/RJ, de abril de 2021.

CLAUDIA REGINA VIANNA MARQUES BARROZO

Desembargadora do Trabalho

Por fim, também em sede de mandado de segurança, impetrado no Eg. STF, a liminar concedida foi revogada, *in verbis*:

“Ex positis, acolho o pedido de extensão formulado e DEFIRO o pedido de medida liminar, para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0101354-84.2021.5.01.0000, em trâmite perante o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, a fim de restabelecer o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente, com fundamento no §8º do art. 4º da Lei 8.437/92.

Outrossim, determino a suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo graus que obste, parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro, até ulterior decisão no presente incidente.

Comuniquem-se, com urgência, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o Tribunal Regional Federal da Segunda Região.

Nos termos do §2º do art. 4º da Lei 8.437/92, intime-se o sindicato autor do mandado de segurança impetrado na origem, para que se manifeste sobre o pedido de extensão formulado no prazo legal.

Após, à Procuradoria-Geral da República, para manifestação (Lei 8.437/92, art. 4º, §2º).

Publique-se”.

Brasília, 27 de abril de 2021.

Ministro Luiz Fux

Presidente

Em contestação, a 1ª e 2ª Rés afirmaram que, a teor do disposto no art. 462 do CPC, ocorreu a perda do objeto quanto ao pedido de suspensão do procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento de esgoto e abastecimento de águas, uma vez que, em 30/04/2021, o leilão foi realizado, com a arrematação de três lotes dos quatro disponibilizados. Afirma que não subsiste a alegada insegurança jurídica, supostamente trazida com o processo de concessão, tendo em vista a cláusula normativa 38ª da CCT, vigente até abril de 2022, que prevê a garantia de emprego a 99% do efetivo de pessoal.

PEDIDOS

De fato, resta prejudicado o pedido de suspensão do procedimento licitatório, uma vez que já ocorreu. Tampouco se vislumbra interesse em agir nos pedidos aduzidos nos itens do pedido B da inicial, uma vez que se trata de demanda coletiva na qual os trabalhadores estão representados pelo substituto processual.

Por esse motivo, extingue-se o processo, sem resolução do mérito, quanto ao pedidos A, B e C.

Com relação ao pedido de condenação da Ré na obrigação de não fazer, qual seja, abster-se de dispensar seus empregados em massa, melhor sorte não assiste ao Autor, já que não resta configurado o risco avertido na inicial, tanto pelo fato de que não foi procedida qualquer dispensa com fulcro no citado

artigo 477-A da CLT, tanto porque a própria empresa reconhece a validade da norma coletiva que prevê a garantia de emprego de 99% de seus empregados. Portanto, não há demonstração de qualquer desrespeito, por parte da empresa, aos direitos trabalhistas de seus empregados.

Outrossim, acaso violados, os direitos sequer poderiam ser objeto de ação civil pública. Os trabalhadores ora representados têm em comum apenas o fato de possuírem vínculos de trabalho com a mesma empresa, direitos esses que, em tese, podem vir a sofrer violações futuramente ou não.

Portanto, essas pessoas são identificáveis e possuem causas de pedir distintas. Não vislumbro na hipótese direito a ser amparado na ação ajuizada. Não se trata de direitos difusos, ou seja, direitos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; coletivos, ou seja, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e nem mesmo individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (art. 81 do CDC).

A ação civil pública está prevista no artigo 129, III, da CRFB e regulamentada na Lei 7.347/85, que estabelece que a referida ação será cabível para proteger, entre outros, os direitos difusos e coletivos, sendo que o Autor não demonstrou que esses direitos tenham sido violados.

Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, não assiste razão à parte Autora, motivo pelo qual julgo improcedentes os pedidos D, E e F.

Não houve sucumbência da parte Ré. Improcede o pedido H.

Considerando-se que a ação foi julgada improcedente, são devidos honorários de sucumbência à Ré, nos termos do disposto no artigo 791-A, parágrafo 3º, da CLT, fixados em 5% sobre o valor indicado na inicial quanto aos pedidos improcedentes, conforme IN 41/2018 do C. TST.

Dispositivo

Pelo acima exposto, julgo improcedentes, conforme fixado na fundamentação acima, que este dispositivo integra.

Custas de R\$ 300,00, sobre o valor da condenação que ora se arbitra em R\$15.000,00, para este efeito específico, nos termos do art.789 da CLT, pelo Autor, isento.

Intimem-se.

RIO DE JANEIRO/RJ, 17 de junho de 2021.

ELISIO CORREA DE MORAES NETO

Juiz do Trabalho Titular

ÓRGÃO ESPECIAL

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0029592-55.2021.8.19.0000

IMPETRANTE: ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS RODRIGUES

IMPETRANTE: ADRIANA BONOW BALTHAZAR DA SILVEIRA

Advogado: Matheus Mascarenhas Guzella

IMPETRADO: MESA DIRETORA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ALERJ

IMPETRADO: EXMO SR PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Advogado: Rodrigo Lourenço Lopes

Procurador do Estado: Ciro Grynberg

RELATOR: DES. BENEDICTO ABICAIR

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR PARLAMENTARES DA ALERJ, OBJETIVANDO “A CONCESSÃO DA SEGURANÇA PARA IMPEDIR DEFINITIVAMENTE QUE O PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO N.º 57/2021 PRODUZA EFEITOS NO SENTIDO DE SUSTAR O DECRETO N.º 47.422/2020 DO GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, QUE AUTORIZOU A ABERTURA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA A CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO DA REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO E DEMAIS MUNICÍPIOS FLUMINENSES”.

1. Em regra, não se admite demanda judicial que tenha por objetivo controle de constitucionalidade de meros projetos normativos. Porém, excepcionalmente, o STF admite a impetração de mandado de segurança por parlamentar que tenha por objetivo atacar vício já efetivamente concretizado no curso do processo de formação da norma, sendo esse o caso em exame.

2. Com efeito, o decreto legislativo é espécie normativa que encontra previsão no artigo 99, XXIV, da CERJ e, consoante se extrai do Regimento Interno da ALERJ, artigo 96, “Os projetos de decreto legislativo se destinam a regular as matérias de

exclusiva competência do Poder Legislativo, sem a sanção do Governador do Estado.”

3. Porém, no caso em exame, o Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021 susta norma que não versa sobre matéria de competência exclusiva do Poder Legislativo Estadual. Com efeito, o Decreto nº 47.422/2020 trata da concessão de saneamento básico, serviço cuja titularidade não pertence ao ente estadual, consoante decidido pelo STF na ADI 1.842.

4. Como salientado pelos Impetrantes, o Decreto Executivo em questão foi editado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro no âmbito de competência delegada pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, por meio da Resolução CD Nº 08 de 28 de dezembro de 2020, que *“autoriza a delegação de atividades específicas ao Estado do Rio de Janeiro, delibera sobre a forma de prestação dos serviços de água e esgotamento sanitário da região metropolitana do Rio de Janeiro e aprova o plano metropolitano de água e esgotamento sanitário”*, e que, em seu artigo 2º, autoriza *“a delegação das funções de organização e promoção de 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”*.

5. Como ressaltado pela Procuradoria de Justiça, *“o Decreto Estadual nº 47.422/2020, cujo ato impetrado pretende sustar, foi editado com base em delegação de competência da Região Metropolitana, titular do serviço público de saneamento básico, vale dizer, trata-se de decreto editado com base em ‘delegação dos titulares dos serviços’, sendo que o Estado assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços*

3

de fornecimento de água e esgotamento sanitário. Nesse cenário, a inarredável conclusão a que se chega é a de que não há qualquer exorbitância de poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo no ato que praticou.”

6. Nesse passo, não se tratando de matéria de exclusiva competência do Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro, evidente a inconstitucionalidade, por vício formal, do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021, a autorizar a concessão da segurança.

SEGURANÇA QUE SE CONCEDE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança nº 0029592-55.2021.8.19.0000, sendo Impetrantes ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS RODRIGUES e ADRIANA BONOW BALTHAZAR DA SILVEIRA e Impetrados MESA DIRETORA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ALERJ e EXMO SR PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

ACORDAM os Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conceder a segurança e em negar conhecimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

3

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelos Deputados Estaduais ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS RODRIGUES e ADRIANA BONOW BALTHAZAR DA SILVEIRA, objetivando, em antecipação de tutela, que sejam suspensos os efeitos decorrentes da votação e aprovação do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021. Ao final, requerem a concessão da segurança, para impedir, definitivamente, que o Projeto de Decreto Legislativo n.º 57/2021 produza efeitos, no sentido de sustar o Decreto n.º 47.422/202023 do Governador do Estado do Rio de Janeiro, que autorizou a abertura de procedimento licitatório para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e demais municípios fluminenses.

Como causa de pedir, registram, em suma, que o Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021, que visa sustar os efeitos do Decreto n.º 47.422/20202 do Governador do Estado do Rio de Janeiro (que autorizou a abertura de procedimento licitatório para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e demais municípios fluminenses), foi incluído em pauta sob regime de urgência para a primeira sessão extraordinária de 29/04/2021, sendo aprovado por 34 votos favoráveis.

No entanto, alegam que a ALERJ não poderia dispor sobre a matéria tratada no PDL nº 57/21.

Nesse passo, argumentam que somente pode ser objeto de Decreto Legislativo matéria de competência exclusiva do Poder Legislativo, sem

5

a necessidade de sanção pelo Governador do Estado, nos termos da Constituição Estadual (artigo 99, inciso XXIV) e do Regimento Interno da ALERJ (artigo 96), não sendo esse, segundo alegam, o caso em exame.

Asseveram que, conforme artigo 99 da CERJ, o Poder Legislativo somente pode sustar atos normativos do Poder Executivo em duas hipóteses, quais sejam: atos normativos que exorbitem a competência executiva ou ofendam a competência legislativa (VII) e ato normativo inconstitucional assim declarado pelo Tribunal de Justiça por decisão definitiva (XVI), não se enquadrando o Decreto Executivo do Governador do Estado do Rio de Janeiro nº 47.422/2020 em nenhuma dessas hipóteses.

Consignam que o STF, no julgamento da ADI nº 1.482/RJ, firmou o entendimento segundo o qual a titularidade do serviço público de saneamento é do órgão colegiado formado pelos municípios metropolitanos, pelo Estado do Rio de Janeiro e por representantes da sociedade civil, assim como determinou que o poder decisório e o poder concedente de nenhum modo poderiam se concentrar unicamente nas mãos do Estado do Rio de Janeiro. Por outro lado, os municípios restantes – isto é, os que não configurassem uma metrópole – conservariam sua competência para tratar dos assuntos de interesse local (art. 30, I, da Constituição Federal) assim como organizá-los e prestá-los sob regime de concessão (art. 30, V, da Constituição Federal), sempre condicionada, é claro, à instituição de região metropolitana por lei complementar, na qual o interesse comum é prevalecente.

Destarte, assinalam que, a partir da decisão na ADI nº 1.842/RJ e da Lei nº 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole), o Governador do Estado

5

sancionou a Lei Complementar n.º 184/2018, dispondo sobre a composição, a organização e a gestão da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, bem como definindo os serviços de interesse comum.

Destarte, na área composta pelos vinte e dois municípios da região metropolitana (art. 1.º, caput, LC n.º 184/2018), o serviço de saneamento básico, sendo de interesse comum, está sob a competência do Conselho Deliberativo formado pelo Governador do Estado, pelos Prefeitos dos municípios metropolitanos e por três segmentos da sociedade civil, todos com direito a voto.

Assim, registram que, sendo o poder decisório sobre funções públicas de interesse comum indissociável do condomínio legislativo formado em órgão colegiado, então as resoluções do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro são atos normativos primários, oriundas de seu poder para decidir sobre a forma de prestação, delegação e modelagem dos serviços.

Consignam que, conforme o julgamento da ADI n.º 1.842/2018, as regiões metropolitanas extraem seu fundamento do art. 25, §3º, da Constituição Federal, para assumir plenamente a competência sobre funções públicas de interesse comum, de modo que as resoluções do órgão colegiado da região metropolitana possuem natureza jurídica originária.

Portanto, afirmam que, se o poder do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana e dos demais municípios fluminenses sobre a organização, o gerenciamento e a concessão do serviço público de saneamento básico

provém da própria organização das competências constitucionais, suas deliberações não podem ser consideradas mero poder regulamentar.

Nesse passo, alegam que, em 28/12/2020, com base na competência sobre o serviço de saneamento básico de que é titular, o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro decidiu (por meio da Resolução CD nº 08, de 28/12/2020) delegar as atividades de organização, gerenciamento e concessão do serviço público de saneamento ao Estado do Rio de Janeiro. De igual modo, os municípios do interior que não compõem a região metropolitana também outorgaram a respectiva delegação por meio de instrumentos de gestão associada, atribuindo ao Estado do Rio de Janeiro a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário.

Destacam que tal ato de delegação não implicou a atribuição da titularidade do serviço ao Estado do Rio de Janeiro, já que ela permanece sob a competência do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e dos demais municípios fluminenses.

Assim, consignam que o fundamento legal do Decreto n.º 47.422/2020 é a Resolução CD n.º 8/2020 e os demais instrumentos de gestão associada interfederativa celebrados com os titulares dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário, o que lhe atribui natureza jurídica de ato normativo primário.

Destarte, pontuam que o Decreto n.º 47.422/2020 é impassível de controle parlamentar por parte da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de

Janeiro, sob pena de violação aos princípios constitucionais do equilíbrio federativo (arts. 1.º e 23, I, da CRFB/88), da não intervenção do Estado nos municípios (art. 35, da CRFB/88), da autonomia municipal e das competências de interesse comum (arts. 18, *caput*, e 25, §3.º, da CRFB/88) e da forma de federação do Estado brasileiro (art. 60, §4.º, I, da CRFB/88).

Além da violação aos preceitos fundamentais acima elencados, ressaltam que a possibilidade de o Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro sustar atos do Governador do Estado está exclusivamente prevista no art. 99 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, sendo certo que o Decreto n.º 47.422/2020 não corresponde ao poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, mas, sim, a um ato normativo originário da delegação de competência dos titulares do serviço de saneamento básico. No mesmo sentido, o Decreto n.º 47.422/2020 não poderia também ser considerado um ato decorrente de delegação legislativa, pois o Estado do Rio de Janeiro não é titular do serviço de saneamento básico, razão por que tal poder jamais poderia ser delegado ao Governador do Estado pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Assim, alegam haver vício formal na possibilidade de sustação dos efeitos do Decreto Executivo pelo PDL 57/2021.

Decisão, index 00023, deferindo a liminar, para suspender os efeitos decorrentes da votação e aprovação do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021.

Agravo regimental interposto pela ALERJ, index 0084, requerendo a revogação da liminar.

Informações prestadas pela Autoridade Coatora, index 000475, pelo indeferimento da inicial ou, caso assim não se entenda, pela denegação da segurança.

Para tanto, alega que os supostos vícios suscitados pelos Impetrantes se referem a alegadas inconstitucionalidades materiais, de modo que não seria cabível o presente mandado de segurança.

Consigna que a inconstitucionalidade formal de projeto de decreto legislativo ocorre se: a) sua iniciativa não for de Parlamentar; b) não tiver por objeto a sustação de um Decreto do Poder Executivo; c) não tiver obedecido à tramitação legislativa constitucionalmente imposta; d) não for submetido à apreciação do colendo Plenário, pela maioria simples dos votos, desde que a maioria absoluta dos Deputados participe, física ou virtualmente, da votação; e) for submetido a sanção ou veto do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, porque decreto legislativo não é submetido a censura política de outro Poder.

Consigna que o Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021, ora impugnado: a) foi apresentado pelo Deputado André Ceciliano; b) visa à sustação do Decreto fluminense nº 47.422/2020; c) obedeceu à tramitação legislativa constitucionalmente imposta; d) foi aprovado pelo colendo Plenário, por maioria de votos, com a participação, física ou eletrônica, da maioria absoluta dos Deputados; e) foi promulgado e publicado sob o nº 16/2021.

10

Assevera que, se fosse correta a afirmativa de que o Projeto de Decreto Legislativo implica em usurpação de competência exclusiva do Poder Executivo para exercer a direção superior da administração estadual, haveria violação à Separação de Poderes, o que faria surgir inconstitucionalidade material e necessário controle repressivo de constitucionalidade.

Nesse passo, assevera não ser cabível o presente mandado de segurança.

Sustenta, ainda, que a inicial do presente mandado de segurança deve ser indeferida, argumentando que inconstitucionalidades materiais, se existirem, deverão ser apreciadas em controle abstrato repressivo, contra o Decreto Legislativo nº 16/2021, nunca contra um Projeto de Decreto Legislativo já exaurido.

Assevera que o PDL em questão não tem por objeto regulamentar nenhum serviço público municipal, mas apenas salvaguardar a propriedade estadual, impedindo sua alienação em desacordo com a Constituição.

Manifestação do Estado do Rio de Janeiro, index 000503, pela rejeição das preliminares suscitadas pelas autoridades impetradas e, no mérito, pela confirmação da liminar, com a concessão da segurança, para determinar o arquivamento do PDL nº 57/2021, em razão dos vícios formais do processo legislativo.

O Estado do Rio de Janeiro destaca, inicialmente, que a jurisprudência do STF afirma o cabimento de mandado de segurança impetrado

10

por Parlamentar, no exercício de seu mandato, a fim de tutelar direito líquido e certo à observância do devido processo legislativo (STF, MS 32.033).

Nesse aspecto, salienta que, no presente mandado de segurança, o que se pretende é justamente tutelar o direito líquido e certo dos Parlamentares impetrantes de coibir a tramitação de Projeto de Decreto Legislativo que desrespeita as disposições constitucionais relativas ao processo legislativo, uma vez que: (i) há usurpação de competência exclusiva da Chefia do Poder Executivo para exercer a direção superior da Administração estadual e para dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração (CRFB/1988, art. 84, II e VI, a; CERJ, art. 145, II e VI, a); (ii) o Decreto Legislativo é espécie normativa com objeto restrito, não se admitindo a sua edição para dispor sobre matéria de competência exclusiva do Poder Executivo (CRFB/1988, art. 49, V; CERJ, art. 99, VII) e, tampouco, para exercer atribuição reservada ao Tribunal de Contas do Estado – TCE/RJ (CRFB/1988, art. 71, X; CERJ, art. 123, IX); (iii) a Assembleia Legislativa do Estado não tem competência legislativa para dispor sobre a concessão de serviços de saneamento e abastecimento de água dos Municípios (CRFB, art. 30, II e V); e (iv) a justificativa do Projeto de Decreto Legislativo demonstra a ausência de correlação entre o seu objeto e a finalidade que as autoridades impetradas pretendem alcançar, em violação ao devido procedimento para a elaboração de normas.

Consigna o ente estadual que a controvérsia exige exclusivamente o controle judicial de aspectos formais relativos ao processo legislativo, o que é admitido pela jurisprudência do STF.

Dessa maneira, argumenta ser cabível a impetração para assegurar direito líquido e certo dos Parlamentares ao devido processo legislativo, de modo a sustar a tramitação de Projeto de Decreto Legislativo que (i) não observa os limites constitucionais da espécie legislativa, (ii) usurpa competência exclusiva do Poder Executivo, (iii) afronta a competência dos Municípios para dispor sobre a concessão de serviços de saneamento e abastecimento de água e (iv) é editado para alcançar finalidade diversa daquela constante de seu objeto. As questões suscitadas dizem respeito exclusivamente a vício formal orgânico (competência legislativa) e a vício formal subjetivo (iniciativa legislativa para a matéria).

Pontua, também, não se sustentar a preliminar de indeferimento da inicial suscitada pelos Impetrados, visto que a tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/01 não se encerrou.

Nesse sentido, registra que o presente Mandado de Segurança foi impetrado em 29 de abril de 2021, sendo deferida liminar para suspender a tramitação legislativa em 30 de abril de 2021 (index 23), com a intimação das autoridades impetradas na mesma data (index 45). Por sua vez, o Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021 foi votado em plenário em 29 de abril de 2021, mas a sua publicação ocorreu na mesma data em que foi deferida a liminar “para suspender os efeitos decorrentes da votação e aprovação do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021”. A publicação do ato legislativo, portanto, não teve qualquer efeito.

Consigna o Estado do Rio de Janeiro que a alegação de exaurimento da tramitação legislativa do Projeto de Decreto Legislativo nº

57/2021 pressuporia a recusa de autoridade da tutela jurisdicional, fls. 23, assim como a rejeição da autoridade do próprio Poder Judiciário fluminense.

Sobre a questão de fundo, o ente estadual assinala que a Constituição do Estado – que reproduz, nesta parte, a Constituição da República –, autoriza a sustação de “atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (art. 99, VII, da CERJ).

Assinala que a competência legislativa para edição de decretos legislativos não se trata de um poder discricionário do Poder Legislativo para sustar atos do Poder Executivo que considere inoportuno ou inconveniente, tratando-se de competência excepcional, derogatória da Separação de Poderes, devendo se liminar ao que prevê a Constituição Federal, para evitar a interferência inconstitucional de um Poder sobre outro. A edição de decretos legislativos trata, portanto, de competência estritamente vinculada aos expressos termos da Constituição. Em decorrência disso, a espécie legislativa só é adequada quando se está diante de decretos regulamentares editados pelo Poder Executivo que exorbitem dos limites estabelecidos na lei.

O PDL impugnado, no entanto, não diz respeito a qualquer exorbitância de poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, visto inexistir no Decreto Estadual nº 42.422/2020 conteúdo regulamentar para controle por Decreto Legislativo.

Assim, pontua que o Decreto Estadual nº 47.422/2020, cujo ato impetrado pretende sustar, foi editado com base em delegação de competência da Região Metropolitana, titular do serviço público de saneamento básico.

Afirma que, ao editar o referido Decreto para autorizar a abertura de procedimento licitatório, o Estado apenas deu publicidade à Resolução do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana nº 08/2020, que aprovou o plano de concessão e a concorrência pública, com base em sua competência definida no art. 11, inciso VII, da Lei Complementar nº 184/2018.

Salienta que é a Resolução nº 08/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, editada pelo titular do serviço de saneamento básico, nos termos definidos pelo STF na ADI 1842/RJ, que estabelece as condições de delegação do serviço. E o Decreto nº 47.422/2020, por sua vez, foi editado com fundamento no art. 2º da Resolução nº 08/2020.

Pontua que a atuação do Poder Executivo que o ato coator pretende sustar está subordinada ao ato do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana que determinou as condições para a concessão do serviço de saneamento, não tendo sequer como fundamento de validade um ato normativo editado pela Assembleia Legislativa do Estado.

Registra que o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço público de saneamento básico, que, conforme já decidido pelo STF no julgamento da ADI 1842/RJ, é titularizado pelos Municípios, que, se assim optarem, podem transferir a respectiva titularidade para a Região Metropolitana, tal como se deu neste Estado, com a edição da Lei Complementar nº 184/2018.

Assevera, assim, que o Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021, ao dispor sobre a concessão de serviços públicos de titularidade municipal, contém vício de inconstitucionalidade formal, por afronta às competências político-administrativa e legislativa municipais para dispor sobre os serviços de saneamento de interesse das localidades.

Consigna que o Decreto executivo nº 47.422/2020 trata de um ato de efeitos concretos, editado com base em delegação de entidade interfederativa, que se limita a dar publicidade a uma decisão do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana sobre a abertura de procedimento licitatório para a concessão de serviço público. Não trata, portanto, de um regulamento, mas de um Decreto editado no exercício de competência exclusiva do Poder Executivo para “direção superior da administração” (art. 84, II, da CRFB) e para dispor mediante decreto sobre “organização e funcionamento da administração” (art. 84, VI, a, da CRFB).

Salienta, ainda, que, por meio do Decreto executivo nº 47.422/2020, o Poder Executivo autorizou a abertura de uma licitação, em cumprimento às suas obrigações constitucionais para prestação de serviço público e nos estritos termos de delegação recebida dos Municípios.

Consigna que a definição da abertura de uma licitação, do seu respectivo objeto, assim como das condições concretas para a delegação do serviço público são funções tipicamente administrativas, de modo que o Poder Legislativo não pode suplantar a discricionariedade técnica da Administração para, em seu lugar, determinar objeto que lhe afigura mais conveniente, nem

determinar as datas para a realização da concorrência, ou a forma como a delegação do serviço será realizada.

E, em razão da usurpação de competência do Poder Executivo para direção superior da Administração e para a sua organização e funcionamento, a tramitação do PDL nº 57/2021 viola, segundo alega, o direito líquido e certo dos impetrantes de observância do devido processo legislativo, em razão de vício formal subjetivo de inconstitucionalidade.

Argumenta que, na verdade, o PDL tem o declarado propósito de pressionar a União Federal para obrigá-la a renovar o Regime de Recuperação Fiscal a que está submetido o Estado do Rio de Janeiro, inferindo-se da exposição de motivos o desvio de finalidade na utilização da espécie legislativa.

Registra, por fim, que o PDL nº 57/2021 também viola o devido processo legislativo, uma vez que o controle externo de atos administrativos relativos a contratações públicas, nos termos do art. 71, X, da Constituição (reproduzido pelo art. 123, IX, da CERJ), é uma atribuição do Tribunal de Contas, salientando que, por meio do processo TCE-RJ 100.167-5/21, o TCE/RJ examinou o edital de licitação e a modelagem definida para a concessão de serviço público referida pelo Decreto nº 47.422/2020, tendo-se concluído pela sua regularidade.

