

SEI-14000/11058793/2020

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

Senhor Procurador-Chefe,

1 – Relatório e Consulta.

O Ilmo. Procurador-Geral do Estado solicitou exame jurídico das minutas de instrumentos negociais elaboradas no âmbito do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, concebido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Especificamente, foram submetidas para a minha análise as minutas relativas à gestão associada dos serviços de saneamento básico, indicadas abaixo, os quais constituem o objeto do presente parecer, elaborado em atendimento ao art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993:

1. Convênio de Cooperação entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro;
2. Convênios de Cooperação entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro;
3. Contrato de Gerenciamento entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro;
4. Contratos de Gerenciamento entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro;
5. Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes entre CEDAE e municípios.

A presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos constantes das últimas versões das minutas indicadas acima que foram fornecidas via *e-mail* até a presente data, os quais foram inseridos ao presente processo administrativo (SEI-140001/058793/2020) por orientação minha. Não se levará em conta o conteúdo dos anexos dessas minutas por não terem sido encaminhadas para análise.

Ressalto, ainda, em cumprimento ao artigo 19, § 1º do Decreto Estadual nº 31.896/2002, que **deve ser instaurado processo administrativo para o exame das respectivas minutas, a ser instruído com:** (i) a minuta de cada negócio jurídico e seus anexos; (ii) a legislação citada; (iii) a exposição de motivos; (iv) as notas explicativas; (v) as **justificativas** e (vi) demais documentos necessários à edição das minutas. No caso específico das minutas de Convênios de Cooperação, o ali.

116, § 1º da Lei nº 8.666/93 exige que o processo seja instruído com os respectivos Planos de Trabalho.

Quanto às **justificativas**, é essencial que os processos administrativos sejam **instruídos com estudos e pareceres técnicos que embasem as escolhas do gestor público**, em especial no que diz respeito à contratação direta da CEDAE, à exclusão dos serviços de esgotamento sanitário do município metropolitano de Maricá da prestação regionalizada, à assunção de ônus financeiros dos titulares dos serviços pelo Estado do Rio de Janeiro e ao compartilhamento de receitas de outorgas fixa e variável com terceiros (*i.e* ERJ e municípios metropolitanos) que não os titulares dos serviços.

Antes de adentrar a análise, cumpre fazer algumas considerações preliminares (**Tópico 2**), além de uma contextualização dos aspectos jurídicos do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto, ante à necessidade de adaptação do projeto, no que diz respeito à contratação direta da CEDAE e da SANEMAR, em razão do advento da Lei nº 14.026/2020 (**Tópico 3**). Após, se seguirá ao exame jurídico das minutas elencadas neste relatório (**Tópico 4**). E, por fim, as recomendações feitas ao longo deste parecer serão sintetizadas na conclusão (**Tópico 5**).

2 – Observações Preliminares sobre a Atividade de Consultoria Jurídica da PG-17.

Conforme o art. 40-A do Regimento Tnte1110 da PGE-RJ¹, compete a esta especializada a atividade de consultoria jurídica que envolva a elaboração de pareceres jurídicos em matérias de alta indagação atinentes ao Direito Administrativo e ao Direito Constitucional, bem como em outras matérias de especial relevância encaminhadas pelo Procurador-Geral do Estado.

A luz do art. 176 da Constituição Estadual² e do art. 2º da LCE nº 15/1980³, tal consultoria abrange - entre outras atribuições - a assessoria jurídica da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro no controle interno da legalidade de seus atos, o que inclui a recomendação de medidas jurídicas para aperfeiçoar a prática administrativa e proteger o interesse público.

As manifestações produzidas pela PG-17, apesar de obrigatórias, não são vinculativas para o gestor público, que pode delas discordar, devendo, para tanto, apresentar as razões de fato e de direito que lhe deem sustentação⁴. Isso porque “*o parecer jurídico não reflete o exercício de competência*”

¹ "Art. 40-A – À Procuradoria Administrativa compete a elaboração de pareceres em matérias de alta indagação atinentes ao Direito Administrativo e ao Direito Constitucional, desde que não afetas à competência das demais Procuradorias Especializadas, bem como em outras consultas que lhe sejam encaminhadas pelo Procurador Geral do Estado por sua especial relevância, respeitado, em todo caso, o art. 5º do Decreto n. 40.500, de 1º de janeiro de 2007" (*grifou.se*).

² Art. 176 – A representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, ressalvados o disposto 1105 artigos 121 e 133, parágrafo único, são exercidas pelos Procuradores do Estado, membros da Procuradoria-Geral, instituirão essencial à Justiça, diretamente vinculada ao Governador, com funções, como órgão central do sistema de supervisão dos serviços jurídicos da administração direta e indireta no âmbito do Poder Executivo. § 3º – A Procuradoria Geral oficiará obrigatoriamente no controle interno da legalidade dos atos do Poder Executivo e exercerá a defesa dos interesses legítimos do Estado, incluídos os de natureza financeiro-orçamentária, sem prejuízo das atribuições do Ministério Público.

³ Dentre o rol de atribuições da LCE nº 15/1980, vale destacar as seguintes: "Art. 2º - A Procuradoria Geral do Estado tem autonomia administrativa e financeira, dispondo de dotação orçamentária própria. Suas atribuições são as previstas no art. 176 e parágrafos da Constituição do Estado, competindo-lhe: (...) IV - o exercício de funções de consultoria jurídica da administração direta, no plano superior, inclusive no que respeita às decisões das questões interadministrativas, bem como emitir pareceres, normativos ou não, para fixar a interpretação governamental de leis ou atos administrativos; (...) XII - opinar sobre providência de ordem jurídica aconselhadas pelo interesse público e pela aplicação das leis vigentes; (...) XIV - propor ao Governador, para os órgãos da administração direta ou indireta e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, medidas de caráter jurídico que visem a proteger-lhes o patrimônio, ou aperfeiçoar as práticas administrativas; (...) XIX - examinar as manifestações e expedientes de natureza jurídica dos órgãos autoriais ou locais do sistema jurídico do Estado, que lhes sejam submetidos através do Governador"

⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação*, 1ª ed., São Paulo: NDJ, 2012. p. 138.

decisória. O assessor jurídico não é investido de poder para determinar a prática ou a omissão de um ato administrativo. A competência decisória é reservada à autoridade administrativa”⁵.

Naturalmente, esta Procuradoria especializada presta consultoria sob o prisma estritamente jurídico. Não lhe compete adentrar a análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados pelo gestor público no âmbito do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto, tampouco examinar os aspectos de natureza eminentemente técnica, econômica ou administrativa das minutas submetidas à análise por fugirem à expertise e às atribuições da procuradoria.

Nas palavras de Marçal Justen Filho⁶:

O parecerista jurídico não responde por ações e omissões imputáveis exclusivamente a outros agentes administrativos. Assim, **não é responsabilizável o assessor jurídico quando os fatos expostos no processado não correspondem à realidade. O parecerista fornece uma manifestação jurídica em vista dos elementos existentes.** Não é cabível a responsabilização pessoal do parecerista nos casos em que a situação real era diferente daquela submetida à sua avaliação, não existindo meio de o parecerista identificar o defeito.

Se o parecer fornecido era compatível com a consulta submetida, a revelação dos defeitos quanto à narrativa deve gerar a responsabilização daquele que forneceu ao consultor jurídico a versão incorreta dos fatos. (*destacou-se*)

Mais: segundo o artigo 28 da LINDB o parecerista somente poderá ser responsabilizado em caso de dolo ou erro grosseiro⁷, considerando-se, ao lado disso, as circunstâncias práticas que “houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (art. 22, § 1º, da LINDB)⁸. No caso em tela, há de ser levado em consideração o exíguo prazo de resposta da consulta em relação ao volume total de páginas a serem analisadas, assim como o ineditismo e o grau de complexidade da operação jurídico-econômica envolvida.

Realizadas tais considerações, passa-se à análise solicitada.

3 – Aspectos Gerais do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico e Contratação Direta da CEDAE.

O Estado do Rio de Janeiro, conforme acordado com a União no âmbito do Regime de Recuperação Fiscal, comprometeu-se a desestatizar o setor de saneamento básico e, no processo, privatizar a Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE), empresa estatal estadual que atualmente presta serviços à maioria dos municípios fluminenses. Diante desse quadro, foi elaborado,

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 8.666/1993, 16ª ed., rev., atual e ampli., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 688.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 8.666/1993, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 691-692.

⁷ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

⁸ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

pelo BNDES, o Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto, o qual traz proposta de modelagem dos aspectos jurídicos e econômicos da operação⁹.

Atualmente, cada município fluminense, metropolitano ou não, delega os serviços de saneamento básico no âmbito de seus respectivos territórios. Alguns optaram por delegá-los à CEDAE, via contratos de programa, os quais prescindem de licitação (art. 24, XXVI, da Lei nº 8.666/1993)¹⁰. E outros optaram por licitá-los e celebrar contratos de concessão com concessionárias privadas.

A proposta do BNDES é integrar a prestação dos serviços de saneamento básico em toda a Região Metropolitana e nos municípios do interior que aderirem ao projeto. Para isso, os contratos em curso celebrados entre esses municípios fluminenses e a CEDAE teriam de ser extintos. Pretende-se formalizar a extinção desses contratos via celebração de **Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes** entre a CEDAE e cada município. Tais termos disporiam, inclusive, sobre as indenizações, eventualmente, devidas à CEDAE pelos investimentos não amortizados.

No caso dos municípios metropolitanos, a celebração do Termo para extinguir os contratos vigentes com a CEDAE se mostra necessária também por causa da reinauguração¹¹ da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ), pela Lei Complementar Estadual nº 184/2018. Isso porque o STF, na ADI nº 1.842/RJ¹², determinou que, com a instituição de uma nova Região Metropolitana, a titularidade do serviço de saneamento básico passa a ser dela (*i.e.* do colegiado de Estado e municípios), e não mais dos municípios que a integram. Assim, a empresa prestadora do serviço, a partir dessa nova lei complementar, passa a ter de celebrar o contrato de delegação de serviço público diretamente com a RMRJ, e não mais com cada município metropolitano.

Conforme consignado no Parecer nº 1-A/2020 ARCY/PG-17, ficam preservados, por serem atos jurídicos perfeitos, os contratos em curso de municípios metropolitanos com outras concessionárias que não a CEDAE até os respectivos termos finais, vedada a prorrogação. Porém, com o término da vigência desses contratos municipais, os serviços passam, como regra, a ser concedidos segundo o formato decidido pela RMRJ.

Pelo modelo de desestatização proposto, os serviços que antes eram prestados unicamente pela CEDAE seriam divididos em duas etapas: a etapa *upstream* (serviços de coleta e tratamento de água) e, subsequentemente, a etapa *downstream* (serviços de distribuição de água tratada ao usuário final e

⁹ Para mais detalhes acerca da modelagem preconizada pelo Projeto elaborado pelo BNDES confira-se: Promoção nº 02/2019 - PGE/PG-17/ARCY e demais pareceres e vistos sobre o projeto, em especial, os mencionados ao longo deste Parecer.

¹⁰ **Contrato de Programa** é uma figura prevista no artigo 13 da Lei de Consórcios Públicos, que permite a delegação de atividades administrativas e serviços públicos a entidade da Administração Pública de outro ente federativo sem necessidade de prévia licitação. No âmbito dos serviços de saneamento básico, é utilizado para que os municípios (titulares do serviço) deleguem-nos, sem licitação, à empresas estatais estaduais, as quais não possuem outorga *ex lege* para prestá-los. Muitos municípios preferem celebrar contratos de programa, mas muitos outros optam por licitar os serviços. Esse cenário mudou, recentemente, com a entrada em vigor, em 16 de julho de 2020, do novo marco regulatório do saneamento básico (Lei nº 14.026/2020), que passou a vedar a delegação da prestação dos serviços de saneamento básico via contrato de programa. Contudo, o projeto do BNDES e os principais pareceres da PGE-RJ sobre ele foram elaborados antes da mudança legislativa. Aprofundarei essa questão mais adiante.

¹¹ Anteriormente à LC 184/2018, a Região Metropolitana do Rio de Janeiro já era regulada pela LC 87/1997. A lei anterior, porém, teve diversos dispositivos declarados inconstitucionais, em 2013, pelo STF, na ADI nº 1.842/RJ, sob o fundamento de que tais previsões concentravam o poder decisório sobre os rumos da Região Metropolitana no Estado do Rio de Janeiro, o que, na visão da Suprema Corte, violaria a autonomia municipal. Apenas no final de 2018 que foi aprovada nova lei complementar, a Le 184/2018, com vistas a se adequar à orientação da Corte. Como a nova lei alterou radicalmente a modelagem institucional da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, exigindo, inclusive, sua instalação (art. 24, caput, §2º c/c art. 30), é possível dizer que, embora a Região Metropolitana já existisse há muito tempo, foi reinaugurada com a aprovação da LC 184/2018. Durante esse período entre a invalidação do modelo de Região Metropolitana anterior e a origem da nova RMRJ, na ausência de uma RMRJ operante, a titularidade dos serviços retornou aos municípios metropolitanos, tendo alguns delegado o serviço à CEDAE e outros delegado a concessionárias privadas.

¹² ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

de coleta e tratamento de esgotos e disposição final de efluentes). Com a CEDAE, permaneceria, apenas a etapa *upstream*. Já a etapa *downstream* seria desestatizada e licitada a concessionárias privadas.

A modelagem proposta para os municípios não metropolitanos (*i.e.* do interior) é um pouco diferente: todas as etapas (*upstream* e *downstream*) seriam delegadas a concessionárias privadas. Assim, a CEDAE continuaria prestando apenas a etapa *upstream*, apenas para a RMRJ.

Por essa modelagem, a CEDAE prestaria, no âmbito da RMRJ, os serviços *upstream* às concessionárias *downstream*, mediante cobrança de tarifa. O projeto prevê que essa relação seria regulada via contrato de interdependência a ser celebrado entre a CEDAE e as concessionárias, figurando a agência reguladora setorial como interveniente anuente.

O projeto concebeu, ainda, uma divisão da área da concessão em 4 blocos de municípios, mesclando, em um mesmo bloco, municípios metropolitanos e não metropolitanos. Cada bloco seria concedido a uma concessionária privada diferente. A ideia é promover um subsídio cruzado: combinar, num mesmo bloco, municípios mais lucrativos com outros menos.

Para contornar os custos de transação¹³ envolvidos na coordenação da delegação conjunta de serviços com múltiplos titulares (RMRJ e municípios do interior abrangidos pelo projeto), o projeto propôs a delegação de diversas funções administrativas ao Estado do Rio de Janeiro. Para isso, cada titular do serviço celebraria com o Estado, um **Convênio de Cooperação**, delegando à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA) as funções de fiscalização e regulação dos serviços e ao ERJ as funções de organização e promoção da licitação dos serviços e de gerenciamento dos contratos de delegação (contratos de concessão e de programa), mais outros coligados. Isso significa que o Estado do Rio de Janeiro, além de licitar os serviços, figuraria como signatário dos contratos, no lugar dos titulares dos serviços, na qualidade de mandatário, assumindo para si direitos e obrigações que seriam deles. Com os titulares remanesceriam as funções de planejamento setorial, de fiscalização (paralelamente à AGENERSA) e de retomada dos serviços.

Noutro giro, importante ressaltar que o Projeto de Desestatização de Águas e Esgotos foi concebido antes das alterações promovidas pelo novo marco regulatório do saneamento básico (Lei nº 14.026/2020). Do mesmo modo, os principais pareceres da PGE-RJ sobre o projeto foram elaborados tendo em vista o cenário legislativo anterior. Assim, nota-se a necessidade de se promoverem adaptações no projeto no tocante à delegação da etapa *upstream* à CEDAE.

A proposta inicial era que, enquanto a CEDAE não fosse privatizada, a etapa *upstream* dos serviços de saneamento básico fosse delegada a ela via celebração de contrato de programa, com dispensa de licitação, conforme autoriza o artigo art. 24, XXVI, da Lei nº 8.666/1993¹⁴. De fato, esse dispositivo continua em vigor, porém não é mais aplicável à contratação direta dos serviços de saneamento básico. O novo marco regulatório do saneamento básico foi bastante enfático ao proibir a delegação dos serviços via contrato de programa, tendo inserido as vedações tanto na lei de diretrizes do saneamento básico (art. 10, da Lei nº 11.445/2007)¹⁵, quanto na lei de consórcios públicos (art. 13, § 8º, da Lei nº 11.107/2005)¹⁶, a qual regula os contratos de programa. Ressalte-se que não foi

¹³ Refere-se a todos os custos inerentes ao processo negociado, formalização de contratos e tomada de decisões necessários à prestação do serviço. A teoria de custos de transação foi originariamente elaborada por Ronald Coase (COASE, Ronald. "The problem of social cost". In: *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, Outubro, 1960, pp. 1/44).

¹⁴ Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

¹⁵ Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, **mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa**, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. (*destacou-se*)

¹⁶ Art. 13 § 8º Os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico **deverão observar o art. 175 da Constituição Federal, vedada a formalização de novos contratos de programa** para esse fim. (*destacou-se*)

prevista sequer regra de transição; foram preservados apenas os contratos de programa vigentes até o advento dos respectivos termos finais (art. 17 da Lei nº 14.026/2020)¹⁷.

O espírito da nova lei é tomar obrigatória a licitação da delegação dos serviços de saneamento básico¹⁸. O veto presidencial ao art. 16, *caput* e parágrafo único, do PL nº 4.162/2019 que deu origem à Lei nº 14.026/2020 reforça o argumento. O dispositivo em questão pretendia permitir, até 31 de março de 2022, a renovação de contratos de programa por mais 30 anos¹⁹. Uma das razões para o veto foi o entendimento de que tal previsão “*além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados*”²⁰ (*destacou-se*). Isto é: a intenção clara foi tomar a licitação a regra, com o objetivo de estimular a competitividade e a concorrência no setor (arts. 2, XV c/c 49, XV c/c 50, III da Lei nº 11.445/2007 c/c art. 4-A, §3º, II, da Lei nº 9.984/2000, ambas as leis com redação dada pela Lei nº 14.026/2020).

Assim, a partir da entrada em vigor da Lei nº 14.026/2020, em 16 de julho de 2020, novas delegações da prestação dos serviços, inclusive da etapa *upstream*, como regra, terão de ser realizadas via contrato de concessão de serviço público, na forma do art. 175 da CRFB.

Observe-se que existe controvérsia relevante quanto à possibilidade de contratação direta (seja por inexigibilidade, seja por dispensa de licitação) em caso de concessão de serviços públicos. Isto porque a redação do artigo 175 da Constituição exige que a contratação seja “*sempre através de licitação*”, o que foi acompanhado do silêncio da Lei nº 8.987/1995 a esse respeito²¹. Entendo, todavia, que o art. 175 deve ser lido com cautela. O art. 37, XX, CRFB, autoriza que a lei, em tese, crie hipótese de contratação direta de serviços. Ademais, as próprias finalidades da prestação do serviço público podem indicar a necessidade de contratação direta. A circunstância, no entanto, até pelo indicativo constitucional, deve ser excepcionalíssima e quicá improvável – mas não impossível. Alexandre Santos de Aragão, nesse exato sentido, sustenta que é possível contratação direta para formalização de concessão. Em suas palavras²²:

Quanto à inexigibilidade, sendo **matéria fática inviabilizadora da competição**, a sua possibilidade não pode ser afastada. **Em relação às**

¹⁷ Art. 17. Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual.

¹⁸ Essa intenção de tornar a licitação obrigatória fica bastante evidenciada no Parecer nº 71, de 2020 - PLEN, exarado pelo relator do projeto de lei que deu origem ao novo marco do saneamento básico (PL nº 4162/2019), o Senador Tasso Jereissati: “Ressalte-se que entre as mudanças mais importantes está a revisão do instituto do contrato de programa, que continua válido para outras situações de natureza cooperativa entre os entes da federação, nos termos da Lei de Consórcios Públicos. Não será mais possível, entretanto, empregá-lo especificamente para a prestação de serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, cuja outorga deverá ser objeto de concessão. Precedida de licitação, como definido no art. 175 da Constituição Federal, caso os serviços não sejam prestados diretamente pelo titular” (p. 8). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140534>>. Acesso em: 17 set. 2020.

¹⁹ Eis a redação do dispositivo vetado do PL nº 4.162/2019: “Art. 16. Os contratos de programa vigentes e as situações de fato de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, assim consideradas aquelas em que tal prestação ocorra sem a assinatura, a qualquer tempo, de contrato de programa, ou cuja vigência esteja expirada, poderão ser reconhecidas como contratos de programa e formalizadas ou renovadas mediante acordo entre as partes, até 31 de março de 2022. Parágrafo único. Os contratos reconhecidos e os renovados terão prazo máximo de vigência de 30 (trinta) anos e deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 10-A e a comprovação prevista no art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, sendo absolutamente vedada nova prorrogação ou adição de vigência contratual.”

²⁰ BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 396 de 15 de julho de 2020*. Diário Oficial da União, nº 135, Seção 1, 16 jul. 2020, p. 10 (Vetos ao Projeto de Lei nº 4.162 de 2019).

²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, 4ª ed., rev. e atual., Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.436.

²² *Ibidem*, p. 436.

dispensas, que pressupõem a possibilidade de licitação, por sua própria natureza **não se aplicam as hipóteses enumeradas no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, salvo nos casos de extrema urgência (art. 24, IV) ou no caso, bastante improvável, de baixo valor econômico do serviço a ser concedido (art. 24, I).** (*destacou-se*)

Em outras palavras, a regra para as contratações públicas, em especial para as concessões de serviço público, é a licitação. A contratação direta deve ser excepcional. Por isso, o enquadramento em alguma das hipóteses da Lei nº 8.666/93 de dispensa (art. 24) ou de inexigibilidade (art. 25) de licitação **precisa de ser tecnicamente motivada pelo gestor público e de observar os demais requisitos e trâmites legais.** Deve-se observar, inclusive, os enunciados da POE-RJ a respeito, com destaque para os seguintes:

Enunciado n.º 18 - PGE: Contratação direta: requisitos

Além dos requisitos previstos no art. 26, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, nas situações de contratação direta é indispensável: a) a manifestação das Assessorias Jurídicas, não exigível nas hipóteses do 311. 24, incisos I e II; e b) o atendimento dos requisitos de habilitação pelas empresas contratadas.

Enunciado n.º 26 - PGE: Inexigibilidade de licitação: justificativa do preço

É obrigatória a justificativa de preço nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, que poderá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com os preços de mercado praticados pela futura Contratada em outros contratos cujo objeto seja semelhante ao que se pretende contratar.

Numa primeira leitura, até pelo próprio espírito da Lei nº 14.026/2020, os serviços de saneamento básico não parecem se enquadrar nas hipóteses de contratação direta, até por conta da dicção do art. 175 da Constituição. Contudo, trata-se de questão complexa a ser averiguada e demonstrada pelo setor técnico com *expertise* para tal. Caso se cogite pela contratação direta da CEDAE via **inexigibilidade de licitação**, ou mesmo a continuidade da prestação, esta **questão merece aprofundamento próprio** (o que **não** é objeto deste parecer), considerando-se, ainda, o §2º do art. 10-A da Lei nº 11.445/2007 (acrescido pela Lei nº 14.026/2020)²³.

De toda forma, registro que as minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento objeto deste parecer – a depender das conclusões do estudo específico mencionada acima – eventualmente precisem de ser adaptadas. Na redação atual, parte-se do pressuposto de que o “Contrato de Produção de Água” que delega a etapa *upstream* será celebrado necessariamente com a CEDAE.

Outro ponto relevante a se ressaltar é que a proibição legal de celebração de contratos de programa restringe-se àqueles que tenham por objeto a delegação da prestação do serviço público de saneamento básico. Isso significa que continua sendo possível a celebração de contrato de programa, com dispensa de licitação, tanto para delegação de outros serviços públicos, quanto para a delegação

²³ Art. 10-A. § 2º As outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida, permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos e a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água.

de atividades administrativas correlatas aos serviços de saneamento básico, que não envolvam a prestação do serviço em si.

Assim, continua sendo possível – e necessária – a celebração dos contratos de programa entre os titulares dos serviços e o Estado do Rio de Janeiro, para fins de estabilização do vínculo dos convênios de cooperação que delegam atividades administrativas ao ERJ e a AGENERSA relativas ao saneamento básico, conforme assentado no Visto da PG-02 ao Parecer nº 3ª/2020 – PGE/PG-17/ARCY. O referido parecer, justamente para evitar confusões entre o contrato de programa que delegaria o serviço público à CEDAE e o celebrado para fins de estabilização do vínculo convencional, sugeriu que as minutas dos dois tipos de contrato de programa adotassem nomenclaturas distintas. Em atendimento a essa orientação, as minutas de contrato de programa que tem por objeto a estabilização dos vínculos convencionais foram denominadas de **Contratos de Gerenciamento**.

A realidade do Município de Maricá merece observações adicionais.

O item 2.5.2. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ²⁴ prevê que o serviço de esgotamento sanitário do município metropolitano de Maricá continuará a ser prestado pela empresa estatal municipal SANEMAR, de acordo com decisão autorizativa do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (CDRM). Ocorre que, conforme a ADI nº 1.842/RJ, a partir da instituição da RMRJ pela LCE nº 184/2018, o município de Maricá não é mais o titular dos serviços de saneamento básico de *interesse comum*, e, por conseguinte, a SANEMAR não detém mais a outorga *ex lege* desses serviços. O artigo 27 da LCE nº 184/2018 até permite que o CDRM autorize que os serviços de saneamento básico de *interesse comum* continuem sendo prestados diretamente pelo município, por intermédio da SANEMAR. Porém, esse dispositivo estabelece um prazo máximo de 4 anos a contar da entrada em vigor da LCE²⁵. Terminado esse prazo legal, não seria mais possível manter os serviços de *interesse comum* com o município de Maricá (prestação direta).

