

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

**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.

Cumprido 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 – FAG<sup>1</sup> 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.**

---

<sup>1</sup> “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 15/1980<sup>2</sup>, 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 sustentação<sup>3</sup>. 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*”<sup>4</sup>.

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 Filho<sup>5</sup>:

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 grosseiro<sup>6</sup>, considerando-se, ao lado disso, as circunstâncias práticas que “*houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente*” (art. 22, §1º, da LINDB)<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> 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”

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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 truncadas<sup>8</sup>. 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<sup>9</sup>.

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 razoável<sup>10</sup> à ação que lhe é correspondente, sob pena de sucessivos descumprimentos e as

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.”<sup>11</sup>

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 AGENERSA<sup>12</sup>.

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.

<sup>11</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 145.

<sup>12</sup> 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 contrato<sup>13</sup>, 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);

---

<sup>13</sup> 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 8.987/1995<sup>14</sup>. 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

---

<sup>14</sup> 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)”.<sup>15</sup>

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 tarifas<sup>16</sup>.

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 extraordinários<sup>17</sup>.

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:**

---

<sup>15</sup> BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. Direito da regulação econômica: teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 64.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> *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,<sup>18</sup> 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.**

---

<sup>18</sup> 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 executadas<sup>19</sup>. 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 defenda<sup>20</sup>. Todavia, modo geral, exige-se que a eficácia do silêncio possua previsão em lei. Esse caminho foi trilhado, e.g., pela Lei do Petróleo.<sup>21</sup> O mesmo foi feito,

---

<sup>19</sup> “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.”

<sup>20</sup> V. SADDY, André. Silêncio administrativo no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>21</sup> 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 lógica<sup>22</sup> 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”.<sup>23</sup>

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 amplo<sup>24</sup>. 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.<sup>25</sup> 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 administrativo<sup>26</sup>. 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 executivos<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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;**

<sup>24</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 10a ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p 103.

<sup>25</sup> “§ 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.”

<sup>26</sup> 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-](http://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.

<sup>27</sup> 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 local<sup>28</sup>. Também cabe ao Município, por meio do seu Plano Diretor, regulamentar o loteamento do solo urbano, conforme estabelecido no Estatuto da Cidade<sup>29</sup>.

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

---

<sup>28</sup> 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;

<sup>29</sup> 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 transação<sup>30</sup> 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)<sup>31</sup> 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.

---

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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*”<sup>32</sup>.

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 concessão<sup>33</sup>.

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.

---

<sup>32</sup> CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Programas de integridade: diretrizes para empresas privadas*. Brasília: CGU, 2015, p. 18.

<sup>33</sup> 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.”<sup>34</sup>

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

---

<sup>34</sup> 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)<sup>35</sup>. 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 serviços<sup>36</sup>.

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.

---

<sup>35</sup> “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.”

<sup>36</sup> 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 terceiros<sup>37</sup>. 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.

---

<sup>37</sup> 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 institucional<sup>38</sup> 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 4.556/2006<sup>39</sup> 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

---

<sup>38</sup> Sobre o tema, v. SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”, in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003.

<sup>39</sup> 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 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”.

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 Básico<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> 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 universalização<sup>41</sup> 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.

---

<sup>41</sup> 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 tarifas<sup>42</sup>, 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 reajuste<sup>43</sup> (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

---

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> “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<sub>b</sub>: TARIFA BASE a ser calculada;

TARIFAS<sub>b-1</sub>: 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/m3	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/m3	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 0,5m³/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 cobr./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 AGENERSA<sup>44</sup> em relação à CEDAE. Frisa-se que existem documentos referentes a reajustes de

<sup>44</sup> 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<sub>i</sub>: 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<sub>o</sub>: é o mesmo índice acima, correspondente ao quarto mês anterior à data base definida nesta cláusula;*

*B<sub>i</sub>: 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<sub>o</sub>: é o mesmo índice acima, praticado pela concessionária local, no 1º dia dos 12 meses anteriores à data do último reajuste tarifário realizado;*

*C<sub>i</sub>: 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<sub>o</sub>: é o mesmo índice acima, correspondente ao quarto mês anterior à data base definida nesta cláusula;*

*D<sub>i</sub>: é o valor do preço da água cobrado pela CEDAE, correspondente ao mês anterior à data do reajuste tarifário;*

*D<sub>o</sub>: é o valor do preço da água cobrado pela CEDAE, correspondente ao mês anterior à data do último reajuste tarifário;*

*E<sub>i</sub>: 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<sub>o</sub>: 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 social<sup>45</sup> 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

---

<sup>45</sup> 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 publicizada<sup>46</sup>, 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,

---

<sup>46</sup> 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 11.445/07<sup>47</sup>, 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.