Parecer da Procuradoria de Justiça, index 000527, pela concessão da segurança, confirmando-se a medida cautelar anteriormente deferida.

Ressalta a Procuradoria de Justiça, inicialmente, não se sustentar a preliminar, suscitada pelo Impetrado, de não cabimento do presente mandado de segurança. Nesse passo, salienta o *Parquet* que a tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021 não se encerrou porque, votado em plenário em 29 de abril de 2021, sua publicação ocorreu na mesma data em que foi deferida a liminar “para suspender os efeitos decorrentes da votação”, de modo que, em razão da decisão judicial proferida na mesma data, o ato de publicação restou ineficaz, prejudicados todos os atos legislativos subsequentes.

Sobre a questão de fundo, o MP registra que o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço público de saneamento básico, que, conforme já decidido pelo STF no julgamento da ADI 1842/RJ, é titularizado pelos Municípios, que, se assim optarem, podem transferir a respectiva titularidade para a Região Metropolitana, tal como se deu neste Estado, com a edição da Lei Complementar nº 184/2018.

Destaca o Ministério Público que foi nessa esteira de ideias que o Decreto Executivo epigrafado foi editado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro no âmbito de competência delegada pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, por meio dos artigos 1º e 2º da Resolução CD nº 08 de 28 de dezembro de 2020.

Nesse passo, pontua que o Decreto Estadual nº 47.422/2020, cujo ato impetrado pretende sustar, foi editado com base em delegação de competência da Região Metropolitana, titular do serviço público de saneamento básico, vale dizer, trata-se de decreto editado com base em “delegação dos titulares dos serviços”, sendo que o Estado assumiu a responsabilidade pela

condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário.

Nesse cenário, consigna a Procuradoria de Justiça que a inarredável conclusão a que se chega é a de que não há qualquer exorbitância de poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo no ato que praticou.

Nesse passo, pontua que, nos termos do artigo 96 do Regimento Interno da ALERJ, “Os projetos de decreto legislativo se destinam a regular as matérias de exclusiva competência do Poder Legislativo, sem a sanção do Governador do Estado”, sendo que, conforme artigo 99, VII da Carta Estadual, ao Parlamento Estadual compete privativamente a sustação de “atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Assinala o MP que o PDL impugnado não diz respeito a qualquer exorbitância de poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, nem tampouco versa sobre matéria de competência exclusiva do Poder Legislativo Estadual.

E, não se tratando de matéria de exclusiva competência do Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro, legislar sobre o tema configura inconstitucionalidade por vício formal, conforme já assentado pelo STF (ADI 5184).

Destaca a Procuradoria de Justiça, outrossim, ser cabível a impetração de mandado de segurança por Parlamentar, no exercício do seu

19

mandato, com o objetivo de atacar vício já efetivamente concretizado no curso de processo de formação da norma (STF, MS 32.033), sendo esse o caso em exame, porquanto o que se pretende é justamente tutelar o direito líquido e certo dos Parlamentares impetrantes de coibir a tramitação de Projeto de Decreto Legislativo que desrespeita as disposições constitucionais relativas ao processo legislativo, uma vez que: a) há usurpação de competência exclusiva da Chefia do Poder Executivo para exercer a direção superior da Administração estadual e para dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração, na forma do artigo 145, II e VI, da CERJ; b) o Decreto Legislativo é espécie normativa com objeto restrito, não se admitindo a sua edição para dispor sobre matéria de competência exclusiva do Poder Executivo, conforme dispõe o artigo 99, VII da Carta Estadual.

Registra o MP, por fim que, por meio do processo TCE-RJ 100.167-5/216, o TCE/RJ examinou o edital de licitação e a modelagem definida para a concessão de serviço público referida pelo Decreto nº 47.422/2020, tendo-se concluído pela sua regularidade, sendo certo que o controle externo de atos administrativos relativos a contratações públicas, nos termos do artigo 123, IX, da CERJ, é uma atribuição do Tribunal de Contas.

Petição do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Purificação e Distribuição de Água e em Serviços de Esgotos de Niterói e Região – SINDÁGUA/RJ, do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Purificação e Distribuição de Água e em Serviços de Esgoto de Campos e Região Norte e Noroeste do Estado do Rio de Janeiro – STAECNON, da Associação dos Empregados de Nível Universitário da CEDAE – ASEAC e do Sindicato dos Engenheiros no Estado do Rio de Janeiro - SENGE-RJ,

index 0049, 0099-00184, 000200-000420, requerendo sua habilitação como *amici curiae*.

Decisão, index 00542, indeferindo o pleito de admissão ao feito na qualidade de *amicus curiae*.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por parlamentares da ALERJ, objetivando “*a concessão da segurança para impedir definitivamente que o Projeto de Decreto Legislativo n.º 57/2021 produza efeitos no sentido de sustar o Decreto n.º 47.422/2020 do Governador do Estado do Rio de Janeiro, que autorizou a abertura de procedimento licitatório para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e demais municípios fluminenses*”.

Trago à colação o teor do Projeto de Decreto Legislativo n.º 57/2021, aqui impugnado:

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº 57/2021 SUSTA OS EFEITOS DO DECRETO N.º 47.422, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2020

Autor: Deputado ANDRÉ CECILIANO

D E S P A C H O:

A imprimir e às Comissões de Constituição e Justiça; de Saúde; de Saneamento Ambiental; de Assuntos Municipais e de Desenvolvimento Regional; de Economia, Indústria e Comércio; e de Orçamento, Finanças, Fiscalização Financeira e Controle. Em 06.04.2021 DEPUTADO ANDRÉ CECILIANO - PRESIDENTE A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

R E S O L V E: Art. 1º - **Ficam sustados os efeitos do Decreto n º 47.422, de 23 de dezembro de 2020, publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro de 28 de dezembro de 2020, que “DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO E DOS SERVIÇOS COMPLEMENTARES DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.”**

Art. 2º - A edição de novo decreto com o mesmo intuito fica condicionado à prorrogação do Regime de Recuperação Fiscal.

Art. 3º - Este Decreto Legislativo entrará em vigor na data de sua publicação. Plenário Barbosa Lima Sobrinho, 05 de abril de 2021.
Deputado ANDRE CECILIANO

Veja-se, ainda, o teor do Decreto nº 47.422, de 23 de dezembro de 2020, sustado pelo referido Projeto de Decreto Legislativo:

DECRETO Nº 47.422 DE 23 DE DEZEMBRO DE 2020 DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO E DOS SERVIÇOS COMPLEMENTARES DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em exercício, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, considerando o disposto nos instrumentos de gestão associada interfederativa celebrados com titulares dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitários, nos termos do art. 241, da Constituição e em atendimento ao art. 5º da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conforme Processo Administrativo nº SEI-120207/000707/2020.

CONSIDERANDO:

- ser de competência comum dos entes públicos integrantes das três esferas federativas, nos termos do art. 23, inc. IX, da Constituição, implementar políticas públicas e programas que assegurem, de forma eficiente e economicamente sustentável, melhorias nas condições de saneamento básico;*
- que a universalização dos serviços públicos de saneamento básico, dentre os quais se destacam os serviços de esgotamento e*

fornecimento de água tratada, é um vetor fundamental para garantir, entre outros aspectos essenciais da dignidade humana, o direito à saúde e à proteção ao meio ambiente;

- a necessidade de compartilhamento interfederativo de responsabilidades para que se viabilize a ampliação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário adequado, em atendimento aos prazos legalmente estabelecidos, assim como a necessidade de proteção ao meio ambiente;

- que a Lei federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e, dentre os princípios fundamentais elenca a prestação regionalizada dos serviços com o objetivo de gerar ganhos de escala e propiciar a universalização e a viabilidade técnica e econômico-financeira do saneamento básico, admitindo a cooperação federativa para o exercício de funções públicas, tais quais a prestação, organização, fiscalização e regulação;

*- **que o Estado do Rio de Janeiro, por meio de delegação dos titulares dos serviços, assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário;***

- que, não obstante o papel desempenhado pelo Estado do Rio de Janeiro, os titulares dos serviços remanescerão responsáveis pelo planejamento, fiscalização e acompanhamento dos resultados das concessões contratadas.

DECRETA:

Art. 1º - Fica autorizada a abertura de procedimento licitatório sob a modalidade de concorrência internacional, a ser julgada pelo critério de maior oferta, com o fim de selecionar a proposta mais vantajosa para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário cujos titulares constituíram gestão associada com o Estado do Rio de Janeiro.

Art. 2º - A área objeto da licitação consiste na área urbana das sedes municipais e respectivos distritos urbanos integrantes de cada um dos Municípios inseridos nas quatro concessões a serem licitadas pelo Estado do Rio de Janeiro.

Parágrafo Único - A área urbana a ser considerada é aquela delimitada nos Planos Diretores de cada município e, na ausência deste plano, no definido pela legislação municipal ou, por último, pelo IBGE.

Art. 3º - O prazo da concessão dos serviços objeto do presente Decreto será de até 35 (trinta e cinco) anos somados ao período inicial de operação assistida do sistema, em conformidade com as normas e os termos do Edital de licitação e seus anexos.

*Art. 4º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.
Rio de Janeiro, 23 de dezembro de 2020 CLÁUDIO CASTRO
Governador em Exercício*

Inicialmente, registro que, em regra, não se admite demanda judicial que tenha por objeto controle de constitucionalidade de meros projetos normativos.

Porém, excepcionalmente, o STF admite a impetração de mandado de segurança por parlamentar que tenha por objetivo atacar vício já efetivamente concretizado no curso do processo de formação da norma, sendo esse o caso em exame. A propósito:

Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). **O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua**

final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido.

(MS 32033, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00330)

Como ressaltado pela Procuradoria de Justiça, index 000527:

“Sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem afirmado excepcionalmente o cabimento de mandado de segurança impetrado por Parlamentar, no exercício de seu mandato, com o objetivo de atacar vício já efetivamente concretizado no curso do processo de formação da norma.

(...)

Sob esse prisma, no presente mandado de segurança o que se pretende é justamente tutelar o direito líquido e certo dos Parlamentares impetrantes de coibir a tramitação de Projeto de

25

Decreto Legislativo que desrespeita as disposições constitucionais relativas ao processo legislativo, uma vez que: a) há usurpação de competência exclusiva da Chefia do Poder Executivo para exercer a direção superior da Administração estadual e para dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração, na forma do artigo 145, II e VI, da CERJ; b) o Decreto Legislativo é espécie normativa com objeto restrito, não se admitindo a sua edição para dispor sobre matéria de competência exclusiva do Poder Executivo, conforme dispõe o artigo 99, VII da Carta Estadual.”

Destarte, cabível a impetração do presente *mandamus*.

Noto, outrossim, que, ao contrário do afirmado pelos Impetrados, a tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021 não se encerrou porque, votado em plenário em 29 de abril de 2021, sua publicação ocorreu na mesma data em que foi deferida a liminar “para suspender os efeitos decorrentes da votação”, de modo que, em razão da decisão judicial proferida na mesma data, o ato de publicação restou ineficaz, prejudicados todos os atos legislativos subsequentes. Não há que se falar, pois, em indeferimento da inicial.

Sobre a questão de fundo, saliento que o decreto legislativo é espécie normativa que encontra previsão no artigo 99, XXIV, da CERJ, nos seguintes termos:

Art. 99. Compete privativamente à Assembleia Legislativa:

(...)

XXIV - emendar a Constituição, promulgar leis no caso do silêncio do Governador, *expedir decretos legislativos* e resoluções;

E, consoante se extrai do Regimento Interno da ALERJ, artigo 96, “Os projetos de decreto legislativo se destinam a regular as matérias de

25

exclusiva competência do Poder Legislativo, sem a sanção do Governador do Estado.”

Com efeito, como leciona Guilherme Pena de Moraes, o “*decreto legislativo é destinado a regular as matérias de exclusiva atribuição do Poder Legislativo.*” De acordo com o ilustre constitucionalista, ao tratar do decreto legislativo:

“O procedimento legislativo é instaurado por projeto de decreto legislativo, apresentado por qualquer Membro ou Comissão do Poder Legislativo, quando não sejam de iniciativa privativa da Mesa ou de outro colegiado específico, com vistas à promulgação e publicação pela Presidência do Senado Federal.

A declaração prescritiva é referente à aprovação do estado de defesa e intervenção federal, à autorização do estado de sítio, celebração da paz, declaração de guerra e trânsito ou permanência temporária de forças estrangeiras no território nacional, ao julgamento das contas prestadas anualmente e à ratificação dos tratados e convenções internacionais celebrados pelo Presidente da República, assim como à sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem dos limites do poder regulamentar ou da delegação legislativa, sem embargo de outros temas enumerados nos arts. 49 e 62, §3º, in fine, da CRFB.” (Curso de Direito Constitucional, 12ª edição, Atlas, p. 527)

Ainda nesse sentido:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO LEGISLATIVO 547/2014 DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAPÁ. ATO NORMATIVO QUE POSSUI EFEITOS GENÉRICOS E ABSTRATOS. DECRETO QUE, AO SUSTAR A VIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL, DETERMINOU A REPRISTINAÇÃO DE NORMAS ANTERIORES. INOVAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA. CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 127, § 2º, E

128, §§ 3º E 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AUTONOMIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECRETO LEGISLATIVO QUE ANULOU A APROVAÇÃO DE PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR DE INICIATIVA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, SUSPENDEU A VIGÊNCIA DA LEI DELE DECORRENTE (LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL) E ANULOU OS ATOS POSTERIORES NELA FUNDADOS. MATÉRIA CUJO TRATAMENTO A CONSTITUIÇÃO DE 1988 RESERVA A LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL. INICIATIVA CONFERIDA AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. DECRETO LEGISLATIVO QUE ALTEROU A DISCIPLINA JURÍDICA DA CARREIRA DOS INTEGRANTES DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, EM DESOBEDIÊNCIA AO ARTIGO 128, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRETENSÃO DE REALIZAÇÃO DE CONTROLE POLÍTICO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS A POSTERIORI. ATO DE NATUREZA LEGISLATIVA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 473 DO STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA PROCEDENTE. 1. O Ministério Público é o titular da iniciativa de projeto de lei que organiza, institui atribuições e estabelece a estrutura da carreira, dispondo também sobre a forma de eleição, de composição da listra triíplice e de escolha do Procurador-Geral de Justiça, na forma do artigo 128, §§ 3º e 5º, da Constituição Federal, observados os limites traçados pelo texto constitucional e pela legislação orgânica nacional (Lei 8.625/1993). 2. A espécie normativa do decreto legislativo não é instrumento capaz de revogar ou alterar as disposições de legislação que discipline matéria constitucionalmente reservada à lei complementar, muito menos quando a essa lei a Constituição Federal limita a iniciativa legislativa. Concluído o processo legislativo, a pronúncia de inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo primário, ainda que fundamentada em vício formal no seu trâmite legislativo, deve se dar por meio de decisão judicial, no exercício do controle judicial e repressivo de constitucionalidade. 3. **Consectariamente, o Decreto Legislativo 547/2014, ao sustar a vigência da Lei Complementar Estadual nº 79/2013 sem que houvesse a hipótese de exorbitação de poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (artigo 49, V, da CRFB/1988), tampouco sua pronúncia de inconstitucionalidade (artigo 52, X, da CRFB/1988), revela-se inconstitucional.** Isso porque, a pretexto de preservar sua própria competência, o Decreto Legislativo consubstancia ato normativo modificador da disciplina jurídica da carreira dos integrantes do Ministério Público local, em desobediência às exigências estabelecidas pelo artigo 128, § 5º, da

Constituição Federal. 4. O ato normativo impugnado exterioriza os elementos necessários ao cabimento da presente ação, visto que se reveste de densidade normativa primária. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada PROCEDENTE, declarando-se a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 547/2013 da Assembleia Legislativa do Estado do Amapá. (ADI 5184, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-09-2019 PUBLIC 16-09-2019)

Porém, no caso em exame, o Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021 susta norma que não versa sobre matéria de competência exclusiva do Poder Legislativo Estadual.

Com efeito, o Decreto nº 47.422/2020 trata da concessão de saneamento básico, serviço cuja titularidade não pertence ao ente estadual, consoante decidido pelo STF na ADI 1.842. Nesse sentido, o seguinte trecho da decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux, nos autos da suspensão de liminar 1.446 RJ, datada de 22/04/21:

“A leitura do referido precedente [ADI 1.842] demonstra que o **Plenário do Supremo Tribunal Federal**, interpretando os artigos 23, IX, e 25, §3º, da Constituição, **assentou entendimento no sentido de que a integração de município a região metropolitana criada por lei estadual, conquanto compulsória, não esvazia a autonomia municipal. Assim, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico segue sendo dos municípios integrantes, a despeito da execução de referidos serviços se dar de modo conjunto no âmbito da unidade interfederativa.** Por esses fundamentos, entendeu o Plenário desta Corte ser inconstitucional dispositivo de lei estadual que submetia o poder concedente relacionado a estes serviços exclusivamente à decisão da autoridade Estadual, pois reconhecia-se pertencer ao “colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado” o poder concedente e a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico.

À luz do julgamento da ADI 1.842, revela-se, neste juízo sumário e sem prejuízo de ulterior revisão, a impossibilidade de invocação da Lei Estadual nº 2.831/1997 como limitadora do prazo de concessão de serviços cuja titularidade não pertence exclusivamente ao Estado do Rio de Janeiro, mas antes ao conjunto de Municípios integrantes da Região Metropolitana, sob pena de ferimento da autonomia federativa dos municípios conglomerados, donde exsurge o fumus boni iuris da alegação formulada pelo Estado autor.”

Como salientado pelos Impetrantes, o Decreto Executivo em questão foi editado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro no âmbito de competência delegada pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, por meio da Resolução CD nº 08 de 28 de dezembro de 2020, que *“autoriza a delegação de atividades específicas ao Estado do Rio de Janeiro, delibera sobre a forma de prestação dos serviços de água e esgotamento sanitário da região metropolitana do Rio de Janeiro e aprova o plano metropolitano de água e esgotamento sanitário”,* e que, em seu artigo 2º, autoriza *“a delegação das funções de organização e promoção de 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”,* index 0007 do Anexo.

Nesse passo, não se tratando de matéria de exclusiva competência do Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro, evidente a inconstitucionalidade, por vício formal, do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021, a autorizar a concessão da segurança.

Também nesse sentido opina a Procuradoria de Justiça, index 000527:

“Pode-se afirmar, então, que o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço público de saneamento básico, que, conforme já decidido pelo STF no julgamento da ADI 1842/RJ, é titularizado pelos Municípios, que, se assim optarem, podem transferir a respectiva titularidade para a Região Metropolitana, tal como se deu neste Estado, com a edição da Lei Complementar nº 184/2018.

(...)

Foi nessa esteira de ideias que o Decreto Executivo epigrafado foi editado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro no âmbito de competência delegada pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, por meio dos artigos 1º e 2º da Resolução CD Nº 08 de 28 de dezembro de 2020.

Constata-se, então, que o Decreto Estadual nº 47.422/2020, cujo ato impetrado pretende sustar, foi editado com base em delegação de competência da Região Metropolitana, titular do serviço público de saneamento básico, vale dizer, trata-se de decreto editado com base em ‘delegação dos titulares dos serviços’, sendo que o Estado assumiu a responsabilidade pela condução do processo de concessão regionalizada dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário.

Nesse cenário, a inarredável conclusão a que se chega é a de que não há qualquer exorbitância de poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo no ato que praticou.

Além disso, o artigo 96 do Regimento Interno da ALERJ dispõe que: ‘Os projetos de decreto legislativo se destinam a regular as matérias de exclusiva competência do Poder Legislativo, sem a sanção do Governador do Estado.’

Com efeito, o PDL impugnado não diz respeito a qualquer exorbitância de poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, nem tampouco versa sobre matéria de competência exclusiva do Poder Legislativo Estadual. Como se vê do disposto no artigo 99, VII da Carta Estadual, ao Parlamento Estadual compete privativamente a sustação de ‘atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa’, o que não retrata a hipótese dos autos.

31

Consequência disso é que, não se tratando de matéria de exclusiva competência do Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro, legislar sobre o tema configura inconstitucionalidade por vício formal, conforme já assentado pelo STF, como se vê do aresto abaixo transcrito (g.n.):

(...)

Forte nessas considerações manifesta-se o Ministério Público no sentido da concessão da segurança, confirmando-se a medida cautelar anteriormente deferida.”

Por tais motivos, CONCEDO A SEGURANÇA, nos termos do pedido formulado na exordial, confirmando a liminar aqui deferida.

NEGO CONHECIMENTO ao agravo regimental, index 00084, visto que prejudicado.

Sem custas, nos termos do 17, inciso IX, da Lei Estadual 3350/99, observado o artigo 17, §1º, dessa Lei. Sem honorários, conforme artigo 25 da Lei 12.016.

Rio de Janeiro,

**DESEMBARGADOR BENEDICTO ABICAIR
RELATOR**

31

**ÓRGÃO ESPECIAL
REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0057848-
08.2021.8.19.0000
REPRESENTANTE: EXMO SR GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO
Advogado: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro
Advogado: Rafael Rolim de Minto
REPRESENTADO: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO
Advogado: Fátima Maria Amaral
LEGISLAÇÃO: LEI Nº 9164 DE 2020 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ARTIGO 11
RELATOR: DES. BENEDICTO ABICAIR**

DECISÃO

Trata-se de Representação por Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro, tendo como objeto o artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/20. A legislação atacada tem a seguinte redação:

Art. 11. A Agência Reguladora de Saneamento – AGENERSA –, deverá, no transcorrer do exercício de 2021, determinar que as concessionárias de água e esgoto do Estado do Rio de Janeiro, sob sua fiscalização, não mais pratiquem o conceito de consumo mínimo de água para qualquer tipo de estabelecimento, residencial, comercial, industrial ou público, como forma de preservação ambiental da água.

O Representante narra que a Lei Estadual nº 9.164, de 28 de dezembro de 2020, derivada de projeto de lei de iniciativa dos Exmos. Srs. Deputados Samuel Malafaia e Luiz Paulo, regulamentou os procedimentos para armazenamento e retardo de água de chuva em perímetros urbanos para aproveitamento e postergação de sua descarga na rede pública.

2

Destaca que o art. 11 da Lei Estadual ora impugnado, no entanto, tratou de matéria bastante distinta: impôs à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado - AGENERSA que determine às concessionárias de água e esgoto sob sua fiscalização que deixem de aplicar "o conceito de consumo mínimo da água para qualquer tipo de estabelecimento".

Pontua que o art. 11 da Lei nº 9.164/2020 foi inicialmente vetado, mas a Assembleia Legislativa do Estado – ALERJ rejeitou o veto, promulgando o dispositivo, conforme publicação no Diário Oficial de 15 de junho de 2021.

Contudo, sustenta que o art. 11 da Lei nº 9.164/2020 é inconstitucional, em razão de: (i) vício de iniciativa, uma vez que a imposição de atribuições a órgãos e entidades da Administração é privativa do Poder Executivo, tratando-se de matéria de reserva da Administração (art. 112, § 1º, d, c/c art. 145, VI, a, da CERJ); (ii) afronta ao princípio da separação de poderes (art. 7º da CERJ), já que a iniciativa legislativa para dispor sobre atribuições de autarquia (AGENERSA), assim como sobre a gestão de contrato administrativo de concessão viola a independência do Poder Executivo; (iii) usurpação de competência dos Municípios para dispor sobre critério específico de fixação de tarifa de serviços de saneamento e abastecimento de água, nos termos da decisão da ADI nº 1.842/RJ, em que o STF afirmou que o serviço de saneamento básico é de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (CERJ, art. 72, *caput*, art. 343, art. 358, I e V); e (iv) afronta à competência da União para instituir diretrizes gerais de saneamento básico, que, no art. 30, incisos III e IV, da Lei Federal nº 11.445/2007 (Lei Geral de Saneamento Básico) admite expressamente a cobrança por consumo mínimo (CERJ, art. 74, § 1º).

2

3

Sobre o vício de iniciativa e violação à separação de poderes, assinala que o artigo 11 da Lei 9.146/2020, oriundo de iniciativa parlamentar, impôs à AGENERSA a atribuição de proibir as concessionárias de água e esgoto do Estado de efetuarem cobrança de tarifa por consumo mínimo de água. Porém, registra que a Constituição da República, no art. 84, inciso VI, a, reproduzido pelo art. 145, inciso VI, a, da CERJ, reserva ao Chefe do Poder Executivo a competência para dispor, mediante decreto, sobre “organização e funcionamento da administração estadual”.

Pontua que o ato normativo impugnado, ao exigir da AGENERSA a adoção de medidas para proibir que as concessionárias sob sua fiscalização realizem cobrança por consumo mínimo, interferiu diretamente no funcionamento de uma autarquia estadual, afetando, inclusive, a sua discricionariedade técnica para regulação do serviço, avançando em providências que cuidam de funções típicas do Poder Executivo.

Acresce que a instituição da proibição de cobrança de tarifa por consumo mínimo interferiu, também, na gestão dos contratos administrativos de concessão de serviço de água e esgoto. Afinal, ao excluir a possibilidade de as concessionárias efetuarem a cobrança de abastecimento de água por tarifa mínima, o ato normativo impôs a modificação dos contratos, com repercussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Destaca que, de acordo com o STF, são inconstitucionais, por afronta ao princípio da separação de poderes, as leis de iniciativa do Poder Legislativo que interfiram na política tarifária dos contratos de concessão, tendo em vista que se trata de matéria reservada ao Poder Executivo.