Por outro lado, o mesmo artigo 27 refere-se à “*assunção das atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana em relação a saneamento*”. Quais seriam essas atribuições? São aquelas previstas no art. 11 da LC nº 184/2018, dentre as quais “*exercer sua titularidade em relação aos serviços infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário*” (VII), no que se inclui a decisão “*sobre a forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem*” (alínea b). Ora, a norma indica que o CD pode avaliar a forma e modelagem da delegação do serviço. Partindo-se da premissa de que as competências em questão são, na origem, municipais, parece-me que pode a RM deliberar e decidir, motivadamente, que município permaneça com parcela das atribuições.

Nada obstante, isso não pode ser banalizado. O espírito de regionalização não pode ser esvaziado, assim como o art. 27 não pode perder significado. Nessa toada, opino no sentido de que apenas poderá ser flexibilizada a regionalização se for avaliado que, no caso concreto, inexistente um interesse comum. Colocado de outra forma: o art. 11, VII não implica discricionariedade plena. O CD não decide livremente sobre regionalizar ou não. A regra é a prestação coletiva. Mas, então, não seria possível, em nenhuma hipótese, a devolução do exercício da titularidade ao município? Penso que isso pode até ser possível. Contudo, apenas quando comprovada a inexistência de um *interesse comum*.

²⁴ 2.5.2. O serviço de esgotamento sanitário do município de Maricá continuará a ser prestado pela Companhia de Saneamento de Maricá - SANEMAR, de acordo com a decisão do Conselho Deliberativo publicada por meio da Resolução nº XX/2020, de xx/xx/2020, do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

²⁵ Art. 27. A assunção das atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana em relação a saneamento poderá ser parcialmente postergada, por decisão do próprio Conselho, pelo prazo máximo de 04 (quatro) anos, a contar da data de entrada em vigor desta Lei, com o objetivo de garantir a continuidade e a qualidade dos serviços, observados o direito adquirido, o ato administrativo perfeito e a coisa julgada, nos termos do art. 5ª, XXXVI, da Constituição da República. Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta a possibilidade de imediata assunção dos serviços, quando determinada pela ausência de soluções consensuais ou por manifesta necessidade e interesse público (*grifou-se*).

De fato, a interpretação sistemática das previsões da LCE na 184/2018²⁶, combinadas com o artigo 25, §3º, da CRFB²⁷ revela que as atribuições da RMRJ restringem-se a integrar os serviços de saneamento básico que sejam de *interesse comum*. E o que seria “interesse comum”?

De acordo com a legislação setorial e com a ADI nº 1.842/RJ²⁸ são de interesse comum os serviços de saneamento básico: (i) “*que atendam a mais de um município, assim como aqueles que, embora restritos ao território de um deles, sejam, de algum modo, dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados entre si*” (art. 3º, caput, LCE na 184/2018); (ii) “*cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes*” (art. 2, II, da Lei na 13.089/2015); e (iii) os que **demandam o compartilhamento de instalações operacionais entre dois ou mais municípios** (art. 3º, XIV c/c XV c/c 8, II, da Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020).

No fundo, essas previsões indicam – em linha com ADI nº 1.842/RJ²⁹ e com o novo marco regulatório do saneamento básico³⁰ – que o critério essencial para determinar se há interesse comum é a **inviabilidade técnica e/ou econômica** da prestação isolada dos serviços por algum dos municípios metropolitanos.

A inviabilidade técnica se verifica, sobretudo: (a) caso a infraestrutura e instalações operacionais sejam compartilhadas, isto é, caso as etapas do saneamento básico ultrapassem os limites de um único município, demandando uso de recursos hídricos advindos de outros

²⁶ Art. 1º Dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, (...) **com vistas à organização, ao planejamento e à execução de funções e serviços públicos de interesse metropolitano ou comum**.

Art. 2º Para fins da aplicação desta Lei, consideram-se: (...) III - região metropolitana: unidade regional constituída por agrupamento de municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e **a execução de funções públicas de interesse comum**.

Art. 6º São **objetivos** da gestão metropolitana: (...) **IV - garantir a integração**, a sinergia e a compatibilidade das políticas estaduais, municipais e metropolitanas **no que diz respeito às questões de interesse comum**.

Art. 7º Para fins da aplicação desta Lei, deverão ser observadas as seguintes **diretrizes**: (...) **IV – execução compartilhada das funções públicas de interesse comum**, mediante rateio de custos previamente pactuado no âmbito da estrutura de governança. (*destacou-se*)

²⁷ Art. 25. § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, **para integrar** a organização, o planejamento e a execução de **funções públicas de interesse comum**. (*destacou-se*)

²⁸ Conforme consta do Acórdão: “O **interesse comum** inclui funções públicas e serviços que **atendam a mais de um município**, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, **concorrentes, confluentes ou integrados** de funções públicas, bem como serviços **supramunicipais**. (...) Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias **etapas** – como **captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto** – que comumente **ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum** do serviço de saneamento básico. (...) O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois **a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região**” (*destacou-se*) ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

²⁹ Conforme consta do Acórdão: “A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, **seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos**”. O inteiro teor é ainda mais claro: “em especial, duas dificuldades agravam-se nessa nova estrutura urbana: (i) **a inviabilidade econômica e técnica de os municípios implementarem isoladamente determinadas funções públicas** e (ii) a possibilidade de um Único município obstar o adequado atendimento dos interesses de várias comunidades (p. 164). (*grifou-se*) ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 90.

³⁰ Inclusive, o novo marco do saneamento também indica que o objetivo da prestação regionalizada é garantir a viabilidade técnica e financeira dos serviços no conjunto de municípios abrangidos: “Art. 20. Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: (...) **XIV – prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços**” [Lei nº 11.445/2007, *destacou-se*].

municípios³¹; ou (b) caso a prestação isolada por um município até seja possível, mas cause impacto nos demais municípios limítrofes. Quanto ao esgotamento sanitário, há de ser verificado, sobretudo, o risco de impacto ambiental e à saúde pública³².

Nessa linha, segregar a prestação dos serviços de esgotamento sanitário do Município de Maricá em relação aos de abastecimento de água, em princípio, contraria um dos **objetivos do novo marco regulatório do saneamento básico** (Lei nº 14.026/2020) que é a **prestação conjunta do abastecimento de água e do esgotamento sanitário** (art. 2º, XVI, da Lei nº 11.445/2007³³ c/c art. 4º-A, §3º, VIII da Lei nº 9.984/2000)³⁴. Por esse motivo, o ônus argumentativo para segregar a prestação das atividades de esgotamento sanitário do município de Maricá toma-se ainda maior.

A **inviabilidade econômica**, por sua vez, se verifica, sobretudo: (a) caso não seja possível custear os serviços prestados naquele município, isoladamente, apenas com base na receita gerada em seu território; (b) caso o custeio da prestação dos serviços nos demais municípios metropolitanos dependa dos recursos excedentes arrecadados em município no qual a prestação isolada seria viável. Desse modo, deve-se verificar se a prestação segregada do esgotamento sanitário no município de Maricá não obstrui o objetivo de promoção de **subsídio cruzado** entre os municípios mais lucrativos e os deficitários, em linha com a ADI nº 1.842/RJ³⁵.

Desse modo, caso se verifique, concretamente, que o serviço de saneamento de determinado município metropolitano é de interesse local, e não comum (*i.e.* atendidos os requisitos de viabilidade técnica e econômica), tal serviço pode ser mantido diretamente com o Município, mesmo após o prazo de 4 anos do artigo 27, da LCE nº 184/2018 visto que não se inclui nas atribuições do CDRM, elencadas no art. 11.

Nessa linha, verifica-se que o art. 11, VII, b, da LCE nº 184/2018³⁶, atento a essa nuance, determina que o CDRM deve, no exercício da titularidade sobre os serviços de saneamento básico,

³¹ Nessa linha: “poucos são os municípios que **por si sós têm condições de atender adequadamente à função pública de saneamento básico**. Normalmente, o próprio **acesso aos recursos hídricos depende da integração das redes de abastecimento entre diversos municípios**. Captação, tratamento, adução, reserva, distribuição e, posteriormente, recolhimento e condução do esgoto, bem como sua disposição final indicam várias **etapas que usualmente ultrapassam os limites territoriais de um dado município**” (p. 171) Em outras palavras: “torna-se indispensável o conceito de bacias hidrográficas. A delimitação política das fronteiras de uma região, aglomerado ou microrregião deverá, necessariamente, respeitar a **lógica da distribuição das bacias hidrográficas dentro de cada estado sob risco de inviabilização na prestação do serviço de abastecimento de água**” (p. 91) ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, *destacou-se*.

³² Como bem aduz o Ministro Gilmar Mendes: “a inadequação na prestação da função pública de saneamento básico enseja problemas ambientais e de saúde pública que afetam comunidades próximas, principalmente nos casos em que se verifica o fenômeno da conturbação. (...) Dessa forma, a função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum” ADI 2340/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, pp. 46-47.

³³ Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes **princípios fundamentais**: (...) XVI - prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. (*destacou-se*)

³⁴ Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. (...) § 3º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico deverão: (...) **VIII - assegurar a prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário**. (*destacou-se*)

³⁵ “Não faz sentido, do ponto de vista econômico, criar-se uma região metropolitana, ou aglomerado ou ainda microrregião a partir do somatório de municípios pobres que não despertem o interesse financeiro mínimo de exploração de serviços públicos ou que a cobrança de tarifas, pelo nível econômico da população, não consiga fazer frente aos custos do sistema. O legislador estadual para criar uma região, aglomerado ou microrregião necessita fazer o que se pode chamar de uma matemática geopolítica. Os municípios que não tenham condição de arcar isoladamente com os custos da implantação e manutenção de um sistema de saneamento fiquem ao lado de municípios mais ricos, que tornem essa prestação viável do ponto de vista financeiro” ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, p. 89.

³⁶ Art. 11. São atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro: (...) VII – **exercer sua titularidade** em relação aos serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e

“decidir sobre a forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem”, observando “**a situação operacional específica dos municípios envolvidos**”. Portanto, se for demonstrado que a situação operacional específica dos serviços de esgotamento do Município de Maricá configura serviço de interesse local, e não de interesse comum, cabe ao CDRM decidir, motivadamente, por manter a prestação de tais serviços diretamente com o município de Maricá.

Sublinhe-se que, conforme o espírito do artigo 25, § 3º, da CRFB e a jurisprudência do STF na matéria³⁷, com a instituição de uma Região Metropolitana via Lei Complementar Estadual, há uma **presunção relativa** de que são de interesse comum o rol de serviços e municípios elencados na lei (no caso da LCE nº 184/2018, os serviços e municípios elencados nos artigos 1º e 3º). Do contrário, haveria um risco de esvaziamento da prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico, na contramão dos princípios, objetivos e diretrizes da legislação setorial (art. 7º, IV, da Lei nº 13.089/2015³⁸ c/c art. 2º, XIV, 49, XIV e 50, VII e § 1º da Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020³⁹). Também haveria risco de inviabilização operacional da Região Metropolitana, caso cada município pudesse arbitrariamente se recusar a integrar seus serviços com os demais sob mera alegação de que seriam de interesse local, na contramão da jurisprudência do STF de adesão compulsória à RM⁴⁰.

esgotamento sanitário, observando os Planos Diretores e a legislação urbanística e, principalmente, **a situação operacional específica dos municípios envolvidos**, incluindo: (...) b) **decidir sobre a forma de prestação dos serviços, sua delegação e modelagem** (*destacou-se*).

³⁷ Conforme aduz o Ministro Nelson Jobim: “Uma vez criada a região metropolitana, aglomerado urbano ou microrregião pelo estado, passam a estar definidas as relações de dependência decisória e coordenação entre municípios” (p. 96). E conclui: “**No âmbito das aglutinações municipais, será proibida, como regra geral, a exploração individual do serviço pelos municípios isoladamente.** Tal proibição tem por objetivo viabilizar a prestação para os municípios mais carentes por meio de aproximações municipais que possibilitem que a demanda por água seja interligada à oferta de água, permitindo-se, inclusive, a transposição de bacias, a instituição de sistemas integrados com múltiplas fontes hídricas, a divisão de uma mesma bacia entre duas regiões ou municípios, etc. (...) Assim, é claramente responsabilidade do Estado criar condições econômicas e técnicas para que toda a população receba um serviço universal e de qualidade: (a) por meio de aproximações de municípios superavitários e deficitários; e (b) aproximação de municípios com abundância de recursos hídricos com municípios com pouca oferta de água em relação à sua demanda” (p. 141). O Ministro Gilmar Mendes desenvolve o mesmo raciocínio: “De acordo com o ordenamento constitucional, **não é razoável a manutenção do poder concedente em cada município participante, sob pena de esvaziar o conteúdo do art. 25, § 3º, da Constituição Federal e a própria instituição de região metropolitana**, microrregião ou aglomeração urbana, além de inviabilizar a prestação integrada e o adequado atendimento do interesse comum”. (p. 180). ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013, *destacou-se*.

³⁸ Art. 7º. Além das diretrizes gerais estabelecidas no art. 2º da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, a governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas observará as seguintes **diretrizes específicas**: (...) IV – **execução compartilhada das funções públicas de interesse comum**, mediante rateio de custos previamente pactuado no âmbito da estrutura de governança interfederativa. (*destacou-se*)

³⁹ Art. 2º. Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: (...) XIV – prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de **ganhos de escala** e à garantia da **universalização** e da **viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços**;

Art. 49. São objetivos da Política Federal de Saneamento Básico: (...) XIV – **promover a regionalização dos serviços**, com vistas à geração de ganhos de escala, por meio do apoio à formação dos blocos de referência e à obtenção da sustentabilidade econômica financeira do bloco;

Art. 50. A **alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União** ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados: (...) VII – à **estruturação de prestação regionalizada**. § 1º Na aplicação de recursos não onerosos da União, serão priorizados os investimentos de capital que **viabilizem a prestação de serviços regionalizada**, por meio de blocos regionais, quando a sua **sustentabilidade econômico-financeira não for possível apenas com recursos oriundos de tarifas ou taxas**, mesmo após agrupamento com outros Municípios do Estado, e os investimentos que visem ao **atendimento dos Municípios com maiores déficits de saneamento cuja população não tenha capacidade de pagamento compatível com a viabilidade econômico-financeira dos serviços**. (*destacou-se*)

⁴⁰ ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999. Conforme bem aduz o Ministro Gilmar Mendes, na ADI nº 1842/RJ: “é preciso garantir, por um lado, que um município isoladamente não obstrua todo o esforço comum para viabilidade e adequação da função de saneamento básico em toda região metropolitana, microrregião e aglomerado urbano” (p. 177). E, em debate, com os demais ministros enfatiza que: “**permitir que um município se exclua desse bloco também, na verdade, compromete eventualmente as políticas de**

Em suma, numa interpretação sistemática que considera o art. 25, § 3º da Constituição, o julgado da ADI nº 1.842, bem como as Leis federais de nº 13.089/2015, 11.445/2007 e 14.026/2020, além dos arts. 11, VII e 27 da Lei Complementar estadual nº 184/2018, a regra é a regionalização em benefício de interesses comuns na prestação dos serviços. Assim, para manter a prestação de qualquer etapa dos serviços de saneamento básicos com determinado município, após o prazo máximo de 4 anos (art. 27 citado), ao invés de integrá-la com os demais serviços metropolitanos, **o CDRM deve basear sua decisão em estudos e pareceres técnicos que subsidiem o caráter local dos serviços, e demonstrem a viabilidade técnica e econômica da prestação isolada em determinado município metropolitano. Este Procurador do Estado não teve acesso a essa justificativa, o que precisa ser avaliado pelo gestor e tomador da decisão.**

A **decisão** do CD, ademais, deve ser **excepcional e revogável** a fim de evitar o esvaziamento da RMRJ. Além disso, caso o CDRM decida por excepcionar os serviços prestados em determinado município metropolitano da prestação regionalizada, a decisão – a luz do art. 7, I, da LCE nº 184/2018⁴¹ c/c art. 7, I, da Lei nº 13.089/2015⁴² – **deve fixar um prazo razoável para sua revisão periódica**, haja vista o caráter dinâmico do processo de urbanização e conurbação, que pode transformar, com o tempo, um serviço que, contemporaneamente, é de interesse local, em serviço de interesse comum. Assim, **caso não seja comprovada, periodicamente, a manutenção do caráter local dos serviços, a prestação deve ser reintegrada com os demais municípios metropolitanos.**

Noutro giro, fui informado de que a relação entre o Município de Maricá e a SANEMAR foi contratualizada, havendo contrato de programa vigente que delega a prestação dos serviços de esgotamento sanitário à estatal. **Caso não seja comprovado tecnicamente o caráter local dos serviços prestados pela SANEMAR**, eles só poderão ser mantidos com a estatal municipal até o advento do termo final do contrato, vedada a prorrogação. Com o advento do termo final, a RMRJ teria de assumir a prestação dos serviços, seja mediante inclusão dos serviços nos contratos metropolitanos em curso, seja delegando-os de forma apartada (via de regra, mediante licitação),

Caso a intenção seja contratar a SANEMAR diretamente, a RMRJ deve motivar a decisão, e demonstrar o enquadramento em alguma das hipóteses de contratação direta. No caso da inexigibilidade (art. 25, Lei 8.666/93) deve ser comprovada, via estudos técnicos, a inviabilidade de competição. Nada impede que a SANEMAR concorra nas licitações dos serviços de esgotamento do município de Maricá.

Caso decida-se por incluí-los na prestação regionalizada, será necessário suprimir o item 2.5.2 da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e alterar a redação das minutas para prever em qual bloco seria incluído o município de Maricá. Caso o item 2.5.2 do Convênio de Cooperação da RMRJ não seja suprimido, cabe introduzir previsão semelhante na minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior.

Feitas essas considerações iniciais sobre o Projeto de Desestatização de Águas e Esgotos, passa-se à efetiva análise das minutas objeto deste parecer.

saneamento básico” (p. 212). ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

⁴¹ Art. 7º. Para fins da aplicação desta Lei, deverão ser observadas as seguintes diretrizes: I – implantação de **processo permanente e compartilhado de planejamento e de tomada de decisão quanto ao desenvolvimento urbano e às políticas setoriais afetas às funções públicas de interesse comum.** (*destacou-se*)

⁴² Art. 7º. Além das diretrizes gerais estabelecidas no art. 2º da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, a governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas observará as seguintes diretrizes específicas: I – Implantação de **processo permanente e compartilhado de planejamento e de tomada de decisão quanto ao desenvolvimento urbano e às políticas setoriais afetas às funções públicas de interesse comum.** (*destacou-se*)

4 – Análise da Viabilidade Jurídica das Minutas do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto.

Primeiramente, analisarei a viabilidade jurídica da minuta de Termo de rescisão dos contratos de programa vigentes entre CEDAE e municípios, com destaque para a compatibilidade da assunção de dívida alheia pelo Estado do Rio de Janeiro com as limitações impostas pelo Regime de Recuperação Fiscal. Em conjunto, examinarei as cláusulas dos convênios de cooperação e dos contratos de gerenciamento com teor semelhante (**Tópico 4.1**).

Após, analisarei, conjuntamente, as minutas de convênios de cooperação e de contratos de gerenciamento, sobretudo no tocante ao atendimento de requisitos formais e recomendações de pareceres pretéritos da PGE-RJ (**Tópico 4.2**).

4.1 – Minuta de Termos de Rescisão dos Contratos de Programas Vigentes entre CEDAE e Municípios, Assunção de Dívidas dos Titulares dos Serviços pelo Estado e Regime de Recuperação Fiscal.

As minutas dos Termos de Rescisão dos contratos de programa vigentes formalizam a extinção dos contratos de programa pelos quais cada município fluminense delega à CEDAE a prestação dos serviços de saneamento básico (Cláusula Primeira). Para tal, a eficácia do distrato é condicionada à celebração de novo contrato de concessão pelo Estado do Rio de Janeiro, no âmbito da prestação regionalizada do serviço de saneamento básico, sob organização e gerenciamento do Estado (item 4.3)⁴³.

Observa-se que pode ser pertinente acrescentar previsão na minuta de que, embora o contrato vigente seja extinto a partir da celebração do novo contrato, a CEDAE obriga-se a manter a prestação do serviço até a efetiva transferência da execução para a nova concessionária, de forma a garantir a continuidade do serviço durante esse intervalo de tempo. Na mesma linha, pertinente prever a obrigação de a CEDAE transferir para a concessionária, em boas condições de uso, os bens e infraestrutura necessários à prestação do serviço.

A minuta de Termo de Rescisão também repassa ao Estado do Rio de Janeiro os ônus financeiros de: (i) indenizar a CEDAE caso se verifique a existência de investimentos ainda não amortizados na ocasião do término do contrato, “*desonerando o MUNICÍPIO de eventual indenização*” (**item 2.1**); e de (ii) contratar “serviços técnicos especializados que tenham por objeto a realização da identificação de eventuais direitos indenizatórios e a quantificação dos respectivos valores relativos aos referidos contratos de programa, sendo descontados as multas, indenizações e outros valores devidos pela CEDAE” (**item 2.2**)⁴⁴. Por esse motivo, o Estado do Rio de Janeiro e a AGENERSA figuram no instrumento na qualidade de intervenientes anuentes.

Vale observar que o **item 6.2.1** das minutas de Convênios de Cooperação e os **itens 4.3 e 13.2** das minutas de Contratos de Gerenciamento contêm previsões semelhantes. Transcreve-se abaixo, para fins ilustrativos, o item 6.2.1. do Convênio de Cooperação da RMRJ:

⁴³ 4.3. Este TERMO DE RESCISÃO terá sua eficácia condicionada à celebrado de contrato de concessão pelo ESTADO, que terá como objeto a delegação da prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico, que englobará a área urbanas do MUNICÍPIO, oportunidade em que a prestação do serviço passará a ser feita por uma concessionária e a organização e o gerenciamento estarão sobre a responsabilidade do ESTADO.

⁴⁴ 2.1. Na hipótese de haver obrigações pendentes entre o MUNICÍPIO e a CEDAE vinculadas aos instrumentos extintos, decorrentes de investimentos realizados pela CEDAE e ainda não amortizados, **o ESTADO obriga-se desde já a assumi-las, desonerando o MUNICÍPIO de eventual indenização.** (*destacou-se*)

2.2. Com vistas a proceder à quantificação dos valores devidos pelo ESTADO à CEDAE, em decorrência da referida sub-rogação ao ESTADO da obrigação do MUNICÍPIO em custear a indenização à CEDAE pelos investimentos ainda não completamente amortizados, **o ESTADO obriga-se a contratar serviços técnicos especializados que tenham por objeto a realização da identificação de eventuais direitos indenizatórios e a quantificação dos respectivos valores relativos aos referidos contratos de programa, sendo descontados as multas, indenizações e outros valores devidos pela CEDAE.** (*destacou-se*)

“Na hipótese de haver obrigações pendentes entre os MUNICÍPIOS METROPOLITANOS e a CEDAE vinculadas a instrumentos extintos, decorrentes de investimentos realizados pela CEDAE e ainda não amortizados, o ESTADO **obriga-se desde já a assumi-las, desonerando o respectivo Município de eventual indenização, conforme termo de rescisão a ser celebrado** entre cada MUNICÍPIO METROPOLITANO e CEDAE, com interveniência da AGÊNCIA REGULADORA e do ESTADO” (grifou-se)

Há também **outras previsões** das referidas minutas que **atribuem ônus financeiros ao ERJ**, no âmbito da gestão associada dos serviços de saneamento básico, que, em princípio, não seriam dele, visto que o Estado não é titular dos serviços. É o caso da previsão das minutas de Convênio de Cooperação da RMRJ (**item 4.2.8**) e dos municípios do interior (**item 4.2.9**) no sentido de que **“a expansão quantitativa e qualitativa dos serviços” pode ser realizada via “investimentos oriundos do orçamento estadual”**⁴⁵. E é também o caso de uma série de previsões da **Cláusula Décima Segunda** das minutas de Contratos de Gerenciamento, que trata do rateio de ônus financeiros e indenizações decorrentes dos contratos coligados assinados pelo ERJ enquanto mandatário dos titulares dos serviços⁴⁶.

Segundo as previsões dessa cláusula, o **ERJ assumiria** para si, total ou parcialmente, **débitos decorrentes** de: (i) **reequilíbrio econômico-financeiro** em favor das delegatárias de serviços públicos (**item 12.1**); (ii) **indenizações** em razão bens reversíveis não amortizados (**item 12.2.1.**), e (**item 12.2.2.**) pagamento de **multas** às de legatárias dos serviços em razão do término antecipado dos contratos de delegação de serviços públicos (**item 12.2.2.**).

Em contrapartida, o **ERJ** também faria jus à **repartição de eventuais créditos decorrentes de indenizações e multas** pagas pelas delegatárias de serviços públicos (**item 12.2.**). E também seria contemplado com o direito de **recebimento de 80% da outorga fixa e 50% da outorga fixa excedente** (**itens 10.11, 10.12, 4.2.7. e 4.2.7.1.** da minuta de convênio de cooperação da RMRJ e **itens 4.2.6. e 4.2.7.** da minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior).

A despeito do maior percentual a ser recebido pelo ERJ, o que justifica que ele assumira alguns riscos, **não há informações se tais créditos em potencial serão aptos a compensar os débitos assumidos**⁴⁷. Seria importante avaliar esse ponto a partir de análise técnica. Em todo caso, entendo pertinente avaliar **se essa assunção ampla de débitos dos municípios e da RMRJ pelo Estado do Rio de Janeiro viola o Regime de Recuperação Fiscal (RRF)**. Se, por um lado, essa assunção de

⁴⁵ As redações de ambas as minutas de Convênio de Cooperação são semelhantes, então, colaciona-se aqui, para fins ilustrativos a previsão do Convênio de Cooperação da RMRJ: “4.2. Constituem atividades inerentes à organização dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário: (...) 4.2.8. Monitorar a priorização da **expansão quantitativa e qualitativa dos serviços** objeto do presente Convênio, **sendo admitida a utilização** de valores obtidos a título de outorga e/ou **de investimentos oriundos do orçamento estadual** e do fundo de desenvolvimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro” (*destacou-se*)

⁴⁶ Analisarei o teor da Cláusula Décima Segunda em detalhes mais adiante (v. **Tópico 1V.2.8**). O mesmo vale para a outorga fixa (v. **Tópico 1V.2.7**).