---

<sup>47</sup> 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 pública<sup>48</sup>.

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;

---

<sup>48</sup> 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,<sup>49</sup> 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

---

<sup>49</sup> “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, § 1.º, 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, § 1.º, 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.”<sup>50</sup>

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 regulatória<sup>51</sup> 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 envolvidos<sup>52</sup>, cabendo à Agência Reguladora equilibrar

---

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> 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 primário<sup>53</sup>.

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 elaborada<sup>54</sup>. 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.<sup>55</sup>

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  $T=0$ <sup>56</sup>.

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.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> Cf.: Promoção nº 02/2015 – FAG.

<sup>54</sup> 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

<sup>55</sup> 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 espraiar 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  $T=0$ <sup>56</sup> 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.<sup>57</sup>

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

---

<sup>56</sup> 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%84BRIO\\_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](https://www.academia.edu/44439244/EQUIL%C3%84BRIO_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.

<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup>

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;

---

<sup>58</sup> 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 imprevisão<sup>59</sup> 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”<sup>60</sup> para a mais consolidada “fato da Administração”<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> 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 favor<sup>62</sup>.

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.

<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup>

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 eficiência<sup>64</sup>, 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 convocatório<sup>65</sup>.

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

---

<sup>64</sup> 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.

<sup>65</sup> 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 devido<sup>66</sup>.

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

---

<sup>66</sup> 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-A<sup>67</sup>, 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,

---

<sup>67</sup> 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);<sup>68</sup>

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 decadencial<sup>69</sup>, 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.

---

<sup>68</sup> TCU - TC 008.508/2020-8 – ACÓRDÃO No 2611/2020 – Plenário. Relatora: Ana Arraes. Data da Sessão: 30/9/2020 – Telepresencial.

<sup>69</sup> “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 contratuais<sup>70</sup>.

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

---

<sup>70</sup> 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 investimentos<sup>71</sup>, 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**<sup>72</sup>, 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 Sudeste<sup>73</sup> e o Anexo

---

<sup>71</sup> 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.

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/concessoes\\_em\\_andamento](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)<sup>74</sup>. 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 Estado<sup>75</sup> e no próprio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/131>. Acesso em 03/11/2020.

<sup>75</sup> 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).”

<sup>76</sup> 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 administrativa<sup>77</sup>, 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.

---

<sup>77</sup> 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*”<sup>78</sup>. 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

---

<sup>78</sup> [http://www.agenersa.rj.gov.br/documentos/regimento/REGIMENTO\\_INTERNO.pdf](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)<sup>79</sup> do de bens vinculados (subcláusula 1.2.8)<sup>80</sup>.

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 prestado<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> 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.

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> 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 identificável<sup>82</sup>, 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<sup>83</sup>, 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

---

<sup>82</sup> 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;”

<sup>83</sup> 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;

contrato<sup>84</sup>. 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 8.987/1995<sup>85</sup>, 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 Pública<sup>86</sup>. 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

---

<sup>84</sup> 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).

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> 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 decisões<sup>87</sup>. 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 contratual<sup>88</sup>. 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 casos<sup>89</sup>. 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 afeiçoe 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 9.307/1996<sup>90</sup>. A imparcialidade dos membros do Comitê é essencial para conferir legitimidade à sua atuação.

---

<sup>87</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, São Paulo: Atlas, 2011. p. 166.

<sup>88</sup> “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.

<sup>89</sup> 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.”

<sup>90</sup> 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 discricão.”

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 indicado<sup>91</sup>.

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 o 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

---

<sup>91</sup> “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 contrato<sup>92</sup>; (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 13.448/2017<sup>93</sup> e no artigo 2º do Decreto Federal nº 10.025/2019<sup>94</sup>.

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

---

<sup>92</sup> 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.”

<sup>93</sup> 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.

<sup>94</sup> 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) acrescer 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 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 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 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 4.610/2020<sup>1</sup>, 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.

---

<sup>1</sup> 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 conseqüências 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**