3

4

Nesse passo, em razão da usurpação de competência do Poder Executivo para a sua organização e funcionamento, argumenta que o artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020 é inconstitucional por violação aos artigos 7º, 112, §1º, d, c/c 145, VI, a, da CERJ.

Acerca da usurpação de competência dos municípios para dispor sobre a concessão de serviços de saneamento e abastecimento de água, registra que o STF, quando do julgamento da ADI 1842/RJ, afirmou que o serviço de abastecimento de água e esgoto é, em princípio, de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local. Como consequência, argumenta que a edição de ato normativo pelo Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro sobre serviço que não é de sua titularidade usurpa a competência dos municípios para o exercício de suas competências político-administrativas e legislativas. Reitera que o Poder Legislativo do Estado, nos termos do artigo 72, *caput*, da CERJ, não pode dispor sobre matéria relacionada a um serviço que é de titularidade primária dos municípios.

Assim, argumenta que o artigo em questão, ao dispor sobre a concessão de serviços públicos de titularidade municipal, contém vício de inconstitucionalidade formal, por afronta às competências político-administrativas e legislativa municipais para dispor sobre os serviços de abastecimento de água de interesse das localidades.

Sobre a afronta à competência da União para fixação de diretrizes gerais sobre saneamento básico, destaca que o artigo 21, XX, CR dispõe que compete à União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. Assim, em razão dessa

4

5
competência político-administrativa, a União Federal editou a Lei nº 11.445/2007 para o estabelecimento de diretrizes nacionais para o saneamento básico. E, em seu art. 30, incisos III e IV, a Lei Geral do Saneamento Básico admitiu expressamente a possibilidade de cobrança por consumo mínimo. Destarte, o artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, ao proibir a cobrança de tarifa por consumo mínimo, contrariou a previsão da Lei geral sobre a matéria.

Consigna que a promulgação do art. 11 da Lei nº 9.164/2020, em 15.06.2021, após a derrubada do veto ao dispositivo, além de interferir em competências constitucionais do Poder Executivo e de outros entes federativos, impõe prejuízo bilionário à CEDAE e às concessionárias de saneamento, uma vez que, conforme dados de Auditoria Independente sobre a operação dos serviços de água e esgoto no Estado, 47,02% das receitas advêm de cobrança de tarifa mínima dos consumidores.

Nesse aspecto, pondera que, não fosse a violação à Constituição estadual, a proibição de cobrança de tarifa mínima, por interferir diretamente nos contratos de concessão de serviço de água e saneamento, afeta o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Como consequência, o reequilíbrio dos contratos de concessão demandará o reajuste tarifário, a ser suportado por usuários que não são cobrados por consumo mínimo. A hipótese é, segundo alega, de suspensão cautelar do art. 11 da Lei nº 9.164/2020, diante dos prejuízos sociais e econômicos produzidos pela vigência do dispositivo.

Quanto à medida cautelar, pontua que a Lei em questão foi publicada no Diário Oficial em 15 de junho de 2021, de modo que já está em vigor. Assim, as concessionárias de abastecimento de água e esgoto, a CEDAE

6
e o Poder Executivo estão obrigados a modificar os contratos de concessão e o regime tarifário em vigor para adequação à proibição de cobrança por consumo mínimo.

Assinala, ainda, que a vigência do referido dispositivo, com a consequente proibição do regime tarifário por consumo mínimo, afeta a concorrência pública para concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, bem como a capacidade de operação da CEDAE.

Pondera que, na prática, a proibição do regime tarifário por consumo mínimo, sem o prévio investimento em hidrometração da rede de abastecimento, instituiu um regime de gratuidade de serviço para 47,02% dos consumidores, sendo evidente o desequilíbrio econômico-financeiro causado pelo ato normativo impugnado, exigindo o reajuste de tarifa. Isso, no entanto, apenas para os usuários que possuem hidrômetros instalados. Destarte, assinala que a conta do consumo de água em todo o Estado será paga, portanto, exclusivamente pelas unidades que possuem hidrômetro instalado.

Ressalta que a iniciativa parlamentar para vedar a cobrança por tarifa mínima contraria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, inclusive, editou enunciado de súmula afirmando a juridicidade da cobrança de tarifa mínima em serviço de abastecimento de água (Súmula 356).

Assim, requer a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do art. 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, em sua integralidade, até que seja julgado o mérito da ação. Ao final, requer seja julgado procedente o pedido,

7
declarando-se a inconstitucionalidade do artigo 11 da Lei Estadual nº
9.164/2020.

Manifestação da ALERJ, index 0025, pelo indeferimento da
liminar.

Sustenta a ALERJ que a Lei em exame representa um enorme
avanço no plano das medidas que visam a preservar a água do Estado para
futuras gerações.

Pontua que o artigo 11 impugnado nesta ação encontra-se em
plena harmonia com as preocupações ambientais que nortearam todo o
processo legislativo.

Consigna que a tarifa mínima é fonte de desperdício de água,
porquanto consumidores que poderiam ter um gasto menor não se preocupam
em economizar, na medida em que, de qualquer forma, deverão pagar o valor
mínimo.

Assinala que o artigo em tela veio apenas enunciar uma importante
diretriz na política ambiental do Estado, na tentativa de promover a economia de
água, de modo a contribuir, em última análise, para a preservação da própria
vida.

Argumenta que, diante da expressa competência conferida pelo
artigo 24 da CR para os Estados legislarem concorrentemente com a União
sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição, bem como sobre

8
responsabilidade por dano ao meio ambiente e ao consumidor, o Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro aprovou a Lei 9.164/2020, que nada mais vez do que dar cumprimento ao dever imposto pela Lei Maior de proteger esse bem tão caro à população.

Afirma a ALERJ, ainda, ser obrigação do Poder Público, em qualquer de suas esferas, atuar na direção de preservar os processos ecológicos essenciais, devendo, ainda, promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública no sentido de preservá-lo. E essa atuação, na forma da CR, importa também o exercício da atividade legislativa.

Acresce que o artigo impugnado não cria nem extingue Secretarias estaduais nem órgãos da Administração, tampouco dispõe sobre a organização ou funcionamento da administração estadual, mas apenas estabelece uma diretriz dentro da política ambiental do Estado, no intuito de promover a economia de água no Estado do Rio de Janeiro.

Consigna não haver, no ordenamento jurídico pátrio, a reserva ao Chefe do Poder Executivo da iniciativa de lei disposto sobre estruturação e atribuições de Secretarias e órgãos do Poder Executivo, pontuando que a iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo para a fixação das atribuições das Secretarias e órgãos da Administração Pública estadual e municipal não mais subsiste na Constituição Estadual nem na Federal.

Argumenta haver matérias que, mesmo sendo de iniciativa comum, podem acabar gerando certas atribuições ao Executivo, sem que isso signifique invasão à iniciativa reservada.

Reitera se tratar, aqui de norma de natureza ambiental cuja iniciativa não está reservada ao Chefe do Poder Executivo.

Afirma que a CERJ expressamente confere à ALERJ, com a sanção do Governador, ou seja, por meio de lei formal, a tarefa de legislar sobre a exploração ou concessão dos serviços públicos, nos termos do artigo 98, inciso IV. Assim, a rigor, as regras sobre exploração e concessão dos serviços públicos (como, por exemplo, a adoção ou não do conceito de consumo mínimo para o serviço) devem ser fixadas por meio de lei, não havendo iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo para deflagrar o respectivo processo legislativo. Ou seja, regras sobre exploração e concessão dos serviços públicos devem ser veiculadas por meio de lei formal (artigo 98, IV, CERJ), sendo que tal lei não está sujeita à iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo (artigo 112, §1º, CERJ).

Destarte, pondera que não se pode vislumbrar qualquer violação ao princípio da separação de poderes, visto que a iniciativa da lei em questão não está restrita ao Chefe do Poder Executivo.

Pontua que, por se tratar de Lei relativa à proteção do meio ambiente, não há que se falar em usurpação da competência do Município tampouco da União.

Afirma que nada há na Lei Estadual em debate que contrarie as normas gerais referentes aos fatores que devam ser considerados na política tarifária constante da Lei Federal 11445/2007, destacando que o artigo 29, §3º,

reconhece a importância do consumo individualizado como medida protetiva do meio ambiente.

Acerca do suposto desequilíbrio que a Lei atacada poderia gerar em relação aos contratos de concessão, alega ser sempre possível à concessionária solicitar ao Poder Público o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, caso verifique qualquer onerosidade excessiva que venha a comprometer o regular fornecimento dos serviços.

Nega, outrossim, haver *periculum in mora*, salientando que o artigo em tela deverá ser observado no “transcorrer do exercício de 2021”, não tendo sido criada, portanto, qualquer obrigação imediata para o Estado.

Aduz, por fim, haver *periculum in mora* inverso, visto que qualquer atraso na aplicação do dispositivo em tela trará enorme prejuízos à política de preservação que se pretende estabelecer.

Parecer da Procuradoria-Geral do Estado, index 00086, pelo deferimento da cautelar.

Destaca a Procuradoria-Geral do Estado que o *fumus boni iuris* foi devidamente demonstrado, tendo em vista que a jurisprudência do STF e do Órgão Especial do TJERJ afirmam a inconstitucionalidade de leis de iniciativa parlamentar que interfiram na política tarifária de contratos de concessão e estabeleçam atribuições a órgãos e entidades da Administração.

Acresce que o ato impugnado usurpa competência legislativa dos municípios para dispor sobre regime de concessão de serviços de saneamento. Consigna que, nos termos do art. 72, *caput*, da Constituição do Estado, o art. 11 da Lei nº 9.164/2020 é inconstitucional, porque estabelece uma norma geral sobre regime tarifário de serviço de abastecimento de água, em usurpação de competência legislativa dos municípios.

Aduz, ainda, que a Constituição da República reserva à União à competência legislativa para instituir diretrizes de saneamento básico (CRFB/1988, art. 21, inciso XX). Em razão dessa competência político-administrativa, foi editada a Lei Geral do Saneamento Básico, que admitiu expressamente a possibilidade de cobrança em regime de tarifa mínima (Lei nº 11.445/2007, art. 30, inciso III e IV). Desse modo, argumenta que a previsão em lei estadual de disciplina que contraria a lei geral sobre a matéria caracteriza indevido exercício de competência legislativa suplementar, salientando que o § 1º do art. 74 da Constituição do Estado é claro ao dispor que “o Estado, no exercício de sua competência suplementar, observará as normas gerais estabelecidas pela União”.

Assinala que também está presente o *periculum in mora*, porquanto a vigência do art. 11 da Lei nº 9.164/2020, considerando a prévia realização da licitação para concessão dos serviços de saneamento, inclusive com a celebração dos contratos, afeta o cálculo da outorga e dos investimentos programados. Destaca que, como detalha o documento de index 01 do Anexo 01 do processo eletrônico, a vedação da cobrança por tarifa mínima repercute sobre a equação econômico-financeira dos contratos, com impacto direto sobre os investimentos programados.

Pontua que a indevida interferência legislativa na gestão de contratos de concessão, com a proibição do regime tarifário por consumo mínimo, também afeta a capacidade de operação da Companhia Estadual de Água e Esgoto – CEDAE, que permanece responsável pela prestação do serviço em 18 municípios, continua operando o serviço nos blocos já licitados, até o final da operação assistida, assim como permanece atendendo outros 16 municípios e a região AP5 da cidade do Rio de Janeiro até a realização de nova licitação programada para dezembro de 2021.

Destaca que, como alertado na inicial, a cobrança de 47,02% dos usuários é realizada com base em tarifa mínima. Assim, na prática, a proibição do regime tarifário por consumo mínimo, sem o prévio investimento em hidrometração da rede de abastecimento, institui um regime de gratuidade de serviço para 47,02% dos consumidores.

Pondera que o regime de proibição de cobrança de tarifa mínima instituído pelo ato impugnado (i) frustra a modicidade tarifária, tendo em vista que impõe apenas aos usuários com hidrometração o pagamento pela prestação de serviço para todo o Estado, e (ii) impede a manutenção da “tarifa social”.

Ressalta, por fim, que, na forma detalhada pelo documento de index 01 do Anexo 01 do processo eletrônico, o edital de concessão dos serviços de água e esgoto previu prazo de 05 anos para as concessionárias atingirem o índice de 100% de hidrometração. Destarte, em atenção à necessidade de aprimorar o regime de cobrança, inclusive para diminuir o desperdício de água, já se previu a qualificação da rede de abastecimento com a melhora do índice de

hidrometração. Isso, no entanto, de forma planejada e progressiva, de modo que não se revela possível a intervenção legislativa aqui impugnada.

Parecer da Procuradoria de Justiça, index 00095, pelo deferimento da medida cautelar.

Ressalta a Procuradoria que o artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, oriunda de iniciativa parlamentar, desbordou os próprios objetivos traçados no artigo 1º da indigitada Lei e acabou por adentrar em campo relativo à política tarifária do serviço de abastecimento de água, incorrendo, assim, em aparente vício de inconstitucionalidade.

Registra que o dispositivo vergastado criou atribuição expressa no campo afeto à estrutura administrativa estadual, eis que diretamente impôs dever à AGENERSA, entidade integrante e vinculada à Administração Pública Estadual Indireta. Nesse passo, a determinação contida no artigo 11, da Lei Estadual nº 9.164/2020, oriunda de iniciativa parlamentar, a princípio, interfere diretamente nas atribuições do próprio Poder Executivo, eis que direcionada a ente integrante de sua estrutura, ensejando ofensa à reserva de administração (artigo 145, inciso VI, alínea 'a', da Constituição Estadual).

Desta forma, assinala o *Parquet* que, em juízo de cognição sumária, constata-se que o legislador transbordou suas possibilidades quando da edição do artigo 11, da Lei nº 9.164/2020, ensejando a configuração de vício de inconstitucionalidade, por violação ao devido processo legislativo, à reserva de iniciativa e à separação dos poderes, em aparente afronta à disciplina dos artigos 7º, 112, § 1º, II, "d", 145, II, III, VI, "a", todos da Constituição Estadual.

Acresce a Procuradoria de Justiça, também, que o STF, na ADI 1842, interpretando os artigos 23, IX, e 25, §3º, da Constituição Federal, assentou entendimento no sentido de que a integração de Município à Região Metropolitana criada por lei estadual não esvazia a autonomia municipal. Assim, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico segue sendo dos Municípios integrantes, a despeito da execução de referidos serviços se dar de modo conjunto no âmbito da unidade interfederativa. Como consequência dessa titularidade primária dos Municípios para o serviço, à luz da natureza da organização da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, instituída pela Lei Complementar nº 184/2018, a edição de ato normativo pelo Poder Legislativo do Estado, compreendendo serviço que não é de titularidade estadual, acaba por também usurpar, em exame preliminar, a própria competência dos Municípios.

Consigna o MP, ainda, que, em que pese o alegado pelo Representado, que defende que o artigo 11 da Lei nº 9.164/2020 veicula norma que busca apenas e exclusivamente a preservação ambiental, fato é que a literalidade de sua redação não deixa margem a entendimento diverso. Salieta o MP não haver dúvida de que o dispositivo ora impugnado ostenta comando voltado à política tarifária do serviço, pois expressamente determina que as concessionárias de água e esgoto “não mais pratiquem o conceito de consumo mínimo de água para qualquer tipo de estabelecimento...”.

Por fim, pontua o *Parquet* estar presente o *periculum in mora*, visto que, como consignado pelo Representante, a proibição do regime tarifário por consumo mínimo, imposta pelo artigo 11, da Lei Estadual nº 9.164/2020, afeta a própria capacidade de operação da Companhia Estadual de Águas e Esgoto –

CEDAE e acaba por repercutir, na prática, no equilíbrio econômico-financeiro planejado para o procedimento licitatório já realizado e destinado à concessão dos serviços de saneamento básico na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, de notória importância para o Estado do Rio de Janeiro e também para os diversos Municípios que a integram.

É o relatório. Decido.

Limita-se o presente julgamento à análise da **medida cautelar** pleiteada, consoante previsão do artigo 105 do Regimento Interno deste Tribunal:

Art. 105 do RITJERJ. A medida cautelar na representação de inconstitucionalidade será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial, após audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

(...)

§3º- Também em caso de excepcional urgência, durante o recesso e nos dias em que não houver expediente forense normal, a medida cautelar poderá ser deferida por órgão diretivo e, nos demais dias, também pelo respectivo relator, ambos ad referendum, apresentado o processo em mesa na primeira sessão subsequente do Órgão Especial.

Para o deferimento da medida cautelar é necessário verificar a plausibilidade do direito discutido, bem como o prejuízo que poderá resultar em caso de manutenção da eficácia da norma apontada como inconstitucional. Acerca dos requisitos para a concessão da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, confira-se a lição de Luís Roberto Barroso:

“A jurisprudência estabeleceu, de longa data, os requisitos a serem satisfeitos para a concessão da medida cautelar em ação direta: a) a plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*); b) a possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*); c) a irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e d) a necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão.” (O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 8ª edição, 2019. Saraiva, p. 261)

In casu, trata-se de Representação por Inconstitucionalidade que tem por objeto o artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, oriunda de iniciativa parlamentar, que impõe à Agência Reguladora de Saneamento – AGENERSA o dever de determinar às concessionárias sob sua fiscalização que não mais pratiquem o regime tarifário por consumo mínimo. Confira-se a redação do referido artigo:

Art. 11. A Agência Reguladora de Saneamento – AGENERSA –, deverá, no transcorrer do exercício de 2021, determinar que as concessionárias de água e esgoto do Estado do Estado do Rio de Janeiro, sob sua fiscalização, não mais pratiquem o conceito de consumo mínimo de água para qualquer tipo de estabelecimento, residencial, comercial, industrial ou público, como forma de preservação ambiental da água.

Alega o Representante, em suma, que o dispositivo em comento é inconstitucional, em razão de: (i) vício de iniciativa, uma vez que a imposição de atribuições a órgãos e entidades da Administração é privativa do Poder Executivo, tratando-se de matéria de reserva da Administração (art. 112, § 1º, d, c/c art. 145, VI, a, da CERJ); (ii) afronta ao princípio da separação de poderes (art. 7º da CERJ), já que a iniciativa legislativa para dispor sobre atribuições de autarquia (AGENERSA), assim como sobre a gestão de contrato administrativo

17
de concessão viola a independência do Poder Executivo; (iii) usurpação de competência dos Municípios para dispor sobre critério específico de fixação de tarifa de serviços de saneamento e abastecimento de água, nos termos da decisão da ADI nº 1.842/RJ, em que o STF afirmou que o serviço de saneamento básico é de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (CERJ, art. 72, *caput*, art. 343, art. 358, I e V); e (iv) afronta à competência da União para instituir diretrizes gerais de saneamento básico, que, no art. 30, incisos III e IV, da Lei federal nº 11.445/2007 (Lei Geral de Saneamento Básico) admite expressamente a cobrança por consumo mínimo (CERJ, art. 74, § 1º).

Ou seja, o Representante alega que a indigitada Lei padece de inconstitucionalidade formal orgânica (CERJ, art. 72, *caput*, art. 343, art. 358, I e V), inconstitucionalidade formal propriamente dita, por vício de iniciativa (art. 112, § 1º, d, c/c art. 145, VI, a, da CERJ), além de inconstitucionalidade material por violação ao princípio da separação de poderes (art. 7º da CERJ). Trago à colação os referidos dispositivos:

Art. 7º. São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 72 - O Estado exerce todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição da República.

Art. 112. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público, a Defensoria Pública e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º. São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

d) criação e extinção de Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto o art. 145, caput, VI, da Constituição;

Art. 145 - Compete privativamente ao Governador do Estado:

(...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração estadual, que não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

Art. 343 - Os Municípios são unidades territoriais que integram a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, dotados de autonomia política, administrativa e financeira, nos termos assegurados pela Constituição da República, por esta Constituição e pela respectiva Lei Orgânica.

Art. 358 - Compete aos Municípios, além do exercício de sua competência tributária e da competência comum com a União e o Estado, previstas nos artigos 23, 145 e 156 da Constituição da República:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

(...)

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

O Representado, por seu turno, nega que o dispositivo em tela padeça de inconstitucionalidade, tendo argumentado, em suma, que a tarifa mínima é fonte de desperdício de água, porquanto consumidores que poderiam ter um gasto menor não se preocupam em economizar, na medida em que, de qualquer forma, deverão pagar o valor mínimo. Nesse passo, assinala que o artigo em comento veio apenas enunciar uma importante diretriz na política ambiental do Estado, na tentativa de promover a economia de água.

Destarte, sustenta o Representado que, por se tratar de Lei relativa à proteção do meio ambiente, sua iniciativa não está reservada ao Chefe do Poder Executivo, não havendo que se falar, outrossim, em usurpação da competência do Município tampouco da União, diante da expressa competência conferida pelo artigo 24 da CR para os Estados legislarem concorrentemente com a União sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição, bem como sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente e ao consumidor. Registra que o artigo em questão não cria nem extingue Secretarias estaduais nem órgãos da Administração, tampouco dispõe sobre a organização ou funcionamento da administração estadual, mas apenas estabelece uma diretriz dentro da política ambiental do Estado, no intuito de promover a economia de água no Estado do Rio de Janeiro. Afirma, ainda, que as regras sobre exploração e concessão dos serviços públicos devem ser veiculadas por meio de lei formal (artigo 98, IV, CERJ), sendo que tal lei não está sujeita à iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo (artigo 112, §1º, CERJ). Destarte,

20
pondera que não se pode vislumbrar qualquer violação ao princípio da separação de poderes, visto que a iniciativa da lei em questão não está restrita ao Chefe do Poder Executivo. Afirma o Representado, também, que nada há na Lei Estadual em debate que contrarie as normas gerais referentes aos fatores que devam ser considerados na política tarifária constante da Lei Federal 11.445/2007.

Pois bem.

Apesar de o Representado alegar que o artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020 veicularia norma relativa à proteção do meio ambiente, fato é que se trata de norma voltada à política tarifária relativa aos serviços de saneamento e abastecimento de água.

Como salientando pela Procuradoria de Justiça, index 0095, “o dispositivo impugnado claramente veda a cobrança do serviço pelo critério de ‘tarifa mínima’, não havendo dúvida de que este é o cerne de seu comando normativo, que, frise-se mais uma vez, estabelece verdadeira diretriz de política tarifária.”

Nesse passo, em sede de cognição sumária, entendo que a norma estadual em tela padece de inconstitucionalidade formal orgânica, visto que o serviço de fornecimento de água e esgoto é de titularidade dos entes municipais, como resulta do artigo 358, I e V, da CERJ, pois quanto a eles predomina o interesse local, como já assentado pelo STF na ADI 1.842 E na ADI 3661, cuja ementa está abaixo transcrita:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **LEI ACREANA N. 1.618/2004. REGRAS QUE PROÍBEM O CORTE RESIDENCIAL DO FORNECIMENTO DE ÁGUA E ENERGIA ELÉTRICA PELAS CONCESSIONÁRIAS POR FALTA DE PAGAMENTO.** COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. **COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA.** AFRONTA AOS ARTS. 22, INC. XII, ALÍNEA B, 30, INC. I E V E 175 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

(ADI 3661, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2011, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00001)

Confira-se, ainda, o seguinte trecho da decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux, nos autos da suspensão de liminar 1.446 RJ, datada de 22/04/21:

“A leitura do referido precedente [ADI 1.842] demonstra que o **Plenário do Supremo Tribunal Federal**, interpretando os artigos 23, IX, e 25, §3º, da Constituição, **assentou entendimento no sentido de que a integração de município a região metropolitana criada por lei estadual, conquanto compulsória, não esvazia a autonomia municipal. Assim, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico segue sendo dos municípios integrantes, a despeito da execução de referidos serviços se dar de modo conjunto no âmbito da unidade interfederativa.** Por esses fundamentos, entendeu o Plenário desta Corte ser inconstitucional dispositivo de lei estadual que submetia o poder concedente relacionado a estes serviços exclusivamente à decisão da autoridade Estadual, pois reconhecia-se pertencer ao “colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado” o poder concedente e a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico.

À luz do julgamento da ADI 1.842, revela-se, neste juízo sumário e sem prejuízo de ulterior revisão, a impossibilidade de invocação da Lei Estadual nº 2.831/1997 como limitadora do prazo de concessão de serviços cuja titularidade não pertence exclusivamente ao Estado do Rio de Janeiro, mas antes ao conjunto de Municípios

22

integrantes da Região Metropolitana, sob pena de ferimento da autonomia federativa dos municípios conglomerados, donde exsurge o fumus boni iuris da alegação formulada pelo Estado autor.”

Também nesse sentido, a Procuradoria de Justiça, index 0095, pontua que, *“em sede de cognição sumária, vislumbra-se, na disciplina do indigitado artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, aparente usurpação de competência dos Municípios ao dispor sobre critério de fixação de tarifa de serviços de saneamento e abastecimento de água, cuja titularidade pertence aos Municípios, como já assentado na ADI nº 1.842/RJ, acima mencionada.”*

A propósito, o seguinte precedente do STF:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 13.755/2002, do Paraná. Vedação de cobrança de tarifa mínima por prestação de serviços de água, luz e telefone. 3. Serviços públicos de titularidade dos municípios e da União, aos quais compete legislar sobre a matéria. Precedentes. 4. A competência suplementar dos Estados para legislar sobre direito do consumidor não alcança a disciplina da relação jurídica entre concessionários e usuários de serviços públicos. Precedentes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 2790, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 02-07-2020 PUBLIC 03-07-2020)

Além de versar sobre política tarifária relativa aos serviços de saneamento e abastecimento de água, cuja competência é dos municípios, o artigo em exame, oriundo de iniciativa parlamentar, ainda cria atribuição expressa no campo afeto à estrutura administrativa estadual, eis que diretamente impôs dever à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA.