⁴⁷ Elenquei, neste tópico, apenas o rateio de créditos e débitos previstos nas minutas de gestão associada que foram submetidas para análise deste parecer. **Se houver previsão, em outras minutas de negócios coligados, de repartição com o ERJ de outros débitos ou créditos decorrentes da prestação regionalizada dos serviços de saneamento, é necessário acrescentar, nas minutas de convênio de cooperação c/ou de contrato de gerenciamento, previsão autorizando esse rateio e os critérios de repartição.** Fui informado, por exemplo, de que a minuta de contrato de concessão prevê **a repartição de receitas alternativas com o ERJ**. Porém, **não consta previsão dessa repartição nem nas minutas de convênio, nem nas minutas de contrato de gerenciamento.** Necessário acrescentar.

dívida pode aumentar de forma substancial o endividamento do ERJ⁴⁸, na contramão do objetivo primordial do RRF, por outro lado, ela se daria com o propósito de viabilizar uma das exigências do RRF que é a desestatização da CEDAE (art. 2º, § 1º, I, da LC nº 159/2017)⁴⁹.

Nessa linha, embora seja vedado ao Estado, durante a vigência do RRF, celebrar “convênio, acordo, ajuste ou outros tipos de instrumentos que envolvam a transferência de recursos para outros entes federativos”, a própria lei de regência excepciona da vedação “aqueles necessários para a efetiva recuperação fiscal” e “aqueles destinados a serviços essenciais” (art. 8º, XI, “a” e “d”, da LC nº 159/2017)⁵⁰.

Ora, ainda que se esteja diante de serviço público – por definição essencial – o juízo quanto à violação ao RRF envolve, também, avaliação econômico-financeira, visto que demanda o exame de elementos técnicos que ultrapassam o escopo jurídico. Trata-se de dados aos quais, inclusive, não tenho acesso, pois foram-me fornecidas apenas as minutas dos instrumentos jurídicos, sem o substrato técnico que embasa a decisão de repassar os ônus financeiros ao ERJ.

Por esse motivo, **recomendo que as previsões das minutas de Termo de Rescisão, de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento** que impliquem a assunção, por parte do Estado do Rio de Janeiro, de ônus financeiros dos titulares dos serviços, **sejam submetidas à prévia análise e aprovação por parte do Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal**, por ser o órgão ao qual compete “monitorar o cumprimento do Plano de Recuperação”, com vistas a “recomendar ao Estado a suspensão cautelar de execução de contrato ou de obrigação do Estado quando estiverem em desconformidade com o Plano de Recuperação” e a apontar o risco de descumprimento dele (art. 7º, I e VII LC na 159/2017)⁵¹.

Reforço, portanto, a recomendação do Parecer nº 06/2020 JVSM/PG-17 (ainda pendente de visto da PG-02), que analisou a viabilidade jurídica de versão anterior da minuta de Termo de Rescisão. Além de recomendar a submissão da questão ao Conselho de Supervisão do RRF, o referido parecer também recomendou que “*a proposta deve possuir, por parte do Estado, substrato econômico. A decisão de assumir dívida pertencente a outro ente federativo deve restar justificada de modo consistente*”, **com a efetiva demonstração de que o Estado possui condições de pagar a CEDAE.**

Reitero, aqui, a recomendação do Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17 de que o Estado não deve usar de sua posição de acionista controlador da CEDAE para perdoar a dívida ou simplesmente deixar de cobrá-la. Essa postura poderia, inclusive, ser tomada como abuso do poder de controle.

⁴⁸ Conforme informa o Parecer nº 06/2020 JVSM/PG-17, ainda pendente de visto da PG-02, estima-se que o valor aproximado total das dívidas do conjunto de municípios a serem assumidas pelo Estado **pode chegar a casa dos 5 bilhões de reais.**

⁴⁹ Art. 2º (...) § 1º A lei ou o conjunto de leis de que trata o caput deste artigo deverá implementar as seguintes medidas: I – a autorização de privatização de empresas dos setores financeiro, de energia, de saneamento e outros, na forma do inciso 11 do § 1º do art. 4º, com vistas à utilização dos recursos para quitação de passivos.

⁵⁰ Art. 8º **São vedados ao Estado durante a vigência do Regime de Recuperação Fiscal: (...) XI – a celebração de convênio, acordo, ajuste ou outros tipos de instrumentos que envolvam a transferência de recursos para outros entes federativos** ou para organizações da sociedade civil, ressalvados: a) **aqueles necessários para a efetiva recuperação fiscal**; b) as renovações de instrumentos já vigentes no momento da adesão ao Regime de Recuperação Fiscal; c) aqueles decorrentes de parcerias com organizações sociais e que impliquem redução de despesa, comprovada pelo Conselho de Supervisão de que trata o art. 6º; d) **aqueles destinados a serviços essenciais**, a situações emergenciais, a atividades de assistência social relativas a ações voltadas para pessoas com deficiência, idosos e mulheres jovens em situação de risco e, suplementarmente, ao cumprimento de limites constitucionais. (*destacou-se*)

⁵¹ Art. 7º: São atribuições do Conselho de Supervisão: I - monitorar o cumprimento do Plano de Recuperação e apresentar ao Ministério da Fazenda, mensalmente, relatório simplificado sobre a sua execução e sobre a evolução da situação financeira do Estado, **com vistas a apontar os riscos ou a ocorrência de desrespeito às vedações de que trata o art. 8º** ou de descumprimento das exigências estabelecidas nos incisos VI e VII do § 1º do art. 2º; (...) VII – recomendar ao Estado a suspensão cautelar de execução de contrato ou de obrigação do Estado quando estiverem em desconformidade com o Plano de Recuperação.

Vale lembrar, ainda, que, no caso das indenizações devidas à CEDAE, um caminho possível para contornar o risco de violação ao RRF seria prever, desde logo, nas minutas de convênio de cooperação, autorização para o ERJ repassar o débito para as futuras concessionárias que assumirão a prestação dos serviços. Inclusive, essa alternativa já foi validada pelo Parecer na 07/2019 JVSM/PG-17, contanto que conste previsão no edital e no contrato de concessão. De todo modo, trata-se de decisão sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade do gestor público, a quem cabe decidir sobre o desenho de políticas públicas.

Uma outra alternativa para mitigar os riscos da assunção de dívidas dos municípios pelo ERJ, é inserir previsão, nas minutas de termo de rescisão e de convênio de cooperação e contrato de gerenciamento, no sentido de que, caso as indenizações devidas pela CEDAE ultrapassem um determinado limite (que pode ser o montante recebido pelo ERJ a título de outorga fixa), o ERJ teria direito de regresso em face dos municípios quanto ao montante excedente. Trata-se de alternativa sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade do gestor público e que, de todo modo, também precisaria de ser submetida ao Conselho de Supervisão do RRF, haja vista haver o risco de os municípios não pagarem o Estado.

Outro ponto relevante tratado no Parecer nº 06/2020 NSM/PG-17 diz respeito ao momento do pagamento das indenizações devidas à CEDAE: se o pagamento deve ocorrer necessariamente antes da transferência dos serviços à nova concessionária ou se pode ocorrer em momento posterior. A redação da versão atual da minuta de Termo de Rescisão é silente a respeito. Como o item 2.2. apenas prevê que o Estado compromete-se a contratar serviço técnico especializado a fim de apurar as indenizações devidas, e o item 4.3. condiciona a eficácia do termo à celebração do novo contrato, deduz-se a intenção da minuta de postergar o pagamento das indenizações. Por outro lado, **vale alertar para os riscos jurídicos da postergação do pagamento, em face do advento do novo marco regulatório do saneamento básico (Lei nº 14.026/2020).**

Conforme explicado no Parecer nº 06/2020 JVSM/PG-17, **há, atualmente, um cenário de incerteza jurídica quanto ao momento do pagamento da indenização, mas com uma clara inclinação pela indenização prévia.** Embora a jurisprudência do STJ preveja, no caso dos contratos de concessão, que a indenização pode ser paga *a posteriori*, no caso específico dos contratos de programa, o Decreto nº 6.017/07, que os regulamenta, contém previsões contraditórias a respeito. Por um lado, o art. 35 prevê que a extinção do contrato de programa dependerá de prévio pagamento das indenizações devidas⁵². Por outro lado, o art. 33, XII e §2º prevê que o não pagamento da indenização devida em razão de bens reversíveis ainda não amortizados não impede o titular de retomar os serviços⁵³. Apesar da aparente contradição entre as previsões, entendeu o referido parecer que a interpretação sistemática delas indica a necessidade de indenização prévia.

Essa lógica de indenização prévia se acentuou com o advento do novo marco regulatório do saneamento básico, pois a legislação setorial passou a prever que “a transferência da prestação dos serviços de um prestador para outro será condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados” (art. 42, §5º, da Lei nº 11.445/2007). Pode-se argumentar que essa previsão não atingiria os contratos atuais por serem atos jurídicos perfeitos, porém a Lei nº 14.026/2020 contém regra de transição para os contratos em curso, que prevê o seguinte:

⁵² Art. 35. A extinção do contrato de programa não prejudicará as obrigações já constituídas e dependerá do prévio pagamento das indenizações eventualmente devidas.

⁵³ Art. 33. Os contratos de programa deverão, no que couber, atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e conter cláusulas que estabeleçam: (...) XII – os critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas ao prestador dos serviços, inclusive quando consórcio público, especialmente do valor dos bens reversíveis que não foram amortizados por tarifas e outras receitas emergentes da prestação dos serviços. (...) § 2º O não pagamento da indenização prevista no inciso XII do caput. inclusive quando houver controvérsia de seu valor, não impede o titular de retomar os serviços ou adotar outras medidas para garantir a continuidade da prestação adequada do serviço público.

Art. 13 – Decreto disporá sobre o apoio técnico e financeiro da União à adaptação dos serviços públicos de saneamento básico às disposições desta Lei, observadas as seguintes etapas:

V - Alteração dos contratos de programa vigentes com vistas à transição para o novo modelo de prestação;

§1 – Caso a transição referida no inciso V do caput deste artigo exija a substituição de contratos com **prazos** distintos, estes **poderão ser reduzidos ou prorrogados, de maneira a convergir a data de término com o início do contrato de concessão definitivo**, observando-se que:

I – na hipótese de redução do prazo, o prestador será indenizado na forma do art. 37 da Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. (destacou-se)

Na verdade, o pagamento *a posteriori* contraria a própria lógica constitucional de proteção da propriedade privada, a qual só pode ser tomada com indenização justa, prévia e em dinheiro (art. 5º, XXIV, CRFB). Ainda que o titular do serviço não seja o atual prestador, a retomada e incorporação dos bens é equiparável a desapropriação. Ignorar isso, pode implicar afronta à própria Constituição.

Assim, **opino no sentido de que a minuta de Termo de Rescisão seja alterada para condicionar expressamente a transferência dos serviços ao prévio pagamento da indenização devida à CEDAE.**

Por fim, do ponto de vista formal, cabe observar que a minuta de Termo de Rescisão não indica as autoridades competentes que irão assiná-la como representantes das partes, do Estado e da AGENERSA, de modo que cabe alterá-la para incluir esse dado. Também deve ser observada a exigência de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente para se promover a rescisão amigável do contrato, conforme prevê o art. 79, § 1º da Lei nº 8.666/1993.

4.2. – Minutas de Gestão Associada.

Analisarei conjuntamente as minutas de Convênios de Cooperação e de Contratos de Gerenciamento.

Primeiro, examinarei os aspectos formais, subdivididos em: atendimento às recomendações da PGE-RJ e aos requisitos legais (**Tópico 4.2.1.**); indicação das autoridades competentes para assinar as minutas (**Tópico 4.2.2.**); e sugestões de melhorias na redação (**Tópico 4.2.3.**).

Na sequência, analisarei os demais aspectos das minutas que me chamaram a atenção, agrupados em: abrangência dos poderes delegados ao ERJ e AGENERSA (**Tópico 4.2.4.**); inclusão superveniente de novos municípios nos contratos em curso (**Tópico 4.2.5.**); vigência e estabilização do vínculo de gestão associada (**Tópico 4.2.6.**); questões relativas às outorgas (**Tópico 4.2.7.**); e, por fim, questões relativas ao rateio de ônus financeiros (**Tópico 4.2.8.**).

4.2.1. – Aspectos formais das minutas: atendimento às recomendações da PGE-RJ e aos requisitos legais.

No que diz respeito aos aspectos formais das minutas, destacam-se as seguintes recomendações do Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17:

1. Os Convênios de Cooperação devem especificar a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas (ERJ, titulares dos serviços e AGENERSA);

2. Para fins de clareza e incremento da segurança jurídica, recomendável que a AGENERSA, na qualidade de delegatária das funções de regulação e fiscalização do serviço de saneamento básico, figure como interveniente anuente nos negócios jurídicos coligados celebrados no âmbito do projeto de desestatização (e.g. contratos de programa e de concessão, contratos de interdependência, Convênios de Cooperação).

As minutas parecem atender, de modo geral, à recomendação (1), pois preveem, em cláusulas específicas, os direitos e obrigações do Estado, da AGENERSA e do titular dos serviços. Quanto à distribuição de atribuições entre eles, tratarei em mais detalhes no **Tópico 4.2.4**. Recomendo, todavia, mais algumas alterações pontuais, em atendimento a recomendação (1).

O item 5.3. das minutas de Convênios prevê que os contratos de delegação de serviços públicos devem dispor sobre as atribuições da agência reguladora. Recomendo acrescentar nesse item que os contratos de gerenciamento também devem dispor sobre o ponto.

O item 5.4. das minutas de convênios de cooperação prevê que os contratos de concessão e de produção de água devem ser elaborados em observância à diretriz de não sobreposição das atribuições do ERJ e da agência reguladora. Vale acrescentar a essa previsão os contratos de gerenciamento. No caso específico do Convênio de Cooperação da RMRJ, também vale acrescentar à previsão do item 5.4., os contratos de interdependência.

Em atendimento a recomendação (2), a AGENERSA consta como interveniente anuente nas minutas de convênios de cooperação e de contrato de gerenciamento. As minutas também preveem poderes para a AGENERSA figurar nos contratos de delegação de serviços públicos e no de interdependência como interveniente anuente (item 5.2.1. das minutas de Convênios de Cooperação). Recomendo que seja inserida previsão semelhante à do item 5.2.1. nas minutas de contrato de gerenciamento. E, no caso das minutas de convênio, recomendo alterar o item 5.2.1 para prever que a AGENERSA deve figurar como interveniente anuente nos contratos de gerenciamento.

Além das recomendações da PGE-RJ, as minutas devem atender aos **requisitos formais previstos em lei** para sua edição. **No caso dos contratos de gerenciamento** (espécie de contrato de programa), o artigo 13, §2º da Lei nº 11.107/2005 prevê o rol de cláusulas obrigatórias (incisos I a VI)⁵⁴. Verifiquei se as minutas atendiam aos requisitos previstos nos incisos.

A análise das minutas demonstra que: (a) “os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu” (inciso I) encontram-se disciplinados nas Cláusulas Segunda, Quarta, Quinta, Nona, Décima e Décima Segunda; (b) “as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos” (inciso II) constam da Cláusula Décima Segunda e nos itens 16.3. a 16.6.; e (c) “o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade” (inciso III) é tratado nas Cláusulas Sétima e Décima Terceira.

Como as minutas de contrato de gerenciamento não preveem transferência de pessoal, me parece que também não precisam de prever quem arcará com esse ônus financeiro (**inciso V**). Por outro lado, não localizei nas minutas previsão com “a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado” (**inciso V**) e “o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que

⁵⁴ Art. 13 § 2º No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam: I - os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu; II - as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos; III - o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade; IV - a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido; V - a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado; VI - o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços. (*grifou-se*)

vierem a ser amortizados” (inciso VI). Encontrei apenas uma previsão no item 16.2.2. das minutas de contrato de gerenciamento, no sentido de que o processo de apuração das indenizações será conduzido pela AGENERSA, porém não há previsão de qual o procedimento a ser observado.

Recomendo, em atendimento ao inciso V, do §2º do art. 13, da Lei nº 11.107/2005, que seja inserida previsão nas minutas de contrato de gerenciamento com a relação de bens vinculados aos serviços, ou, então, que elas se remetam a um anexo que contenha esse dado. Essa relação deve indicar quem está cedendo cada bem vinculado aos serviços de saneamento básico; se está sendo cedido pelo Estado do Rio de Janeiro, pela RMRJ ou pelos municípios integrantes do bloco de prestação regionalizada. E, recomendo, em atendimento ao inciso VI, do §2º do art. 13, da Lei nº 11.107/2005, que seja inserida previsão nas minutas de contrato de gerenciamento, do “procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados”.

No caso dos Convênios de Cooperação, como já adiantado, deve ser elaborado Plano de Trabalho, em atendimento ao artigo 116, § 1º da Lei nº 8.666/93. Além disso, recentemente a Lei nº 14.026/2020 inseriu, na Lei nº 11.107/2005, uma previsão no sentido de que “aplicam-se aos convênios de cooperação, *no que couber*, as disposições desta Lei relativas aos consórcios públicos” (art. 1º, §4º). Como se trata de alteração legislativa recente, ainda é incerto quais dos requisitos formais dos consórcios públicos que se aplicam aos convênios de cooperação. Porém em primeira análise, parece-me que se aplicam, ao caso, os requisitos formais do inciso XI do art. 4º da Lei nº 11.107/2005, por se tratar de requisitos para a gestão associada. Confira-se:

Art. 4º São **cláusulas necessárias** do protocolo de intenções as que estabeleçam:

XI – a **autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:**

- a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;
- b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a arca em que serão prestados;
- c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;
- d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;
- e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e

No geral, as minutas de Convênio de Cooperação parecem atender aos requisitos acima. Identificam as competências delegadas (alínea *a*), nas Cláusulas Segunda, Quarta, Quinta e Sexta. Identificam e especificam os serviços de saneamento básico objeto da gestão associada (alínea *b*), nas Cláusulas Primeira e Segunda. Ademais, conferem-se poderes para o ERJ organizar e promover a licitação e figurar nos contratos de concessão e de produção de água (alínea *c*), nos itens 4.2.5. e 4.2.6. e 4.3. (sugiro alguns ajustes na redação mais adiante). Como não é mais permitida a celebração de contrato de programa para fins de delegação dos serviços de saneamento básico (alt. 10, da Lei nº 11.445/2007 c/c art. 13, § 8º, da Lei nº 11.107/2005), parece-me restar dispensado o cumprimento da alínea *d*.

Não localizei nas minutas de convênio de cooperação previsão dos “critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão” (alínea e). Caso não contenham, recomendável acrescentar previsão.

Também não encontrei nas minutas identificação da área em que os serviços de saneamento básico objeto da gestão associada serão prestados (*alínea a*). **Recomendável que seja inserida previsão de anexo às minutas de Convênio de Cooperação, contendo a área da concessão de cada um dos quatro blocos e os municípios que os integram.**

Nessa linha, notei que a minuta de Contrato de Gerenciamento da RMRJ prevê, no seu rol de anexos, o “ANEXO IV – MUNICÍPIOS METROPOLITANOS DE CADA BLOCO”. Me parece pertinente a inclusão, em todas as minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento, de um anexo contendo a composição de todos os municípios que integram os blocos de prestação regionalizada (área da concessão), e não apenas dos municípios metropolitanos.

Noto, ainda, a necessidade de mais algumas alterações pontuais a serem feitas em atendimento aos requisitos formais do inciso IX do art. 4 da Lei nº 11.107/2005.

O item 4.2.5. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ traz previsão de poderes para ERJ promover licitação para celebrar contratos de concessão dos serviços *downstream*. Mesmo que se pretenda proceder com a contratação direta da CEDAE pode ser pertinente, por precaução, garantir ao ERJ poderes para licitar os serviços *upstream* também (Contrato de Produção de Água).

O Item 4.2.6. do Convênio de Cooperação da RMRJ prevê poderes para ERJ celebrar os contratos de concessão e de produção de água, porém não prevê poderes para licitar e figurar nos demais contratos coligados (e.g. contratos de financiamento). Assim, sugiro acrescentar à minuta da RMRJ previsão semelhante à do item 4.3. da minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior. Sugiro a seguinte redação:

“Além dos CONTRATOS DE CONCESSÃO e de PRODUÇÃO DE ÁGUA, as atividades de organização também compreendem a edição e/ou celebração de outros instrumentos jurídicos, com o objetivo de garantir a atuação interdependente e concertada da prestação dos serviços objetos desse CONVÊNIO, podendo o ESTADO, motivadamente, promover processos licitatórios prévios à celebração de outros instrumentos jurídicos coligados que se façam necessários”

O item 4.5. da minuta de Contrato de Gerenciamento dos municípios do interior autoriza a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico do município signatário do contrato em conjunto a "outros municípios". Recomendo a alteração da redação para acrescentar autorização para a prestação integrada dos serviços também com a RMRJ.

4.2.2. – Aspectos Formais das Minutas: Indicação das Autoridades Competentes para Assinar Representando as Partes e a AGENERSA.

Notei que as minutas de convênios de cooperação e de contratos de gerenciamento não contêm a indicação das autoridades competentes para assinar como representantes do Estado, dos titulares dos serviços e da AGENERSA. **Recomendo indicar nas minutas de convênios de cooperação e de contrato de gerenciamento as autoridades competentes para assinar como representantes das partes e da AGENERSA.**

No caso das minutas da RMRJ, deve-se atentar ao fato de que o Governador do Estado é competente para assinar tanto como representante do Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de Chefe do Poder Executivo Estadual, quanto como representante da RMRJ, na qualidade de Presidente

do Conselho Deliberativo da RMRJ (art. 10, *caput* c/c art. 11, §2º, da LCE nº 184/2018⁵⁵ e art. 4º do Regimento Interno do CDRM⁵⁶). É interessante que isso conste expressamente do teimo. Isto é: que o Governador assina tanto como Presidente do CDRM, quanto como Chefe do Poder Executivo estadual.

4.2.3. – Aspectos Formais das Minutas: Sugestões de Melhorias na Redação e Necessidade de Revisão Ortográfica e Gramatical.

Em primeiro lugar, recomendável a promoção de uma revisão ortográfica e gramatical geral das minutas, em especial das minutas de contratos de gerenciamento. Citem-se alguns casos de erros que notei nas minutas de contrato de gerenciamento. Na definição de “concessão” está escrito: “durante os prazos nos contratos de concessão”, Alterar para “durante os prazos *dos* contratos de concessão”. Na definição de “concessionária” está escrito: “sociedade de propósito *específico a serem constituída*”. Alterar para: “sociedade de propósito *específico a ser constituída*”. Está escrito no item 9.2.(i) das minutas: “previstas nas normas legais de todas as esferas da administração pública, *regulamentares e, ainda, contratuais*”. Para fins de paralelismo, alterar a redação para: “previstas nas normas legais de todas as esferas da Administração Pública, *nas normas regulamentares e nas normas contratuais*”.

Em segundo lugar, notei **remissões equivocadas** nas minutas de convênio de cooperação. São os seguintes casos: (i) os itens 10.8, 10.9 e 10.9.1 das minutas de convênios fazem remissões às subcláusulas 2.2. ou 2.4., quando a intenção era se remeter a subcláusula 2.5; (ii) o item 10.11 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ faz remissão à subcláusula 10.8, quando o correto seria se remeter à subcláusula 10.9; e (iii) o item 10.12 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ faz remissão à subcláusula 10.10, quando o correto seria se remeter à subcláusula 10.11. **Cumprir fazer uma revisão final das minutas para checar se não há outras remissões equivocadas e retificá-las, se for o caso.**

Em terceiro lugar, **recomendo uma revisão geral e sistemática das minutas para verificar se há uniformidade no emprego dos termos e expressões definidos nas cláusulas de definições, de forma a evitar vagueza e ambiguidade.**

Nesse sentido, notei que **as minutas não possuem uniformidade ao se referirem aos serviços de saneamento básico.** Dentre as diferentes expressões empregadas citem-se exemplificativamente: “serviços”, “serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário”, “serviços de saneamento básico”, “serviços de água e esgoto”, “serviços de produção de água”, etc. **Recomendável que haja uma uniformização dos termos empregados, optando-se pela adoção de nomenclaturas que tenham sido conceituadas na cláusula de definições.** Uma ideia é que seja criada uma definição para “serviços” ou então que esse termo seja substituído nas minutas por outros que estejam conceituados na cláusula de definições.

As **minutas da RMRJ** são as que mais sofrem com esse problema, porque **não há uma boa delimitação nelas dos “serviços upstream”.** De fato, existe um conceito na cláusula de definições, porém ele não traz o rol de atividades abrangidas na etapa *upstream*. Além disso, de nada adianta conceituar se o conceito não é empregado. As minutas ao se referirem aos serviços *upstream*, via de

⁵⁵ Art. 10. A Região Metropolitana do Rio de Janeiro adotará suas deliberações por meio do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, formado pelo Governador do Estado que o presidirá, pelos Prefeitos dos municípios que integram a Região Metropolitana e por três segmentos da sociedade civil, indicados pelo Conselho Consultivo, todos com direito a vala, com os pesos especificados a seguir: (...). Art. 11, §2º. § 2º Compete ao Presidente do Conselho Deliberativo assinar, após a aprovação do referido colegiado, os contratos de concessão que sejam de responsabilidade da Região Metropolitana. (*grifou-se*)

⁵⁶ Art. 4º - Compete ao Presidente do Conselho Deliberativo assinar, após a aprovação do referido colegiado, os contratos de concessão que sejam de responsabilidade da Região Metropolitana e outros documentos normativos expedidos pelo Conselho.

regra, ou os chamam de “serviços de produção de água” ou de “serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário”. As duas expressões apresentam problemas.

A expressão “serviços de produção de água”, além de não ser conceituada na cláusula de definições, não engloba todas as atividades abrangidas nos serviços *upstream*. Deixa de fora, por exemplo, a captação de água bruta e o fornecimento de água tratada às concessionárias *downstream*. Aliás, chamar de “produção de água” sequer é preciso tecnicamente, já que, na verdade, a água é produzida pela natureza; o que há é o tratamento da água.