22

Ora, como ressaltado pela Procuradoria de Justiça, index 00095, “a *Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA é entidade integrante e vinculada à Administração Pública Estadual Indireta, submetida a regime autárquico especial, razão pela qual, a determinação contida no artigo 11, da Lei Estadual nº 9.164/2020, oriunda de iniciativa parlamentar, a princípio, interfere diretamente nas atribuições do próprio Poder Executivo, eis que direcionada a ente integrante de sua estrutura, ensejando ofensa à reserva de administração (artigo 145, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição Estadual).*”.

Com efeito, os artigos 112, §1º, II, “d” e 145, VI, da CERJ têm por objetivo instrumentalizar o dever constitucional exclusivo que o chefe do Poder Executivo possui de exercer a administração superior do respectivo ente federado. E, por se tratar de competência exclusiva, eventual intromissão por Poder diverso implica violação ao princípio da separação de poderes (CERJ, art. 7º). Nesse sentido, os seguintes precedentes deste Órgão Especial:

Processo: [0021487-60.2019.8.19.0000](#) 2ª Ementa - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Des(a). MARCO ANTONIO IBRAHIM - Julgamento: 19/10/2020 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL

Representação por inconstitucionalidade em face da Lei nº 5.586/2015 do Município de Volta Redonda. **Diploma legal que impõe ao Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Volta Redonda (SAAE-VR) a instalação gratuita de hidrômetros individuais em favor dos proprietários de imóveis pertencentes a empreendimentos do Programa Minha Casa Minha Vida. Inconstitucionalidade por vícios formal e material. Imposição de nova obrigação a órgão**

integrante da administração direta municipal. Indevida ingerência normativa do Poder Legislativo em matéria sujeita a exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. Aumento de despesas para a administração pública municipal, que deverá dispor de recursos financeiros não destinados para tal finalidade, a fim de suportar os custos referentes à compra e à instalação dos hidrômetros. Ausência de indicação de fonte de custeio. Precedentes do Órgão Especial do TJERJ em casos análogos. Violação aos artigos 7º, 112, § 1º, II, "d" e § 2º; e 145, VI, "a" da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Procedência da representação.

0069384-55.2017.8.19.0000 - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Des(a). FERDINALDO DO NASCIMENTO - Julgamento: 09/07/2018 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 7.340, DE 14 DE JULHO DE 2016, QUE DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO, PELO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (DETRAN), DE ADESIVO ESPECIAL PARA TRÂNSITO EM FAIXAS SELETIVAS, NAS VIAS, PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PROPRIETÁRIAS DE VEÍCULOS. VÍCIO DE INICIATIVA. AFRONTA AOS ARTS. 7º, 112 § 1º, II, LETRA "D", 145, VI E 358, I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA.

São de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo as leis que disponham sobre atribuições de órgãos da Administração Pública (Art. 112 § 1º, II, letra "d" e 145, VI CERJ). **A lei entelada, ao impor ao Departamento de Trânsito do Rio de Janeiro, autarquia estadual, a responsabilidade pelo fornecimento de adesivos para portadores de deficiência a fim de permitir o tráfego destes pelas faixas seletivas, resulta em indevida ingerência na esfera de competência exclusiva do Exmº Sr. Governador do Estado.** Além disso,

25

a legislação apontada contém vício material, porquanto cria nova atribuição para o DETRAN/RJ, no sentido do planejamento e execução das obrigações necessárias para confecção e fornecimento dos adesivos mencionados, provocando um aumento de despesa, sem indicar a respectiva fonte de custeio, e sem observar a necessidade de previsão orçamentária para se dar início a programa ou projeto que implique em aumento de despesas, em afronta ao disposto no art. 211, I, da Carta Fluminense. Da mesma forma, por se tratar de norma sobre organização do trânsito, a indigitada legislação afeta interesse local, invadindo a competência dos Municípios, prevista no artigo 358, inciso I, da Carta Estadual, restando evidente o vício de iniciativa. Neste contexto, é flagrante a inconstitucionalidade do texto impugnado por violação às regras que definem a competência legislativa, bem como ao princípio da independência e harmonia dos Poderes consagrado no art. 7º da Constituição Estadual.

PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Nesse passo, em sede de cognição sumária, verifico a existência de inconstitucionalidade formal e material, a evidenciar a plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*).

Resta configurada, também, a excepcional urgência a justificar a concessão da medida (*periculum in mora*), porquanto a modificação do regime tarifário do serviço de abastecimento de água, com a proibição da cobrança por consumo mínimo, nos moldes pretendidos pelo legislador estadual, afeta o equilíbrio econômico-financeiro da operação da CEDAE, assim como dos contratos de concessão recém-licitados.

Como ressaltado pelo Representante, index 002, a “*modificação de condições para remuneração pela prestação do serviço concedido poucos meses após a realização da licitação, além de gerar grave crise de confiança no*

25

26
mercado, também afeta a estruturação do lote de concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário para 16 municípios e para a região AP5 da cidade do Rio de Janeiro, cuja licitação ocorrerá em dezembro de 2021.”

Dito isso, **DEFIRO A MEDIDA CAUTELAR** *ad referendum* do Egrégio Órgão Especial, para suspender a eficácia do artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, até o julgamento final desta Representação.

Em mesa para julgamento, nos termos do artigo 105, parágrafo 3º, do RITJERJ.

Rio de Janeiro,

DESEMBARGADOR BENEDICTO ABICAIR
RELATOR



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

ÓRGÃO ESPECIAL

Direta de Inconstitucionalidade nº 0057848-08.2021.8.19.0000

Representante: Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro

Procurador do Estado: Doutor Rafael Rolim de Minto

Representado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - ALERJ

Proc. da ALERJ: Doutora Fátima Maria Amaral

Legislação: Lei Nº 9164 de 2020 do Estado do Rio de Janeiro - Artigo 11

Relator: Des. Benedicto Abicair

VOTO VENCIDO

Com a devida vênia, ousei divergir da douta maioria por entender em não ratificar a medida cautelar deferida monocraticamente pelo Relator, entendendo pela evidente constitucionalidade da norma atacada, desde já votando pelo julgamento antecipado do mérito com a improcedência da demanda.

Trata-se de Representação de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, tendo como objeto o artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/20.

Requer a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do art. 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, em sua integralidade, até que seja julgado o mérito da ação.

Ao final, requer seja julgado procedente o pedido, declarando-se a inconstitucionalidade do artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020.

O Egrégio Órgão Especial, por maioria de votos, ratificou a medida cautelar deferida monocraticamente pelo Relator, no sentido de suspender a eficácia do artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, até o julgamento final desta Representação, com efeitos *ex tunc*.

Consoante entendimento jurisprudencial consubstanciado no Verbete nº 191 deste Egrégio Tribunal de Justiça, *"na prestação do serviço de água e esgoto é incabível a aplicação da tarifa mínima multiplicada pelo número de unidades autônomas do condomínio"*.

Nesta esteira já se decidia:

0055238-19.2011.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. ANTONIO ILOIZIO B. BASTOS - Julgamento: 31/10/2011 - DECIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. CEDAE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DECISÃO QUE DEFERE O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CONDOMÍNIO EDILÍCIO RESIDENCIAL.1. Decisão que deferiu a tutela antecipada para determinar que a ré se abstenha de proceder a cobrança com base em consumo mínimo por economia. Aferição do consumo por hidrômetro. 2. Aplicáveis as Súmulas 191 e 59 deste TJRJ. 3. Recurso ao qual se nega seguimento, nos termos do artigo 557, caput, do CPC.

Veja-se ainda, que consoante as recentes ementas, às quais se reporta, o eg. Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento quanto à ilicitude na cobrança de tarifa de água no

valor do consumo mínimo multiplicado pelo número de economias existentes no imóvel, quando houver único hidrômetro instalado no local, nos moldes do Verbete nº 191, da Súmula deste e. Tribunal de Justiça.

Entendimento pacificado no Recurso Especial nº 1.166.561/RJ, submetido ao rito dos Recursos Repetitivos, consoante ementas jurisprudenciais abaixo transcritas:

0410290-45.2016.8.19.0001 APELAÇÃO Des(a). LUCIA HELENA DO PASSO - Julgamento: 28/08/2019 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. CEDAE. COBRANÇA DO SERVIÇO POR MEIO DA MULTIPLICAÇÃO DO CONSUMO MÍNIMO PELO NÚMERO DE ECONOMIAS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DE AMBAS AS PARTES. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - RESP Nº. 1.166.561/RJ, PACIFICOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DA ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE TARIFA MÍNIMA MULTIPLICADA PELO NÚMERO DE UNIDADES AUTÔNOMAS (ECONOMIAS) EM QUE O CONSUMO DE ÁGUA É MEDIDO POR HIDRÔMETRO ÚNICO. CONCESSIONÁRIA QUE DEVE CONSIDERAR AS ECONOMIAS EXISTENTES NO LOCAL PARA FINS DE APLICAÇÃO DA TARIFA PROGRESSIVA. PRECEDENTES. RESTITUIÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE COBRADOS A MAIOR QUE DEVE SER FEITA EM DOBRO. INEXISTÊNCIA DE ENGAÑO JUSTIFICÁVEL. ENUNCIADO SUMULAR Nº175 DO TJRJ. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO DECENAL. ARTIGO 205 DO CÓDIGO CIVIL.

SÚMULA 412 DO STJ. RECURSO DA RÉ / PRIMEIRA APELANTE A QUE SE NEGA PROVIMENTO. RECURSO DO AUTOR / SEGUNDO APELANTE A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

"Direito das Águas. CEDAE. Direito do Consumidor. Concessionária de serviço público. Cobranças efetuadas pelo consumo de água feita com base na tarifa mínima, multiplicada pelo número de economias. Hidrômetro instalado. Sentença de procedência dos pedidos. Apelação da concessionária relatando que o aumento se deu pela alteração do número de economias, e os débitos são provenientes dos serviços prestados. Ilicitude na cobrança de tarifa de água no valor do consumo mínimo multiplicado pelo número de economias existentes no imóvel, quando houver único hidrômetro instalado no local. Ilegalidade da cobrança, nos moldes do Verbete nº 191, da Súmula deste e. Tribunal de Justiça. Entendimento pacificado no Recurso Especial nº 1.166.561/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos. Devolução em dobro, conforme entendimento sumulado nº 175 deste e. TJRJ: "A cobrança de tarifa mínima de água e esgoto, multiplicada pelo número de unidades autônomas (economias) de um condomínio, sujeita a concessionária à devolução em dobro do valor comprovadamente pago". Desprovisionamento do recurso." (TJ-RJ - APELAÇÃO CÍVEL nº 0036674-71.2020.8.19.0001 - Relator: Des(a). NAGIB SLAIBI FILHO - Julgamento: 18/08/2021 - SEXTA CÂMARA CÍVEL).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. CEDAE. COBRANÇA DO SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO COM BASE NO VALOR DA TARIFA MÍNIMA MULTIPLICADA PELO

NÚMERO DE ECONOMIAS. DECISÃO IMPUGNADA QUE DEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA, PARA OBSTAR QUE A RÉ EFETUE COBRANÇA DO SERVIÇO POR ESTIMATIVA, DEVENDO COBRAR PELO CONSUMO REAL, SOB PENA DE MULTA EQUIVALENTE AO TRIPLO DO QUE VIER A SER COBRADO, HAJA VISTA A EXISTÊNCIA DE HIDRÔMETRO NA UNIDADE CONSUMIDORA. DETERMINOU AINDA QUE SE ABSTENHA DE INTERROMPER O SERVIÇO EM RAZÃO DE COBRANÇAS FEITAS POR ESTIMATIVA E, CASO JÁ O TENHA FEITO, DEVE RESTABELECEER O SERVIÇO EM ATÉ 24 HORAS SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$2.000,00. RECURSO MANEJADO PELA RÉ TRAZENDO PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E PEDINDO A DENUNCIÇÃO À LIDE DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. DEFENDE A LEGALIDADE DA FORMA DE COBRANÇA IMPUGNADA NA INICIAL E QUE A DECISÃO RECORRIDA AFRONTA O ARTIGO 98 DO DECRETO 553/76. SUBSIDIARIAMENTE, EM CASO DE MANUTENÇÃO DA DECISÃO, PEDE A REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA. RECURSO QUE NÃO MERECE PROSPERAR. (...) . DA TUTELA DE URGÊNCIA: O IMÓVEL EM QUESTÃO (CENTRO EDUCACIONAL) POSSUI UM ÚNICO HIDRÔMETRO INSTALADO E AS CONTAS QUE INSTRUEM A INICIAL NOS AUTOS PRINCIPAIS DEMONSTRAM QUE A RÉ FATURA O CONSUMO DO AUTOR MULTIPLICANDO A TARIFA MÍNIMA PELO NÚMERO DE ECONOMIAS EXISTENTES NO IMÓVEL. O STJ JÁ FIRMOU ENTENDIMENTO NO JULGAMENTO DO RESP Nº 1.166.561/RJ, PELA SISTEMÁTICA DO RECURSO REPETITIVO, QUE NÃO É LÍCITA A COBRANÇA DE TARIFA DE ÁGUA NO VALOR DO CONSUMO MÍNIMO MULTIPLICADO PELO NÚMERO DE ECONOMIAS EXISTENTES, QUANDO HOVER UM ÚNICO HIDRÔMETRO NO LOCAL, DEVENDO SER

APONTADO O REAL CONSUMO. (...) RECURSO QUE SE CONHECE E SE NEGA PROVIMENTO." (TJ/RJ - 0022253-45.2021.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Relatora: Des(a). CINTIA SANTAREM CARDINALI - Julgamento: 25/08/2021 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL).

0410290-45.2016.8.19.0001 APELAÇÃO Des(a). LUCIA HELENA DO PASSO - Julgamento: 28/08/2019 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. CEDAE. COBRANÇA DO SERVIÇO POR MEIO DA MULTIPLICAÇÃO DO CONSUMO MÍNIMO PELO NÚMERO DE ECONOMIAS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DE AMBAS AS PARTES. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - RESP Nº. 1.166.561/RJ, PACIFICOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DA ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE TARIFA MÍNIMA MULTIPLICADA PELO NÚMERO DE UNIDADES AUTÔNOMAS (ECONOMIAS) EM QUE O CONSUMO DE ÁGUA É MEDIDO POR HIDRÔMETRO ÚNICO. CONCESSIONÁRIA QUE DEVE CONSIDERAR AS ECONOMIAS EXISTENTES NO LOCAL PARA FINS DE APLICAÇÃO DA TARIFA PROGRESSIVA. PRECEDENTES. RESTITUIÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE COBRADOS A MAIOR QUE DEVE SER FEITA EM DOBRO. INEXISTÊNCIA DE ENGANO JUSTIFICÁVEL. ENUNCIADO SUMULAR Nº175 DO TJRJ. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO DECENAL. ARTIGO 205 DO CÓDIGO CIVIL. SÚMULA 412 DO STJ. RECURSO DA RÉ / PRIMEIRA APELANTE A QUE SE NEGA PROVIMENTO. RECURSO DO AUTOR / SEGUNDO APELANTE A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

Por tais razões, fiquei vencido votando no sentido de não ratificar a medida cautelar deferida monocraticamente pelo Relator, entendendo pela evidente constitucionalidade da norma atacada, e desde já votando pelo julgamento antecipado do mérito com a improcedência da demanda.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2021.

Nagib Slaibi, Vogal Vencido.

**ÓRGÃO ESPECIAL
REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0057848-
08.2021.8.19.0000**

**REPRESENTANTE: EXMO SR GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO**

Advogado: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro

Advogado: Rafael Rolim de Minto

**REPRESENTADO: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO**

Advogado: Fátima Maria Amaral

**LEGISLAÇÃO: LEI Nº 9164 DE 2020 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ARTIGO 11**

RELATOR: DES. BENEDICTO ABICAIR

**DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
CAUTELAR. AÇÃO AJUIZADA PELO
GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO IMPUGNANDO O ARTIGO 11 DA LEI
ESTADUAL Nº 9.164/2020, SEGUNDO O QUAL “A
AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO –
AGENERSA –, DEVERÁ, NO TRANSCORRER DO
EXERCÍCIO DE 2021, DETERMINAR QUE AS
CONCESSIONÁRIAS DE ÁGUA E ESGOTO DO
ESTADO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, SOB
SUA FISCALIZAÇÃO, NÃO MAIS PRATIQUEM O
CONCEITO DE CONSUMO MÍNIMO DE ÁGUA
PARA QUALQUER TIPO DE
ESTABELECIMENTO, RESIDENCIAL,
COMERCIAL, INDUSTRIAL OU PÚBLICO, COMO
FORMA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL DA
ÁGUA.” ALEGAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E
MATERIAL.**

**1. No caso em exame, alega o Representante, em
suma, que o dispositivo em comento é
inconstitucional, em razão de: (i) vício de
iniciativa, uma vez que a imposição de
atribuições a órgãos e entidades da
Administração é privativa do Poder Executivo,
tratando-se de matéria de reserva da
Administração (art. 112, § 1º, d, c/c art. 145, VI, a,**

2

da CERJ); (ii) afronta ao princípio da separação de poderes (art. 7º da CERJ), já que a iniciativa legislativa para dispor sobre atribuições de autarquia (AGENERSA), assim como sobre a gestão de contrato administrativo de concessão viola a independência do Poder Executivo; (iii) usurpação de competência dos Municípios para dispor sobre critério específico de fixação de tarifa de serviços de saneamento e abastecimento de água, nos termos da decisão da ADI nº 1.842/RJ, em que o STF afirmou que o serviço de saneamento básico é de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (CERJ, art. 72, *caput*, art. 343, art. 358, I e V); e (iv) afronta à competência da União para instituir diretrizes gerais de saneamento básico, que, no art. 30, incisos III e IV, da Lei federal nº 11.445/2007 (Lei Geral de Saneamento Básico) admite expressamente a cobrança por consumo mínimo (CERJ, art. 74, § 1º).

2. Para o deferimento da medida cautelar é necessário verificar a plausibilidade do direito discutido, bem como o prejuízo que poderá resultar em caso de manutenção da eficácia da norma apontada como inconstitucional.

3. Na hipótese em análise, presente o *fumus boni iuris* a justificar a concessão da cautelar, visto que, além de versar sobre política tarifária relativa aos serviços de saneamento e abastecimento de água, cuja competência é dos municípios (conforme precedentes do STF), o artigo em exame, oriundo de iniciativa parlamentar, ainda cria atribuição expressa no campo afeto à estrutura administrativa estadual, eis que diretamente impôs dever à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGERSA.

2

4. Como bem ressaltado pela Procuradoria de Justiça, “em sede de cognição sumária, vislumbra-se, na disciplina do indigitado artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, aparente usurpação de competência dos Municípios ao dispor sobre critério de fixação de tarifa de serviços de saneamento e abastecimento de água, cuja titularidade pertence aos Municípios, como já assentado na ADI nº 1.842/RJ”. Prossegue a Procuradoria de Justiça pontuando que “a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA é entidade integrante e vinculada à Administração Pública Estadual Indireta, submetida a regime autárquico especial, razão pela qual, a determinação contida no artigo 11, da Lei Estadual nº 9.164/2020, oriunda de iniciativa parlamentar, a princípio, interfere diretamente nas atribuições do próprio Poder Executivo, eis que direcionada a ente integrante de sua estrutura, ensejando ofensa à reserva de administração (artigo 145, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição Estadual)”.

6. Presente, também, o *periculum in mora*, porquanto a modificação do regime tarifário do serviço de abastecimento de água, com a proibição da cobrança por consumo mínimo, nos moldes pretendidos pelo legislador estadual, afeta o equilíbrio econômico-financeiro da operação da CEDAE, assim como dos contratos de concessão recém-licitados.

**MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA
MONOCRATICAMENTE QUE SE RATIFICA.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de representação de inconstitucionalidade nº 0057848-08.2021.8.19.0000, sendo o representante o EXMO SR GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e o representado ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

ACORDAM os Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em ratificar a medida cautelar deferida monocraticamente, nos termos do voto do Relator, vencido o desembargador Nagib Slaibi Filho.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação por Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro, tendo como objeto o artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/20. A legislação atacada tem a seguinte redação:

Art. 11. A Agência Reguladora de Saneamento – AGENERSA –, deverá, no transcorrer do exercício de 2021, determinar que as concessionárias de água e esgoto do Estado do Estado do Rio de Janeiro, sob sua fiscalização, não mais pratiquem o conceito de consumo mínimo de água para qualquer tipo de estabelecimento, residencial, comercial, industrial ou público, como forma de preservação ambiental da água.

O Representante narra que a Lei Estadual nº 9.164, de 28 de dezembro de 2020, derivada de projeto de lei de iniciativa dos Exmos. Srs. Deputados Samuel Malafaia e Luiz Paulo, regulamentou os procedimentos para

armazenamento e retardo de água de chuva em perímetros urbanos para aproveitamento e postergação de sua descarga na rede pública.

Destaca que o art. 11 da Lei Estadual ora impugnado, no entanto, tratou de matéria bastante distinta: impôs à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado - AGENERSA que determine às concessionárias de água e esgoto sob sua fiscalização que deixem de aplicar "o conceito de consumo mínimo da água para qualquer tipo de estabelecimento".

Pontua que o art. 11 da Lei nº 9.164/2020 foi inicialmente vetado, mas a Assembleia Legislativa do Estado – ALERJ rejeitou o veto, promulgando o dispositivo, conforme publicação no Diário Oficial de 15 de junho de 2021.

Contudo, sustenta que o art. 11 da Lei nº 9.164/2020 é inconstitucional, em razão de: (i) vício de iniciativa, uma vez que a imposição de atribuições a órgãos e entidades da Administração é privativa do Poder Executivo, tratando-se de matéria de reserva da Administração (art. 112, § 1º, d, c/c art. 145, VI, a, da CERJ); (ii) afronta ao princípio da separação de poderes (art. 7º da CERJ), já que a iniciativa legislativa para dispor sobre atribuições de autarquia (AGENERSA), assim como sobre a gestão de contrato administrativo de concessão viola a independência do Poder Executivo; (iii) usurpação de competência dos Municípios para dispor sobre critério específico de fixação de tarifa de serviços de saneamento e abastecimento de água, nos termos da decisão da ADI nº 1.842/RJ, em que o STF afirmou que o serviço de saneamento básico é de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (CERJ, art. 72, *caput*, art. 343, art. 358, I e V); e (iv) afronta à competência da União para instituir diretrizes gerais de saneamento básico, que, no art. 30,

incisos III e IV, da Lei Federal nº 11.445/2007 (Lei Geral de Saneamento Básico) admite expressamente a cobrança por consumo mínimo (CERJ, art. 74, § 1º).

Sobre o vício de iniciativa e violação à separação de poderes, assinala que o artigo 11 da Lei 9.146/2020, oriundo de iniciativa parlamentar, impôs à AGENERSA a atribuição de proibir as concessionárias de água e esgoto do Estado de efetuarem cobrança de tarifa por consumo mínimo de água. Porém, registra que a Constituição da República, no art. 84, inciso VI, a, reproduzido pelo art. 145, inciso VI, a, da CERJ, reserva ao Chefe do Poder Executivo a competência para dispor, mediante decreto, sobre “organização e funcionamento da administração estadual”.

Pontua que o ato normativo impugnado, ao exigir da AGENERSA a adoção de medidas para proibir que as concessionárias sob sua fiscalização realizem cobrança por consumo mínimo, interferiu diretamente no funcionamento de uma autarquia estadual, afetando, inclusive, a sua discricionariedade técnica para regulação do serviço, avançando em providências que cuidam de funções típicas do Poder Executivo.

Acresce que a instituição da proibição de cobrança de tarifa por consumo mínimo interferiu, também, na gestão dos contratos administrativos de concessão de serviço de água e esgoto. Afinal, ao excluir a possibilidade de as concessionárias efetuarem a cobrança de abastecimento de água por tarifa mínima, o ato normativo impôs a modificação dos contratos, com repercussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Destaca que, de acordo com o STF, são inconstitucionais, por afronta ao princípio da separação de

7

poderes, as leis de iniciativa do Poder Legislativo que interfiram na política tarifária dos contratos de concessão, tendo em vista que se trata de matéria reservada ao Poder Executivo.

Nesse passo, em razão da usurpação de competência do Poder Executivo para a sua organização e funcionamento, argumenta que o artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020 é inconstitucional por violação aos artigos 7º, 112, §1º, d, c/c 145, VI, a, da CERJ.

Acerca da usurpação de competência dos municípios para dispor sobre a concessão de serviços de saneamento e abastecimento de água, registra que o STF, quando do julgamento da ADI 1842/RJ, afirmou que o serviço de abastecimento de água e esgoto é, em princípio, de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local. Como consequência, argumenta que a edição de ato normativo pelo Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro sobre serviço que não é de sua titularidade usurpa a competência dos municípios para o exercício de suas competências político-administrativas e legislativas. Reitera que o Poder Legislativo do Estado, nos termos do artigo 72, *caput*, da CERJ, não pode dispor sobre matéria relacionada a um serviço que é de titularidade primária dos municípios.

Assim, argumenta que o artigo em questão, ao dispor sobre a concessão de serviços públicos de titularidade municipal, contém vício de inconstitucionalidade formal, por afronta às competências político-administrativas e legislativa municipais para dispor sobre os serviços de abastecimento de água de interesse das localidades.

7

8

Sobre a afronta à competência da União para fixação de diretrizes gerais sobre saneamento básico, destaca que o artigo 21, XX, CR dispõe que compete à União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. Assim, em razão dessa competência político-administrativa, a União Federal editou a Lei nº 11.445/2007 para o estabelecimento de diretrizes nacionais para o saneamento básico. E, em seu art. 30, incisos III e IV, a Lei Geral do Saneamento Básico admitiu expressamente a possibilidade de cobrança por consumo mínimo. Destarte, o artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, ao proibir a cobrança de tarifa por consumo mínimo, contrariou a previsão da Lei geral sobre a matéria.

Consigna que a promulgação do art. 11 da Lei nº 9.164/2020, em 15.06.2021, após a derrubada do veto ao dispositivo, além de interferir em competências constitucionais do Poder Executivo e de outros entes federativos, impõe prejuízo bilionário à CEDAE e às concessionárias de saneamento, uma vez que, conforme dados de Auditoria Independente sobre a operação dos serviços de água e esgoto no Estado, 47,02% das receitas advêm de cobrança de tarifa mínima dos consumidores.

Nesse aspecto, pondera que, não fosse a violação à Constituição estadual, a proibição de cobrança de tarifa mínima, por interferir diretamente nos contratos de concessão de serviço de água e saneamento, afeta o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Como consequência, o reequilíbrio dos contratos de concessão demandará o reajuste tarifário, a ser suportado por usuários que não são cobrados por consumo mínimo. A hipótese é, segundo alega, de suspensão cautelar do art. 11 da Lei nº 9.164/2020, diante dos prejuízos sociais e econômicos produzidos pela vigência do dispositivo.

8

Quanto à medida cautelar, pontua que a Lei em questão foi publicada no Diário Oficial em 15 de junho de 2021, de modo que já está em vigor. Assim, as concessionárias de abastecimento de água e esgoto, a CEDAE e o Poder Executivo estão obrigados a modificar os contratos de concessão e o regime tarifário em vigor para adequação à proibição de cobrança por consumo mínimo.

Assinala, ainda, que a vigência do referido dispositivo, com a consequente proibição do regime tarifário por consumo mínimo, afeta a concorrência pública para concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, bem como a capacidade de operação da CEDAE.

Pondera que, na prática, a proibição do regime tarifário por consumo mínimo, sem o prévio investimento em hidrometração da rede de abastecimento, instituiu um regime de gratuidade de serviço para 47,02% dos consumidores, sendo evidente o desequilíbrio econômico-financeiro causado pelo ato normativo impugnado, exigindo o reajuste de tarifa. Isso, no entanto, apenas para os usuários que possuem hidrômetros instalados. Destarte, assinala que a conta do consumo de água em todo o Estado será paga, portanto, exclusivamente pelas unidades que possuem hidrômetro instalado.

Ressalta que a iniciativa parlamentar para vedar a cobrança por tarifa mínima contraria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, inclusive, editou enunciado de súmula afirmando a juridicidade da cobrança de tarifa mínima em serviço de abastecimento de água (Súmula 356).

10

Assim, requer a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do art. 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, em sua integralidade, até que seja julgado o mérito da ação. Ao final, requer seja julgado procedente o pedido, declarando-se a inconstitucionalidade do artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020.

Manifestação da ALERJ, index 0025, pelo indeferimento da liminar.

Sustenta a ALERJ que a Lei em exame representa um enorme avanço no plano das medidas que visam a preservar a água do Estado para futuras gerações.

Pontua que o artigo 11 impugnado nesta ação encontra-se em plena harmonia com as preocupações ambientais que nortearam todo o processo legislativo.

Consigna que a tarifa mínima é fonte de desperdício de água, porquanto consumidores que poderiam ter um gasto menor não se preocupam em economizar, na medida em que, de qualquer forma, deverão pagar o valor mínimo.

Assinala que o artigo em tela veio apenas enunciar uma importante diretriz na política ambiental do Estado, na tentativa de promover a economia de água, de modo a contribuir, em última análise, para a preservação da própria vida.

10

Argumenta que, diante da expressa competência conferida pelo artigo 24 da CR para os Estados legislarem concorrentemente com a União sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição, bem como sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente e ao consumidor, o Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro aprovou a Lei 9.164/2020, que nada mais vez do que dar cumprimento ao dever imposto pela Lei Maior de proteger esse bem tão caro à população.

Afirma a ALERJ, ainda, ser obrigação do Poder Público, em qualquer de suas esferas, atuar na direção de preservar os processos ecológicos essenciais, devendo, ainda, promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública no sentido de preservá-lo. E essa atuação, na forma da CR, importa também o exercício da atividade legislativa.

Acresce que o artigo impugnado não cria nem extingue Secretarias estaduais nem órgãos da Administração, tampouco dispõe sobre a organização ou funcionamento da administração estadual, mas apenas estabelece uma diretriz dentro da política ambiental do Estado, no intuito de promover a economia de água no Estado do Rio de Janeiro.

Consigna não haver, no ordenamento jurídico pátrio, a reserva ao Chefe do Poder Executivo da iniciativa de lei disposto sobre estruturação e atribuições de Secretarias e órgãos do Poder Executivo, pontuando que a iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo para a fixação das atribuições das Secretarias e órgãos da Administração Pública estadual e municipal não mais subsiste na Constituição Estadual nem na Federal.

12

Argumenta haver matérias que, mesmo sendo de iniciativa comum, podem acabar gerando certas atribuições ao Executivo, sem que isso signifique invasão à iniciativa reservada.

Reitera se tratar, aqui de norma de natureza ambiental cuja iniciativa não está reservada ao Chefe do Poder Executivo.

Afirma que a CERJ expressamente confere à ALERJ, com a sanção do Governador, ou seja, por meio de lei formal, a tarefa de legislar sobre a exploração ou concessão dos serviços públicos, nos termos do artigo 98, inciso IV. Assim, a rigor, as regras sobre exploração e concessão dos serviços públicos (como, por exemplo, a adoção ou não do conceito de consumo mínimo para o serviço) devem ser fixadas por meio de lei, não havendo iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo para deflagrar o respectivo processo legislativo. Ou seja, regras sobre exploração e concessão dos serviços públicos devem ser veiculadas por meio de lei formal (artigo 98, IV, CERJ), sendo que tal lei não está sujeita à iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo (artigo 112, §1º, CERJ).

Destarte, pondera que não se pode vislumbrar qualquer violação ao princípio da separação de poderes, visto que a iniciativa da lei em questão não está restrita ao Chefe do Poder Executivo.

Pontua que, por se tratar de Lei relativa à proteção do meio ambiente, não há que se falar em usurpação da competência do Município tampouco da União.

12

Afirma que nada há na Lei Estadual em debate que contrarie as normas gerais referentes aos fatores que devam ser considerados na política tarifária constante da Lei Federal 11445/2007, destacando que o artigo 29, §3º, reconhece a importância do consumo individualizado como medida protetiva do meio ambiente.

Acerca do suposto desequilíbrio que a Lei atacada poderia gerar em relação aos contratos de concessão, alega ser sempre possível à concessionária solicitar ao Poder Público o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, caso verifique qualquer onerosidade excessiva que venha a comprometer o regular fornecimento dos serviços.

Nega, outrossim, haver *periculum in mora*, salientando que o artigo em tela deverá ser observado no “transcorrer do exercício de 2021”, não tendo sido criada, portanto, qualquer obrigação imediata para o Estado.

Aduz, por fim, haver *periculum in mora* inverso, visto que qualquer atraso na aplicação do dispositivo em tela trará enorme prejuízos à política de preservação que se pretende estabelecer.

Parecer da Procuradoria-Geral do Estado, index 00086, pelo deferimento da cautelar.

Destaca a Procuradoria-Geral do Estado que o *fumus boni iuris* foi devidamente demonstrado, tendo em vista que a jurisprudência do STF e do Órgão Especial do TJERJ afirmam a inconstitucionalidade de leis de iniciativa

parlamentar que interfiram na política tarifária de contratos de concessão e estabeleçam atribuições a órgãos e entidades da Administração.

Acresce que o ato impugnado usurpa competência legislativa dos municípios para dispor sobre regime de concessão de serviços de saneamento. Consigna que, nos termos do art. 72, *caput*, da Constituição do Estado, o art. 11 da Lei nº 9.164/2020 é inconstitucional, porque estabelece uma norma geral sobre regime tarifário de serviço de abastecimento de água, em usurpação de competência legislativa dos municípios.

Aduz, ainda, que a Constituição da República reserva à União à competência legislativa para instituir diretrizes de saneamento básico (CRFB/1988, art. 21, inciso XX). Em razão dessa competência político-administrativa, foi editada a Lei Geral do Saneamento Básico, que admitiu expressamente a possibilidade de cobrança em regime de tarifa mínima (Lei nº 11.445/2007, art. 30, inciso III e IV). Desse modo, argumenta que a previsão em lei estadual de disciplina que contraria a lei geral sobre a matéria caracteriza indevido exercício de competência legislativa suplementar, salientando que o § 1º do art. 74 da Constituição do Estado é claro ao dispor que “o Estado, no exercício de sua competência suplementar, observará as normas gerais estabelecidas pela União”.

Assinala que também está presente o *periculum in mora*, porquanto a vigência do art. 11 da Lei nº 9.164/2020, considerando a prévia realização da licitação para concessão dos serviços de saneamento, inclusive com a celebração dos contratos, afeta o cálculo da outorga e dos investimentos programados. Destaca que, como detalha o documento de index 01 do Anexo 01

do processo eletrônico, a vedação da cobrança por tarifa mínima repercute sobre a equação econômico-financeira dos contratos, com impacto direto sobre os investimentos programados.

Pontua que a indevida interferência legislativa na gestão de contratos de concessão, com a proibição do regime tarifário por consumo mínimo, também afeta a capacidade de operação da Companhia Estadual de Água e Esgoto – CEDAE, que permanece responsável pela prestação do serviço em 18 municípios, continua operando o serviço nos blocos já licitados, até o final da operação assistida, assim como permanece atendendo outros 16 municípios e a região AP5 da cidade do Rio de Janeiro até a realização de nova licitação programada para dezembro de 2021.

Destaca que, como alertado na inicial, a cobrança de 47,02% dos usuários é realizada com base em tarifa mínima. Assim, na prática, a proibição do regime tarifário por consumo mínimo, sem o prévio investimento em hidrometração da rede de abastecimento, institui um regime de gratuidade de serviço para 47,02% dos consumidores.

Pondera que o regime de proibição de cobrança de tarifa mínima instituído pelo ato impugnado (i) frustra a modicidade tarifária, tendo em vista que impõe apenas aos usuários com hidrometração o pagamento pela prestação de serviço para todo o Estado, e (ii) impede a manutenção da “tarifa social”.

Ressalta, por fim, que, na forma detalhada pelo documento de index 01 do Anexo 01 do processo eletrônico, o edital de concessão dos serviços de água e esgoto previu prazo de 05 anos para as concessionárias atingirem o

índice de 100% de hidrometração. Destarte, em atenção à necessidade de aprimorar o regime de cobrança, inclusive para diminuir o desperdício de água, já se previu a qualificação da rede de abastecimento com a melhora do índice de hidrometração. Isso, no entanto, de forma planejada e progressiva, de modo que não se revela possível a intervenção legislativa aqui impugnada.

Parecer da Procuradoria de Justiça, index 00095, pelo deferimento da medida cautelar.

Ressalta a Procuradoria que o artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, oriunda de iniciativa parlamentar, desbordou os próprios objetivos traçados no artigo 1º da indigitada Lei e acabou por adentrar em campo relativo à política tarifária do serviço de abastecimento de água, incorrendo, assim, em aparente vício de inconstitucionalidade.

Registra que o dispositivo vergastado criou atribuição expressa no campo afeto à estrutura administrativa estadual, eis que diretamente impôs dever à AGENERSA, entidade integrante e vinculada à Administração Pública Estadual Indireta. Nesse passo, a determinação contida no artigo 11, da Lei Estadual nº 9.164/2020, oriunda de iniciativa parlamentar, a princípio, interfere diretamente nas atribuições do próprio Poder Executivo, eis que direcionada a ente integrante de sua estrutura, ensejando ofensa à reserva de administração (artigo 145, inciso VI, alínea 'a', da Constituição Estadual).

Desta forma, assinala o *Parquet* que, em juízo de cognição sumária, constata-se que o legislador transbordou suas possibilidades quando da edição do artigo 11, da Lei nº 9.164/2020, ensejando a configuração de vício

de inconstitucionalidade, por violação ao devido processo legislativo, à reserva de iniciativa e à separação dos poderes, em aparente afronta à disciplina dos artigos 7º, 112, § 1º, II, “d”, 145, II, III, VI, “a”, todos da Constituição Estadual.

Acresce a Procuradoria de Justiça, também, que o STF, na ADI 1842, interpretando os artigos 23, IX, e 25, §3º, da Constituição Federal, assentou entendimento no sentido de que a integração de Município à Região Metropolitana criada por lei estadual não esvazia a autonomia municipal. Assim, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico segue sendo dos Municípios integrantes, a despeito da execução de referidos serviços se dar de modo conjunto no âmbito da unidade interfederativa. Como consequência dessa titularidade primária dos Municípios para o serviço, à luz da natureza da organização da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, instituída pela Lei Complementar nº 184/2018, a edição de ato normativo pelo Poder Legislativo do Estado, compreendendo serviço que não é de titularidade estadual, acaba por também usurpar, em exame preliminar, a própria competência dos Municípios.

Consigna o MP, ainda, que, em que pese o alegado pelo Representado, que defende que o artigo 11 da Lei nº 9.164/2020 veicula norma que busca apenas e exclusivamente a preservação ambiental, fato é que a literalidade de sua redação não deixa margem a entendimento diverso. Saliencia o MP não haver dúvida de que o dispositivo ora impugnado ostenta comando voltado à política tarifária do serviço, pois expressamente determina que as concessionárias de água e esgoto “não mais pratiquem o conceito de consumo mínimo de água para qualquer tipo de estabelecimento...”.

Por fim, pontua o *Parquet* estar presente o *periculum in mora*, visto que, como consignado pelo Representante, a proibição do regime tarifário por consumo mínimo, imposta pelo artigo 11, da Lei Estadual nº 9.164/2020, afeta a própria capacidade de operação da Companhia Estadual de Águas e Esgoto – CEDAE e acaba por repercutir, na prática, no equilíbrio econômico-financeiro planejado para o procedimento licitatório já realizado e destinado à concessão dos serviços de saneamento básico na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, de notória importância para o Estado do Rio de Janeiro e também para os diversos Municípios que a integram.

VOTO

Limita-se o presente julgamento à análise da **medida cautelar** pleiteada, consoante previsão do artigo 105 do Regimento Interno deste Tribunal:

Art. 105 do RITJERJ. A medida cautelar na representação de inconstitucionalidade será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial, após audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

(...)

§3º- Também em caso de excepcional urgência, durante o recesso e nos dias em que não houver expediente forense normal, a medida cautelar poderá ser deferida por órgão diretivo e, nos demais dias, também pelo respectivo relator, ambos ad referendum, apresentado o processo em mesa na primeira sessão subsequente do Órgão Especial.

Para o deferimento da medida cautelar é necessário verificar a plausibilidade do direito discutido, bem como o prejuízo que poderá resultar em caso de manutenção da eficácia da norma apontada como inconstitucional. Acerca dos requisitos para a concessão da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, confira-se a lição de Luís Roberto Barroso:

“A jurisprudência estabeleceu, de longa data, os requisitos a serem satisfeitos para a concessão da medida cautelar em ação direta: a) a plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*); b) a possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*); c) a irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e d) a necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão.” (O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 8ª edição, 2019. Saraiva, p. 261)

In casu, trata-se de Representação por Inconstitucionalidade que tem por objeto o artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, oriunda de iniciativa parlamentar, que impõe à Agência Reguladora de Saneamento – AGENERSA o dever de determinar às concessionárias sob sua fiscalização que não mais pratiquem o regime tarifário por consumo mínimo. Confira-se a redação do referido artigo:

Art. 11. A Agência Reguladora de Saneamento – AGENERSA –, deverá, no transcorrer do exercício de 2021, determinar que as concessionárias de água e esgoto do Estado do Rio de Janeiro, sob sua fiscalização, não mais pratiquem o conceito de consumo mínimo de água para qualquer tipo de estabelecimento, residencial, comercial, industrial ou público, como forma de preservação ambiental da água.

Alega o Representante, em suma, que o dispositivo em comento é inconstitucional, em razão de: (i) vício de iniciativa, uma vez que a imposição de

20

atribuições a órgãos e entidades da Administração é privativa do Poder Executivo, tratando-se de matéria de reserva da Administração (art. 112, § 1º, d, c/c art. 145, VI, a, da CERJ); (ii) afronta ao princípio da separação de poderes (art. 7º da CERJ), já que a iniciativa legislativa para dispor sobre atribuições de autarquia (AGENERSA) e sobre a gestão de contrato administrativo de concessão viola a independência do Poder Executivo; (iii) usurpação de competência dos Municípios para dispor sobre critério específico de fixação de tarifa de serviços de saneamento e abastecimento de água, nos termos da decisão da ADI nº 1.842/RJ, em que o STF afirmou que o serviço de saneamento básico é de titularidade municipal, dada a prevalência do interesse local (CERJ, art. 72, *caput*, art. 343, art. 358, I e V); e (iv) afronta à competência da União para instituir diretrizes gerais de saneamento básico, que, no art. 30, incisos III e IV, da Lei federal nº 11.445/2007 (Lei Geral de Saneamento Básico) admite expressamente a cobrança por consumo mínimo (CERJ, art. 74, § 1º).

Ou seja, o Representante alega que a indigitada Lei padece de inconstitucionalidade formal orgânica (CERJ, art. 72, *caput*, art. 343, art. 358, I e V), inconstitucionalidade formal propriamente dita, por vício de iniciativa (art. 112, § 1º, d, c/c art. 145, VI, a, da CERJ), além de inconstitucionalidade material por violação ao princípio da separação de poderes (art. 7º da CERJ). Trago à colação os referidos dispositivos:

Art. 7º. São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 72 - O Estado exerce todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição da República.

Art. 112. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público, a Defensoria Pública e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º. São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

d) criação e extinção de Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto o art. 145, caput, VI, da Constituição;

Art. 145 - Compete privativamente ao Governador do Estado:

(...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração estadual, que não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

Art. 343 - Os Municípios são unidades territoriais que integram a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, dotados de autonomia política, administrativa e financeira, nos termos assegurados pela Constituição da República, por esta Constituição e pela respectiva Lei Orgânica.

22

Art. 358 - Compete aos Municípios, além do exercício de sua competência tributária e da competência comum com a União e o Estado, previstas nos artigos 23, 145 e 156 da Constituição da República:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

(...)

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

O Representado, por seu turno, nega que o dispositivo em tela padeça de inconstitucionalidade, tendo argumentado, em suma, que a tarifa mínima é fonte de desperdício de água, porquanto consumidores que poderiam ter um gasto menor não se preocupam em economizar, na medida em que, de qualquer forma, deverão pagar o valor mínimo. Nesse passo, assinala que o artigo em comento veio apenas enunciar uma importante diretriz na política ambiental do Estado, na tentativa de promover a economia de água.

Destarte, sustenta o Representado que, por se tratar de Lei relativa à proteção do meio ambiente, sua iniciativa não está reservada ao Chefe do Poder Executivo, não havendo que se falar, outrossim, em usurpação da competência do Município tampouco da União, diante da expressa competência conferida pelo artigo 24 da CR para os Estados legislarem concorrentemente com a União sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição, bem como sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente e ao consumidor. Registra que o artigo em questão não cria nem extingue Secretarias estaduais nem órgãos da Administração, tampouco dispõe sobre a organização ou

22

23

funcionamento da administração estadual, mas apenas estabelece uma diretriz dentro da política ambiental do Estado, no intuito de promover a economia de água no Estado do Rio de Janeiro. Afirma, ainda, que as regras sobre exploração e concessão dos serviços públicos devem ser veiculadas por meio de lei formal (artigo 98, IV, CERJ), sendo que tal lei não está sujeita à iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo (artigo 112, §1º, CERJ). Destarte, pondera que não se pode vislumbrar qualquer violação ao princípio da separação de poderes, visto que a iniciativa da lei em questão não está restrita ao Chefe do Poder Executivo. Afirma o Representado, também, que nada há na Lei Estadual em debate que contrarie as normas gerais referentes aos fatores que devam ser considerados na política tarifária constante da Lei Federal 11.445/2007.

Pois bem.

Apesar de o Representado alegar que o artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020 veicularia norma relativa à proteção do meio ambiente, fato é que se trata de norma voltada à política tarifária relativa aos serviços de saneamento e abastecimento de água.

Como salientando pela Procuradoria de Justiça, index 0095, “o dispositivo impugnado claramente veda a cobrança do serviço pelo critério de ‘tarifa mínima’, não havendo dúvida de que este é o cerne de seu comando normativo, que, frise-se mais uma vez, estabelece verdadeira diretriz de política tarifária.”

23

24

Nesse passo, em sede de cognição sumária, entendo que a norma estadual em tela padece de inconstitucionalidade formal orgânica, visto que o serviço de fornecimento de água e esgoto é de titularidade dos entes municipais, como resulta do artigo 358, I e V, da CERJ, pois quanto a eles predomina o interesse local, como já assentado pelo STF na ADI 1.842 E na ADI 3661, cuja ementa está abaixo transcrita:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ACREANA N. 1.618/2004. REGRAS QUE PROÍBEM O CORTE RESIDENCIAL DO FORNECIMENTO DE ÁGUA E ENERGIA ELÉTRICA PELAS CONCESSIONÁRIAS POR FALTA DE PAGAMENTO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. AFRONTA AOS ARTS. 22, INC. XII, ALÍNEA B, 30, INC. I E V E 175 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

(ADI 3661, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2011, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00001)

Confira-se, ainda, o seguinte trecho da decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux, nos autos da suspensão de liminar 1.446 RJ, datada de 22/04/21:

“A leitura do referido precedente [ADI 1.842] demonstra que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, interpretando os artigos 23, IX, e 25, §3º, da Constituição, assentou entendimento no sentido de que a integração de município a região metropolitana criada por lei estadual, conquanto compulsória, não esvazia a autonomia municipal. Assim, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico segue sendo dos municípios integrantes, a despeito da execução de referidos serviços se dar de modo conjunto no âmbito da unidade interfederativa. Por esses fundamentos, entendeu o Plenário

24

25

desta Corte ser inconstitucional dispositivo de lei estadual que submetia o poder concedente relacionado a estes serviços exclusivamente à decisão da autoridade Estadual, pois reconhecia-se pertencer ao “colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado” o poder concedente e a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico.

À luz do julgamento da ADI 1.842, revela-se, neste juízo sumário e sem prejuízo de ulterior revisão, a impossibilidade de invocação da Lei Estadual nº 2.831/1997 como limitadora do prazo de concessão de serviços cuja titularidade não pertence exclusivamente ao Estado do Rio de Janeiro, mas antes ao conjunto de Municípios integrantes da Região Metropolitana, sob pena de ferimento da autonomia federativa dos municípios conglomerados, donde exsurge o *fumus boni iuris* da alegação formulada pelo Estado autor.”

Também nesse sentido, a Procuradoria de Justiça, index 0095, pontua que, *“em sede de cognição sumária, vislumbra-se, na disciplina do indigitado artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, aparente usurpação de competência dos Municípios ao dispor sobre critério de fixação de tarifa de serviços de saneamento e abastecimento de água, cuja titularidade pertence aos Municípios, como já assentado na ADI nº 1.842/RJ, acima mencionada.”*

A propósito, o seguinte precedente do STF:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. **Lei 13.755/2002, do Paraná. Vedação de cobrança de tarifa mínima por prestação de serviços de água, luz e telefone.** 3. **Serviços públicos de titularidade dos municípios e da União, aos quais compete legislar sobre a matéria. Precedentes.** 4. **A competência suplementar dos Estados para legislar sobre direito do consumidor não alcança a disciplina da relação jurídica entre concessionários e usuários de serviços públicos. Precedentes.** 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

25

(ADI 2790, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 02-07-2020 PUBLIC 03-07-2020)

Além de versar sobre política tarifária relativa aos serviços de saneamento e abastecimento de água, cuja competência é dos municípios, o artigo em exame, oriundo de iniciativa parlamentar, ainda cria atribuição expressa no campo afeto à estrutura administrativa estadual, eis que diretamente impõe dever à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA.

Ora, como ressaltado pela Procuradoria de Justiça, index 00095, “a *Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA é entidade integrante e vinculada à Administração Pública Estadual Indireta, submetida a regime autárquico especial, razão pela qual, a determinação contida no artigo 11, da Lei Estadual nº 9.164/2020, oriunda de iniciativa parlamentar, a princípio, interfere diretamente nas atribuições do próprio Poder Executivo, eis que direcionada a ente integrante de sua estrutura, ensejando ofensa à reserva de administração (artigo 145, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição Estadual).*”.