Já o uso indiscriminado da expressão “serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário” apresenta o problema de tratar indistintamente dos serviços das etapas *upstream* e *downstream*. O “esgotamento sanitário” não se inclui nos serviços *upstream* e “abastecimento de água”, conforme definido nas minutas, engloba atividades tanto da etapa *upstream*, quanto da *downstream*.

Desse modo, o ideal seria **criar, na cláusula de definições, conceitos apartados para “serviços *upstream*” e “serviços *downstream*” que arrolassem todas as atividades de cada etapa e usar efetivamente essas expressões nas cláusulas que demandarem uma distinção entre os serviços prestados no bojo do contrato de produção de água e os prestados no bojo dos contratos de concessão. E apenas empregar expressões mais amplas quando for tratar de ambos os contratos indistintamente.**

Nessa linha, sugiro a alteração da redação de algumas cláusulas das minutas. Sugiro trocar, na definição de “contrato de produção de água”, a expressão “prestação de serviços de produção de água” por “prestação de SERVIÇOS UPSTREAM” e, conjuntamente, sugiro a alteração da definição de “serviços *upstream*” para que seja elencada nela o rol de atividades abrangidas na etapa *upstream*. Na mesma linha sugiro a substituição de expressões semelhantes contidas, *e.g.*, no item 10.8 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ e no item 6.1.2 da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ.

Sugiro a alteração do item 2.2. da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ, o qual prevê que as concessionárias *downstream* prestarão serviço de “abastecimento de água e esgotamento sanitário”. Essa previsão dá a entender, pelo conceito adotado na cláusula de definição para “abastecimento de água”, que as concessionárias também fariam a coleta e tratamento da água, sendo que, na verdade, essas atividades integram a etapa *upstream*. No lugar, sugiro que seja previsto que a concessionária prestará “serviços *downstream*” e que seja criado um conceito na cláusula de definições arrolando as atividades abrangidas.

Sugiro, também, a substituição do termo “serviços”, no item 8.1. das minutas de contratos de gerenciamento por “serviços de SANEAMENTO BÁSICO” de modo a esclarecer as atividades que serão remuneradas por tarifa.

Recomendo uma revisão geral das minutas para uniformizar os termos empregados para tratar de serviços e, no caso das minutas da RMRJ, para particularizar quando as previsões estiverem tratando apenas dos serviços *upstream* ou apenas dos *downstream*.

Problema semelhante ocorre com as diversas referências a “*municípios*” nas minutas. Não fica claro de quais municípios se está tratando, se seriam apenas os municípios metropolitanos, municípios, no geral, ou todos os municípios integrantes do bloco de delegação. **Assim, pertinente se promover uma revisão geral nas minutas para substituir o termo “municípios” ou por “municípios metropolitanos” ou por “municípios integrantes do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA”, conforme for o caso. Ao longo do parecer comentarei alguns casos em que ISSO ocorre.** Já recomendo, desde logo, uma revisão geral das minutas para sanar essas ambiguidades.

Em quarto lugar, notei nas minutas algumas **redações truncadas, contraditórias, vagas, ambíguas ou topograficamente mal colocadas**. Comentarei os casos a seguir e farei sugestões para melhorar as redações.

O conceito de outorga fixa na cláusula de definição das minutas de contratos de gerenciamento emprega, ao final, a expressão “nos termos deste CONTRATO DE GERENCIAMENTO”. Ocorre que o item 9.1.(v), ao tratar genericamente da outorga fixa se remete aos termos dos convênios de cooperação. Assim, recomendo alterar o conceito empregado na cláusula de definições para prever, no lugar, que será “nos termos do CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO”.

Na mesma linha, a redação do item 9.1.(vi) da minuta de contrato de gerenciamento dos municípios do interior, que trata da outorga variável é confusa. Sugiro que adote, no lugar, a mesma redação do item 9.1.(vi) da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ que apenas se remete ao teor do Convênio de Cooperação.

A topografia da “Cláusula Segunda – Do objeto” das minutas de Contrato de Gerenciamento ficou pouco intuitiva. Isso porque trata da delegação à AGENERSA das atribuições de fiscalização e regulação apenas no último item da cláusula (item 2.7.), de forma bastante apartada da previsão da delegação ao ERJ das atribuições de organização e gerenciamento (item 2.1.). Assim recomendo que atribuições delegadas sejam tratadas em conjunto no item 2.1. (nesse sentido é possível se espelhar na redação da cláusula de objeto das minutas de convênios de cooperação). Outra ideia seria tratar da delegação da regulação e fiscalização logo em seguida no item 2.2. e renumerar os demais.

O item 2.5. das minutas de contratos de gerenciamento prevê o seguinte:

2.5. As atribuições do ESTADO são transferidas sob condição de que os cumpra com as obrigações que lhe cabem de acordo com O CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO c com este instrumento. [SIC – *destacou-se*]

A redação peca, porque as atribuições não pertencem ao Estado, e sim aos titulares dos serviços. A minuta também não traz previsão semelhante para a AGENERSA. Assim, sugiro a seguinte redação:

2.5. As atribuições de organização e gerenciamento dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO são transferidas ao ESTADO e as atribuições de regulação e fiscalização dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO são transferidas à AGÊNCIA REGULADORA, sob a condição de que o ESTADO e a AGÊNCIA REGULADORA cumpram com as obrigações que o CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO e este CONTRATO DE GERENCIAMENTO lhes atribuem.

A redação do item 4.2. das minutas de contratos de gerenciamento, que trata da vigência dos contratos de programa atuais da CEDAE, está confusa, pois lança mão de período muito longo e excesso de informação. Recomendo que seja reescrita a fim de se tornar mais clara e concisa. Sugiro que tome por modelo a redação do item 6.2. das minutas de Convênios de Cooperação que trata do mesmo tema.

O item 4.4. das minutas de contratos de gerenciamento, ao estipular que o conteúdo dos contratos de concessão e de produção de água não pode conflitar com o disposto no contrato de gerenciamento, choca-se com a previsão do item 17.7 das minutas que prevê que, em caso de conflito entre as disposições desses contratos, prevalecerá o disposto nos contratos de concessão e de produção de água quando tiver “maior relevância na matéria em questão”. Para sanar a contradição,

sugiro que a redação do item 4.4. seja alterada para prever que o conteúdo dos contratos de concessão e de produção de água não poderão conflitar com o contrato de gerenciamento, “salvo quando tiverem maior relevância na matéria em questão”.

O item 5.1.1. das minutas de contratos de gerenciamento prevê que a agência reguladora ao editar normas regulamentares deve observar “o disposto no presente CONTRATO”. Sugiro que seja acrescida à redação a necessidade de se observar também o disposto no convênio de cooperação e na legislação.

O item 5.6. das minutas de Contratos de Gerenciamento prevê o seguinte:

5.6. Caberá à AGÊNCIA REGULADORA, no âmbito das atribuições assumidas no presente CONTRATO, proceder com os processos licitatórios ou de contratação direta sempre que cabíveis, nos termos da legislação.

O texto não esclarece se a agência reguladora se limitaria à proceder a licitação e contratação de serviços prestados à própria agência ou se englobaria qualquer objeto relacionado aos serviços de saneamento básico, inclusive a delegação dos serviços de saneamento em si. A redação atual pode causar um conflito de atribuições entre o Estado e a AGENERSA, já que cabe ao ERJ promover a licitação e celebração de contratos de delegação dos serviços de saneamento básico e de outros contratos coligados. Assim, recomendo a alteração da redação para esclarecer esse ponto.

Prevê o item 9.2.(xiv) da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ:

9.2. São obrigações da REGIÃO METROPOLITANA, por meio dos órgãos e entes que integram a sua estrutura de governança ou mediante atuação dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS:

(xiv) pagar, quando forem usuários os órgãos e entidades da administração municipal. as tarifas referentes à prestação dos serviços;

A redação não prevê obrigação de pagamento quando os usuários forem órgãos e entidades metropolitanas (IRM) e, no caso dos serviços prestados aos órgãos e entidades municipais não deixa claro a quem cabe pagar a tarifa. Ademais, “municipal” é um termo genérico que pode englobar municípios de fora da RMRJ. De todo modo, me parece que deve caber aos próprios municípios metropolitanos o pagamento das tarifas dos serviços que são prestados para seus órgãos e entidades. Assim, **sugiro a remoção do item 9.2.(xiv) e o acréscimo dos itens 9.3 e 9.4. com a seguinte redação:**

9.3. A REGIÃO METROPOLITANA deve pagar as tarifas referentes à prestação dos serviços, quando forem usuários os órgãos e entidades metropolitanos.

9.4. OS MUNICÍPIOS METROPOLITANOS devem pagar as tarifas referentes à prestação dos serviços, quando forem usuários os órgãos e entidades que integram suas respectivas Administrações Públicas.

Notei que a ausência, na minuta de Contrato de Gerenciamento dos municípios do interior de previsão semelhante à do item 9.2.(xiv) da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ que

obrigasse ao município pagar pelos serviços prestados. Assim, **sugiro que seja inserida a seguinte previsão na minuta dos municípios do interior:**

9.2. São obrigações do MUNICÍPIO:

(xiv) pagar as tarifas referentes à prestação dos serviços, quando forem usuários os órgãos e entidades municipais.

A parte final da redação do item 11.3 das minutas de contrato de gerenciamento é repetitiva ao empregar “nas condições estabelecidas nos referidos contratos, observadas as condições estabelecidas no CONTRATO DE CONCESSÃO” [SIC]. Sugiro cortar a expressão “nas condições estabelecidas nos referidos contratos”. Ademais, no caso da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ alterar para: “observadas as condições estabelecidas no CONTRATO DE CONCESSÃO e no CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA”. Na mesma linha, no item 11.3.1. da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ, trocar “CONCESSIONÁRIAS” por “OPERADORES”, de modo a abranger os bens afetos aos serviços *upstream*.

4.2.4. Abrangência dos poderes delegados ao ERJ e à AGENERSA, Conselho de Titulares e Comitê de Monitoramento.

Um dos pontos mais delicados quanto à viabilidade jurídica das minutas de gestão associada é a delimitação da extensão de atribuições delegadas, pelos titulares dos serviços (RMRJ e municípios do interior), ao Estado e à AGENERSA⁵⁷. Isso se deve ao fato de ser defesa a renúncia de competências constitucionais (no caso, renúncia a atribuições inerentes à titularidade dos serviços de saneamento básico). Conforme discorri no Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17, a delegação de competências, via instrumentos de gestão associada, na forma do art. 241, da CRFB, é possível, contanto que não seja tão abrangente a ponto de caracterizar uma renúncia velada (ou delegação “em branco”). Contudo, é difícil identificar a partir de que ponto a delegação passa a ser uma renúncia.

No caso da RMRJ, o STF foi ainda mais enfático, na ADI nº 1.842/RJ, ao invalidar, o modelo anterior de Região Metropolitana que concentrava poderes no Estado do Rio de Janeiro. Conforme consta do acórdão⁵⁸:

“O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no **respeito à divisão de responsabilidades** entre municípios e estado. **É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios**”. (*destacou-se*)

Assim, para contornar os riscos jurídicos da delegação de competências administrativas, **o ideal é tomar alguns cuidados para manter as atribuições mais essencialmente ligadas ao poder concedente dos serviços de saneamento básico com os titulares dos serviços**. E quais seriam essas atribuições? Não há como precisar com certeza. Ocorrem-me algumas.

Como adiantado, as minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento preveem a delegação das funções de regulação e fiscalização à AGENERSA e das funções de

⁵⁷ Analisei a questão, a fundo, no Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17. Para evitar repetições, remeto-me às considerações que fiz, na ocasião, sobre a viabilidade jurídica da gestão associada e as diferenças entre delegação e renúncia de competências.

⁵⁸ ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

organização e promoção da licitação e de gestão dos contratos (denominadas nas minutas como atividades de “organização” e “gerenciamento”) ao ERJ.

No Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17, ao analisar a viabilidade jurídica, em abstrato, dessa delegação de atribuições, embora eu tenha me posicionado no sentido de que a modelagem concebida pelo projeto seria possível, alertei para os riscos jurídicos de uma delegação tão ampla de poderes ao Estado do Rio de Janeiro e sugeri que os próprios titulares figurassem como signatários dos contratos, ao invés do ERJ. Nesse caso, o ERJ seria uma espécie de mandatário sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços.

Porém, as minutas prosseguiram com a modelagem inicialmente proposta de delegar poderes para o Estado figurar nos contratos e organizar a prestação dos serviços. **Faço algumas sugestões para incrementar a segurança jurídica dos instrumentos de gestão associada e contornar os riscos jurídicos envolvidos.**

Em primeiro lugar, **não fica perfeitamente claro, nas minutas, a extensão das funções que permanecem com os titulares dos serviços.** A proposta inicial do Projeto de Desestatização de Águas e Esgotos submetida à consulta da PGE-RJ é que permanecessem com os titulares as funções de **planejamento setorial**, de **fiscalização (paralelamente à AGENERSA)** e de **retomada dos serviços de saneamento básico.**

Dessas três atribuições, apenas a **função de planejamento setorial** é atribuída de forma clara aos titulares dos serviços, em caráter de exclusividade, conforme prevê a Cláusula Terceira dos Convênios de Cooperação. Senti falta de uma cláusula específica com conteúdo semelhante nas minutas de Contrato de Gerenciamento. Assim, **sugiro que seja inserida nas minutas de contrato de gerenciamento cláusula com teor semelhante ao da Cláusula Terceira dos Convênios de Cooperação.**

A atribuição de **retomada dos serviços de saneamento básico**, ao que parece, seria repassada com exclusividade para o Estado (item 10.7.1 das minutas de Convênios de Cooperação). E a **função de fiscalização** contém previsões contraditórias que ora parecem atribuí-la, com exclusividade, à AGENERSA, e ora parecem admitir que os titulares fiscalizem de forma concorrente. Discorrerei sobre essas previsões relativas à fiscalização e à retomada dos serviços em detalhes – adianto que proporei ajustes.

Antes, cumpre destacar que essa falta de clareza quanto às atribuições dos titulares dos serviços já se evidencia logo na Cláusula Segunda das minutas de convênio de cooperação (**item 2.2.**) e de contrato de gerenciamento (**item 2.1.1.**), que tratam do objeto da gestão associada, as quais contêm redações semelhantes. Colaciono, abaixo, para fins ilustrativos, as redações das minutas de Convênio de Cooperação, mas os comentários e sugestões que a seguir aplicam-se também às minutas de Contrato de Gerenciamento. Seguem as redações:

2.2. As atividades inerentes ao **planejamento, à organização, à regulação e à fiscalização** dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário **permanecerão sob a titularidade a Região Metropolitana nas áreas rurais** dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS. (*destacou-se*)

[minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ]

2.2. As atividades inerentes ao **planejamento, à organização, à regulação e à fiscalização** dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário **permanecerão sob a titularidade do MUNICÍPIO nas áreas rurais.** (*destacou-se*)

[minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior]

Essa redação apresenta problemas. Primeiro, como adiantado, delegação de competências não significa (nem deve significar), transferência de titularidade das competências administrativas. Do contrário, equivaleria à renúncia de competências, vedada constitucionalmente. Ao prever que determinadas atribuições “permanecerão sob a titularidade” dos titulares dos serviços, “nas áreas rurais” essa redação sugere que, nas áreas urbanas a titularidade não permanecerá com eles.

Segundo, ao prever o rol de atividades que permanecem com os titulares nas áreas rurais, a minuta não incluiu a atividade que ela mesma denominou de “gerenciamento”. A redação atual dá a entender que o Estado seria responsável pelo gerenciamento dos serviços de saneamento básico, inclusive nas áreas rurais. Se não é essa a intenção, recomendo que se adicione no rol de atividades elencadas a de “gerenciamento”.

Terceiro, ao prever que a função de planejamento permanece com os titulares nas áreas rurais, o item 2.2. sugere que, nas áreas urbanas essa função seria do Estado. Ocorre que, pela leitura sistemática das minutas, a função de planejamento dos serviços parece permanecer com os titulares dos serviços, inclusive, nas áreas urbanas. É o que parece indicar a Cláusula Terceira das minutas de Convênio de Cooperação, que prevê como competência exclusiva do titular, cabendo ao Estado apenas a função de auxílio técnico. De todo modo, O planejamento dos serviços de saneamento básico é uma das atribuições inerentes à titularidade dos serviços, pois diz respeito à definição do desenho da política pública setorial. Isso se extrai, inclusive, da interpretação sistemática da legislação setorial (Lei nº 11.445/2007), que prevê que: (i) cabe aos titulares elaborar os planos de saneamento básico, cabendo ao Estado a função auxiliar de cooperação técnica (art. 9, I c/c parágrafo único⁵⁹ c/c art. 17, §4⁶⁰); e que (ii) os planos de saneamento básico serão aprovados por atos dos titulares (art. 19, §1^o)⁶¹.

Diante desse quadro, **sugiro que as minutas adotem as seguintes redações (com renumeração das subcláusulas seguintes):**

2.2. As atividades inerentes à **organização, ao gerenciamento, à regulação e à fiscalização** dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO **serão exercidas** pela REGIÃO METROPOLITANA **nas áreas rurais** dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS.

2.3. As atividades inerentes ao **planejamento** dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO prestados **nas áreas rurais e urbanas** dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS serão exercidas pela REGIÃO METROPOLITANA, **nos termos da Cláusula Terceira.** (*destacou-se*)

[minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ]

2.2. As atividades inerentes à **organização, ao gerenciamento, à regulação e à fiscalização** dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO **serão exercidas** pelo MUNICÍPIO **nas áreas rurais.**

2.3. As atividades inerentes ao **planejamento** dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO prestados **nas áreas rurais e urbanas serão**

⁵⁹ Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto: I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei, bem como estabelecer metas e indicadores de desempenho e mecanismos de aferição de resultados, a serem obrigatoriamente observados na execução dos serviços prestados de forma direta ou por concessão; (...) Parágrafo único. No exercício das atividades a que se refere o *caput* deste artigo, o titular poderá receber cooperação técnica do respectivo Estado e basear-se em estudos fornecidos pelos prestadores dos serviços.

⁶⁰ Art. 17 § 4º O plano regional de saneamento básico poderá ser elaborado com suporte de órgãos e entidades das administrações públicas federal, estaduais e municipais, além de prestadores de serviço.

⁶¹ Art. 19. § 1º Os planos de saneamento básico serão aprovados por atos dos titulares e poderão ser elaborados com base em estudos fornecidos pelos prestadores de cada serviço.

exercidas pelo MUNICÍPIO, nos termos da Cláusula Terceira. (*destacou-se*)

[minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior]

Sugiro, inclusive, que essa redação seja replicada às minutas de Contratos de Gerenciamento, com as devidas adaptações.

Noutro giro, no que diz respeito à função de fiscalização dos serviços, conforme adiantado, as minutas possuem previsões contraditórias, que deixam pouco claro se seria mantido com os titulares algum poder de fiscalização.

Se por um lado, as minutas de contrato de gerenciamento preveem que os titulares dos serviços possuem a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato e aplicar sanções “por intermédio da AGÊNCIA REGULADORA” (item 17.3.2.), por outro lado, preveem, como direito do titular dos serviços, integrar o Comitê de Gerenciamento, “com a finalidade de fiscalizar a execução dos serviços no sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário” (item 9.1.vii) e, como dever do titular, “monitorar a prestação dos serviços através do COMITÊ DE MONITORAMENTO” (item 9.2.xii).

Não fica claro, portanto, se aos titulares cabe fiscalizar os serviços por intermédio da AGENERSA ou por intermédio do Comitê de Monitoramento ou por ambos. Não fica clara, ainda, a abrangência das atribuições do Comitê de Monitoramento. Dentre as cláusulas de definições das minutas ele é conceituado como “órgão colegiado que tem a finalidade de acompanhar a execução dos contratos de delegação pelas concessionárias e pela CEDAE, de forma a proporcionar transparência nas informações quanto aos benefícios socioambientais” (*grifou-se*). Por esse conceito não fica claro quem integra o Comitê, nem se os titulares o integram. Também não fica claro se as atribuições do Comitê se limitam à fiscalização quanto aos aspectos ambientais dos serviços de saneamento básico ou se englobam todos os demais aspectos da prestação dos serviços, como, por exemplo, a verificação de prestação de serviço adequado.

Portanto, recomendo que **as minutas de Convênio de Cooperação e de Contratos de Gerenciamento sejam alteradas para esclarecer a abrangência das atribuições do Comitê de Monitoramento e para explicitar os poderes de fiscalização dos titulares dos serviços.** Parece-me que é inerente à titularidade dos serviços a possibilidade de os titulares fiscalizarem as atividades em paralelo à AGENERSA, até como uma forma de averiguarem se o Estado e a AGENERSA estão cumprindo, de forma satisfatória, os termos do convênio de cooperação e do contrato de gerenciamento, que legitimam e condicionam suas atribuições. **Pode ser pertinente, para fins de maior eficiência na coordenação dos múltiplos titulares, condicionar que esse acompanhamento da prestação dos serviços pelos titulares seja realizado necessariamente por intermédio do Comitê de Monitoramento.** A redação atual das minutas parece fazer isso, mas isso pode ficar mais claro.

Quanto à **prerrogativa de retomada dos serviços de saneamento**, as minutas de Convênio de Cooperação a atribui, no item 10.7.1., exclusivamente ao Estado. Colaciono abaixo, para fins ilustrativos, a redação da minuta da RMRJ, mas os comentários e recomendações que eu fizer quanto a ela também se aplicam à minuta de convênio dos municípios do interior. Segue a redação:

10.7.1. A **celebração, alteração, modificação e extinção do CONTRATO DE CONCESSÃO** e o **CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA** referidos nesse item será realizada **exclusivamente pelo ESTADO, sem a necessidade de anuência ou intervenção da REGIÃO METROPOLITANA, observadas as atribuições atinentes aos CONSELHOS DE TITULARES.** (*destacou-se*)

Recomendo que a redação do item 10.7.1. seja alterada para prever que, neste caso, o Conselho de Titulares deverá ser ouvido e deverá ter poder de veto. Faça essa recomendação não só porque a prerrogativa de decidir pela forma de prestação do serviço (se diretamente ou por delegação) parece ser inerente à titularidade dos serviços, como também porque a própria LCE nº 184/2018 prevê expressamente, como atribuição do CDRM, “autorizar a retomada da operação dos serviços” de saneamento básico (art. 11, VII, d)⁶².

Ainda que se mantenha com o ERJ a atribuição de promover a retomada, a decisão final me parece que tem que partir de deliberação conjunta dos titulares dos serviços que integrem o mesmo bloco de prestação regionalizada. Nessa linha, nota-se que a parte final do item 10.7.1. acima se remete à figura do Conselho de Titulares, embora não deixe claro o papel que ele teria na retomada dos serviços (“observadas as atribuições atinentes aos CONSELHOS DE TITULARES”). **Daí o indicado fortalecimento do Conselho de Titulares, com poder de veto em casos sensíveis.**

Pela redação atual das minutas, **não fica clara a extensão das atribuições do Conselho de Titulares.** O conceito adotado nas cláusulas de definições das minutas, prevê que se trata de órgão colegiado composto pelos titulares dos serviços que integrem o mesmo bloco de prestação regionalizada “visando a assegurar a participação consultiva dos titulares em decisões atinentes à execução do CONTRATO DE CONCESSÃO, nos termos do CONTRATO DE GERENCIAMENTO”. Ora, me parece que **para questões inerentes à titularidade dos serviços o Conselho de Titulares deveria ter algum caráter decisório – como é o caso da retomada.**

Também me parece **pertinente atribuir ao Conselho de Titulares a prerrogativa de participação no processo de apuração de bens reversíveis e de indenizações decorrentes do término dos contratos** de gerenciamento, de produção de água, de concessão e de interdependência, já que, embora, num primeiro momento, os bens revertam ao ERJ, depois o ERJ se compromete a repassá-los aos titulares (itens 11.4.1. e 11.4.2. dos Contratos de Gerenciamento). **Tal participação pode se dar com caráter consultivo de mero acompanhamento fiscalizatório.**

Ainda quanto à retomada dos serviços, notei que **as minutas de contrato de gerenciamento não contêm previsão, no rol de direitos e obrigações das partes (Cláusulas Nona e Décima), do poder para decidir sobre a retomada dos serviços.** Ou seja, não atribuí nem ao Estado, nem aos titulares. A única regra a respeito é aquela prevista no item 10.7.1. supratranscrito do Convênio de Cooperação. Recomendo a uniformização, em linha com o exposto acima.

Por fim, assim como os itens 4.2.3 c/c 4.2.4 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ estabelecem que cabe ao CDRM ratificar as versões finais de minutas de editais, contratos e anexos elaboradas pelo ERJ, recomendável que seja acrescida previsão semelhante à minuta de convênios de cooperação dos municípios do interior, conferindo a esses municípios o poder de ratificação das minutas, haja vista também serem titulares dos serviços.

4.2.5. Inclusão Superveniente de Novos Municípios nos Contratos em Curso.

Conforme orientação do Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17, com a instituição da Região Metropolitana do Rio de Janeiro pela LCE nº 184/2018, a titularidade dos serviços de saneamento básico passa a ser da RMRJ, logo os municípios metropolitanos não podem mais contratar o serviço individualmente; trata-se de incumbência da RMRJ. Contudo, o Parecer esclarece que os contratos de concessão em curso celebrados antes do advento da LCE nº 184/2018, entre municípios

⁶² Art. 11. São atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro: (...) VII - exercer sua titularidade em relação aos serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, observando os Planos Diretores e a legislação urbanística e, principalmente. A situação operacional específica dos municípios envolvidos, incluindo: (...) d) autorizar a retomada da operação dos serviços, nos casos e condições previstos em lei e nos documentos contratuais. *(destacou-se)*

metropolitanos e concessionárias privadas, por serem atos jurídicos perfeitos, estão preservados até seu termo final ou outra causa extintiva, vedada a prorrogação a qualquer título. Assim, tais municípios⁶³, enquanto perdurarem tais contratos, ficam de fora das delegações dos serviços de saneamento básico promovidas pelo ERJ em nome da RMRJ.