Com efeito, os artigos 112, §1º, II, “d” e 145, VI, da CERJ têm por objetivo instrumentalizar o dever constitucional exclusivo que o chefe do Poder Executivo possui de exercer a administração superior do respectivo ente federado. E, por se tratar de competência exclusiva, eventual intromissão por Poder diverso implica violação ao princípio da separação de poderes (CERJ, art. 7º). Nesse sentido, os seguintes precedentes deste Órgão Especial:

Processo: [0021487-60.2019.8.19.0000](#) 2ª Ementa -
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Des(a). MARCO
ANTONIO IBRAHIM - Julgamento: 19/10/2020 - OE -
SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL

Representação por inconstitucionalidade em face da Lei nº 5.586/2015 do Município de Volta Redonda. **Diploma legal que impõe ao Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Volta Redonda (SAAE-VR) a instalação gratuita de hidrômetros individuais em favor dos proprietários de imóveis pertencentes a empreendimentos do Programa Minha Casa Minha Vida. Inconstitucionalidade por vícios formal e material. Imposição de nova obrigação a órgão integrante da administração direta municipal. Indevida ingerência normativa do Poder Legislativo em matéria sujeita a exclusiva competência administrativa do Poder Executivo.** Aumento de despesas para a administração pública municipal, que deverá dispor de recursos financeiros não destinados para tal finalidade, a fim de suportar os custos referentes à compra e à instalação dos hidrômetros. Ausência de indicação de fonte de custeio. Precedentes do Órgão Especial do TJERJ em casos análogos. Violação aos artigos 7º, 112, § 1º, II, "d" e § 2º; e 145, VI, "a" da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Procedência da representação.

0069384-55.2017.8.19.0000 - DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. Des(a). FERDINALDO DO
NASCIMENTO - Julgamento: 09/07/2018 - OE -
SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 7.340, DE 14 DE JULHO DE 2016, QUE DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO, PELO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (DETRAN), DE ADESIVO ESPECIAL PARA TRÂNSITO EM FAIXAS SELETIVAS, NAS VIAS, PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PROPRIETÁRIAS DE VEÍCULOS. VÍCIO DE INICIATIVA. AFRONTA AOS ARTS. 7º, 112 § 1º, II, LETRA

"D", 145, VI E 358, I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA.

São de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo as leis que disponham sobre atribuições de órgãos da Administração Pública (Art. 112 § 1º, II, letra "d" e 145, VI CERJ). **A lei entelada, ao impor ao Departamento de Trânsito do Rio de Janeiro, autarquia estadual, a responsabilidade pelo fornecimento de adesivos para portadores de deficiência a fim de permitir o tráfego destes pelas faixas seletivas, resulta em indevida ingerência na esfera de competência exclusiva do Exmº Sr. Governador do Estado.** Além disso, a legislação apontada contém vício material, porquanto cria nova atribuição para o DETRAN/RJ, no sentido do planejamento e execução das obrigações necessárias para confecção e fornecimento dos adesivos mencionados, provocando um aumento de despesa, sem indicar a respectiva fonte de custeio, e sem observar a necessidade de previsão orçamentária para se dar início a programa ou projeto que implique em aumento de despesas, em afronta ao disposto no art. 211, I, da Carta Fluminense. Da mesma forma, por se tratar de norma sobre organização do trânsito, a indigitada legislação afeta interesse local, invadindo a competência dos Municípios, prevista no artigo 358, inciso I, da Carta Estadual, restando evidente o vício de iniciativa. Neste contexto, é flagrante a inconstitucionalidade do texto impugnado por violação às regras que definem a competência legislativa, bem como ao princípio da independência e harmonia dos Poderes consagrado no art. 7º da Constituição Estadual.

PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Nesse passo, em sede de cognição sumária, verifico a existência de inconstitucionalidade formal e material, a evidenciar a plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*).

Resta configurada, também, a excepcional urgência a justificar a concessão da medida (*periculum in mora*), porquanto a modificação do regime tarifário do serviço de abastecimento de água, com a proibição da cobrança por consumo mínimo, nos moldes pretendidos pelo legislador estadual, afeta o equilíbrio econômico-financeiro da operação da CEDAE, assim como dos contratos de concessão recém-licitados.

Como ressaltado pelo Representante, index 002, a “*modificação de condições para remuneração pela prestação do serviço concedido poucos meses após a realização da licitação, além de gerar grave crise de confiança no mercado, também afeta a estruturação do lote de concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário para 16 municípios e para a região AP5 da cidade do Rio de Janeiro, cuja licitação ocorrerá em dezembro de 2021.*”

Dito isso, **RATIFICO A MEDIDA CAUTELAR que suspendeu a eficácia do artigo 11 da Lei Estadual nº 9.164/2020, até o julgamento final desta Representação, com efeitos ex tunc.**

Notifique-se a ALERJ, na pessoa de seu Presidente, a fim de que possa prestar as informações no prazo de 30 (trinta) dias, na forma do disposto no artigo 106, II, do Regimento Interno deste Tribunal.

Após, remetam-se os presentes autos à Procuradoria-Geral do Estado, nos termos do art. 104, §2º, do Regimento Interno do TJRJ.

Por fim, à Procuradoria Geral de Justiça.

Rio de Janeiro,

DESEMBARGADOR BENEDICTO ABICAIR
RELATOR

Discursos

**DISCURSO PROFERIDO PELO GOVERNADOR CLÁUDIO CASTRO DURANTE O
LEILÃO DA CONCESSÃO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E
TRATAMENTO DE ESGOTO DO BLOCO 3 DA CEDAE, NA B3, EM SÃO PAULO, NO
DIA 29 DE DEZEMBRO DE 2021**

Oito meses se passaram do dia que mudou a minha trajetória. Só quem sabe, só quem viveu aquela semana de 30 de abril sabe do que eu estou falando. Uma semana dura, uma semana difícil. Uma semana que poucas vezes no Rio, durante esses quinze meses, nós tivemos um enfrentamento político muito duro que, em alguns momentos, fez a gente duvidar se a concessão aconteceria, mas também foi um momento divisor de águas, porque ali o governo do Estado mostrou esta nova face, mostrou a que veio. Mostrou uma coragem e uma determinação que muitos não sabiam até aquele momento que existia.

Por ser um governo que era pautado pelo diálogo, pela composição, não se imaginava que poderíamos ir até aquele nível, realmente de briga, de luta pelo que acreditávamos. Nós demonstramos que diálogo sim, concordância sim, mas não temos medo de fazer aquilo que consideramos o correto. Esse leilão era o correto.

Tínhamos tido um momento de muita tensão com o nosso parceiro o BNDES, mas sempre com extremo respeito. Todo mundo, ainda que discordando, pensava no bem comum que era o bem da população. E fazíamos ali história para o Rio de Janeiro. Alguns desavisados podem estar pensando nos R\$22,6 bilhões, não é essa a história. Isso é um detalhe. Fazemos história porque naquele dia decretávamos a mudança de vida de mais de 10 milhões de cariocas e fluminenses. Naquele dia demonstrávamos que a nossa vontade de ajudar a população era muito maior que a nossa vontade de ter o controle político de uma grande estatal. Estatal forte, poderosa, capaz de fazer diferença na vida das pessoas. Mas uma diferença, com todo o respeito que tenho ao seu corpo técnico e aos seus funcionários, muito menor que após o processo de concessão. Vieram, então, dois grandes parceiros, a Aegea e a Iguá.

E o Rio de Janeiro como é conhecido por não respeitar realidades regulatórias, começamos um processo de um namoro profundo de uma relação aberta, uma relação de troca, uma relação de confiança que materializou-se este ano, quando demos o primeiro reajuste aos servidores no meio do processo de assunção definitiva da Cedae, na qual todos acreditavam que o Rio não cumpriria a questão regulatória. Mais uma vez nós demonstramos que não é só de boca a nossa vontade de transformar o Rio de Janeiro.

O Conselho do Instituto Rio Metrópole é a grande prova do diálogo, do respeito que as prefeituras têm por parte do governo do Estado. É um Conselho onde nada se impõe, mas tudo é tratado no diálogo. Tivemos, logo em seguida, um problema duro entre os municípios de entendimento sobre as divisões do recurso. Mais uma vez, o Governo do Estado demonstrou-se grande, altivo, por abrir mão de uma parte do que era seu para entender que isso tem que ser dividido, isso tem que ser democraticamente utilizado.

E, hoje, nesse bloco que muito falava-se, eu aprendi que temos dois ouvidos e uma boca só, para que a gente possa ouvir mais. O secretário Nicola me disse o tempo todo: “governador, não se preocupe, isso foi uma dinâmica de leilão”. Depois, uma conversa com o pessoal da Aegea, com toda a vênica e o respeito institucional, deu para entender nas entrelinhas deles que era exatamente isso. Era uma escolha daquele momento participar com mais força dos outros blocos e não uma falta de confiança ou de interesse. E nós conseguimos repetir aquele feito do último leilão.

Uma estrada, uma via, um caminho de uma mão só. Sem retirada de edital, sem nenhuma espécie de dúvida, ministro, se alguém tinha informação privilegiada ou não. Sem nenhum adiamento. A escolha do dia 29 de dezembro parecia uma escolha feita para mudar. E mais uma vez o Rio de Janeiro mostrou a responsabilidade no ambiente de negócios, com segurança jurídica. Num ambiente político, com a reestruturação de um Estado que foi feito para brilhar, mas os seus problemas endêmicos colocaram-no numa posição triste ao longo dos anos.

Quem tem convivido, nesses últimos tempos com o Governo do Estado, tem relatado a percepção clara de melhora. E eu fico feliz não por uma vaidade pessoal, mas pela certeza de estarmos no caminho certo, ministro. Que tem um princípio basilar inegociável, que é o diálogo. Enquanto muitos por aí que até em crises querem se acusar, brigar, nós do Rio de Janeiro decidimos trabalhar junto. Eu não tenho dúvida que o sucesso desse bloco 3, que muitos não acreditavam, ali agora com a imprensa: “O senhor acha que pode dar errado?” “Eu não tenho a menor dúvida que hoje é o ganha-ganha, já deu certo”. Já tinha dado certo porque começou certo, porque caminhou certo e o desfecho foi o desfecho certo.

Isso não é mérito. Sobremaneira isso é mérito. Infelizmente hoje ser correto passou a ser um ativo quando deveria ser um princípio. Esse princípio que hoje nós lutamos duramente. Essa credibilidade - palavra tão simples, mas que o Rio de Janeiro durante muitos anos não conseguiu mais conjugá-la - é a palavra que hoje, ministro, nos norteia. Ser um Estado com credibilidade. Ser um Estado onde o investidor possa vir pra cá com tranquilidade. Ser um Estado onde a população verdadeiramente confie nos seus dirigentes. Onde os dirigentes trabalhem juntos em parceria seja municipal, estadual, federal, seja do Poder Executivo, do Legislativo, do Judiciário, seja público ou privado. Mas um Estado onde a cooperação tem feito a diferença. Um Estado onde há o respeito ao servidor público, o respeito da Procuradoria Geral do Estado. Estado com os salários em dia, mas mais que isso, um Estado hoje que entre a liquidação e o pagamento são incríveis 11 dias, ministro - saímos do pior pagador do Brasil para o melhor pagador do Brasil. Nem a União paga os seus fornecedores em 11 dias, mas o governo do Estado do Rio de Janeiro paga. E sem ter usado R\$ 1,00 da Cedae para isso. Porque esse dinheiro, é um compromisso meu, ele é 100% destinado, voltado, através do Pacto RJ que, diferente do que alguns dizem por aí, é um pacto que 70-80% por cento dele foi um documento trazido pela Firjan, chamado Canteiro de Obras. E o resto são projetos trazidos pelos senhores e senhoras prefeitos e prefeitas. Demonstrando a responsabilidade do Rio de Janeiro, em primeiro lugar com o dinheiro que é do povo. Segundo, é trazer o desenvolvimento. Nossa meta é o desenvolvimento. É justiça social, não através de torrar o dinheiro da população em política eleitoreiras, mas em justiça social através do maior projeto que existe que é o emprego.

Hoje é um dia de agradecer, no meu caso, na minha fé, é agradecer a Deus. Mas sobretudo agradecer a cada servidor desse Estado, que comigo tem feito a vida dessas 17 milhões de pessoas, desses 17 milhões de sonhos, de histórias, estarem mudando ao longo desses dezesseis meses. Só tenho a agradecer a toda a minha equipe, agradecer aos prefeitos e prefeitas, agradecer ao BNDES, agradecer ao Governo Federal, à Assembleia Legislativa, à Câmara Federal e ao Senado. E se, antigamente, nós chegávamos em outro Estado da federação éramos vistos com desdém e até com uma certa melancolia pelas pessoas, hoje quando chegamos nesses mesmos lugares, somos vistos com admiração. Isso não é uma vaidade pessoal, é uma vaidade institucional. Porque quem está crescendo não é o Claudio, quem está crescendo é o Estado do Rio de Janeiro. De verdade, nós não temos tempo a perder, porque tem muita gente que depende do nosso suor matinal para ter uma vida melhor. E é disso que nós tratamos hoje aqui. É uma vida melhor para mais 3 milhões de pessoas. Quando me perguntavam por que aceitar municípios deficitários, porque não aproveitar para colocar mais dinheiro em caixa. Eu dizia, não é isso que importa. Não é o dinheiro em caixa que importa. Se nós tivéssemos que ter outorga zero para atender os 17 milhões, eu faria. De verdade, faria. Porque o que importa pra gente é dar uma vida digna para essas pessoas. Esse povo tão sofrido, tão batalhador, esse povo que não desistiu do Rio de Janeiro. E nós não desistiremos deles até o nosso último dia.

Muito obrigado!

CLAUDIO CASTRO
GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**DISCURSO PROFERIDO PELO SECRETÁRIO-CHEFE DA CASA CIVIL NICOLA
MICCIONE DURANTE O LEILÃO DA CONCESSÃO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO
DE ÁGUA E TRATAMENTO DE ESGOTO DO BLOCO 3 DA CEDAE, NA B3, EM SÃO
PAULO, NO DIA 29 DE DEZEMBRO DE 2021**

Gostaria de parabenizar a população do Rio de Janeiro, na pessoa do governador Cláudio Castro, por mais esse resultado na galeria de conquistas que estão mudando o estado.

Gostaria de cumprimentar o ministro Rogério Marinho, que vem fazendo um fantástico trabalho à frente da sua pasta e também os secretários estaduais, parlamentares federais e estaduais, prefeitos e a todos os presentes.

Agradecer a confiança dos concorrentes, e também a Águas do Brasil, SAAB e Aegea. Muito obrigado por confiarem no Rio de Janeiro.

Hoje o Rio de Janeiro deu mais um passo em direção a um futuro mais digno para a sua população.

Com a concessão do bloco 3, mais 2,7 milhões de pessoas serão beneficiadas. Somando com os blocos 1, 2 e 4, concedidos em abril, 13 milhões de pessoas que vivem nos 49 municípios serão beneficiadas com a universalização do acesso a água e esgoto até 2033.

Essa concessão fecha um ano importante para o Rio de Janeiro. O ano em que o Estado se colocou novamente de pé, com a cabeça erguida.

O Rio de Janeiro está se recuperando. Os empregos perdidos nos piores momentos da pandemia, foram recuperados.

Foi lançado o Pacto RJ, maior programa de investimentos próprios na história do Rio de Janeiro.

Mais de R\$ 17 bilhões serão investidos em três anos em áreas como assistência social, saúde, habitação, educação, segurança, transportes, meio ambiente e cultura.

Esse resultado é fruto da liderança do governador Cláudio Castro, que faz um governo que possui, entre seus pilares, a boa gestão e transparência.

Sob o comando do governador, os servidores passaram a receber seus salários em dia. Graças à governança dele, os investimentos privados retornaram, pois os investidores sabem que podem confiar nas instituições de Estado.

Não tem sido uma tarefa fácil. Fazer o certo, fazer bem feito, fazer com respeito ao cidadão e de forma transparente é uma questão de decisão. E o governador Cláudio Castro tomou essa decisão.

O Rio de Janeiro enfrentou de forma séria uma grande pandemia.

Respeitando a ciência e pensando no melhor para a população, o governador adotou medidas duras quando necessário e flexibilizou quando a ciência permitiu. 73% da população do estado completou a vacinação contra a Covid 19. Mais de 25 milhões de vacinas foram aplicadas.

Olhando para o passado recente, vemos o quanto o Rio de Janeiro mudou e vai continuar avançando nos próximos anos. Estamos renovando o Regime de Recuperação Fiscal, um benefício para agora e para o futuro, com o qual, dando continuidade à boa gestão e com a transparência, o Rio de Janeiro possa se recuperar definitivamente.

Pela primeira vez, em cinco anos, o orçamento não tem déficit.

A retomada do investimento direto contrariou as previsões de que o estado somente retomaria a capacidade de investir em 2028. Não é milagre ou sorte, é competência, seriedade e respeito ao cidadão.

Aqui destaco o quanto as parcerias foram, são e serão importantes nos próximos anos. Especialmente gostaria de citar a equipe da Secretaria da Casa Civil, pela dedicação e pelo compromisso. A Assembleia Legislativa, sempre firme, preparada para fazer o melhor para o Estado. O Judiciário, que sempre manteve um diálogo franco e o espírito garantidor do equilíbrio do estado. A todas as secretarias, em especial à Procuradoria Geral do Estado, na pessoa do procurador Bruno Dubeux.

Meu governador, o senhor montou um time de vencedores. O seu secretariado representa hoje um grupo altamente qualificado em defesa do Rio e de um futuro melhor para as próximas gerações.

Falando especificamente das concessões de saneamento, somando as duas fases, os investimentos mínimos chegam a R\$ 32 bilhões.

A outorga fixa, que ajudará o estado e municípios a fazerem mais investimentos, ultrapassa R\$ 24 bilhões. Haverá, durante a concessão, R\$ 9,3 bilhões em outorgas variáveis para os municípios.

Esses números são a tradução da nova realidade do Rio de Janeiro.

Quero fazer uma citação especial à equipe do BNDES, na figura do Fabio Abrahão, agradecer ao presidente Montezano e toda a equipe por todo apoio.

Ao batermos esse martelo hoje, estamos abrindo as portas de 2022, ano em que o Rio de Janeiro voltará a ser uma das locomotivas do desenvolvimento brasileiro.

Porque o Brasil para crescer, precisa que o Rio de Janeiro cresça. E o Brasil e o Rio de Janeiro não têm tempo a perder.

NICOLA MICCIONE
SECRETÁRIO-CHEFE DA CASA CIVIL

DISCURSO PROFERIDO PELO GOVERNADOR CLÁUDIO CASTRO DURANTE O LEILÃO DOS QUATRO BLOCOS DA CEDAE, NA B3, EM SÃO PAULO, NO DIA 30 DE ABRIL DE 2021

Este leilão, que nos dá uma esperança de um futuro melhor para 12 milhões de pessoas, será um marco para o Governo do Estado do Rio de Janeiro.

E não estou falando apenas de saneamento básico na porta das pessoas, da geração de 26 mil vagas de empregos diretos e indiretos ou dos R\$ 30 bilhões em investimento de infraestrutura em nosso Estado - que isoladamente já seriam notícias incríveis.

Este leilão é o marco de um novo momento para o nosso Rio de Janeiro. O símbolo de uma mudança.

Todos acompanharam de perto os momentos difíceis pelos quais o Estado passou nos últimos anos. Situações que interferiram diretamente nas finanças públicas e prejudicaram a população, principalmente aqueles mais carentes que dependem dos serviços públicos.

Mas não adianta ficar lamentando o que já aconteceu. Temos que trabalhar com o presente e o futuro. É o que temos feito. E é sobre o futuro que precisamos falar.

Este processo de concessão dos serviços de saneamento foi um importante recado para quem deseja investir no Estado do Rio de Janeiro. Pela primeira vez no Brasil, um leilão desses foi realizado na data marcada. Isto não é por acaso. É reflexo da transparência e da seriedade na condução de todo processo. Isto é segurança jurídica, é gestão competente. É a prova de que estamos fazendo o dever de casa para tornar o Rio de Janeiro mais competitivo e atrair investimentos.

Somos o primeiro estado da federação a aproveitar de forma tão ampla o Marco Legal do Saneamento, recentemente aprovado pelo Congresso Federal, e o resultado mostrou que fizemos a coisa certa na hora certa.

Apesar do inquestionável êxito econômico desta operação, eu gostaria de ressaltar o alcance social desta concessão.

Doze milhões de pessoas serão beneficiadas com água encanada e coleta e tratamento de esgoto. São questões básicas, mas que ainda são um problema no Brasil inteiro.

E vamos lidar com esta situação usando o mesmo remédio de sempre?

Não, meus amigos. Temos a obrigação de fazer diferente. De fazer melhor, porque não temos mais tempo a perder.

O Estado do Rio de Janeiro e a Cedae não teriam fôlego para fazer os investimentos necessários para cumprir as regras do Marco Legal, que estipulam a universalização dos serviços até o fim de 2033. E não cumprir este prazo é penalizar a população mais carente, aqueles que mais precisam dos investimentos. E, como todos nós já ouvimos em algum momento em nossas vidas - e é a mais pura verdade -, investir em saneamento é investir em saúde.

As comunidades carentes, por sinal, terão uma atenção especial. O edital de concessão reservou R\$ 1,8 bilhão especificamente para intervenções nestas regiões que tanto precisam da presença do Estado. Um Estado eficiente, focado nos serviços mais importantes, que podem fazer a diferença na vida de quem mais precisa.

A concessão vai gerar investimentos de R\$ 30 bilhões em infraestrutura. E para realizar todas essas obras, vamos gerar empregos. Serão criadas 26 mil vagas diretas e indiretas no Rio de Janeiro. Eu costumo dizer para a minha equipe que não existe melhor programa social do que trabalho digno.

E não podemos esquecer do meio ambiente, afinal estamos garantindo a ampliação da coleta e tratamento de esgoto no Rio de Janeiro. Só a Baía de Guanabara receberá investimentos de R\$ 2,6 bilhões. Teremos reflexos positivos no turismo, gerando empregos, ampliando o número de visitantes e de opções de lazer em uma área que, durante anos, só aparecia nos noticiários por conta da poluição.

A Bacia do Guandu, responsável pela maior parte da água que abastece a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, receberá um investimento ainda maior: R\$ 2,9 bilhões. E a Cedae terá sua atuação direcionada para a produção de água, garantindo um fornecimento ininterrupto e de qualidade, que vai chegar cada vez a mais residências.

Neste momento de virada de página, de transformação de nosso estado, meu compromisso é com a nossa população, principalmente a mais carente. Vivemos em um país de extrema desigualdade e temos que caminhar, com senso de urgência, para uma sociedade mais justa e igualitária.

E para alcançar este objetivo é preciso uma gestão séria que esteja sempre aberta ao diálogo, buscando agregar e chegar a consensos. O Rio de Janeiro precisa de união, de um pacto pelo desenvolvimento econômico e social, com a chegada de novas empresas, geração de empregos e uma atuação certa do Estado.

Não temos tempo a perder. Com muito diálogo, trabalho e humildade vamos chegar lá.

CLÁUDIO CASTRO
GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DISCURSO PROFERIDO PELO SECRETÁRIO-CHEFE DA CASA CIVIL NICOLA MICCIONE DURANTE O LEILÃO DOS QUATRO BLOCOS DA CEDAE, NA B3, EM SÃO PAULO, NO DIA 30 DE ABRIL DE 2021

Presidente Jair Bolsonaro, Governador Cláudio Castro, ministros, secretários e demais presentes.
Governador Cláudio Castro, parabéns.

Hoje o estado do Rio de Janeiro mostrou ao Brasil como se faz uma concessão. Com transparência, ouvindo a todos os interessados e com uma certeza: fizemos um ótimo negócio para a população do Rio de Janeiro.

Uma equipe técnica, com mais de 100 pessoas, trabalhou dia a noite para garantir que a visão do governador Cláudio Castro fosse atingida. O sucesso mostra isso.

O Estado do Rio de Janeiro conduziu o processo garantindo total acesso a todas as informações, a qualquer momento, aos órgãos de controle, à Assembleia Legislativa, ao Judiciário e à sociedade.

Neste particular, a participação da Procuradoria Geral do Estado, principalmente nos últimos dias, foi fundamental. Deixo aqui o registro ao nosso procurador, Dr. Bruno Dubeux, o agradecimento.

Para conduzir os estudos, o governo do Rio de Janeiro acertou ao contratar o BNDES, que possui uma equipe técnica de qualidade, liberada diretamente pelo presidente Gustavo Montezano, pelo diretor Fábio Abrahão, a quem eu estendo, aqui, ao Guilherme, Cleverson e toda a equipe do BNDES que trabalhou incessantemente para que esse processo pudesse ser atingido.

Trabalhamos em parceria, discutindo e corrigindo rumos.

Juntos, fizemos desta não apenas a maior concessão do país, mas o maior projeto social e ambiental da história recente.

Como bem disse o governador, serão criados vinte e seis mil novos empregos diretos e indiretos.

Cento e vinte e três bilhões serão investidos e se transformarão em mais de um trilhão de reais ao longo de trinta e cinco anos.

O saneamento deixará de ser passivo e se transformará em ativo, gerando receitas para os municípios.

Como secretário da Casa Civil, eu quero agradecer a todas as pessoas que trabalharam para que o dia de hoje chegasse.

Agradecimento especial ao meu amigo Riley, que está lá na Casa Civil acompanhando todo o trabalho técnico.

Neste especial, gostaria de agradecer aos trinta e cinco prefeitos que compreenderam a oportunidade de levar água e esgoto a sua população.