Conforme consignado no Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17, perante o futuro encerramento dos contratos vigentes celebrados por municípios metropolitanos com outras delegatárias que não a CEDAE, há duas alternativas igualmente válidas: (a) prever, desde logo, nas minutas de edital e demais negócios jurídicos coligados a serem celebrados no âmbito da gestão associada dos serviços a absorção desses municípios no decurso dos novos contratos metropolitanos; (b) a RMRJ licitar e conceder, posteriormente, de forma apartada, os serviços prestados nesses municípios.

Independentemente da alternativa eleita, o Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e o Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17 recomendaram que tais municípios fossem ressalvados nominalmente nas minutas de negócios jurídicos coligados a serem celebrados no âmbito da gestão associada, porque tanto a absorção futura deles às concessões, quanto a não absorção impacta no valor a ser apresentado pelos licitantes no momento das posturas.

Em atendimento às recomendações dos pareceres da PGE-RJ, as minutas de Convênios de Cooperação elencam todos os municípios metropolitanos que, inicialmente, ficarão de fora dos contratos metropolitanos e preveem que, ao término dos contratos municipais em curso, o titular dos serviços pode decidir por incluir os serviços prestados nesses municípios nos blocos de prestação regionalizada, observado o procedimento estabelecido no contrato de gerenciamento (itens 2.5., 2.5.1. e 10.8.). As minutas de convênio indicam, inclusive, em quais blocos de prestação regionalizada os serviços prestados nesses municípios seriam inseridos (item 10.9.1.). Deixam de fora da prestação integrada, apenas os serviços de esgotamento sanitário prestados no município de Maricá, que continuariam com a estatal SANEMAR (item 2.5.2.). Sobre a possibilidade de manutenção da prestação dos serviços com a SANEMAR, para evitar repetições, remeto-me aos comentários que fiz no **Tópico 3**.

No caso específico da minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior, recomendo ajuste na redação do item 10.8., pois prevê que ao término de cada concessão em curso dos municípios metropolitanos “que esteja dentro do escopo territorial do MUNICÍPIO, o município poderá decidir pela inclusão dos referidos serviços públicos no objeto dos CONTRA TOS DE CONCESSÃO”. Ora, por lógica que os serviços prestados nos municípios metropolitanos não estão “dentro do escopo territorial do município” do interior; são municípios diferentes. Alterar a redação para prever que se trata de serviços a serem inclusos “dentro do escopo territorial do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA” do qual o município do interior faz parte.

No caso das minutas de contratos de gerenciamento, a inclusão de novos municípios nos blocos de prestação regionalizada no decurso dos contratos celebrados pelo ERJ é regulada pela Cláusula Décima Quarta. Chama a atenção a previsão do item 14.1., abaixo colacionada:

14.1.0 ESTADO, juntamente com a AGÊNCIA REGULADORA, poderá incluir serviços públicos de SANEAMENTO BÁSICO no CONTRATO DE CONCESSÃO mediante manifestação favorável do MUNICÍPIO, caso o serviço público a ser incorporado seja de titularidade do MUNICÍPIO.

⁶³ Os pareceres da PGE-RJ sobre o Projeto de Desestatização trataram do caso dos municípios de Niterói, Petrópolis e Guapimirim que contrataram concessionárias privadas via licitação. Porém, as versões atuais das minutas a serem analisadas também excepcionaram do projeto outras concessões. É o caso da dos municípios de Macaé, Rio das Ostras e São João de Meriti e da Área de Planejamento nº 5 (AP-5) do Município do Rio de Janeiro, cujos serviços foram concedidos a concessionárias privadas e do Município de Maricá, cujos serviços são prestados por empresa estatal do próprio município. A esses outros casos também se aplicam os entendimentos dos precedentes da PGE-RJ sobre os municípios de Niterói, Petrópolis e Guapimirim. O caso específico de Maricá foi abordado no **Tópico III**.

Para tanto, caberá ao ESTADO notificar a CONCESSIONÁRIA atuante no BLOCO em que o serviço será incluído, no prazo mínimo de 1 (um) ano antes do advento do **termo final daquele contrato**. *(destacou-se)*

[minuta de contrato de gerenciamento dos municípios do interior]

14.1. O ESTADO, juntamente com a AGÊNCIA REGULADORA, poderá incluir serviços públicos de SANEAMENTO BÁSICO nos CONTRATOS DE CONCESSÃO mediante **prévia manifestação favorável da REGIÃO METROPOLITANA, caso o serviço público a ser incorporado seja de titularidade da REGIÃO METROPOLITANA**. Para tanto, caberá ao ESTADO notificar a CONCESSIONÁRIA atuante no BLOCO em que o serviço será incluído, no prazo mínimo de 1 (um) ano antes do advento do **termo final daquele contrato**.

14.1.1. Para atendimento da subcláusula acima, caberá ao ESTADO solicitar a **ratificação** da inclusão dos serviços **pele Conselho Deliberativo da Região Metropolitana**. *(destacou-se)*

[minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ]

Há alguns problemas nesses itens. Em primeiro lugar, nota-se uma diferença sutil entre a minuta da RMRJ e a dos municípios do interior, já que a da RMRJ prevê que a manifestação favorável tem que ser prévia e a dos municípios é silente a respeito. Assim, sugiro que na minuta dos municípios do interior se troque a expressão “manifestação favorável” por “prévia manifestação favorável” de modo a esclarecer esse ponto. É de se considerar a pertinência, para fins de coordenação dos titulares dos serviços, de atribuir a decisão de inclusão de novos municípios aos Conselhos de Titulares de cada bloco de prestação regionalizada, ao invés de ser mediante manifestação individualizada de cada titular (**v. Tópico 4.2.4**).

Ademais, considero pertinente incluir na minuta de contrato de gerenciamento dos municípios do interior previsão semelhante à do item 14.1.1. da minuta da RMRJ, de modo que todos os titulares dos serviços ratifiquem a decisão. Essa atribuição de ratificação também pode ser centralizada no Conselhos de Titulares para fins de coordenação.

Em segundo lugar, pela redação atual não fica claro se a “prévia manifestação” de que trata o item 14.1. da minuta da RMRJ e a “ratificação” de que trata o item 14.1.1. da minuta são a mesma manifestação ou se são duas manifestações em momentos distintos. Alterar redação para esclarecer isso.

Em terceiro lugar, no caso da minuta da RMRJ, é preciso alterar a redação do item 14.1. para incluir, para além do Contrato de Concessão, o “Contrato de Produção de Água”. Na mesma linha, é preciso alterar os itens 14.1. e 14.2. da minuta, que preveem que a concessionária deve ser notificada da inclusão. Incluir, nesses itens, a CEDAE (caso seja mantida a contratação direta dela). A redação da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ passa por problema semelhante. Alterar o item 10.8 para incluir O “Contrato de Produção de Água” e alterar o item 10.9 para incluir a CEDAE (caso seja mantida a contratação direta dela).

Em quarto lugar, a parte final do item 14.1. das minutas prevê a necessidade de notificação “no prazo mínimo de 1 (um) ano antes do advento do termo final daquele contrato”. A expressão “daquele contrato” é excessivamente vaga. Não fica claro de que contrato se trata. O único contrato que é mencionado anteriormente na redação é concessão na qual o novo serviço de saneamento básico será incluso. Alterar a redação para esclarecer esse ponto.

Em quinto lugar, o item 14.1. da minuta de contrato de gerenciamento dos municípios passa por problema parecido ao do já comentado item 10.8. da minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior. A expressão “caso o serviço público a ser incorporado seja de titularidade do

MUNICÍPIO”, não faz o menor sentido, considerando que os serviços a serem incluídos, no bloco de prestação regionalizada, são, na verdade, de titularidade de RMRJ ou então de outros municípios do interior. Na verdade, a redação passa pelo problema justamente de não deixar claro se está tratando de inclusão apenas de municípios metropolitanos, na ocasião do término de seus contratos, ou se abrange também a inclusão superveniente de outros municípios do interior. Alterar redação para esclarecer esse ponto. Pela redação atual do item 14.1., a intenção parece ser tratar apenas da inclusão de municípios metropolitanos. Isso fica mais claro na redação da minuta da RMRJ por se referir a serviços “de titularidade da REGIÃO METROPOLITANA”.

De todo modo, como assentado no Parecer nº 05/2020 – ASA, é possível a inclusão tanto de novos municípios metropolitanos, quanto de novos municípios do interior nos blocos de prestação regionalizada, **contanto que atendidos aos seguintes requisitos, sem exclusão de outros a serem verificados perante cada caso concreto:**

“(a) a necessidade de previsão genérica dessa possibilidade nos editais, negócios jurídicos e atos administrativos ou legislativos da concessão originária, inclusive como cláusula exorbitante impositiva unilateralmente à concessionária; (b) presença, a ser verificada no eventual caso futuro concreto, dos requisitos da inexigibilidade de licitação por parte do município entrante; (c) alteração à época dos instrumentos originários integrantes de uma cadeia complexa de atos unilaterais, negociais, planos e leis, em respeito ao princípio do paralelismo das formas; (d) apreciação e eventual implementação do equilíbrio econômico-financeiro em razão da entrada de um novo município, seja favorável ou contrariamente à concessionária; (e) diretriz geral, o respeito aos percentuais previstos pela Lei nº 8.666/93, art. 65; (f) como regra, o serviço deve ser remunerado, ou, no mínimo, deverá ser estabelecido mecanismo de compensação ou contrapartida; (g) a prestação deve ser aprovada pelo Conselho Deliberativo da RM, com base no Art. 11, § 4º da LCE nº 184/2018; e (h) a prestação do serviço não pode, em hipótese alguma, implicar prejuízo à prestação do serviço em questão a entes já integrantes do pala ativo da concessão.

Como se vê, os **requisitos de (b) a (h) só podem – e devem – ser aferidos diante dos casos concretos** de inclusão de novos municípios que venham a ocorrer no futuro”. *(destacou-se)*

Caso se cogite incluir futuramente nos blocos de prestação regionalizada, após a celebração dos contratos de concessão, novos municípios do interior, se mostra necessário atender aos requisitos supratranscritos. Se for o caso, necessário alterar a redação das minutas de convênios de cooperação e de contratos de gerenciamento, pois a redação atual parece abarcar apenas os municípios metropolitanos.

Vale observar que, no caso de inclusão de municípios metropolitanos, as minutas parecem respeitar as recomendações do Parecer nº 05/2020 – ASA, pois preveem, genericamente, a possibilidade de inclusão dos municípios, preveem a necessidade de prévia aprovação pelo CDRM e preveem a necessidade de promoção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Outros requisitos elencados no parecer só podem ser aferidos diante dos casos concretos.

Diante de todas as observações feitas sobre a redação do item 1.4. das minutas de contratos de gerenciamento, sugiro que seja adotada a seguinte redação *(inclusões propostas em destaque)*:

14.1. O ESTADO, juntamente com a AGÊNCIA REGULADORA, poderá incluir, no CONTRATO DE CONCESSÃO, serviços públicos de SANEAMENTO BÁSICO **prestados nos municípios indicados na subcláusula 10.9.1. do CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO e em outros municípios de fora do BLOCO**, mediante **prévia** manifestação favorável do MUNICÍPIO, **na forma da subcláusula 14.1.1.** Para tanto, caberá ao ESTADO notificar a CONCESSIONÁRIA atuante no BLOCO em que o serviço será incluído, no prazo mínimo de 1 (um) ano antes do advento do termo final **do contrato de concessão vigente do município em que é prestado os serviços a serem inclusos no BLOCO.**

14.1.1. Para atendimento da subcláusula **14.1.** caberá ao ESTADO solicitar a ratificação da inclusão dos serviços pelo **CONSELHO DE TITULARES, que deverá observar o procedimento de deliberado previsto no ANEXO III.**

14.1.2. **Após a ratificação nela CONSELHO DE TITULARES, de que trata a subcláusula 14.1.1.,** caberá ao ESTADO solicitar a ratificação da inclusão dos serviços pelo Conselho Deliberativo da REGIÃO METROPOLITANA.

[minuta de contrato de gerenciamento dos municípios do interior]

14.1. O ESTADO, juntamente com a AGÊNCIA REGULADORA, poderá incluir, nos CONTRATOS DE CONCESSÃO **e no CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, conforme o caso,** serviços públicos de SANEAMENTO BÁSICO **prestados nos municípios indicados na subcláusula 10.9.1. do CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO e em outros municípios de fora do BLOCO**, mediante prévia manifestação favorável da REGIÃO METROPOLITANA, **na forma da subcláusula 14.1.1.** Para tanto, caberá ao ESTADO notificar a CONCESSIONÁRIA atuante no BLOCO em que o serviço será incluído **e, quando for o caso, a CEDAE,** no prazo mínimo de 1 (um) ano antes do advento do termo final **do contrato de concessão vigente do município em que é prestado os serviços a serem inclusos no BLOCO.**

14.1.1. Para atendimento da subcláusula **14.1.,** caberá ao ESTADO solicitar a ratificação da inclusão dos serviços pelo **CONSELHO DE TITULARES, que deverá observar o procedimento de deliberado previsto no ANEXO V.**

14.1.2. **Após a ratificação pelo CONSELHO DE TITULARES, de que trata a subcláusula 14.1.1.,** caberá ao ESTADO solicitar a ratificação da inclusão dos serviços pelo Conselho Deliberativo da REGIÃO METROPOLITANA.

[minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ]

Faço mais duas observações sobre o item 4.1. A primeira observação diz respeito à remissão que propus, na nova redação do item 14.1., à subcláusula 10.9.1. do Convênio de Cooperação. Essa subcláusula traz a previsão de quais os municípios metropolitanos que serão incluídos em cada bloco de prestação regionalizada. Recomendo que seja incluída previsão semelhante na Cláusula Décima Quarta dos Contratos de Gerenciamento. Após tomada essa providência, caso se adote a redação que propus para o item 14.1., recomendo que ela seja alterada para fazer remissão à subcláusula do

próprio contrato de gerenciamento que tenha conteúdo equivalente à da 10.9.1. do Convênio de Cooperação.

E a segunda observação diz respeito ao anexo que disciplina o Conselho de Titulares. Caso se adote a redação que propus, necessário verificar se a redação desse anexo prevê algum procedimento de deliberação. Caso não preveja, seria interessante alterá-lo para prever. Também importante incluir nas atribuições do Conselho manifestação sobre a inclusão de novos serviços no bloco de prestação regionalizada.

Por fim, o item 4.3 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ e o item 4.3.1 da minuta de convênios de cooperação dos municípios do interior preveem que “*As PARTES celebrarão CONTRATO DE GERENCIAMENTO que disporá sobre as obrigações, forma de execução, compartilhamento das obrigações e responsabilidade por eventual ônus financeiro*”. Recomendável inserir previsão semelhante na Cláusula Quinta das minutas de convênio, que trata das funções de regulação e fiscalização, prevendo que o contrato gerenciamento também disciplinará sobre a delegação dessas atividades.

4.2.6. Vigência e Estabilização do Vínculo de Gestão Associada.

Uma das grandes preocupações do Projeto de Desestatização de Águas e Esgotos é estabilização dos vínculos dos instrumentos de gestão associada celebrados entre o ERJ e os titulares dos serviços. Diversas consultas foram submetidas para a PGE-RJ, que fez recomendações para incrementar a estabilidade, com destaque para aquelas do Parecer n° 09/2019 – ARCY/PG-17 e do Parecer n° 3ª/2020 – PGE/PG-17/ARCY.

No geral, as minutas adotaram as recomendações da PGE-RJ relativas à estabilização do vínculo de gestão associada. Vale destacar o atendimento às recomendações de: *(i)* celebração de contratos de programa (*i.e.* minuta de “contratos de gerenciamento”), em associação aos convênios de cooperação; *(ii)* inserção de cláusula nas minutas prevendo que os titulares dos serviços estão cientes dos termos dos negócios jurídicos celebrados pelo ERJ, na qualidade de mandatário deles (**item 10.7.** das minutas de Convênio de Cooperação e **item 17.9** das minutas de Contratos de gerenciamento); *(iii)* inserção de cláusula nas minutas prevendo que os demais negócios jurídicos coligados continuam vigentes em caso de extinção antecipada dos convênios de cooperação e dos contratos de gerenciamento (**itens 6.3. e 8.2.** das minutas de Convênios de Cooperação e **itens 13.2., 13.3., 16.2. e 16.2.1.** das minutas de Contratos de Gerenciamento); *(iv)* previsão de indenizações e multas em caso de rescisão unilateral dos contratos de gerenciamento (**itens 16.3. a 16.6.** das minutas de Contratos de Gerenciamento); *(v)* vinculação do prazo de vigência dos convênios e dos contratos de gerenciamento ao prazo dos contratos de delegação de serviços públicos (**itens 7.2. e 7.2.1.** das minutas de convênios de cooperação e o item 6.2. das minutas de contrato de gerenciamento). Para fins de estabilização do vínculo de gestão associada foi prevista, ainda, nas minutas de contratos de gerenciamento, que *(vi)* em caso de extinção antecipada do contrato, os bens vinculados à prestação regionalizada permanecerão vinculados à prestação dos serviços, sem prejuízo das eventuais indenizações cabíveis (**item 11.4.**).

Tenho algumas observações a fazer em relação a essas previsões.

Em primeiro lugar, volto-me às previsões que regulam as **indenizações e multas devidas em razão da rescisão unilateral** do contrato de gerenciamento por parte dos titulares dos serviços (itens 16.3. a 16.6).

O item 16.3. das minutas prevê que caso os titulares dos serviços rescindam unilateralmente o contrato de gerenciamento devem pagar multa no valor de 20% da outorga fixa não amortizada. A redação não é clara quanto para quem é devida a multa, se para o Estado, se para a AGENERSA, se para as concessionárias, se para os demais titulares do serviço que integrem o bloco de delegação, se para todos esses atores. Assim cabe alterar a redação para esclarecer esse ponto. Também faltou

prever qual seria a base de cálculo da multa caso a outorga fixa já tenha sido amortizada por ocasião do término do contrato.

No caso da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ há, ainda, uma contradição entre a previsão do item 16.3 e 16.4., já que no 16.3. é prevista uma multa de 20% da outorga fixa e no 16.4. é prevista uma multa de 10% da outorga fixa. Recomendo sanar a contradição. Sugiro retirar a menção da multa do item 16.4., tomando como base a redação do item 16.4. do contrato de gerenciamento dos municípios do interior.

O item 16.4. das minutas trata da indenização a ser paga pelos titulares dos serviços às delegatárias de serviços públicos. A redação é um tanto quanto confusa. Diz que a indenização deve considerar os investimentos ainda não amortizados e a outorga fixa não amortizada. Ocorre que a outorga fixa não é devida à concessionária, e sim *pela* concessionária. Assim, cabe alterar a redação para esclarecer que a outorga fixa não amortizada deve ser abatida do valor das indenizações devidas. Talvez seja pertinente se remeter aos critérios de repartição dos ônus financeiros da indenização por investimentos não amortizados previstos na Cláusula Décima Segunda.

O item 16.5. prevê que, que na hipótese em que os titulares decidirem rescindir o contrato de gerenciamento, ficarão obrigados “*a ressarcir os investimentos relativos à prestação dos serviços de água e esgotamento sanitário previamente à assunção do serviço*”. Essa redação não deixa claro: (i) se os titulares devem ressarcir investimentos realizados apenas em seus territórios ou se em todo bloco de prestação regionalizada; (ii) qual o marco temporal abrangido nas indenizações devidas: “*previamente à assunção dos serviços*” pela delegatária de serviços públicos ou pelo titular que retoma?; (iii) a quem cabe indenizar: ao Estado ou diretamente à delegatária de serviços públicos? Além disso, investimentos realizados pelo Estado e/ou realizados pela delegatária? Reformular a redação para esclarecer esses pontos.

Em segundo lugar, tenho algumas observações a fazer em relação às **cláusulas de vigência** dos convênios de cooperação e dos contratos de gerenciamento.

No caso dos **contratos de gerenciamento**, o item 6.1. das minutas dos contratos prevê que o prazo de vigência deles será de 40 anos a contar da transferência do sistema de água e esgotamento sanitário aos operadores. Ocorre que tal prazo diverge do prazo previsto para os contratos de concessão, que, segundo o item 2.1. das minutas de convênio de cooperação, é de 35 anos.

A Lei nº 11.107/2005, que regulamenta os contratos de programa, não contém previsão a respeito do prazo desses contratos, mas prevê que a eles se aplica subsidiariamente a legislação aplicável às concessões de serviços públicos (art. 13, §1º, I)⁶⁴. Caso a concessão de saneamento básico objeto das minutas de contratos de gerenciamento seja uma PPP, me parece que os contratos de gerenciamento se sujeitam aos requisitos formais da legislação que regula as PPPs. Se for o caso, por via das dúvidas, mais prudente fixar o prazo do contrato de gerenciamento também em 35 anos (art. 5, I, da Lei nº 11.079/2004)⁶⁵, a fim de evitar questionamentos.

Já no caso dos **convênios de cooperação**, o item 8.1. das minutas prevê, como hipótese de extinção do convênio, o “*término da vigência, nos termos deste CONVÊNIO*”. Ocorre que **a minuta não fixou prazo de vigência** para o convênio, o que torna a previsão sem nexo. Outras previsões que ficam sem sentido, ante a ausência de um prazo determinado de vigência, são as dos itens 7.2. e 7.2.1 das minutas que dispõem sobre prorrogação automática do convênio de forma a coincidir com os prazos dos contratos de delegação de serviços públicos.

⁶⁴ Art. 13 § 1º. O contrato de programa deverá: I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos (...). (*grifou-se*)

⁶⁵ Art. 52. As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos. incluindo eventual prorrogação; (*grifou-se*)

A doutrina tradicional entende que não há obrigatoriedade de previsão de prazo determinado de vigência para os convênios, em função do entendimento majoritário no sentido de que seriam instrumentos de natureza precária, denunciáveis a qualquer tempo pelos partícipes.⁶⁶

Contudo, pode ser interessante prever um prazo determinado para os convênios de cooperação sob análise, visto que há interesse em conferir estabilidade ao vínculo convenial, de modo a prevenir o risco de paralização dos serviços de saneamento básico.

De todo modo, recentemente a Lei nº 14.026/2020 acrescentou à lei dos consórcios públicos (Lei nº 11.107/2005) previsão no sentido de que “aplicam-se aos convênios de cooperação, *no que couber*, as disposições desta lei relativas aos consórcios públicos” (art. 1º, §4º). Ocorre que essa mesma lei prevê que o prazo de duração é cláusula essencial do protocolo de intenções do consórcio público (art. 4º, I)⁶⁷. Assim, a princípio, caso se entenda que é cabível a aplicação do art. 1º, §4º aos convênios de cooperação, seria necessária a previsão de um prazo determinado de duração para eles. Por outro lado, o Decreto nº 6.017/2007, que regulamenta a lei de consórcios públicos, admite que o protocolo de intenções tenha prazo indeterminado (art. 5º, I)⁶⁸. Diante da incerteza jurídica quanto a necessidade de prever um prazo determinado para os convênios de cooperação, **há duas alternativas**: (i) não prever um prazo e retirar previsões sobre prorrogação automática e extinção por advento do termo; (ii) prever um prazo específico e manter as previsões de prorrogação automática e de extinção por advento do termo. **Sugiro prever um prazo específico, pois além de evitar questionamentos, confere maior estabilidade ao convênio de cooperação. Esse prazo, inclusive, pode ser semelhante ao do contrato de concessão**, conforme recomendou o Visto do Parecer nº 3A/2020 – PGE/PG-17/ARCY.

Há um outro problema em se vincular a vigência dos Convênios de Cooperação e dos Contratos de Gerenciamento aos prazos dos contratos de delegação de serviços públicos: ainda que comecem com o mesmo prazo de vigência, cada contrato pode terminar em momentos distintos. Para contornar isso, recomendo a alteração da redação dos itens 7.2. e 7.2.1. das minutas de convênios de cooperação e do item 6.2. das minutas de contrato de gerenciamento, para prever que a prorrogação automática do prazo de vigência ocorrerá de modo a coincidir com o prazo de vigência do contrato mais longo.

Por fim, tenho algumas observações a fazer quanto a **reversão de bens**. O item 11.4. das minutas de contrato de gerenciamento prevê que “ao término deste CONTRATO DE GERENCIAMENTO, todos os bens vinculados à prestação regionalizada permanecerão destinados à prestação dos serviços, sem prejuízo das eventuais indenizações cabíveis”.

Porém essa redação não leva em conta a hipótese de os contratos de delegação de serviços públicos se encenarem antes do contrato de gerenciamento ou de o titular do serviço retomá-lo antes do término do contrato de gerenciamento. Nesses casos, se o titular não quiser mais participar da prestação integrada dos serviços, não faz sentido que os bens de sua propriedade continuem vinculados aos serviços. É preciso prever alguma regra diferente para esse tipo de situação.

A minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ prevê que “a reversão dos bens vinculados ocorrerá em favor dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS” (item 11.4.1.) e que cabe ao Estado “transferir a reversão dos bens vinculados à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços aos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS” (item 11.4.2.). Parece-me, porém, que tais bens deveriam reverter em favor da RMRJ que é a titular dos serviços.

⁶⁶ Cf.: RESENDE, Maria Leticia Rodrigues Guimarães Araújo. Convênio de cooperação: sinônimo de convênio administrativo? *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 8, n. 14, p. 111-130, jan./jun. 2016.

⁶⁷ Art. 4º. São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam: I – a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio (*grifou-se*)

⁶⁸ Art. 5º. O protocolo de intenções, sob pena de nulidade, deverá conter, no mínimo, cláusulas que estabeleçam: I – a denominação, as finalidades, o prazo de duração e a sede do consórcio público, admitindo-se a fixação de prazo indeterminado e a previsão de alteração da sede mediante decisão da Assembleia Geral.

Ademais a expressão “transferir a reversão dos bens vinculados” empregada no item 11.4.2. das minutas de contratos de gerenciamento não é a tecnicamente mais adequada. **Sugiro que o item 11.4.2 das minutas adote a seguinte redação:**

“11.4.2. Após promover a reversão dos bens vinculados à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO, na qualidade de gerenciador da PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, caberá ao Estado transferir os bens revertidos ao MUNICÍPIO”

[minuta de Contrato de Gerenciamento dos municípios do interior]

“11.4.2. Após promover a reversão dos bens vinculados à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços de SANEAMENTO BÁSICO, na qualidade de gerenciador da PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, caberá ao Estado transferir os bens revertidos à REGIÃO METROPOLITANA”

[minuta de Contrato de Gerenciamento da RMRJ]

4.2.7. Questões Relativas às Outorgas Fixa e Variável.

As minutas de Convênio de Cooperação e de Contrato de Gerenciamento preveem dois tipos de outorga: a **outorga fixa**⁶⁹ (paga pelas concessionárias como requisito para assumir a concessão dos serviços) e a **outorga variável**⁷⁰ (compartilhamento mensal da receita auferida pela concessionária).

Conforme se extrai do Parecer nº 09/2019 – ARCY/PG-17 e do Parecer nº 07/2019 – JVSM/PG-17, as receitas decorrentes das outorgas fixa e variável dos serviços de saneamento básico a serem concedidos pertencem aos titulares dos serviços (*i.e.* RMRJ e municípios não metropolitanos). Assim, para repassá-las para terceiros (*e.g.* ERJ, municípios metropolitanos, municípios de fora do projeto), são necessárias: *(i)* **celebração de acordo com os titulares**; e *(ii)* **motivação técnica que demonstre a existência de uma causa econômica**. A verificação de atendimento do requisito *(ii)* escapa à análise jurídica; deve ser providenciada pelo gestor público.

Quanto ao requisito *(i)*, as minutas preveem o compartilhamento de percentuais dessas receitas com o Estado do Rio de Janeiro (outorga fixa) e com os municípios metropolitanos (outorgas fixa e variável), sendo que nenhum deles é titular dos serviços.

No caso da **outorga variável**, a repartição disciplinada é somente sobre as receitas auferidas no território do próprio titular. Como um titular não está dispondo sobre receita do outro, desnecessária a concordância entre os titulares quanto aos critérios de repartição. Assim, os critérios adotados nas minutas de cada titular podem ser diferentes. Porém, a destinação de percentuais de receita da RMRJ diretamente para os municípios metropolitanos precisa de ser aprovada pelos demais entes que integram a RMRJ. Assim, **necessário que ato deliberativo do CDRM aprove os percentuais e critérios de repartição da outorga variável previstos nas minutas de convênio de cooperação**.

Já a **outorga fixa**, trata-se de um crédito indivisível (uma única outorga fixa por bloco de prestação regionalizada, para ser repartida entre vários titulares que integram o bloco). Assim, não pode um titular dispor sobre a receita de outrem; os titulares precisam deliberar sobre os critérios de repartição. Idealmente, se deliberaria mediante acordo envolvendo todos os titulares dos serviços (RMRJ e municípios do interior). Porém, isso implicaria altos custos de transação. Assim, uma

⁶⁹ A **outorga fixa** encontra-se disciplinada nos itens 4.2.7., 4.2.7.1., 10.11. e 10. 12., da minuta de convênio de cooperação da RMRJ, nos itens 4.2.6. e 4.2.7. da minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior e no item 9.1.(v) das minutas de Contratos de Gerenciamento.

⁷⁰ A **outorga variável** encontra-se disciplinada nos itens 4.2.7.2., 4.2.7.3. e 10.10. da minuta de convênio de cooperação da RMRJ, nos itens 4.2.8. da minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior e no item 9.1.(vi) das minutas de Contratos de Gerenciamento.

alternativa é todas as minutas celebradas entre cada titular e o ERJ adotarem a mesma redação quanto à repartição outorga fixa, com os mesmos critérios, os quais deveriam, então, ser replicados para as minutas de edital e de contratos de concessão. Desse modo, mesmo que um titular não acorde diretamente com o outro, sendo as previsões iguais, é como se tivesse anuído tacitamente. Não haverá conflito.

Nesse diapasão, verifiquei que as minutas de convênio de cooperação da RMRJ e dos municípios do interior adotaram os mesmos critérios e percentuais de repartição das outorgas fixa.

O item 4.2.7. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e o item 4.2.6. da minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior preveem que o ERJ tem a atribuição de distribuir a outorga fixa na seguinte proporção: **15% para os municípios integrantes do bloco de prestação regionalizada, 80% para o ERJ e 5% para o FDRM**, “*em atendimento à divisão estabelecida na Resolução do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro nº 05/2020*”.

Por mais que as minutas se remetam repartição promovida pela Resolução nº 05/2020 do CDRM, soube que tal resolução ainda não foi aprovada. Assim, quando ela vier a ser aprovada é preciso verificar se a numeração dela continuaria sendo 05/2020, do contrário necessário adaptar as minutas à nova numeração. Essa recomendação vale também para todas as demais subcláusulas que fazem menção à Resolução nº 05/2020 do CDRM.

Ademais, **faltou prever como que os 15% de outorga fixa destinadas aos municípios será repartido entre os municípios do bloco.** A redação dos itens 4.2.7. e 4.2.6. se remetem ao teor da Resolução do CDRM. Assim, **importante verificar se a referida resolução prevê essa repartição da outorga entre os municípios. Caso contrário, necessário que as próprias minutas de convênio de cooperação prevejam um critério.**

Na mesma linha, há ainda algumas **outras previsões nas minutas da RMRJ relativas às outorgas fixa e variável que, para fins de segurança jurídica, deveriam de ser aprovadas via ato deliberativo do CDRM, caso já não tenham sido ainda.** Trata-se das previsões: (i) do **item 4.2.7.1.** da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ (repartição da outorga fixa excedente); (ii) do **item 4.2.7.3.3.** da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e do **item 12.1.4.** da minuta de Contrato de gerenciamento da RMRJ (possibilidade de redução do percentual de outorga variável como medida de reequilíbrio econômico-financeiro); (iii) do **item 4.2.8** da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ (possibilidade de utilização de valores das outorgas fixa e variável e do FDRM para investir na expansão qualitativa e quantitativa dos serviços de saneamento básico); e (iv) do **itens 10.10, 10.11. e 10.12** da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ (repartição das outorgas fixa e variável na hipótese de inclusão de novos municípios metropolitanos nos blocos de prestação regionalizada).

No tocante à outorga fixa excedente, o item 4.2.7.1. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e o item 4.2.7. da minuta de Convênio de Cooperação dos Municípios do interior preveem que, caso a oferta realizada na licitação da concessão supere o valor mínimo de outorga fixa prevista, o valor excedente será repartido na proporção de 50% para o ERJ e de 50% para os municípios integrantes do bloco. Porém, **faltou prever como que esses 50% da outorga fixa excedente serão repartidos entre os municípios integrantes do bloco.** As minutas preveem que a repartição deve observar a “*proporcionalidade em relação ao número de habitantes de cada Município, com base em dados da Estimativas de População dos Municípios, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com data de referência em 1º de julho de 2018*”. Porém, trata-se de parâmetro genérico que não determina de fato como será a repartição. Também não esclarece a quem cabe decidir sobre qual será a repartição: o ERJ? Os titulares dos serviços? Quais titulares? Passa pelo mesmo problema as previsões de repartição de das outorgas fixa (itens 10.11 e 10.12) e variável (item 10.10), na hipótese de **inclusão de novos municípios metropolitanos** no decurso dos contratos de concessão. Necessário acrescentar essas previsões nas minutas, porque **os titulares dos serviços precisam de concordar com o critério de repartição desses valores. Outra opção seria prever**

que cabe aos Conselhos de Titulares deliberarem posteriormente a respeito da repartição dos 50%. O importante é que a decisão final passe pela aprovação dos titulares dos serviços.

Recomendável também que seja inserida, na minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior, previsão semelhante à dos itens 10.11 e 10.12 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ, pois, como os municípios do interior também integram o bloco de prestação regionalizada, eles precisam de concordar com os critérios de repartição da outorga fixa a ser paga em função da inclusão de novos municípios no bloco.

Recomendo, ainda, que a redação dos itens 10.11 e 10.12 seja alterada, de modo a substituir o vocábulo “municípios” por “municípios integrantes do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA” de modo a esclarecer quais os municípios contemplados na repartição da outorga fixa.

4.2.8. Questões Relativas ao Rateio de Ônus Financeiros – Cláusula Décima Segunda dos Contratos de Gerenciamento

No **Tópico 4.1**, teci observações a respeito da conformação das previsões da Cláusula Décima Segunda das minutas de Contrato de Gerenciamento em relação ao Regime de Recuperação Fiscal. Para além daquelas observações (as quais não repetirei aqui), tenho uma série de outros comentários a fazer a respeito das previsões da cláusula.

Em primeiro lugar, recomendo uma revisão geral da redação da Cláusula Décima Segunda, tendo em vista que está pouco clara. É preciso reenumerar as subcláusulas, pois há mais de uma delas numerada como 12.2 e há outras com numeração fora de ordem.

Em síntese, a cláusula prevê o rateio entre o ERJ e cada titular dos serviços dos créditos (item 12.2 – o último item da cláusula) e dos débitos (item 12.1., e o primeiro item 12.2.) decorrentes dos contratos em que o Estado figure como mandatário dos titulares dos serviços. A ideia é que o Estado cobre regressivamente dos titulares dos serviços os valores que desembolsar nos contratos de delegação de serviços públicos, quando o contrato de gerenciamento atribuir o ônus financeiro total ou parcialmente aos titulares.

Quanto aos créditos, o item 12.2. (último item da cláusula) das minutas de contrato de gerenciamento prevê que os valores recebidos, no bojo dos contratos de concessão e de produção de água, decorrentes de indenizações e multas devidas pelas delegatárias dos serviços de saneamento básico serão compartilhados entre o ERJ, o titular dos serviços e “municípios”, na mesma proporção da repartição da outorga fixa prevista nas minutas de convênio de cooperação (*i.e.* 80% para o ERJ, 15% para os municípios do bloco de prestação regionalizada e 5% para o FDRM). Sugiro que a redação desse item seja alterada para: (i) esclarecer se os valores serão pagos pelas delegatárias diretamente à RMRJ e aos municípios ou se ao ERJ a quem incumbe repassar à RMRJ e aos municípios; (ii) trocar o termo “municípios” por “municípios integrantes do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA”, de modo a esclarecer quais os municípios que farão jus ao rateio.

Além disso, noto que não há qualquer previsão quanto ao rateio dos créditos decorrentes dos demais contratos coligados aos de concessão e de produção de água. Dessa forma, sugiro que sejam incluídos na redação do item 12.2. ou então que sejam previstos em item aparte com critérios próprios.

Ainda quanto o rateio de créditos, fui informado de que a **minuta de contrato de concessão prevê o compartilhamento de parcela das receitas adicionais da concessão com o ERJ**. Porém, **não há previsão semelhante nas minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento**. Cumprido alertar que para que o rateio de eventuais créditos e débitos decorrentes da gestão associada e das concessões com o ERJ seja possível, **é preciso que a autorização e os critérios para esta repartição estejam contemplados em algum dos instrumentos de gestão**

associada, de preferência na Cláusula Décima Segunda do Contrato de Gerenciamento, que trata especificamente do rateio.

Quanto aos débitos, as minutas preveem a repartição nas hipóteses de (i) reequilíbrio econômico-financeiro em favor das delegatárias de serviços públicos (item 12.1.); (ii) indenizações em razão bens reversíveis não amortizados (item 12.2.1); e (iii) pagamento de multas às delegatárias dos serviços em razão do término antecipado dos contratos de delegação de serviços públicos (item 12.2.2.).

Não há qualquer previsão quanto a rateio de débitos decorrentes de outros contratos coligados aos de concessão e de produção de água (e.g. contratos de financiamento) celebrados pelo ERJ na qualidade de mandatário dos titulares dos serviços. Recomendo a inclusão desses contratos coligados nas previsões de rateio de débitos já existentes (itens 12.1., 12.2.1. e 12.2.2) ou, então, que seja incluído um dispositivo a parte prevendo critérios próprios de rateio para os débitos decorrentes dos demais contratos coligados.

Nas hipóteses de (i) reequilíbrio econômico-financeiro em favor das delegatárias de serviços públicos (item 12.1.) e de (iii) pagamento de multas às delegatárias pelo término antecipado dos contratos (item 12.2.2.), as minutas preveem que o ônus financeiro será: (a) do Estado, quando ele for “responsável pela ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro” (itens 12.1.1.) ou “der causa ao término antecipado” do contrato (item 12.2.2.a.); (b) do titular dos serviços, quando ele for “responsável pela ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro” (item 12.1.2.) ou “der causa ao término antecipado” do contrato (item 12.2.2.b.); ou (c) repartido na proporção de 50% para cada um quando o titular e o Estado forem corresponsáveis (item 12.1.3. e item 12.2.2.c.).

Faltou prever nessas subcláusulas, como que se dará o rateio dos ônus financeiros de reequilíbrio e multas nas hipóteses em que outros titulares dos serviços integrantes do mesmo bloco de prestação regionalizada forem os responsáveis isoladamente ou corresponsáveis pelo ônus financeiro. E.g.: titular + outro(s) titular(es) + ERJ; ou outro(s) titular(es) + ERJ; ou titular + outro(s) titular(es).

Na hipótese de débitos decorrentes de (ii) indenizações devidas às concessionárias em razão bens reversíveis não amortizados, há vários comentários a se fazer às minutas de contrato de gerenciamento. Colaciono abaixo, para fins ilustrativos as previsões da minuta da RMRJ, mas os comentários que eu fizer se aplicam também à minuta dos municípios do interior. Confira-se:

12.2. Por ocasião da extinção da CONCESSÃO, na hipótese de advir a obrigação contratual do ESTADO em indenizar o(s) OPERADOR(ES) (seja por assunção espontânea deste, seja por determinação da AGÊNCIA REGULADORA, ou por meio de decisão do árbitro ou do Poder Judiciário) por ativos e investimentos não completamente amortizados, **cabará às PARTES o ônus da indenização**.

12.2.1. **O(s) OPERADOR(ES) terá(ão) direito à indenização**, nos termos do art. 36 da Lei Federal nº 8.987/95, **que deverá cobrir**, no montante das parcelas de investimentos realizados e vinculados a bens reversíveis, que tenham sido realizadas para garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, **e dos valores de OUTORGA FIXA, não amortizados**.

12.1.1.1. Para fins de cálculo da indenização, o(s) OPERADOR(ES) deverá(ão) registrar em separado os investimentos realizados **em cada município**, bem como os valores pagos a título de OUTORGA FIXA **para cada ente**.

(...)

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

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

b) A parcela da **OUTORGA FIXA não amortizada da REGIÃO METROPOLITANA e dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS** **deverá ser ressarcida ao ESTADO**, na proporção da distribuição da OUTORGA FIXA para a REGIÃO METROPOLITANA e os MUNICÍPIOS METROPOLITANOS. (*destacou-se*)

A redação desses itens apresenta alguns problemas quanto à clareza (*trechos destacados acima*). O item 12.2. prevê que o ônus da indenização “caberá às PARTES”. Essa redação não deixa claro como que o ônus será repartido entre os titulares dos serviços e o ERJ, nem deixa claro se os titulares devem pagar diretamente às de legatárias de serviços públicos ou apenas ressarcir o ERJ posteriormente. Também não fica perfeitamente claro se os itens 12.2., 12.2.1. e 12.1.1.3. tratam do mesmo assunto (até por conta da numeração caótica e fora de ordem da minuta); parece ser o caso. Desse modo, primeiro sugiro que os itens 12.1.1.1., 12.1.1.2., 12.1.1.3., e 12.1.1.4., sejam renumerados para 12.2.1.1, 12.2.1.2, 12.2.1.3, e 12.2.1.4., respectivamente. Ato seguinte, sugiro que seja acrescido ao final do item 12.2. a expressão “na forma da subcláusula 12.2.1.3.” [atual item 12.1.1.3.].

A redação do item 12.2.1. está truncada. Não parece fazer sentido prever que a indenização devida às delegatárias de serviço público deve englobar a outorga fixa não amortizada, haja vista a outorga ser devida *pelas* delegatárias ao ERJ, à RMRJ e aos municípios do bloco, e não o contrário. Se a intenção da minuta era prever que os valores da outorga fixa não amortizada devem ser abatidos do cálculo das indenizações devidas às delegatárias, recomendo reformular a redação para prever isso claramente. Passa pelo mesmo problema o item 12.1.1.3.(b). Se a outorga fixa não amortizada pertence aos titulares dos serviços e aos municípios metropolitanos (é a parcela deles), não me parece fazer muito sentido eles ressarcirem o ERJ.

Quanto aos itens 12.1.1.1. e 12.1.1.3., recomendo trocar a expressão “cada município” por “cada município integrante do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA”, visto que as minutas não possuem definição para “município” e esse termo não deixa claro a que municípios se refere. A expressão “cada ente” também não é a mais adequada, porque a RMRJ não é um ente federado, logo não está englobada na expressão. Sugiro no trocar a expressão “cada ente”, no item 12.1.1.3., por “cada titular dos serviços”. E sugiro a seguinte redação para o item 12.1.1.1. [renumerando-o para 12.2.1.1]:

12.2.1.1. Para fins de cálculo da indenização, o(s) OPERADOR(ES) deverá(ão) registrar em separado os investimentos realizados **em cada município integrante do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA**, bem como os valores pagos a título de OUTORGA FIXA **para o ESTADO, para cada município integrante do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA e para o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, conforme critério de repartição da OUTORGA FIXA previsto no CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO.** (*alterações em destaque*)

Ainda quanto à repartição de débitos, não ficou muito claro como que os municípios metropolitanos se inserem no rateio. Há uma única previsão a respeito, no item 12.1.1.4. da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ, colacionada abaixo:

12.1.1.4. A REGIÃO METROPOLITANA terá o direito de buscar o ressarcimento dos **valores dispostos nesta cláusula**, se a extinção da CONCESSÃO ocorrer por culpa ou responsabilidade de um ou mais MUNICÍPIOS METROPOLITANOS. (*destacou-se*)

Embora a redação pareça se referir aos débitos em geral, ao empregar a expressão “nesta cláusula”, o item 12.1.1.4. vem logo em seguida à previsão a respeito do modo de repartição dos débitos decorrentes de indenizações por investimentos não amortizados das delegatárias de serviço público (item 12.1.1.3.). Assim, topograficamente, não fica claro se a intenção era prever o ressarcimento apenas dos débitos decorrentes de investimentos não amortizados ou também das multas (item 12.2.2.) e dos reequilíbrios econômico-financeiros (item 12.1.). Caso a intenção seja prever ressarcimento dos débitos em geral, sugiro transferir essa previsão para o final da Cláusula Décima Segunda. Caso contrário, sugiro alterar o item 12.1.1.4. [renumerando-o para 12.2.1.4.], de modo a trocar a expressão “nesta cláusula” por “no item 12.2.1.3” [atual item 12.1.1.3, renumerado].

A Cláusula Décima Segunda prevê também, no item 12.1.4., casos em que o reequilíbrio ocorrerá preferencialmente por meio de redução do valor da outorga variável devida aos municípios fluminenses e ao FDRM. Porém a **redação desse item está confusa, merecendo uma reformulação**. Colaciono abaixo, para fins ilustrativos a redação da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ, mas as sugestões que eu fizer se aplicam também à minuta dos municípios do interior. Confira-se:

12.1.4. Nas hipóteses dos itens abaixo. o reequilíbrio do CONTRATO DE CONCESSÃO será realizado, caso a caso, preferencialmente por meio de redução no valor da OUTORGA VARIÁVEL devida ao(s) MUNICÍPIO(S) titular(es) do(s) respectivo(s) PLANOS MUNICIPAIS DE ÁGUA E ESGOTO e/ou ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, titular do PLANO METROPOLITANO DE ÁGUA E ESGOTO que tenha(m) gerado o ônus:

(i) alteração do PLANO METROPOLITANO DE ÁGUA E ESGOTO ou dos PLANOS MUNICIPAIS DE ÁGUA E ESGOTO que gerarem ônus adicional o CONTRATO DE CONCESSÃO;

(ii) alteração normativa da REGIÃO METROPOLITANA ou dos MUNICÍPIOS que gerarem ônus adicional o CONTRATO DE CONCESSÃO;

(iii) ausência de implantação, pelo MUNICÍPIO, de pavimentação ou rede de drenagem na ÁREA DE CONCESSÃO que impeça a CONCESSIONÁRIA de realizar os investimentos para alcançar as METAS DE ATENDIMENTO ou realizar demais obrigações.

A redação atual não deixa muito claro em quais hipóteses que cabe o desconto da outorga variável de cada município ou do FORM. Assim recomendável, para fins de clareza, separar cada hipótese em subcláusulas diferentes ainda que a redação possa soar repetitiva. **Sugiro que se adote a redação abaixo:**

12.1.4. Nas hipóteses em que o desequilíbrio econômico-financeiro de que trata a subcláusula

12.1. for causado por alteração do PLANO METROPOLITANO DE ÁGUA E ESGOTO, por alteração de regulamentos editados pela REGIÃO METROPOLITANA ou por ausência de implantação, pela REGIÃO METROPOLITANA, de pavimentação ou rede de drenagem na ÁREA DE CONCESSÃO que impeça a CONCESSIONÁRIA de realizar os investimentos para alcançar as METAS DE ATENDIMENTO ou de realizar demais obrigações, o reequilíbrio econômico-financeiro será realizado preferencialmente por meio de redução no valor da OUTORGA VARIÁVEL devida ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana.

12.1.5. Nas hipóteses em que o desequilíbrio econômico-financeiro de que trata a subcláusula

12.1. for causado por alteração do PLANO MUNICIPAL DE ÁGUA E ESGOTO ou por alteração de leis e regulamentos municipais, ou por ausência de implantação, o reequilíbrio econômico-financeiro será realizado preferencialmente por meio de redução no valor da OUTORGA VARIÁVEL devida ao(s) município(s) integrante(s) do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA responsável(is) pela(s) alteração(ões).

12. 1.6. Nas hipóteses em que o desequilíbrio econômico-financeiro de que trata a subcláusula

12.1. for causado por ausência de implantação, por parte de município(s) integrante(s) do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, de pavimentação ou rede de drenagem na ÁREA DE CONCESSÃO que impeça a CONCESSIONÁRIA de realizar os investimentos para alcançar as METAS DE ATENDIMENTO ou de realizar demais obrigações, o reequilíbrio econômico-financeiro será realizado preferencialmente por meio de redução no valor da OUTORGA VARIÁVEL devida ao(s) município(s) integrante(s) do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA que deveria(m) ter implantado a pavimentação ou rede de drenagem.

Por fim, o item 16.2.2. das minutas de contrato de gerenciamento prevê o seguinte:

16.2.2. Ao término do prazo contratual da CONCESSÃO, as indenizações cabíveis serão pagas pelos entes cujos bens forem integrados ao patrimônio, mediante processo a ser conduzido pela AGÊNCIA REGULADORA.

O item não indica a quem as indenizações “serão pagas”: se ao ERJ ou se diretamente às concessionárias. Recomendo alterar a redação para esclarecer esse ponto. O item também não engloba outras hipóteses de extinção contratual que não o “término do prazo”. Recomendo alterar a redação para englobar todas os casos de extinção contratual. Também acho pertinente que a redação se remeta ao item 12.2. já que ambos tratam das indenizações em decorrência da extinção do contrato de concessão. Além disso, pertinente trocar o vocábulo “entes” visto que a RMRJ não é ente federativo, embora faça jus a reversão de bens por ser titular dos serviços. No caso da minuta da RMRJ, também se mostra necessário acrescentar o Contrato de Produção de Água à previsão. Sugiro a seguinte redação:

16.2.2. Ao término do(s) CONTRATO(S) DE CONCESSÃO e/ou do CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, as indenizações de que trata o item 12.2., serão apuradas mediante processo a ser conduzido pela AGÊNCIA REGULADORA. Após a apuração, os OPERADORES deverão ser pagos, alternativamente:

- (a) pela REGIÃO METROPOLITANA quando o bem reverter para seu patrimônio;
- (b) pelo município integrante do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA para cujo patrimônio o bem for revertido;
- (c) pelo ESTADO, quando o bem reverter para seu patrimônio.

5. Encerramento.

Ante o exposto, conclui-se que, de modo geral, as minutas são viáveis juridicamente. Todavia, é preciso fazer ajustes, conforme indicados ao longo deste parecer. Os mais importantes (dentre os quais há também recomendações, a serem avaliadas pelo gestor consoante sua conveniência e oportunidade) podem ser sumariadas abaixo:

1. Quanto à **contratação direta da CEDAE** para prestação de serviços da etapa *upstream* (“*Contrato de Produção de Água*”):

1.1. **Para se manter a contratação direta da CEDAE para prestação dos serviços *upstream*, o gestor público deve motivar a decisão, e demonstrar o enquadramento em alguma das hipóteses de contratação direta (art. 24 ou 25 da Lei nº 8.666/93). No caso da inexigibilidade (art. 25), deve ser comprovada, via estudos técnicos, a inviabilidade de competição (o que não é objeto deste parecer). Devem ser observados também os demais requisitos legais e os enunciados da PGE-RJ, em especial, os **enunciados nº 18 e 26**;**

1.2. **Caso não se verifique o preenchimento dos requisitos técnicos para contratação direta da CEDAE, as minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento objeto deste parecer precisam de ser adaptadas**, pois, da forma como redigidas as suas cláusulas, parte-se do pressuposto de que o “*Contrato de Produção de Água*” que delega a etapa *upstream* será celebrado necessariamente com a CEDAE;

1.3. Vale observar que, para essa estratégia funcionar, a privatização da CEDAE teria de ser promovida antes do advento do termo final desses contratos, enquanto a CEDAE ainda detém a outorga dos serviços. Do contrário, há um risco de a CEDAE perder, total ou parcialmente, a outorga dos serviços (ao concorrer nas futuras licitações), o que pode vir a inviabilizar economicamente a privatização, frustrando o objetivo primordial do Regime de Recuperação Fiscal (art. 2º, §1º, I, da LC nº 159/2017).