Ao Instituto Rio Metrópole, que através do Conselho Deliberativo coordenou a adesão de todos os municípios da Região Metropolitana.

À imprensa, por trazer o projeto à discussão a destacar a necessidade de se oferecer água e esgoto à população.

E quero agradecer antecipadamente a todos que vão trabalhar nos próximos anos para fiscalizar as concessões e garantir que todas as metas e compromissos assumidos hoje sejam cumpridos.

Para encerrar, asseguro que, sob as orientações do governador Cláudio Castro e com intensa parceria com Legislativo, Judiciário e sociedade, estamos construindo hoje o Rio de Janeiro de amanhã, um Rio de Janeiro melhor, mais justo, mais inclusivo, um Rio de Janeiro onde todos têm o mesmo direito à vida e ao respeito do Estado.

Viva o Rio de Janeiro!

Obrigado.

NICOLA MICCIONE
SECRETÁRIO-CHEFE DA CASA CIVIL

Índice

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

A

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO – Saneamento básico. CEDAE. Projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto. Instrumento jurídico adequado à delegação de serviços a montante à CEDAE. Contrato de programa, caso permaneça sob o controle do Estado, ou concessão mediante concorrência. Inviabilidade da alienação diluída de ações face à exigência legal de identificação e avaliação pelo poder concedente do (s) controlador (es) dos delegatários de serviços públicos. Outras considerações. Parecer nº 07/2019 – ASA

_____ Realização de audiência pública obrigatória em forma exclusivamente virtual no contexto do isolamento social imposto pela pandemia do covid-19. Possibilidade desde que implementadas garantias adicionais. Combinação dos princípios da publicidade, da transparência e da participação com o princípio da continuidade das atividades estatais. Parecer nº 04/2020 – ASA

_____ Eventual futura inclusão de municípios não integrantes da região metropolitana em concessão celebrada entre empresa privada e outros entes federativos. Possibilidade desde que atendido determinados requisitos. Análise em tese. Apenas diante de cada caso e modelagem concreta poderá ser definitivamente aferida a legitimidade da inclusão. Parecer nº 05/2020 – ASA

_____ Serviço público prestado em caráter exclusivo. Necessidade de confirmação da exclusividade pelo respectivo regulador. Desnecessidade de formalização por termo contratual. Aplicação do enunciado nº 30 – PGE. Outras considerações. Parecer nº 48/2021 – ASA

_____ Identificação dos bens reversíveis na concessão do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário para fins de indenização da Cedae. Cláusulas editalícias e contratuais. Modelagem contratual. Adoção do critério funcional. Prévia indenização. Necessidade de verificação quanto à essencialidade do bem à prestação do serviço público. Questão técnica a observar o procedimento administrativo contratualmente previsto. Parecer nº 11/2022 – ASA

_____ Consulta. Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da Minuta de Contrato de Concessão, Anexo I do Edital de Concorrência Internacional. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares de Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Sugestões para adequação jurídica da minuta do contrato. Parecer Conjunto nº 01/2020 – ASA/ARCY/FAG/GUB

_____ Consulta. Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da Minuta de Contrato de Concessão do “Bloco 03”. Adequação jurídica da minuta do contrato. Precedente Parecer Conjunto nº 01/2020

ASA/ARCY/FAG/GUB, que deste faz parte integrante em sua íntegra. Parecer Conjunto nº 01/2021 – ASA/GUB

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO – Apresentação

_____ Consulta. Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da Minuta de Contrato de Concessão, Anexo I do Edital de Concorrência Internacional. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares de Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Sugestões para adequação jurídica da minuta do contrato. Parecer Conjunto nº 01/2020 – ASA/ARCY/FAG/GUB

_____ Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Lei Complementar nº 184/2018. Criação de autarquia em regime especial. Viabilidade jurídica. Fixação de mandato dos diretores. Criação de Procuradoria Mista. Fixação do regimento interno do Instituto Rio Metr pole. Possibilidade de município não integrante da Região Metropolitana se beneficiar de alguns de seus serviços. Participa o dos entes. Peso do voto. Interpreta o sistemática do art. 10, caput e incisos c/c   3 . Parecer não 03/2019 – ARCY

_____ Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro. Lei Complementar Estadual não 184/2018. Possibilidade de vincula o do Instituto Rio Metr pole   Região Metropolitana. Viabilidade Jurídica das Minutas de Regulamento dos  rg os Deliberativo, Consultivo e Executivo da Região Metropolitana e do Fundo de Desenvolvimento Metropolitano. Necessidade de ajustes para que se evitem ilegalidades e inconstitucionalidades. Considera es gerais. Parecer não 08/2019 – ARCY

_____ Saneamento Básico. CEDAE. Projeto de Desestatiza o dos Serviços de água e Esgoto. Exame da viabilidade jurídica do modelo proposto. Quesitos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.6 da consulta enviada. Competência metropolitana e o papel do Estado do Rio de Janeiro. Juridicidade da delega o de competências de gestão do serviço ao Estado do Rio de Janeiro por decisão do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana e dos Municípios que não a integram. Observa es quanto   delega o da fun o de gestão dos contratos de concessão. Adequa o do instrumento de Convênio de Coopera o. Possibilidade de previsão de mecanismos para maior estabiliza o da rela o jurídica. Desnecessidade de nova lei autorizativa estadual para viabilizar a gestão associada. Poder de voto no Conselho Deliberativo quanto aos municípios metropolitanos não atendidos pela CEDAE. Considera es sobre a reparti o de receita da outorga e/ou produto da aliena o da CEDAE com os municípios metropolitanos não atendidos pela estatal. Considera es gerais. Parecer não 09/2019 – ARCY

_____ Lei Complementar estadual não 184/2018. Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro. Implica es da Implementa o da lei. Contratos de concessão metropolitanos. Art. 10, caput c/c art. 11,  2 . Assinatura pelo Governador do Estado na qualidade de Presidente do Conselho Deliberativo após aprova o, em vota o, pelo referido Conselho. Situa o dos municípios metropolitanos de Petrópolis, Niterói e Guapimirim. Art. 5, XXXVI, da CRFB c/c Art. 6,   1  da LINDB c/c Art. 27, da LCE 184/2018. Segurança jurídica. Ato jurídico perfeito. Incorpora o dos serviços pelas concessionárias metropolitanas a partir do termo final dos

respectivos contratos em curso. Considerações. Parecer nº 01A/2020 – ARCY

_____ Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Gestão associada de serviços públicos (art. 241 da Constituição). Exame da viabilidade jurídica das minutas de Convênios de Cooperação, de Contratos de Gerenciamento e de Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes. Contratação direta da CEDAE e Lei nº 14.026/2020. Assunção de ônus financeiros pelo Estado do Rio de Janeiro e Regime de Recuperação Fiscal. Observância dos requisitos formais e dos precedentes da PGE-RJ. Considerações. Parecer nº 05/2020 – ARCY

_____ Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da viabilidade jurídica de minuta de Edital de Concorrência Internacional. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Observância dos requisitos formais e dos precedentes da PGE-RJ. Considerações. Parecer Conjunto nº 01/2020 – ARCY/FAG

_____ Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Leitura conjunta necessária com o Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG. Considerações. Licitação deserta do Bloco 3. Exame da viabilidade jurídica de minuta de Edital de Concorrência Internacional do Bloco 3. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares de Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Observância dos requisitos formais e dos precedentes da PGE-RJ. Semelhança à consulta realizada anteriormente em relação à minuta do Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020. Parecer Conjunto nº 01/2021 – ARCY/FAG

ANTONIO JOAQUIM PIRES E ALBUQUERQUE – Suspensão de liminar nº 1.446 MC manejada pelo Estado do Rio de Janeiro para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000. Projeto de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Decisão liminar que suspendeu o processo licitatório. Necessária observância ao interesse público. Risco de lesão ao erário. Risco à universalização do saneamento básico. Pedido. Necessidade de reconhecimento da plena eficácia do Decreto Estadual nº 47.422/2020 até ulterior decisão. Suspensão de liminar nº 1446 MC/STF. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Supremo Tribunal Federal]

_____ Agravo Interno interposto pelo Estado do Rio de Janeiro em face de Medida Cautelar deferida em Representação de Inconstitucionalidade. Inviabilidade de controle de legalidade em sede de controle de constitucionalidade. Preliminar. Descabimento da ação de controle abstrato de constitucionalidade. Natureza subordinada do ato impugnado. Inadequação da ação direta por ausência de impugnação do complexo de atos que dispõem sobre o prazo de vigência da concessão. Mérito. Serviço Público de titularidade da região metropolitana. Inaplicabilidade da Lei Estadual nº 2831/1997. Pedido de reconsideração da decisão que concedeu medida cautelar. Processo nº 0001674-76.2021.8.19.0000

_____ Representação de inconstitucionalidade manejada pelo Estado do Rio de Janeiro. Pedido cautelar. Processo licitatório. Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Decreto Legislativo nº 16/2021 que sustou os efeitos do Decreto Executivo nº 47.422/2020. Usurpação de competência. Serviço de titularidade do ente municipal. Violação a separação de poderes. Empecilho à universalização do saneamento básico no Estado. Inconstitucionalidade da espécie normativa editada pelo Legislativo Estadual. Processo nº: 0030071-48.2021.8.19.0000

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK MARTINS – Apresentação

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

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

_____ Transferência de serviços públicos de saneamento básico, atualmente prestados pela CEDAE, a concessionárias privadas. Obrigação de indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados. Análise jurídica da minuta de apresentada pelo BNDES, no âmbito Acordo de Cooperação Técnica para a estruturação do projeto de desestatização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário na Região Metropolitana e outros Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Lei Federal nº 11.445/2007, art. 42, § 5º, com a redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020. Parecer Conjunto nº 01/2020 – AHPSWM/HBR/TCA

_____ Consulta. Saneamento básico. Projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto do Rio de Janeiro. Análise da minuta do contrato de interdependência. Art. 12 e art. 10-A, § 2º da Lei Federal nº 11.445/2007. Inovações introduzidas pelo Novo Marco Legal de Saneamento Básico. Lei nº 14.026/2020. Interdependência entre os distintos prestadores das atividades relacionadas à gestão associada dos serviços de saneamento. Recomendações para adequação jurídica da minuta do contrato. Parecer Conjunto nº 02/2020 – AHPSWM/HBR/TCA ..

_____ Análise jurídica da minuta de Contrato de Produção de Água, que tem por objeto a exploração do sistema upstream da Região Metropolitana. Lei Federal nº 11.445/2007, art. 10-A, § 2º, com a redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020. Exame da possibilidade de Contratação Direta da CEDAE via dispensa de licitação e seus requisitos. Viabilidade jurídica da minuta apresentada desde que adequada na forma deste opimento. Parecer Conjunto nº 03/2020 – AHPSWM/HBR/TCA

B

BENEDICTO ABICAIR – Mandado de segurança. Concessão da segurança para impedir definitivamente que o projeto de decreto legislativo nº 57/2021 produza efeitos. Sustação do

decreto n.º 47.422/2020 do Governador do Estado do Rio de Janeiro, que autorizou a abertura de procedimento licitatório para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário da região metropolitana do rio de janeiro e demais municípios fluminenses. Segurança concedida. Agravo Regimental não reconhecido. Processo n.º 0029592-55.2021.8.19.0000.....

_____ Medida Cautelar e Acórdão. Concessão de suspensão de eficácia do artigo 11 da Lei Estadual n.º 9.164/2020 até o julgamento final da representação por inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Art. 11 da Lei Estadual n.º 9.164/2020 impôs à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado - AGENERSA que determine às concessionárias de água e esgoto sob sua fiscalização que deixem de aplicar "o conceito de consumo mínimo da água para qualquer tipo de estabelecimento". O art. 11 da Lei n.º 9.164/2020 foi inicialmente vetado, mas a Assembleia Legislativa do Estado – ALERJ rejeitou o veto, promulgando o dispositivo, conforme publicação no Diário Oficial de 15 de junho de 2021. Inconstitucionalidade do artigo por vício de iniciativa, matéria privativa do Poder Executivo; Afronta a separação de poderes; Usurpação de competência dos Municípios para dispor sobre o critério específico de fixação de tarifa de serviços de saneamento e abastecimento de água; Afronta à competência da União para instituir diretrizes gerais de saneamento básico. Plausibilidade do direito discutido, bem como o prejuízo que poderá resultar em caso de manutenção da eficácia da norma apontada como inconstitucional. A norma veiculada é voltada à política tarifária relativa aos serviços de saneamento e abastecimento de água. Em sede de cognição sumária, entendo que a norma estadual em tela padece de inconstitucionalidade formal orgânica, visto que o serviço de fornecimento de água e esgoto é de titularidade dos entes municipais. Processo n.º 0057848-08.2021.8.19.0000.....

BRUNO DUBEUX – Apresentação.....

_____ Suspensão de liminar n.º 1.446 MC manejada pelo Estado do Rio de Janeiro para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 0001674-76.2021.8.19.0000. Projeto de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Decisão liminar que suspendeu o processo licitatório. Necessária observância ao interesse público. Risco de lesão ao erário. Risco à universalização do saneamento básico. Pedido. Necessidade de reconhecimento da plena eficácia do Decreto Estadual n.º 47.422/2020 até ulterior decisão. Suspensão de liminar n.º 1446 MC/STF. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Supremo Tribunal Federal].....

_____ Pedido de Concessão de Suspensão Liminar. Extensão dos efeitos da suspensão liminar para demandas cujo objeto seja idêntico. Extensão dos efeitos da suspensão dos efeitos da liminar para o Mandado de Segurança n.º 0101354-84.2021.5.01.0000 do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região que determinou a apresentação de estudo circunstanciado de impacto socioeconômico na relação com os trabalhadores da CEDAE e suspendera o certame. Configuração do manifesto interesse público e a grave lesão à economia pública. Plausibilidade da argumentação apresentada pelo Estado do Rio de Janeiro. Existência de *periculum in mora* pela possibilidade de frustração do procedimento licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Decisão obstaculiza a expansão da prestação de serviços de saneamento básico, os quais ostentam alta relevância ante sua repercussão na saúde pública. Petição na Suspensão de Liminar n.º 1.446 MC/RJ – STF. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Supremo Tribunal

Federal].....

_____ Agravo Interno interposto pelo Estado do Rio de Janeiro em face de Medida Cautelar deferida em Representação de Inconstitucionalidade. Inviabilidade de controle de legalidade em sede de controle de constitucionalidade. Preliminar. Descabimento da ação de controle abstrato de constitucionalidade. Natureza subordinada do ato impugnado. Inadequação da ação direta por ausência de impugnação do complexo de atos que dispõem sobre o prazo de vigência da concessão. Mérito. Serviço Público de titularidade da região metropolitana. Inaplicabilidade da Lei Estadual nº 2831/1997. Pedido de reconsideração da decisão que concedeu medida cautelar. Processo nº 0001674-76.2021.8.19.0000.....

BRUNO VELLOSO DE MESQUITA – Representação de inconstitucionalidade manejada pelo Estado do Rio de Janeiro. Pedido cautelar. Processo licitatório. Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Decreto Legislativo nº 16/2021 que sustou os efeitos do Decreto Executivo nº 47.422/2020. Usurpação de competência. Serviço de titularidade do ente municipal. Violação a separação de poderes. Empecilho à universalização do saneamento básico no Estado. Inconstitucionalidade da espécie normativa editada pelo Legislativo Estadual. Processo nº: 0030071-48.2021.8.19.0000.....

C

CARLOS ANDRÉ SILVA BAPTISTA – Agravo Regimental no Mandado de Segurança. Pedido de reconsideração da decisão proferida *inaudita altera pars* para suspender o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento. Extensão dos efeitos da suspensão liminar nº 1446 Rio de Janeiro. Decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a existência de coincidência, em termos práticos, entre o conteúdo da decisão cautelar anteriormente proferida no pedido de suspensão liminar e a decisão provisória proferida em sede de mandado de segurança pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Perda de Objeto do Mandado de Segurança. No mérito. Incompetência da Justiça do Trabalho. A suspensão dos efeitos da norma editalícia não configura causa de pedir ou pedido que decorra diretamente da relação de trabalho, afastando a incidência do inciso I do art. 114 da Constituição da República. A Ação Civil Pública que originou o *Mandamus* restou extinta ante o reconhecimento da incompetência da Justiça do Trabalho. Inexistência de privatização ou desestatização da CEDAE. Continuidade da Companhia Estadual de Águas e Esgoto na prestação dos serviços de captação e tratamento de água. Concessão de parte dos serviços de adução, reversa e distribuição de águas e coleta de esgoto. Projeto Estratégico para o Estado do Rio de Janeiro e para os Municípios. Amplas participações de todos os setores da sociedade interessada. Garantia de emprego até 2022 com previsão em norma coletiva de trabalho. Previsão de “*outplacement*” pelo contrato de interdependência. Previsão contratual de aproveitamento de empregados da CEDAE pela nova concessionária. Necessidade de avaliação quanto às consequências da tutela de urgência concedida. Art. 20 e 21 da LINDB. Inexistência de *periculum in mora*. Processo nº 0101354-84.2021.5.01.0000. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região].....

_____ Agravo Regimental no Mandado de Segurança. Pedido de reconsideração da decisão proferida *inaudita altera pars* para suspender o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento. Extensão dos efeitos da suspensão liminar nº 1446 Rio de Janeiro. Decisão do

Supremo Tribunal Federal reconhecendo a existência de coincidência, em termos práticos, entre o conteúdo da decisão cautelar anteriormente proferida no pedido de suspensão liminar e a decisão provisória proferida em sede de mandado de segurança pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Perda de Objeto do Mandado de Segurança. No mérito. Incompetência da Justiça do Trabalho. A suspensão dos efeitos da norma editalícia não configura causa de pedir ou pedido que decorra diretamente da relação de trabalho, afastando a incidência do inciso I do art. 114 da Constituição da República. A Ação Civil Pública que originou o *Mandamus* restou extinta ante o reconhecimento da incompetência da Justiça do Trabalho. Inexistência de privatização ou desestatização da CEDAE. Continuidade da Companhia Estadual de Águas e Esgoto na prestação dos serviços de captação e tratamento de água. Concessão de parte dos serviços de adução, reversa e distribuição de águas e coleta de esgoto. Projeto Estratégico para o Estado do Rio de Janeiro e para os Municípios. Amplas participações de todos os setores da sociedade interessada. Garantia de emprego até 2022 com previsão em norma coletiva de trabalho. Previsão de “*outplacement*” pelo contrato de interdependência. Previsão contratual de aproveitamento de empregados da CEDAE pela nova concessionária. Necessidade de avaliação quanto às consequências da tutela de urgência concedida. Art. 20 e 21 da LINDB. Inexistência de *periculum in mora*. Processo nº 0101354-84.2021.5.01.0000. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região].....

CIRO GRYNBERG – Suspensão de liminar nº 1.446 MC manejada pelo Estado do Rio de Janeiro para sustar os efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000. Projeto de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Decisão liminar que suspendeu o processo licitatório. Necessária observância ao interesse público. Risco de lesão ao erário. Risco à universalização do saneamento básico. Pedido. Necessidade de reconhecimento da plena eficácia do Decreto Estadual nº 47.422/2020 até ulterior decisão. Suspensão de liminar nº 1446 MC/STF. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Supremo Tribunal Federal].....

_____ Manifestação no Mandado de Segurança impetrado por Deputados Estaduais contra ato do Exmo. Sr. Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - ALERJ e da Mesa Diretora da ALERJ objetivando a sustação da tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021. A tramitação do Projeto de Decreto Legislativo viola direito líquido e certo à observância do devido processo legislativo e às normas constitucionais relativas ao processo legislativo. Isso porque o ato impetrado busca sustar o Decreto Executivo nº 47.422/2020, que autorizou a abertura de procedimento licitatório para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e demais municípios fluminenses, fora das hipóteses autorizadas pelo art. 99, VII da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e pelo art. 49, V, da Constituição da República. Processo nº 0029592-55.2021.8.19.0000. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro].....

_____ Representação de Inconstitucionalidade proposta pelo Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0057848-08.2021.8.19.0000. Inconstitucionalidade do artigo 11 da Lei nº 9.164/2020. Usurpação de competência do Poder Executivo. Usurpação de competência dos Municípios. Competência da união para fixação de diretrizes gerais sobre saneamento básico e existência de lei geral federal que admite a cobrança por consumo mínimo. Pedidos. Concessão da medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 11 da Lei estadual nº 9.164/2020. Declaração de inconstitucionalidade do artigo 11 da Lei estadual nº 9.164/2020. Processo nº 0057848-

08.2021.8.19.0000. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro].....

_____ Agravo Interno interposto pelo Estado do Rio de Janeiro em face de Medida Cautelar deferida em Representação de Inconstitucionalidade. Inviabilidade de controle de legalidade em sede de controle de constitucionalidade. Preliminar. Descabimento da ação de controle abstrato de constitucionalidade. Natureza subordinada do ato impugnado. Inadequação da ação direta por ausência de impugnação do complexo de atos que dispõem sobre o prazo de vigência da concessão. Mérito. Serviço Público de titularidade da região metropolitana. Inaplicabilidade da Lei Estadual nº 2831/1997. Pedido de reconsideração da decisão que concedeu medida cautelar. Processo nº 0001674-76.2021.8.19.0000.....

_____ Contestação à Ação Popular proposta por Deputados Estaduais em face do Governador do Estado do Rio de Janeiro. Projeto de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Anulação do Edital de Concorrência internacional nº 01/2020. Contestação. Estado do Rio de Janeiro. Preliminares. Necessária participação do Estado na lide. Ilegitimidade passiva do Governador e do Estado do Rio de Janeiro. Estado atua na condição de mero representante dos titulares dos serviços de abastecimento e esgotamento sanitário nas áreas de concessão. Ausência de interesse de agir. Questão prejudicial. Representação de inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000. Mérito. Prestação de serviço público é matéria afeta à Administração. Observância da tarifa social. Previsão expressa no edital. Planejamento da concessão calcado em estudos técnicos. Pedidos. Ingresso do Estado no polo passivo. Extinção do processo sem resolução do mérito. Suspensão do processo até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000. Processo nº 0095265-89.2021.8.19.0001.....

_____ Contestação à Ação Civil Pública proposta pela Federação de Trabalhadores de Indústria e pelo Sindicato de Trabalhadores de Serviços de Água e Esgoto de Niterói e Região. Estado do Rio de Janeiro. Projeto de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Preliminares. Ilegitimidade ativa. Ausência de pertinência temática. Ilegitimidade passiva. Estado não detém titularidade do serviço. Entendimento consolidado pela Corte Constitucional. Titularidade dos serviços: Municípios e Região Metropolitana. Mérito. Inaplicabilidade da Lei estadual nº 2.831/1997. Possibilidade de incidência do prazo de 35 anos de concessão. Planejamento da concessão calcado em estudos técnicos. Pedidos. Extinção do processo sem resolução do mérito. Suspensão do processo até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001674-76.2021.8.19.0000. Improcedência que se impõe. Processo nº 0090615-96.2021.8.19.0001.....

_____ Representação de inconstitucionalidade manejada pelo Estado do Rio de Janeiro. Pedido cautelar. Processo licitatório. Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Decreto Legislativo nº 16/2021 que sustou os efeitos do Decreto Executivo nº 47.422/2020. Usurpação de competência. Serviço de titularidade do ente municipal. Violação a separação de poderes. Empedimento à universalização do saneamento básico no Estado. Inconstitucionalidade da espécie normativa editada pelo Legislativo Estadual. Processo nº: 0030071-48.2021.8.19.0000.....

de Objeto superveniente. Liminar de Segurança deferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema “privatização da CEDAE” e do resultado do leilão da empresa, com a concessão de três dos quatros blocos ofertados. Os impetrantes se manifestaram favoravelmente à extinção do mandado de segurança por perda superveniente do objeto. Extinção do feito sem resolução de mérito. Processo nº 0101354-84.2021.5.01.0000.....

CLÁUDIO CASTRO – Representação de Inconstitucionalidade proposta pelo Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0057848-08.2021.8.19.0000. Inconstitucionalidade do artigo 11 da Lei nº 9.164/2020. Usurpação de competência do Poder Executivo. Usurpação de competência dos Municípios. Competência da união para fixação de diretrizes gerais sobre saneamento básico e existência de lei geral federal que admite a cobrança por consumo mínimo. Pedidos. Concessão da medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 11 da Lei estadual nº 9.164/2020. Declaração de inconstitucionalidade do artigo 11 da Lei estadual nº 9.164/2020. Processo nº 0057848-08.2021.8.19.0000. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro].....

_____ Representação de inconstitucionalidade manejada pelo Estado do Rio de Janeiro. Pedido cautelar. Processo licitatório. Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Decreto Legislativo nº 16/2021 que sustou os efeitos do Decreto Executivo nº 47.422/2020. Usurpação de competência. Serviço de titularidade do ente municipal. Violação a separação de poderes. Empecilho à universalização do saneamento básico no Estado. Inconstitucionalidade da espécie normativa editada pelo Legislativo Estadual. Processo no: 0030071-48.2021.8.19.0000.....

_____ Discurso proferido pelo Governador Cláudio Castro durante o Leilão da Concessão do Serviço de Fornecimento de Água e Tratamento de Esgoto do Bloco 3 da CEDAE, na B3, em São Paulo, no dia 29 de dezembro de 2021.....

_____ Discurso proferido pelo Governador Cláudio Castro durante o Leilão dos Quatro Blocos da CEDAE, na B3, em São Paulo, no dia 30 de abril de 2021.....