2. Quanto à manutenção dos **serviços de esgotamento sanitário do Município de Maricá** com a empresa estatal municipal SANEMAR:

2.1. Com base em interpretação sistemática que considera o art. 25, § 3º da Constituição, o julgado da ADI nº 1.842, bem como as Leis federais de nºs 13.089/2015, 11.445/2007 e 14.026/2020, além dos arts. 11, VII e 27 da Lei Complementar estadual nº 184/2018, entendo que a regra é a regionalização. Todavia, para manter a prestação de qualquer etapa dos serviços de saneamento básicos com o município de Maricá, após o prazo máximo de 4 anos (art. 27 citado), **o CDRM deve deliberar e decidir tendo em conta estudos e pareceres técnicos que subsidiem o caráter local dos serviços, e demonstrem a viabilidade técnica e econômica da prestação isolada. Este Procurador do Estado não teve acesso a essa justificativa, o que precisa ser avaliado pelo gestor e tomador da decisão.**

2.2. De toda forma, a decisão do CD deve ser **excepcional e revogável** a fim de evitar o esvaziamento da RMRJ. Além disso, caso o CDRM decida por excepcionar os serviços prestados em determinado município metropolitano da prestação regionalizada, a decisão a luz do art. 7, I, da LCE nº 184/2018 c/c alt. 7, I, da Lei nº 13.089/2015 – **deve fixar um prazo razoável para sua revisão periódica**, haja vista o caráter dinâmico do processo de urbanização e conturbação, que pode transformar, com o tempo, um serviço que, contemporaneamente, é de interesse local, em serviço de interesse comum. Assim, **caso não seja comprovada, periodicamente, a manutenção do caráter local dos serviços, a prestação deve ser reintegrada com os demais municípios metropolitanos;**

2.3. Fui informado que a relação entre o Município de Maricá e a SANEMAR foi contratualizada, havendo contrato de programa vigente que delega a prestação dos serviços de esgotamento sanitário à estatal. **Caso não seja comprovado tecnicamente o caráter local dos serviços prestados pela SANEMAR**, eles só poderão ser mantidos com a estatal municipal até o advento do termo final do contrato, vedada a prorrogação. Com o advento do termo contratual, a RMRJ pode incluir os serviços nos contratos metropolitanos em curso ou pode concedê-los de forma apartada (via de regra, mediante licitação);

2.4. Caso a intenção seja contratar a SANEMAR diretamente, a RMRJ deve motivar a decisão, e demonstrar O enquadramento em alguma das hipóteses de contratação direta. No caso da inexigibilidade (art. 25, lei 8.666/93) deve ser comprovada, via estudos técnicos, a inviabilidade de competição. Nada impede que a SANEMAR concorra nas licitações;

2.5. Caso decida-se por incluí-los na prestação regionalizada, será necessário suprimir o item 2.5.2. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e alterar a redação das minutas para prever em qual bloco seria incluído o município de Maricá. Caso o item 2.5.2 do Convênio de Cooperação da RMRJ não seja suprimido, cabe introduzir previsão semelhante na minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior.

3. Quanto à viabilidade jurídica da **minuta de Termos de Rescisão** dos contratos de programa vigentes entre CEDAE e municípios e da **assunção de dívidas dos titulares dos serviços pelo Estado**, em face do **Regime de Recuperação Fiscal (RRF)**:

3.1. Pode ser pertinente **acrescentar previsão na minuta de Termo de Rescisão** de que, embora o contrato vigente seja extinto a partir da celebração do novo contrato, a CEDAE obriga-se a manter a prestação do serviço até a efetiva transferência da execução para a nova concessionária, de forma a garantir a continuidade do serviço durante esse intervalo de tempo. **Na mesma linha, pertinente prever** a obrigação de a CEDAE transferir para a concessionária, em boas condições de uso, os bens e infraestrutura necessários à prestação do serviço;

3.2. A **minuta de Termo de Rescisão repassa ao Estado do Rio de Janeiro os ônus financeiros** de: (i) indenizar a CEDAE caso se verifique a existência de investimentos ainda não amortizados na ocasião do término do contrato, **“desonerando o MUNICÍPIO de eventual indenização”** (item 2.1); (ii) contratar serviço técnico especializado a fim de apurar as indenizações devidas (item 2.2). As minutas de Convênio de Cooperação (item 6.2.1.) e de Contrato de Gerenciamento (itens 4.3 e 13.2) contêm previsões no mesmo sentido;

3.3. Há também **outras previsões** das referidas minutas **que atribuem ônus financeiros ao ERJ** (v., e.g., minutas de Convênio de Cooperação da RMRJ: **item 4.2.8;** e dos municípios do interior: **item 4.2.9;** e **Cláusula Décima Segunda das minutas de Contratos de Gerenciamento**);

3.4. **Em contrapartida, o ERJ fará jus 11 repartição de eventuais créditos decorrentes de indenizações e multas** pagas pelas delegatárias de serviços públicos (item 12.2.). E também será contemplado com o direito de **recebimento de 80% da outorga fixa e 50% da outorga fixa excedente**;

3.5. A despeito do maior percentual a ser recebido pelo ERJ, o que justifica que ele assumira alguns riscos, **não há informações se tais créditos em potencial serão aptos a compensar os débitos assumidos.** Em todo caso, entendo pertinente avaliar **se essa assunção ampla de débitos dos municípios e da RMRJ pelo Estado do Rio de Janeiro viola o Regime de Recuperação Fiscal (RRF)**;

3.6. Por esse motivo, **recomendo que as previsões das minutas de Termo de Rescisão. De convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento** que impliquem a assunção, por parte do Estado do Rio de Janeiro, de ônus financeiros dos titulares dos serviços, **sejam submetidas à prévia análise e aprovação por parte do Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal** (art. 7º, I e VII LC nº 159/2017);

3.7. Entendo, ainda, que o Estado não deve usar de sua posição de acionista controlador da CEDAE para perdoar a dívida ou simplesmente deixar de cobrá-la. Essa postura poderia, inclusive, ser tomada como abuso do poder de controle;

3.8. No caso das indenizações devidas à CEDAE, **um caminho possível para mitigar o risco de violação ao RRF seria prever, desde logo, nas minutas de convênio de cooperação, autorização para o ERJ repassar o débito para as futuras concessionárias que assumirão a prestação dos serviços e oportunidade do gestor público,** a quem cabe decidir sobre o desenho de políticas públicas;

3.9. Uma outra alternativa para mitigar os riscos da assunção de dívidas dos municípios pelo ERJ, é inserir previsão, nas minutas de termo de rescisão e de convênio de cooperação e contrato de gerenciamento, no sentido de que, caso as indenizações devidas pela CEDAE ultrapassem um determinado limite (que pode ser o montante recebido pelo ERJ a título de outorga fixa), o ERJ teria direito de regresso em face dos municípios quanto ao montante excedente. Trata-se de alternativa sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade do gestor público e que, de todo modo, também precisaria de ser submetida ao Conselho de Supervisão do RRF, haja vista haver o risco de os municípios não pagarem o Estado;

3.10. Quanto ao **momento do pagamento das indenizações devidas à CEDAE**: opino no sentido de que a minuta de Termo de Rescisão seja alterada para condicionar expressamente a transferência dos serviços ao prévio pagamento da indenização devida à CEDAE;

3.11. Por fim, do **ponto de vista formal**, cabe observar que a **minuta de Termo de Rescisão** não indica as autoridades competentes que irão assiná-la como representantes das partes, do Estado e da AGENERSA, de modo que cabe alterá-la para incluir esse dado. Também deve ser observada a exigência de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente para se promover a rescisão amigável do contrato, conforme prevê o art. 79, §1º, da Lei nº 8.666/1993.

4. Quanto ao atendimento, pelas **minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento**, dos **requisitos formais** (v. **Tópicos 4.2.1., 4.2.2. e 4.2.3.**):

4.1. Em cumprimento ao artigo 19, §1º do Decreto Estadual nº 31.896/2002, **deve ser instaurado processo administrativo para o exame das respectivas minutas, que deve ser instruído com:** (i) a minuta de cada negócio jurídico e seus anexos; (ii) a legislação citada; (iii) a exposição de motivos; (iv) as notas explicativas; (v) as **justificativas** e (vi) demais documentos necessários à edição das minutas. No caso específico das **minutas de Convênios de Cooperação**, o art. 116, §1º da Lei nº 8.666/93 exige que o processo seja instruído com os respectivos Planos de Trabalho;

4.2. Quanto às **justificativas**, é essencial que os processos administrativos sejam instruídos com estudos e pareceres técnicos que embasem as escolhas do gestor público, em especial no que diz respeito à contratação direta da CEDAE, à exclusão dos serviços de esgotamento sanitário do município metropolitano de Maricá da prestação regionalizada, à assunção de ônus financeiros dos titulares dos serviços pelo Estado do Rio de Janeiro e ao compartilhamento de receitas de outorgas fixa e variável com terceiros (i.e. ERJ e municípios metropolitanos) que não os titulares dos serviços;

4.3. **No tocante aos requisitos formais, as minutas parecem ter atendido, no geral, às recomendações de pareceres pretéritos da PGE-RJ sobre o Projeto de Desestatização de Águas e Esgotos. Tenho apenas algumas recomendações pontuais** a fazer;

4.4. O item 5.3. das minutas de Convênios prevê que os contratos de delegação de serviços públicos devem dispor sobre as atribuições da agência reguladora. Recomendo acrescentar nesse item que os contratos de gerenciamento também devem dispor sobre o ponto;

4.5. O item 5.4. das minutas de convênios de cooperação prevê que os contratos de concessão e de produção de água devem ser elaborados em observância à diretriz de não sobreposição das atribuições do ERJ e da agência reguladora. Vale acrescentar a essa previsão os contratos de gerenciamento. No caso específico do Convênio de Cooperação da RMRJ, também vale acrescentar à previsão do item 5.4., os contratos de interdependência;

4.6. Em atendimento à recomendação do Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17, a AGENERSA consta como interveniente anuente nas minutas de convênios de cooperação e de contrato de gerenciamento. As minutas também preveem poderes para a AGENERSA figurar nos contratos de delegação de serviços públicos e no de interdependência como interveniente anuente (item 5.2.1. das minutas de Convênios de Cooperação). Recomendo que seja inserida previsão semelhante à do item 5.2.1. nas minutas de contrato de gerenciamento. E, no caso das minutas de convênio, recomendo alterar o item 5.2.1 para prever que a AGENERSA deve figurar como interveniente anuente nos contratos de gerenciamento;

4.7. Verifiquei que as minutas, no geral, parecem ter atendido aos requisitos formais previstos em lei para a sua edição, com algumas exceções pontuais;

4.8. **No caso dos contratos de gerenciamento** (espécie de contrato de programa), **recomendo, em atendimento ao inciso V, do §2º do art. 13, da Lei nº 11.107/2005, que seja inserida previsão nas minutas de contrato de gerenciamento com a relação de bens vinculados aos serviços, ou, então, que elas se remetam a um anexo que contenha esse dado. Essa relação deve indicar quem está cedendo cada bem vinculado aos serviços de saneamento básico; se está sendo cedido pelo Estado do Rio de Janeiro, pela RMRJ ou pelos municípios integrantes do bloco de prestação regionalizada. E, recomendo, em atendimento ao inciso VI, do §2º do art. 13, da Lei nº 11.107/2005, que seja inserida previsão nas minutas de contrato de gerenciamento, do “procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados”;**

4.9. **No caso dos Convênios de Cooperação**, deve ser elaborado **Plano de Trabalho**, em atendimento ao **artigo 116, §1º da Lei nº 8.666/93**. Além disso, recentemente a Lei nº 14.026/2020 inseriu, na **Lei nº 11.107/2005**, uma previsão no sentido de que “aplicam-se aos convênios de cooperação, *no que couber*, as disposições desta Lei relativas aos consórcios públicos” (**art. 1º, §4º**). Como se trata de alteração legislativa recente, ainda é incerto quais dos requisitos formais dos consórcios públicos que se aplicam aos convênios de cooperação. Porém, em primeira análise, parece-me que se aplicam, ao caso, **os requisitos formais do inciso XI do art. 4º da Lei nº 11.107/2005**, por se tratar de requisitos para a gestão associada;

4.10. Assim, por cautela, **recomendo, em atendimento à alínea “e” do inciso XI, do 3º art. 4º, da Lei nº 11.107/2005, que seja inserida, nas minutas de convênio de cooperação, previsão dos “critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão”.** E **recomendo, em atendimento à alínea “a” do inciso XI, do art. 4º, da Lei nº 11.107/2005, que seja inserida previsão de anexo às minutas de Convênio de Cooperação, contendo a área da concessão de cada um dos quatro blocos e os municípios que os integram;**

4.11. Noto, ainda, a necessidade de **mais algumas alterações pontuais** a serem feitas em atendimento aos requisitos formais do inciso IX do art. 4 da Lei nº 11.107/2005. O item 4.2.5. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ traz previsão de poderes para ERJ promover licitação para celebrar contratos de concessão dos serviços *downstream*. Mesmo que se pretenda proceder com a contratação direta da CEDAE pode ser pertinente, prever para o ERJ poderes para também licitar os serviços *upstream* (Contrato de Produção de Água);

4.12. O Item 4.2.6. do Convênio de Cooperação da RMRJ prevê poderes para ERJ celebrar os contratos de concessão e de produção de água, porém não prevê poderes para licitar e figurar nos demais contratos coligados (*e.g.* contratos de financiamento). Assim, sugiro acrescentar à minuta da RMRJ previsão semelhante à do item 4.3. da minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior. **Sugeri uma redação no corpo do parecer (p. 28 no doc original)**;

4.13. O item 4.5. da minuta de Contrato de Gerenciamento dos municípios do interior autoriza a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico do município signatário do contrato em conjunto a “outros municípios”. Recomendo a alteração da redação para acrescentar autorização para a prestação integrada dos serviços também com a RMRJ;

4.14. **Quanto à redação das minutas, recomendável a promoção de uma revisão ortográfica e gramatical geral das minutas, em especial das minutas de contratos de gerenciamento.** Anotei erros ao longo do parecer (v., em especial. pp. 29-35 no doc original);

4.15. Em segundo lugar, **notei remissões equivocadas nas minutas de convênio de cooperação.** São os seguintes casos: (i) os itens 10.8, 10.9 e 10.9.1 das minutas de convênios fazem remissões às subcláusulas 2.2. ou 2.4., quando a intenção era se remeter a subcláusula 2.5; (ii) o item 10.11 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ faz remissão à subcláusula 10.8, quando o correto seria se remeter à subcláusula 10.9; e (iii) o item 10.12 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ faz remissão à subcláusula 10.10, quando o correto seria se remeter à subcláusula 10.11. **Cumprir fazer uma revisão final das minutas para checar se não há outras remissões equivocadas e retificá-las, se for o caso;**

4.16. Em terceiro lugar, **recomendo uma revisão geral e sistemática das minutas para verificar se há uniformidade no emprego dos termos e expressões definidos nas cláusulas de definições, de forma a evitar**

vagueza e ambiguidade. Nesse sentido, notei que as minutas não possuem uniformidade ao se referirem aos *serviços de saneamento básico*. **Recomendável que haja uma uniformização dos termos empregados, optando-se pela adoção de nomenclaturas que tenham sido conceituadas na cláusula de definições.** Uma ideia é que seja criada uma definição para “serviços”;

4.17. As **minutas da RMRJ** são as que mais sofrem com esse problema, talvez porque não haja uma boa delimitação nelas dos “serviços *upstream*”. O ideal seria **criar, na cláusula de definições, conceitos apartados para “serviços *upstream*” e “serviços *downstream*” que arrolassem todas as atividades de cada etapa e usar efetivamente essas expressões nas cláusulas que demandarem uma distinção entre os serviços prestados no bojo do contrato de produção de água e os prestados no bojo dos contratos de concessão.** E apenas empregar expressões mais amplas quando for tratar de ambos os contratos indistintamente. **Recomendo uma revisão geral das minutas para uniformizar os termos empregados;**

4.18. **Nessa linha, sugiro a alteração da redação de algumas cláusulas das minutas.** Sugiro trocar, na definição de “contrato de produção de água”, a expressão “prestação de serviços de produção de água” por “prestação de SERVIÇOS UPSTREAM” e, conjuntamente, sugiro a alteração da definição de “serviços *upstream*” para que seja elencada nela o rol de atividades abrangidas na etapa *upstream*. Na mesma linha sugiro a substituição de expressões semelhantes contidas, *e.g.*, no item 10.8 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ e no item 6.1.2 da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ;

4.19. Sugiro a alteração do item 2.2. da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ, o qual prevê que as concessionárias *downstream* prestarão serviço de “abastecimento de água e esgotamento sanitário”. Essa previsão dá a entender, pelo conceito adotado na cláusula de definição para “abastecimento de água”, que as concessionárias também fariam a coleta e tratamento da água, sendo que, na verdade, essas atividades integram a etapa *upstream*. No lugar, sugiro que seja previsto que a concessionária prestará “serviços *downstream*” e que seja criado um conceito na cláusula de definições arrolando as atividades abrangidas;

4.20. Há um problema de clareza quanto às diversas referências a “*municípios*” nas minutas. Sugiro **uma revisão geral nas minutas para substituir o termo “municípios” ou por “municípios metropolitanos” ou por “municípios integrantes do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA”, conforme for o caso;**

5. Quanto à **abrangência dos poderes delegados ao ERJ e à AGENERSA (v. Tópico 4.2.4.):**

5.1. Conforme discorri no Parecer nº 09/2019 ARCY IPG-1 7, para mitigar os riscos jurídicos da delegação de competências administrativas, **o ideal é tornar alguns cuidados para manter as atribuições mais essencialmente ligadas ao poder concedente dos serviços de saneamento básico com os titulares dos serviços** [e.g. planejamento setorial. fiscalização (paralelamente

à AGENERSA), retomada dos serviços, inclusão de novos municípios nos blocos de prestação regionalizada]. Isso pode ser feito via Conselho dos Titulares. Faço algumas sugestões para incrementar a segurança jurídica dos instrumentos de gestão associada e contornar os riscos jurídicos envolvidos;

5.2. Em primeiro lugar, **não fica perfeitamente claro, nas minutas, a extensão das funções que permanecem com os titulares dos serviços. Apenas a função de planejamento setorial é atribuída de forma clara aos titulares dos serviços**, em caráter de exclusividade, conforme prevê a Cláusula Terceira dos Convênios de Cooperação. Senti falta de uma cláusula específica com conteúdo semelhante nas minutas de Contrato de Gerenciamento. Assim, sugiro que seja inserida nas minutas de contrato de gerenciamento cláusula com teor semelhante ao da Cláusula Terceira dos Convênios de Cooperação;

5.3. Essa falta de clareza quanto às atribuições dos titulares dos serviços já se evidencia logo na Cláusula Segunda das minutas de convênio de cooperação (item 2.2.) e de contrato de gerenciamento (item 2.1.1.), que tratam do objeto da gestão associada. A redação apresenta uma série de problemas que descrevi no corpo do parecer. Assim, **sugeri uma nova redação para as minutas de convênio de cooperação (p. 38). Sugiro, inclusive, que essa redação seja replicada às minutas de Contratos de Gerenciamento, com as devidas adaptações;**

5.4. As minutas dos contratos de gerenciamento contêm previsões contraditórias quanto à **função de fiscalização** que ora parecem atribuí-la, com exclusividade, à AGENERSA (item 17.3.2.), e ora parecem admitir que os titulares fiscalizem de forma concorrente, por intermédio do Comitê de Monitoramento (itens 9.1.vii e 9.2.xii). Não fica clara, ainda, a abrangência das atribuições do Comitê de Monitoramento. Também não fica claro quem integra o Comitê, nem se os titulares o integram. Ainda não há clareza sobre atribuições do Comitê;

5.5. Portanto, **recomendo que as minutas de Convênio de Cooperação e de Contratos de Gerenciamento sejam alteradas para esclarecer a abrangência das atribuições do Comitê de Monitoramento e para explicitar os poderes de fiscalização dos titulares dos serviços.** Parece-me que **é inerente à titularidade dos serviços a possibilidade de os titulares fiscalizarem as atividades em paralelo à AGENERSA**, até como uma forma de averiguarem se o Estado e a AGENERSA estão cumprindo, de forma satisfatória, os termos do convênio de cooperação e do contrato de gerenciamento, que legitimam e condicionam suas atribuições. **Pode ser pertinente**, para fins de maior eficiência na coordenação dos múltiplos titulares, **condicionar que esse acompanhamento da prestação dos serviços pelos titulares seja realizado necessariamente por intermédio do Comitê de Monitoramento.** A redação atual das minutas parece fazer isso, mas isso pode ficar mais claro;

5.6. Quanto à **prerrogativa de retomada dos serviços de saneamento**, as minutas de Convênio de Cooperação a atribui, no item 10.7.1., exclusivamente ao Estado. **Opino no sentido de que a redação do item**

10.7.1. seja alterada para prever que, neste caso, o Conselho de Titulares deverá ser ouvido e deverá ter poder de veto. Veja-se que a própria LCE nº 184/2018 prevê expressamente, como atribuição do CDRM, “autorizar a retomada das operações dos serviços” de saneamento básico (art. 11, VII, d);

5.7. Também me parece **pertinente atribuir ao Conselho de Titulares a prerrogativa de participação no processo de apuração de bens reversíveis e de indenizações decorrentes do término dos contratos** de gerenciamento, de produção de água, de concessão e de interdependência. já que, embora, num primeiro momento, os bens revertam ao ERJ, depois o ERJ se compromete a repassá-los aos titulares (itens 11.4.1 . e 11.4.2. dos Contratos de Gerenciamento);

5.8. Ainda quanto à retomada dos serviços, **as minutas de contrato de gerenciamento não contêm previsão, no rol de direitos e obrigações das partes (Cláusulas Nona e Décima), do poder para decidir sobre a retomada dos serviços.** Ou seja, não atribui nem ao Estado, nem aos titulares. A única regra a respeito é aquela prevista no item 10.7.1. supratranscrito do Convênio de Cooperação. Recomendo a uniformização;

5.9. Por fim, assim como os itens 4.2.3 c/c 4.2.4 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ estabelecem que cabe ao CDRM **ratificar as versões finais de minutas** de editais, contratos e anexos elaboradas pelo ERJ, recomendável que seja acrescida previsão semelhante à minuta de convênios de cooperação dos municípios do interior, haja vista também serem titulares dos serviços;

6. Quanto à **inclusão de novos municípios** nos contratos em curso (**v. Tópico 4.2.5.**):

6.1. As minutas de Convênio de Cooperação atendem à recomendação do Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e do Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17 ao elencarem todos os municípios metropolitanos que, inicialmente, ficarão de fora dos contratos metropolitanos (item 2.5.2.) e preveem que, ao término dos contratos municipais em curso, o titular dos serviços pode decidir por incluir os serviços prestados nesses municípios nos blocos de prestação regionalizada (itens 2.5., 2.5.1. e 10.8.) e ao indicarem em quais blocos de prestação regionalizada os serviços prestados nesses municípios seriam inseridos (item 10.9.1.);

6.2. No caso específico da minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior, recomendo ajuste na redação do item 10.8. Alterar a redação para prever que se trata de serviços a serem incluídos “dentro do escopo territorial do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA” do qual o município do interior faz parte;

6.3. Há problemas na redação dos itens 14.1. da minuta de contrato de gerenciamento dos municípios do interior e dos itens 14.1. e 14.1.1. da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ. **Rever conforme exposto acima (p. 43-47). Sugerir uma nova redação no corpo do parecer;**

6.4. Por fim, o item 4.3 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ e o item 4.3.1 da minuta de convênios de cooperação dos municípios do interior preveem que “As PARTES celebrarão CONTRATO DE GERENCIAMENTO que disporá sobre as obrigações, forma de execução, compartilhamento das obrigações e responsabilidade por eventual ônus financeiro”. Recomendável inserir previsão semelhante na Cláusula Quinta das minutas de convênio, que trata das funções de regulação e fiscalização, prevendo que o contrato gerenciamento também disciplinará sobre a delegação dessas atividades;

7. Quanto à **vigência e estabilidade do vínculo de gestão associada** (v. Tópico 4.2.6.):

7.1. No geral, as minutas adotaram as recomendações da PGE-RJ relativas à estabilização do vínculo de gestão associada, em uma série de previsões. Tenho poucas observações;

7.2. Item 16.3. das minutas prevê que caso os titulares dos serviços rescindam unilateralmente o contrato de gerenciamento devem pagar multa no valor de 20% da outorga fixa não amortizada. A redação não é clara quanto para quem é devida a multa. Sugiro ajuste para esclarecer esse ponto. Também faltou explicitar a base de cálculo da multa caso a outorga fixa já tenha sido amortizada;

7.3. No caso da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ há, ainda uma contradição entre a previsão do item 16.3 e 16.4., já que no 16.3. é prevista uma multa de 20% da outorga fixa e no 16.4. é prevista uma multa de 10% da outorga fixa. Recomendo sanar a contradição;

7.4. O item 16.4. das minutas trata da indenização a ser paga pelos titulares dos serviços às delegatárias de serviços públicos. A redação é confusa. A outorga fixa não é devida à concessionária, e sim *pela* concessionária. Assim, cabe alterar a redação para esclarecer que a outorga fixa não amortizada deve ser abatida do valor das indenizações devidas. Talvez seja pertinente se remeter aos critérios de repartição dos ônus financeiros da indenização por investimentos não amortizados previstos na Cláusula Décima Segunda;

7.5. O item 16.5. prevê que, que na hipótese em que os titulares decidirem rescindir o contrato de gerenciamento, ficarão obrigados “a ressarcir os investimentos relativos à prestação dos serviços de água e esgotamento sanitário previamente à assunção do serviço”. Essa redação não deixa claro: (i) se os titulares devem ressarcir investimentos realizados apenas em seus territórios ou se em todo bloco de prestação regionalizada; (ii) qual o marco temporal abrangido nas indenizações devidas: "previamente à assunção dos serviços" pela delegatária de serviços públicos ou pelo titular que retoma?; (iii) a quem cabe indenizar: ao Estado ou diretamente à delegatária de serviços públicos? Além disso, investimentos realizados pelo Estado e/ou realizados pela delegatária? Reformular a redação para esclarecer esses pontos;