D

DANIELE FARIAS DANTAS DE ANDRADE URYN – Agravo Regimental no Mandado de Segurança. Pedido de reconsideração da decisão proferida *inaudita altera pars* para suspender o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento. Extensão dos efeitos da suspensão liminar nº 1446 Rio de Janeiro. Decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a existência de coincidência, em termos práticos, entre o conteúdo da decisão cautelar anteriormente proferida no pedido de suspensão liminar e a decisão provisória proferida em sede de mandado de segurança pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Perda de Objeto do Mandado de Segurança. No mérito. Incompetência da Justiça do Trabalho. A suspensão dos efeitos da norma editalícia não configura causa de pedir ou pedido que decorra diretamente da relação de trabalho, afastando a incidência do inciso I do art. 114 da Constituição da República. A Ação Civil Pública que originou o *Mandamus* restou extinta ante o reconhecimento da incompetência da Justiça do Trabalho. Inexistência de privatização ou desestatização da CEDAE. Continuidade da Companhia

Estadual de Águas e Esgoto na prestação dos serviços de captação e tratamento de água. Concessão de parte dos serviços de adução, reversa e distribuição de águas e coleta de esgoto. Projeto Estratégico para o Estado do Rio de Janeiro e para os Municípios. Amplas participações de todos os setores da sociedade interessada. Garantia de emprego até 2022 com previsão em norma coletiva de trabalho. Previsão de “*outplacement*” pelo contrato de interdependência. Previsão contratual de aproveitamento de empregados da CEDAE pela nova concessionária. Necessidade de avaliação quanto às consequências da tutela de urgência concedida. Art. 20 e 21 da LINDB. Inexistência de *periculum in mora*. Processo nº 0101354-84.2021.5.01.0000. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região].....

_____ Contestação à Ação civil pública proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Saneamento Básico e Meio Ambiente do Rio de Janeiro e Região e pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Purificação e Distribuição de água e em Serviços de Esgoto de Campos e Região Norte e Noroeste do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061. Estado do Rio de Janeiro. Preliminar. Da perda do objeto. Da incompetência da justiça do trabalho. Mérito. Da inexistência de privatização ou desestatização da CEDAE. Do cumprimento do acordo coletivo firmado com os empregados. Da previsão de aproveitamento de empregados da CEDAE pela nova concessionária. Do prévio estudo quanto aos impactos trabalhista e previdenciário antes da publicação do edital de concorrência. Pedidos. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Improcedência que se impõe. Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região].....

_____ Contrarrazões ao Recurso ordinário interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores nas empresas de saneamento básico e meio ambiente do Rio de Janeiro e Região e pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Purificação e Distribuição de Água e em Serviços de Esgoto de Campos e Região Norte e Noroeste do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061. Estado do Rio de Janeiro. Do cumprimento do acordo coletivo firmado com os empregados. Da previsão de aproveitamento de empregados da CEDAE pela nova concessionária. Manutenção da decisão que se impõe. Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061.....

E

ELISIO CORREA DE MORAES NETO – Sentença. Julgamento de improcedência dos pedidos autorais ante a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para o julgamento da causa. Prejudicados os pedidos de suspensão do procedimento licitatório, uma vez que já ocorreu. Ausente interesse em agir nos pedidos aduzidos nos itens do pedido B da inicial, uma vez que se trata de demanda coletiva na qual os trabalhadores estão representados pelo substituto processual. Extinção do processo, sem resolução do mérito, quanto aos pedidos A, B e C. Em relação ao pedido de condenação do Estado na obrigação de fazer consistente na abstenção de dispensar seus empregados em massa, esse não merece prosperar. Validade da norma coletiva que prevê a garantia de emprego de 99% de seus empregados. Além disso, acaso violados, os direitos sequer poderiam ser objeto de ação civil pública. Os trabalhadores ora representados têm em comum apenas o fato de possuírem vínculos de trabalho com a mesma empresa, direitos esses que, em tese, podem vir a sofrer violações futuramente ou não. Os autores não demonstraram a violação de direitos difusos ou coletivos. Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061.....

F

FLÁVIO AMARAL GARCIA – Apresentação.....

_____ Consulta. Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da Minuta de Contrato de Concessão, Anexo I do Edital de Concorrência Internacional. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares de Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Sugestões para adequação jurídica da minuta do contrato. Parecer Conjunto nº 01/2020 – ASA/ARCY/FAG/GUB.....

_____ Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da viabilidade jurídica de minuta de Edital de Concorrência Internacional. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Observância dos requisitos formais e dos precedentes da PGE-RJ. Considerações. Parecer Conjunto nº 01/2020 – ARCY/FAG.....

_____ Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Leitura conjunta necessária com o Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG. Considerações. Licitação deserta do Bloco 3. Exame da viabilidade jurídica de minuta de Edital de Concorrência Internacional do Bloco 3. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares de Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Observância dos requisitos formais e dos precedentes da PGE-RJ. Semelhança à consulta realizada anteriormente em relação à minuta do Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020. Parecer Conjunto nº 01/2021 – ARCY/FAG.....

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

Alteração do objeto inicial. Necessidade de realização de novas audiência e consulta pública. Princípios da publicidade, transparência e controle social. Aplicação do art. 39 da Lei nº 8.666/93, art. 10, VI, da Lei nº 11.079/2004 e arts. 11, IV, 19, § 5º e 51 da Lei na 11.445/2007. Recomendação do prazo mínimo de 30 (trinta) dias para a consulta pública. Parecer Conjunto nº 01/2021 – AHWPSM/FAG.....

_____ Concessão da prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Proposta de minuta de acordo a ser celebrado entre Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro. Parâmetros conformadores do acordo. Impossibilidade jurídica do acordo criar direitos e obrigações para terceiros ou invadir competências alheias. Impossibilidade do acordo interferir no projeto de concessão veiculado no Edital de Concorrência nº 01/20. Necessidade de esclarecimentos e justificativas adicionais. Parecer nº 01/2021 – FAG.....

_____ Saneamento Básico. Concessão da prestação regionalizada dos serviços de

abastecimento de água e esgotamento sanitário. Gestão do Sistema de Fornecimento de Água. Anexo X do Edital de Concessão – Regramento do Sistema de Fornecimento de Água. Implantação do Centro de Controle Operacional – CCO.

Contratação de empresa para implantação e construção do CCO pelo Instituto Rio Metr pole (IRM). Inteligência do art. 15 do Anexo X. Interpreta o sistemática do Anexo e dos demais instrumentos contratuais. Contrata o pelo Instituto Rio Metr pole com o custeio privado das Concessionárias. Fun es e relevância do Centro de Controle Operacional – CCO. Possível conflito de interesses entre CEDAE e concessionárias. Fun o equidistante e neutral do IRM. Responsabilidade pública.

Ausência de fato superveniente apto a ensejar a mutabilidade contratual. Razões invocadas para altera o contratual insuficientes. Exercício da competência e de op es discricionárias que se tornam vinculadas com a realiza o da licita o.

Necessidade de realiza o de licita o pelo IRM, na forma definida no edital. Princípio da isonomia e cria o de valor para o mercado a partir de um ativo público. Parecer n  07/2021 – FAG.....

G

GUSTAVO BINENBOJM – Consulta. Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatiza o dos Serviços de água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da Minuta de Contrato de Concessão, Anexo I do Edital de Concorrência Internacional. Concessão da Presta o regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares de Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Sugestões para adequa o jurídica da minuta do contrato. Parecer Conjunto n  01/2020 – ASA/ARCY/FAG/GUB.....

_____ Consulta. Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatiza o dos Serviços de água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da Minuta de Contrato de Concessão do “Bloco 03”. Adequa o jurídica da minuta do contrato. Precedente Parecer Conjunto n  01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, que deste faz parte integrante em sua íntegra. Parecer Conjunto n  01/2021 – ASA/GUB.....

_____ Saneamento Básico. CEDAE. Projeto de Desestatiza o dos Serviços de água e Esgoto. Exame da viabilidade jurídica do modelo proposto. Desnecessidade de lei autorizativa estadual para a concessão dos serviços públicos de saneamento a operadores privados. Dispensa constante da legisla o federal de forma expressa. Desnecessidade de leis autorizativas dos municípios integrantes da Região Metropolitana: possibilidade de participa o, com direito a voto, com base na Lei complementar criadora da Região Metropolitana. Inaplicabilidade de norma de lei estadual que veda a subconcessão de serviços, pois o Estado não será poder concedente, nem subconcedente, na modelagem da Região Metropolitana. Parecer n  03/2019 – GUB.....

_____ Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Lei Complementar Estadual n  184/2018.  rg o Executivo. Autarquia Estadual Instituto Rio Metr pole. Viabilidade jurídica da sua integra o   Região Metropolitana. Vincula o ao Conselho Deliberativo, não mais integrando a Administra o Pública Estadual. Necessidade de edi o de nova Lei Complementar Estadual, alterando a LC n  184/2018. Considera es. Parecer n  04/2019 – GUB.....

_____ Consulta. Contrato nº 17.2.0389.1. Estado do Rio de Janeiro e BNDES. Análise da juridicidade da comprovação de atestação técnica por meio de subcontratadas. Impossibilidade. Art. 25 da Lei n. 8987/95. Arts. 72 e 78, VI da Lei n. 8666/93. Subcontratação da fração principal do objeto contratual. Distinção entre fração do objeto do próprio objeto da licitação. Possibilidade de utilização da figura do consórcio de empresas. Precedentes do Tribunal de Contas da União e Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Parecer nº 02/2020 – GUB.....

_____ Consulta. Região Metropolitana. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto Prestados pela CEDAE. Edital de contrato de concessão de prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Cláusula 7 do contrato de concessão. Prazo de duração do contrato de 35 anos. Artigo 175 da Constituição Federal. Lei Federal nº 8987/1995. Artigo 3º da Lei Estadual nº 2.831/1997. Parecer nº 06/2020 – GUB.....

_____ Consulta. Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos. Taxa fundada no exercício do poder de polícia. Artigo 145, II da CRFB. Artigos 77 e 78 do CTN. Tributo de natureza contraprestacional. Lei Estadual nº 4.555/2005. Lei Estadual nº 4.556/2005. Decreto Estadual nº 37.930/2005. Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA. Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nos 01, 02 e 04. Serviços de titularidade da Região Metropolitana ou dos Municípios não Metropolitanos. Exercício do poder de polícia pela AGENERSA, a quem a taxa é integralmente devida. Inaplicabilidade das normas estaduais de partilha do produto da arrecadação entre as agências reguladoras estaduais. Parecer nº 53/2021 – GUB.....

H

HENRIQUE BASTOS ROCHA – Transferência de serviços públicos de saneamento básico, atualmente prestados pela CEDAE, a concessionárias privadas. Obrigação de indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados. Análise jurídica da minuta de apresentada pelo BNDES, no âmbito Acordo de Cooperação Técnica para a estruturação do projeto de desestatização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário na Região Metropolitana e outros Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Lei Federal nº 11.445/2007, art. 42, § 5º, com a redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020. Parecer Conjunto nº 01/2020 – AHPSWM/HBR/TCA.....

_____ Consulta. Saneamento básico. Projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto do Rio de Janeiro. Análise da minuta do contrato de interdependência. Art. 12 e art. 10-A, § 2º da Lei Federal nº 11.445/2007. Inovações introduzidas pelo Novo Marco Legal de Saneamento Básico. Lei nº 14.026/2020. Interdependência entre os distintos prestadores das atividades relacionadas à gestão associada dos serviços de saneamento. Recomendações para adequação jurídica da minuta do contrato. Parecer Conjunto nº 02/2020 – AHPSWM/HBR/TCA...

_____ Análise jurídica da minuta de Contrato de Produção de Água, que tem por objeto a exploração do sistema upstream da Região Metropolitana. Lei Federal nº 11.445/2007, art. 10-A, § 2º, com a redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020. Exame da possibilidade de Contratação

Direta da CEDAE via dispensa de licitação e seus requisitos. Viabilidade jurídica da minuta apresentada desde que adequada na forma deste opinamento. Parecer Conjunto nº 03/2020 – AHPSWM/HBR/TCA.....

_____ Consulta relacionada ao Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, concebido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que culminou na publicação da Concorrência Internacional nº 01/20, cujo objeto é a concessão da prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, na área de concessão, em cada um dos respectivos blocos, por meio da exploração das infraestruturas integrantes do sistema. Promoção nº 02/2021 – HBR.....

J

JOSÉ VICENTE SANTOS MENDONÇA – Direito Administrativo. Direito dos Serviços Públicos. Reformulação da prestação do serviço público de saneamento básico. Reversibilidade de bens. Indenização. Indisponibilidade do interesse público. Consensualidade administrativa. Possibilidade de acordos acerca de indenizações devidas a entes públicos. Cautelas e requisitos. Parecer nº 07/2019 – JVSM.....

_____ Contrato nº 17.2.0389.1. Estado do Rio de Janeiro e BNDES. Possibilidade de o Estado do Rio de Janeiro realizar consulta pública e audiência pública dos planos de saneamento básico dos municípios. Lei 11.445/2007. Audiência e consulta pública. Acordo de Cooperação Técnica. Possibilidade. Cautelas. Parecer nº 03/2020 – JVSM.....

_____ Direito Público. Direito Administrativo. Contratos de concessão de serviços públicos estaduais. Pandemia de COVID-19 (coronavírus). Emergência biossanitária mundial. Duração e impacto econômico imprevisíveis. Imprevisão e caso fortuito. Possível repartição dos prejuízos entre as partes. Afastamento de sanções administrativas e caducidade em razão de inexecução contratual. Necessidade de devido processo legal administrativo para averiguar, de modo específico, a configuração de nexos causal entre pandemia, e os impactos em cada contrato. Dever de negociação. Parecer nº 07/2020 – JVSM.....

L

LEONARDO DAVID QUINTANILHA DE OLIVEIRA – Direito administrativo. Obras de saneamento e proteção da segurança hídrica. Bacia hidrográfica do guandu. Política estadual de recursos hídricos. Projeto de desestatização dos serviços de água e esgotamento sanitário. Licitação. Concorrência internacional nº 01/2020. Grupo de trabalho para suporte jurídico e acompanhamento do projeto de desestatização no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Resolução PGE nº 4.610/2020. Art. 4º, V, H, do Decreto Estadual nº 40.500/07. Recursos do fundo estadual de recursos hídricos – FUNDRHI. Lei estadual nº 3.239/1999. Decreto Estadual nº 46.993/2020. Art. 96, parte final, do ADCT da CERJ. Parecer nº 11/2021 – LDQO – ASSJUR/SEAS.....

LUIZ FUX – Suspensão de liminar. Supremo Tribunal Federal. Decisão. Deferimento do pedido liminar. Suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo graus que obste, parcial ou integralmente, o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Manutenção da eficácia do Decreto Estadual nº 47.422/2020. Suspensão de liminar nº 1.446 MC - STF. [Peça correspondente a tal decisão consta na seção ESTADO EM JUÍZO].....

_____ Extensão dos efeitos da suspensão de liminar nº 1446 do Rio de Janeiro acolhendo. Pedido de suspensão de liminar deduzido pelo Estado do Rio de Janeiro em face da decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região que suspendeu o procedimento licitatório em curso para concessão de serviços de saneamento básico de titularidade dos municípios da região metropolitana do Rio de Janeiro. Concessão de serviços de saneamento básico. Região Metropolitana. Aditamento do pedido. Lei nº 8.437/1992, art. 4º, §8º. identidade de objetos entre a decisão cuja suspensão foi determinada nestes autos e nova decisão provisória proferida. Suspensão de Liminar nº 1.446 MC/RJ – STF. [Peça correspondente a tal decisão consta na seção ESTADO EM JUÍZO].....

M

MARCELLE FIGUEIREDO DA CUNHA – Representação de inconstitucionalidade manejada pelo Estado do Rio de Janeiro. Pedido cautelar. Processo licitatório. Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Decreto Legislativo nº 16/2021 que sustou os efeitos do Decreto Executivo nº 47.422/2020. Usurpação de competência. Serviço de titularidade do ente municipal. Violação a separação de poderes. Empecilho à universalização do saneamento básico no Estado. Inconstitucionalidade da espécie normativa editada pelo Legislativo Estadual. Processo nº: 0030071-48.2021.8.19.0000.....

N

NATHALIE CARVALHO GIORDANO MACEDO – Apresentação.....

_____ 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. Parecer Conjunto PG-IRM nº 01/2020 – NCG/PMMCR.....

NICOLA MICCIONE – Discurso proferido pelo Secretário-Chefe da Casa Civil Nicola Miccione durante o Leilão da Concessão do Serviço de Fornecimento de Água e Tratamento de Esgoto do Bloco 3 da CEDAE, na B3, em São Paulo, no dia 29 de dezembro de 2021.....

_____ Discurso proferido pelo Secretário-Chefe da Casa Civil Nicola Miccione durante o Leilão dos Quatro Blocos da CEDAE, na B3, em São Paulo, no dia 30 de abril de 2021.....

P

PATRÍCIA FERREIRA BAPTISTA – Termo de acordo entre o Estado, o Município do Rio de Janeiro, a CEDAE e a Fundação Rio-Águas. Cláusula quarta. Exame dos aspectos processuais. Processos judiciais n.ºs 5036855-20.2020.4.02.5101, 5036779-30.2019.4.02.5101 e 0025972-03.2019.8.19.0001: relatório da situação de cada processo. Prognóstico de persistência dos litígios no tempo. A suspensão e a desistência de ações em curso, assim como a concordância do réu com a desistência, são estratégias processuais previstas no ordenamento jurídico. Avaliação que compete ao tomador de decisão vis-à-vis os riscos advindos da persistência dos litígios. Subsídios e observações pontuais para a melhor informação do gestor. Promoção nº 01/2021 – PFB.....

PATRÍCIA MARIA DE MATTOS COELHO RODRIGUES – 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. Parecer Conjunto PG-IRM nº 01/2020 – NCG/PMMC.....

PEDRO GUIMARÃES LOULA – Agravo Regimental no Mandado de Segurança. Pedido de reconsideração da decisão proferida *inaudita altera pars* para suspender o procedimento licitatório da concessão dos serviços de saneamento. Extensão dos efeitos da suspensão liminar nº 1446 Rio de Janeiro. Decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a existência de coincidência, em termos práticos, entre o conteúdo da decisão cautelar anteriormente proferida no pedido de suspensão liminar e a decisão provisória proferida em sede de mandado de segurança pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Perda de Objeto do Mandado de Segurança. No mérito. Incompetência da Justiça do Trabalho. A suspensão dos efeitos da norma editalícia não configura causa de pedir ou pedido que decorra diretamente da relação de trabalho, afastando a incidência do inciso I do art. 114 da Constituição da República. A Ação Civil Pública que originou o *Mandamus* restou extinta ante o reconhecimento da incompetência da Justiça do Trabalho. Inexistência de privatização ou desestatização da CEDAE. Continuidade da Companhia Estadual de Águas e Esgoto na prestação dos serviços de captação e tratamento de água. Concessão de parte dos serviços de adução, reversa e distribuição de águas e coleta de esgoto. Projeto Estratégico para o Estado do Rio de Janeiro e para os Municípios. Amplas participações de todos os setores da sociedade interessada. Garantia de emprego até 2022 com previsão em norma coletiva de trabalho. Previsão de “*outplacement*” pelo contrato de interdependência. Previsão contratual de aproveitamento de empregados da CEDAE pela nova concessionária. Necessidade de avaliação quanto às consequências da tutela de urgência concedida. Art. 20 e 21 da LINDB. Inexistência de *periculum in mora*. Processo nº 0101354-84.2021.5.01.0000. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região].....

_____ Contestação à Ação civil pública proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Saneamento Básico e Meio Ambiente do Rio de Janeiro e Região e pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Purificação e Distribuição de água e em Serviços de Esgoto de Campos e Região Norte e Noroeste do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061. Estado do Rio de Janeiro. Preliminar. Da perda do objeto. Da incompetência

da justiça do trabalho. Mérito. Da inexistência de privatização ou desestatização da CEDAE. Do cumprimento do acordo coletivo firmado com os empregados. Da previsão de aproveitamento de empregados da CEDAE pela nova concessionária. Do prévio estudo quanto aos impactos trabalhista e previdenciário antes da publicação do edital de concorrência. Pedidos. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Improcedência que se impõe. Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061. [Decisão correspondente a tal peça consta na seção PODER JUDICIÁRIO, subseção Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região].....

_____ Contrarrazões ao Recurso ordinário interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores nas empresas de saneamento básico e meio ambiente do Rio de Janeiro e Região e pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Purificação e Distribuição de Água e em Serviços de Esgoto de Campos e Região Norte e Noroeste do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061. Estado do Rio de Janeiro. Do cumprimento do acordo coletivo firmado com os empregados. Da previsão de aproveitamento de empregados da CEDAE pela nova concessionária. Manutenção da decisão que se impõe. Processo nº 0100320-85.2021.5.01.0061.....

R

RAFAEL LIMA DAUDT D'OLIVEIRA – Apresentação.....

RAFAEL ROLIM DE MINTO – Apresentação.....

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS – Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Projeto de Lei para revogar e substituir a Lei Complementar nº 87, de 16 de dezembro de 1997 que dispõe sobre a região metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização e gestão, a fim de adequá-la ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Adin 1842. Governança. Órgãos deliberativo, executivo e consultivo. Competências. Saneamento básico, ordenamento territorial. Mobilidade urbana e outros temas. Despesas. Regras de transição. Impacto do “estatuto da metrópole” (Lei 13.089/15) proposta de Adin. Projeto de Emenda Constitucional dispendo sobre critérios para inclusão de municípios na região metropolitana. Parecer nº 02/2015 – RTAM..

T

THIAGO CARDOSO DE ARAÚJO – Apresentação.....

_____ Transferência de serviços públicos de saneamento básico, atualmente prestados pela CEDAE, a concessionárias privadas. Obrigação de indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados. Análise jurídica da minuta de apresentada pelo BNDES, no âmbito Acordo de Cooperação Técnica para a estruturação do projeto de desestatização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário na Região Metropolitana e outros Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Lei Federal nº 11.445/2007, art. 42, § 5º, com a redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020. Parecer Conjunto nº 01/2020 – AHPSWM/HBR/TCA.....

_____ Consulta. Saneamento básico. Projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto do Rio de Janeiro. Análise da minuta do contrato de interdependência. Art. 12 e art. 10-A, § 2º da Lei Federal nº 11.445/2007. Inovações introduzidas pelo Novo Marco Legal de Saneamento Básico. Lei nº 14.026/2020. Interdependência entre os distintos prestadores das atividades relacionadas à gestão associada dos serviços de saneamento. Recomendações para adequação jurídica da minuta do contrato. Parecer Conjunto nº 02/2020 – AHPSWM/HBR/TCA...

_____ Análise jurídica da minuta de Contrato de Produção de Água, que tem por objeto a exploração do sistema upstream da Região Metropolitana. Lei Federal nº 11.445/2007, art. 10-A, § 2º, com a redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020. Exame da possibilidade de Contratação Direta da CEDAE via dispensa de licitação e seus requisitos. Viabilidade jurídica da minuta apresentada desde que adequada na forma deste opinamento. Parecer Conjunto nº 03/2020 – AHPSWM/HBR/TCA.....

Normas de Publicação

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES

1. Os artigos devem ser enviados para a Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro preferencialmente por correio eletrônico, para o endereço publicacoescejur@pge.rj.gov.br, ou podem ser entregues pessoalmente no Centro de Estudos Jurídicos da PGE-RJ, em arquivos gravados em CD. Solicitamos que, na hipótese de não ser utilizado o processador de texto *Microsoft Word*, qualquer versão, os arquivos sejam salvos no formato RTF, de leitura comum a todos os processadores de texto. O Cejur fica na Rua do Carmo, 27, 2º andar, Centro, Rio de Janeiro – RJ.
2. Não estabelecemos número mínimo ou máximo de páginas para os textos, contudo esse número deve ser adequado ao assunto tratado para que os artigos possam ser aproveitados pela revista.
3. O tamanho do papel deve ser A4. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda, sem a utilização de recuos, deslocamentos e espaçamentos antes ou depois. Também não se deve fazer uso do tabulador <TAB>, pois o <ENTER> é suficiente para determinar os parágrafos. As margens superior e inferior devem ter 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. A fonte utilizada deve ser a *Times New Roman*, corpo 12.
4. Os textos devem ser acompanhados por uma folha contendo as seguintes informações: título do trabalho, nome do autor (ou dos autores) e qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e atividades exercidas).
5. As referências bibliográficas devem ser apresentadas conforme as regras da ABNT. Os livros, por exemplo, devem ser referenciados da seguinte forma: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra “editora”); vírgula; ano da publicação; ponto.
6. A numeração do sumário deverá sempre ser feita em arábico. Deve-se numerar, inclusive, a introdução e a bibliografia.
7. Para dar destaque a determinado trecho do texto, deve-se utilizar somente o itálico, preterindo-se o negrito e a sublinha. Citações de textos de outros autores devem ser feitas entre aspas, sem a utilização de itálico.
8. Não será prestada remuneração pela licença de publicação dos trabalhos em nossas revistas ou em qualquer tipo de mídia (como Internet, e-book, etc.). Contudo, oferecemos aos autores cinco exemplares da revista em cuja edição forem publicados os textos de sua autoria.
9. A seleção dos trabalhos que integram a publicação é realizada pelo Conselho Editorial da Revista, que, eventualmente, poderá sugerir alterações de caráter científico.