7.6. Tenho algumas observações a fazer em relação às **cláusulas de vigência** dos convênios de cooperação e dos contratos de gerenciamento. Penso ser

mais prudente fixar o prazo do contrato de gerenciamento também em 35 anos, a fim de evitar questionamentos;

7.7. **Já no caso dos convênios de cooperação**, o item 8.1. das minutas prevê, como hipótese de extinção do convênio, o “término da vigência, nos termos deste CONVÊNIO”. Todavia, **a minuta não fixou prazo de vigência para o convênio**;

7.8. Existe incerteza jurídica quanto a necessidade de prever um prazo determinado para os convênios de cooperação. De todo modo, recomendo que seja feita previsão de **um prazo específico, pois além de evitar questionamentos, confere maior estabilidade ao convênio de cooperação**. Esse prazo, inclusive, pode ser semelhante ao do contrato de concessão, conforme recomendou o Visto do Parecer nº 3A/2020 - PGE/PG-17/ARCY;

7.9. Há um outro problema em se vincular a vigência dos Convênios de Cooperação e dos Contratos de Gerenciamento aos prazos dos contratos de delegação de serviços públicos: ainda que comecem com o mesmo prazo de vigência, cada negócio jurídico pode terminar em momentos distintos. Assim, recomendo a alteração da redação dos itens 7.2. e 7.2.1. das minutas de convênios de cooperação e do item 6.2. das minutas de contrato de gerenciamento, para prever que a prorrogação automática do prazo de vigência ocorrerá de modo a coincidir com o prazo de vigência do contrato mais longo;

7.10. Por fim, tenho algumas observações a fazer quanto a **reversão de bens**. O item 11.4. não leva em conta a hipótese de os contratos de delegação de serviços públicos se encerrarem antes do contrato de gerenciamento ou de o titular do serviço retomá-lo antes do término do contrato de gerenciamento. Nesses casos, se o titular não quiser mais participar da prestação integrada dos serviços, não faz sentido que os bens de sua propriedade continuem vinculados aos serviços. É preciso prever alguma regra para esse tipo de situação;

7.11. A minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ prevê que “a reversão dos bens vinculados ocorrerá em favor dos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS” (item 11.4.1.) e que cabe ao Estado “transferir a reversão dos bens vinculados à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços aos MUNICÍPIOS METROPOLITANOS” (item 11.4.2.). Parece-me, porém, que tais bens deveriam reverter em favor da RMRJ que é a titular dos serviços. Ademais a expressão “transferir a reversão dos bens vinculados” empregada no item 11.4.2. das minutas de contratos de gerenciamento não é a tecnicamente mais adequada. Sugeri uma nova redação no corpo do Parecer (p. 51-52);

8. Quanto às **outorgas fixa e variável (v. Tópico 4.2.7.)**:

8.1. Conforme o Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e o Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17, as receitas decorrentes das outorgas fixa e variável dos serviços de saneamento básico a serem concedidos pertencem aos titulares dos serviços (*i.e.* RMRJ e municípios não metropolitanos). Assim, para repassá-las para terceiros (*e.g.* ERJ, municípios metropolitanos, municípios

de fora do projeto), são necessárias: (i) **celebração de acordo com os titulares**; e (ii) **motivação técnica que demonstre a existência de uma causa econômica**. A verificação de atendimento do requisito (ii) escapa à análise jurídica; deve ser providenciada pelo gestor público;

8.2. Quanto ao requisito (i), as minutas preveem o compartilhamento de percentuais dessas receitas com o Estado do Rio de Janeiro (outorga fixa) e com os municípios metropolitanos (outorgas fixa e variável), sendo que nenhum deles é titular dos serviços;

8.3. Verifiquei que as minutas de convênio de cooperação da RMRJ e dos municípios do interior adotaram os mesmos critérios e percentuais de repartição das outorgas fixa e variável. **Necessário que ato deliberativo do CDRM aprove os percentuais e critérios de repartição das outorgas fixa e variável previstos nas minutas de convênio de cooperação**;

8.4. **Por mais que as minutas se remetam repartição promovida pela Resolução nº 05/2020 do CDRM, soube que tal resolução ainda não foi aprovada. Assim, quando ela vier a ser aprovada é preciso verificar se a numeração dela continuaria sendo 05/2020. Essa recomendação vale também para todas as demais subcláusulas que fazem menção à Resolução nº 05/2020 do CDRM**;

8.5. Ademais, **faltou prever como que os 15% de outorga fixa destinadas aos municípios será repartido entre os municípios do bloco**. A redação dos itens 4.2.7. e 4.2.6. se remetem ao teor da Resolução do CDRM. Assim, **importante verificar se a referida resolução prevê essa repartição da outorga entre os municípios. Caso contrário, necessário que as próprias minutas de convênio de cooperação prevejam um critério**;

8.6. Na mesma linha, há ainda **algumas outras previsões nas minutas da RMRJ** relativas às outorgas fixa e variável que, para fins de segurança jurídica, **deveriam de ser aprovadas via ato deliberativo do CDRM**, caso já não tenham sido ainda. Trata-se das previsões dos itens 4.2.7.1., 4.2.7.3.3., 4.2.8., 10.10, 10.11. e 10.12 da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e dos item 12.1.4. da minuta de contrato de gerenciamento da RMRJ;

8.7. No tocante à outorga fixa excedente, o item 4.2.7.1. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e o item 4.2.7. da minuta de Convênio de Cooperação dos Municípios do interior preveem que, caso a oferta realizada na licitação da concessão supere o valor mínimo de outorga fixa prevista, o valor excedente será repartido na proporção de 50% para o ERJ e de 50% para os municípios integrantes do bloco. Porém, **faltou prever como que esses 50% da outorga fixa excedente serão repartidos entre os municípios integrantes do bloco**. Passa pelo mesmo problema as previsões de repartição de das outorgas fixa (itens 10.11 e 10.12) e variável (item 10.10), na hipótese de **inclusão de novos municípios metropolitanos** no decurso dos contratos de concessão. Necessário acrescentar essas previsões nas minutas, porque **os titulares dos serviços precisam de concordar com o critério de repartição desses valores. Outra opção seria prever que cabe aos Conselhos de Titulares deliberarem posteriormente a respeito da repartição dos 50%**. O

importante é que a decisão final passe pela aprovação dos titulares dos serviços;

8.8. Recomendável também que seja inserida, na minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior, previsão semelhante à dos itens 10.11 e 10.12 da minuta de convênio de cooperação da RMRJ. Os municípios do interior também integram o bloco de prestação regionalizada;

8.9. Recomendo, ainda, que a redação dos itens 10.11 e 10.12 seja alterada, de modo a substituir o vocábulo “municípios” por “municípios integrantes do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA” de modo a esclarecer quais os municípios contemplados na repartição da outorga fixa;

9. Quanto à Cláusula Décima Segunda dos Contratos de Gerenciamento – **rateio de ônus financeiros (v. Tópico 4.2.7.):**

9.1. Recomendo uma revisão geral da redação da Cláusula Décima Segunda, tendo em vista que está pouco clara. É preciso renumerar as subcláusulas, pois há mais de uma delas numerada como 12.2 e há outras com numeração fora de ordem;

9.2. Quanto aos créditos, o item 12.2. (último item da cláusula) das minutas de contrato de gerenciamento prevê que os valores recebidos, no bojo dos contratos de concessão e de produção de água, decorrentes de indenizações e multas devidas pelas delegatárias dos serviços de saneamento básico serão compartilhados entre o ERJ, o titular dos serviços e “municípios”, na mesma proporção da repartição da outorga fixa prevista nas minutas de convênio de cooperação. Sugiro que a redação desse item seja alterada para: (i) esclarecer se os valores serão pagos pelas delegatárias diretamente à RMRJ e aos municípios ou se ao ERJ a quem incumbe repassar à RMRJ e aos municípios; (ii) trocar o termo “municípios” por “municípios integrantes do BLOCO de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA”, de modo a esclarecer quais os municípios que farão jus ao rateio;

9.3. Além disso, não há previsão quanto ao rateio dos créditos decorrentes dos demais contratos coligados aos de concessão e de produção de água. Sugiro considerar na redação do item 12.2.11 então que isso seja previsto em outro item;

9.4. Ainda quanto o rateio de créditos, fui informado de que **a minuta de contrato de concessão prevê o compartilhamento de parcela das receitas adicionais da concessão com o ERJ. Porém, não há previsão semelhante nas minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento.** Sugiro acrescentar previsão nas minutas;

9.5. Não há previsão quanto a rateio de débitos decorrentes de outros contratos coligados aos de concessão e de produção de água (e.g. contratos de financiamento) celebrados pelo ERJ na qualidade de mandatário dos titulares dos serviços. Recomendo a inclusão desses contratos coligados nas previsões de rateio de débitos já existentes (itens 12.1., 12.2.1. e 12.2.2);

9.6. Faltou prever nos itens 12.1. e 12.2.2., como que se dará o rateio dos ônus financeiros de reequilíbrio e multas nas hipóteses em que outros titulares dos serviços integrantes do mesmo bloco de prestação regionalizada forem os responsáveis isoladamente ou corresponsáveis pelo ônus financeiro. E.g.: titular + outro(s) titular(es) + ERJ; ou outro(s) titular(es) + ERJ; ou titular + outro(s) titular(es);

9.7. Na hipótese de débitos decorrentes de indenizações devidas às concessionárias em razão bens reversíveis não amortizados (item 12.2.1.), há vários comentários a se fazer às minutas de contrato de gerenciamento. **A redação dos itens 12.2., 12.2.1., 12.1.1.1. e 12.1.1.3. merece revisão. Remeto-me aos comentários que fiz no corpo do parecer (p. 57-59);**

9.8. Embora a redação pareça se referir aos débitos em geral, ao empregar a expressão “nesta cláusula”, o item 12.1.1.4. vem logo em seguida à previsão a respeito do modo de repartição dos débitos decorrentes de indenizações por investimentos não amortizados das delegatárias de serviço público (item 12.1.1.3.). Assim, topograficamente, não fica claro se a intenção era prever o ressarcimento apenas dos débitos decorrentes de investimentos não amortizados ou também das multas (item 12.2.2.) e dos reequilíbrios econômico-financeiros (item 12.1.). Caso a intenção seja prever ressarcimento dos débitos em geral, sugiro transferir essa previsão para o final da Cláusula Décima Segunda. Caso contrário, sugiro alterar o item 12.1.1.4. [renumerando-o para 12.2.1.4.], de modo a trocar a expressão “nesta cláusula” por “no item 12.2.1.3” [atual item 12.1.1.3, renumerado];

9.9. A Cláusula Décima Segunda prevê também, no item 12.1.4., casos em que o reequilíbrio ocorrerá preferencialmente por meio de redução do valor da outorga variável devida aos municípios fluminenses e ao FDRM. A redação atual não deixa muito claro em quais hipóteses que cabe o desconto da outorga variável de cada município ou do FDRM. **Sugeri uma nova redação no corpo do Parecer (p. 60);**

9.10. Aponto uma série de problemas na redação do item 16.2.2. das minutas de contrato de gerenciamento. **Sugeri uma nova redação no corpo do Parecer (p. 61).**

É o parecer.

Rio de Janeiro, 9 de outubro de 2020.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO
Procurador do Estado

VISTO

Processo Administrativo nº SEI-140001/058793/2020

Visto. Aprovo o Parecer nº 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY (SEI 8865204), da lavra do Procurador do Estado **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO**, que examinou as minutas dos **instrumentos de gestão associada** elaboradas no âmbito do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, concebido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Especificamente foram submetidas à análise as seguintes minutas: **(i)** Convênio de Cooperação entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8724022); **(ii)** Convênios de Cooperação entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8723875); **(iii)** Contrato de Gerenciamento entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8724367); **(iv)** Contratos de Gerenciamento entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8724582); **(v)** Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes entre CEDAE e municípios (SEI 8724786).

Importante referir que foram encaminhados à Procuradoria Geral do Estado apenas as minutas acima mencionadas, **devendo ser instaurado processo administrativo** com as notas explicativas do BNDES, as justificativas técnicas e econômicas, bem como os demais documentos necessários à edição dos referidos ajustes.

Quanto às **justificativas**, é essencial que os processos administrativos sejam **instruídos com estudos e pareceres técnicos que embasem as escolhas do gestor público**, em especial no que diz respeito aos seguintes aspectos: **(i)** contratação direta da CEDAE; **(ii)** exclusão dos serviços de esgotamento sanitário do município metropolitano de Maricá da prestação regionalizada; **(iii)** assunção de ônus financeiros dos titulares dos serviços pelo Estado do Rio de Janeiro; **(iv)** compartilhamento de receitas de outorgas fixa e variável com terceiros (i.e. ERJ e municípios metropolitanos) que não os titulares dos serviços.

Tais justificativas podem ser elaboradas pelo BNDES, mas devem ser validadas pelos órgãos competentes do Estado do Rio de Janeiro, **porquanto o exame da Procuradoria Geral do Estado se circunscreve aos aspectos jurídicos**, não adentrando na seara decisória própria ao mérito administrativo.

Passa-se a destacar os principais aspectos abordados no **excelente parecer** que ora se aprova, **reproduzindo** no presente Visto as suas colocações e seu próprio texto de forma mais resumida, em razão do **exíguo prazo** decorrente do cronograma apresentado pelo BNDES.

O modelo de desestatização encontra-se estruturado em duas etapas: **(i)** a etapa **upstream (serviços de coleta e tratamento de água)** e, subsequentemente, **(ii)** a etapa **downstream (serviços de distribuição de água tratada ao usuário final e de coleta e tratamento de esgotos e disposição final de efluentes)**.

Com a CEDAE, permaneceria apenas a etapa upstream, com a etapa *downstream* sendo delegada para concessionárias privadas. A CEDAE prestaria, no âmbito da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ), os serviços *upstream* às concessionárias *downstream*, mediante cobrança de tarifa. O projeto prevê que essa relação seria regulada via **contrato de interdependência a ser celebrado entre a CEDAE e as concessionárias**, figurando a agência reguladora setorial como interveniente anuente.

Conforme consignado no **Parecer nº 1-A/2020 ARCY/PG-17**, ficam preservados, por serem **atos jurídicos perfeitos**, os contratos em curso de Municípios Metropolitanos com outras concessionárias que não a CEDAE até os respectivos termos finais, vedada a prorrogação. Porém,

com o término da vigência desses contratos municipais, os serviços passam, como regra, a ser concedidos segundo o formato decidido pela RMRJ.

A modelagem proposta para os municípios não metropolitanos (*i.e.* do interior) apresenta-se com feição distinta: todas as etapas (*upstream* e *downstream*) seriam delegadas a concessionárias privadas. Em termos objetivos: **a CEDAE continuaria prestando a etapa *upstream*, apenas para a Região Metropolitana do Rio de Janeiro.**

O projeto concebeu, ainda, **uma divisão da área da concessão em 4 blocos de Municípios**, mesclando, em um mesmo bloco, Municípios metropolitanos e não metropolitanos. Cada bloco seria concedido a uma concessionária privada diferente. **A ideia é promover um subsídio cruzado, combinando num mesmo bloco, Municípios mais lucrativos com outros menos.**

O projeto propõe, ainda, **a delegação de diversas funções administrativas ao Estado do Rio de Janeiro.** Assim, cada titular do serviço celebraria com o Estado, um **Convênio de Cooperação**, delegando à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA) as funções de fiscalização e regulação dos serviços e ao ERJ as funções de organização e promoção da licitação dos serviços e de gerenciamento dos contratos de delegação (contratos de concessão e de programa), mais outros coligados.

Deste modo, o Estado do Rio de Janeiro, **além de licitar os serviços, figuraria como signatário dos contratos, no lugar dos titulares dos serviços, na qualidade de mandatário, assumindo para si direitos e obrigações que seriam deles.** Com os titulares remanesceriam as funções de planejamento setorial, de fiscalização (paralelamente à AGENERSA) e de retomada dos serviços.

O parecerista enfrentou, de modo percuciente, **questões bastante relevantes e complexas.** Cabe destacar ao menos **quatro** pela sua extrema importância.

A **primeira** delas refere-se à proibição da delegação de serviços via contrato de programa. O novo marco regulatório do saneamento básico foi categórico ao proibir a delegação dos serviços via contrato de programa, tendo inserido as vedações tanto na Lei de diretrizes do saneamento básico (art. 10, da Lei nº 11.445/2007), quanto na Lei de consórcios públicos (art. 13, § 8º, da Lei nº 11.107/2005), a qual regula os contratos de programa. Sequer foi prevista regra de transição; foram preservados apenas os contratos de programa vigentes até o advento dos respectivos termos finais (art. 17 da Lei nº 14.026/2020).

Como destacado pelo parecerista, o **novo marco legal pretendeu tornar obrigatória a licitação da delegação dos serviços de saneamento básico.** O veto presidencial ao art. 16, caput e parágrafo único, do PL n 4.162/2019 que deu origem à Lei nº 14.026/2020 reforça o argumento. O dispositivo em questão pretendia permitir, até 31 de março de 2022, a renovação de contratos de programa por mais 30 anos. Uma das razões para o veto foi o entendimento de que tal previsão “*além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados.*”.

Portanto, a partir da entrada em vigor da Lei nº 14.026/2020, em 16 de julho de 2020, novas delegações da prestação dos serviços, inclusive da etapa **upstream**, como regra, **terão de ser realizadas via contrato de concessão de serviço público, na forma do art. 175 da Constituição Federal.**

A questão é relevante em razão das minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento partirem do pressuposto de que o “**contrato de produção de água**” que delega a etapa *upstream* será celebrado necessariamente com a CEDAE.

Não obstante não seja esse o objeto do parecer (que demanda exame específico em outro contexto), cogitou o parecerista, **em tese**, a possibilidade da contratação da CEDAE ser viabilizada

via inexigibilidade de licitação (o que demandaria robusta fundamentação técnica e econômica), ou mesmo a contratação direta com fundamento no **§ 2 do art. 10-A da Lei nº 11.445/07, acrescido pela Lei nº 14.026/20¹**, que parece, em exame bastante preliminar, prever uma autorização legal para a continuidade de serviços e uma situação de dispensa de licitação. O tema, contudo, merece aprofundamento.

Destaca-se, novamente, que essa questão é essencial, porquanto pode implicar em profundo impacto na modelagem concebida, a merecer aprofundamento pelo BNDES e exame em outro parecer no âmbito da Procuradoria Geral do Estado.

A **segunda** questão jurídica relevante abordada pelo parecerista refere-se ao item 2.5.2. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ. Tal cláusula prevê que o serviço de esgotamento sanitário do Município Metropolitano de Maricá continuará a ser prestado pela empresa estatal municipal SANEMAR, de acordo com decisão autorizativa do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (CDRM).

Como bem alerta o parecerista, conforme a ADI nº 1.842/RJ, a partir da instituição da RMRJ pela LCE nº 184/2018, o Município de Maricá não é mais o titular dos serviços de saneamento básico de **interesse comum**, e, por conseguinte, a SANEMAR não detém mais a outorga *ex lege* desses serviços.

O artigo 27 da LCE nº 184/2018 até permite que o CDRM autorize que os serviços de saneamento básico de **interesse comum** continuem sendo prestados diretamente pelo Município, por intermédio da SANEMAR. Porém, esse dispositivo estabelece um **prazo máximo de 04 anos** a contar da entrada em vigor da LCE². Terminado esse prazo legal, não seria mais possível manter os serviços de **interesse comum** com o Município de Maricá (prestação direta).

Considera o parecerista, com fundamento em interpretação sistemática a partir do art. 25, § 3º da Constituição, o julgado da ADI nº 1.842, bem como as Leis federais nº 13.089/2015, 11.445/2007 e 14.026/2020, além dos arts. 11, VII e 27 da Lei Complementar estadual nº 184/2018, que a regra é a **regionalização**.

Todavia, sugere o parecerista que para manter a prestação de qualquer etapa dos serviços de saneamento básicos com o Município de Maricá, após o prazo máximo de 4 anos (art. 27 citado), o CDRM deve deliberar e decidir tendo em conta **estudos e pareceres técnicos que subsidiem o caráter local dos serviços, e demonstrem a viabilidade técnica e econômica da prestação isolada**. Não teve a Procuradoria Geral do Estado acesso a qualquer justificativa neste sentido.

Alerta o parecerista que a **decisão** do CD deve ser **excepcional e revogável** a fim de evitar o esvaziamento da RMRJ. Além disso, caso o CDRM decida por excepcionar os serviços prestados em determinado Município metropolitano da prestação regionalizada, a decisão – a luz do art. 7, I, da LCE nº 184/2018 c/c art. 7, I, da Lei nº 13.089/2015 **deve fixar um prazo razoável para sua revisão periódica**, haja vista o caráter dinâmico do processo de urbanização e conurbação, que pode transformar, com o tempo, um serviço que, contemporaneamente, é de interesse local, em serviço de interesse comum. Assim, **caso não seja comprovada, periodicamente, a manutenção do caráter local dos serviços, a prestação deve ser reintegrada com os demais municípios metropolitanos**.

¹ Art. 10-A. § 2º As outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida, permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos e a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água.

² Art. 27 A assunção das atribuições do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana em relação a saneamento poderá ser parcialmente postergada, por decisão do próprio Conselho, pelo prazo máximo de 04 (quatro) anos, a contar da data de entrada em vigor desta Lei, com o objetivo de garantir a continuidade e a qualidade dos serviços, observados o direito adquirido, o ato administrativo perfeito e a coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta a possibilidade de imediata assunção dos serviços, quando determinada pela ausência de soluções consensuais ou por manifesta necessidade e interesse público (*grifou-se*).

Alude-se que a relação entre o Município de Maricá pode ter sido contratualizada, havendo contrato de programa vigente que delega a prestação dos serviços de esgotamento sanitário à estatal. Caso não seja comprovado tecnicamente o **caráter local** dos serviços prestados pela SANEMAR, eles só poderão ser mantidos com a estatal municipal até o advento do termo final do contrato, vedada a prorrogação. Com o advento do termo contratual, a RMRJ pode incluir os serviços nos contratos metropolitanos em curso ou pode concedê-los de forma apartada (via de regra, mediante licitação).

Pondera o parecerista que, caso a intenção seja contratar a SANEMAR diretamente, a RMRJ deve motivar a decisão, e demonstrar o enquadramento em alguma das hipóteses de contratação direta. No caso da inexigibilidade (art. 25, lei 8.666/93) deve ser comprovada, via estudos técnicos, a inviabilidade de competição. Nada impede que a SANEMAR concorra nas licitações. Caso decida-se por incluí-los na prestação regionalizada, será necessário suprimir o item 2.5.2. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e alterar a redação das minutas para prever em qual bloco seria incluído o Município de Maricá. Caso o item 2.5.2 do Convênio de Cooperação da RMRJ não seja suprimido, cabe introduzir previsão semelhante na minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior.

A **terceira** questão refere-se às minutas de Termos de Rescisão dos contratos de programas vigentes entre a Cedae e Municípios. As minutas dos Termos de Rescisão dos contratos de programa vigentes formalizam a extinção dos contratos de programa pelos quais cada Município fluminense delega à CEDAE a prestação dos serviços de saneamento básico (Cláusula Primeira). Para tal, a eficácia do distrato é condicionada à celebração de novo contrato de concessão pelo Estado do Rio de Janeiro, no âmbito da prestação regionalizada do serviço de saneamento básico, sob organização e gerenciamento do Estado.

A minuta de Termo de Rescisão também repassa ao Estado do Rio de Janeiro os ônus financeiros de: (i) indenizar a CEDAE caso se verifique a existência de investimentos ainda não amortizados na ocasião do término do contrato, “*desonerando o MUNICÍPIO de eventual indenização*” (item 2.1); e de (ii) contratar “serviços técnicos especializados que tenham por objeto a realização da identificação de eventuais direitos indenizatórios e a quantificação dos respectivos valores relativos aos referidos contratos de programa, sendo descontados as multas, indenizações e outros valores devidos pela CEDAE” (item 2.2). Vale observar que o item 6.2.1 das minutas de Convênios de Cooperação e os itens 4.3 e 13.2 das minutas de Contratos de Gerenciamento contêm previsões semelhantes.

Destaca o parecerista que há também **outras previsões** das referidas minutas que **atribuem ônus financeiros ao ERJ**, no âmbito da gestão associada dos serviços de saneamento básico, que, em princípio, não seriam dele, visto que o Estado não é titular dos serviços. É o caso da previsão das minutas de Convênio de Cooperação da RMRJ (item 4.2.8) e dos Municípios do interior (item 4.2.9) no sentido de que “*a expansão quantitativa e qualitativa dos serviços*” pode ser realizada via “investimentos oriundos do orçamento estadual”.

O mesmo ocorre com uma série de previsões da **cláusula décima segunda** das minutas de Contratos de Gerenciamento, que trata do rateio de ônus financeiros e indenizações decorrentes dos contratos coligados assinados pelo ERJ enquanto mandatário dos titulares dos serviços. Segundo as previsões dessa cláusula, o ERJ assumiria para si, total ou parcialmente, **débitos decorrentes de**: (i) reequilíbrio econômico-financeiro em favor das delegatárias de serviços públicos (item 12.1.); (ii) indenizações em razão bens reversíveis não amortizados (item 12.2.1), e (iii) pagamento de multas às delegatárias dos serviços em razão do término antecipado dos contratos de delegação de serviços públicos (item 12.2.2.).

Em contrapartida, o ERJ também faria jus à repartição de eventuais créditos decorrentes de indenizações e multas pagas pelas de legatárias de serviços públicos (item 12.2.). E também seria contemplado com o direito de **recebimento de 80% da outorga fixa e 50% da outorga fixa**

excedente (itens 10.11., 10.12., 4.2.7. e 4.2.7.1) da minuta de convênio de cooperação da RMRJ e **itens 4.2.6. e 4.2.7.** da minuta de convênio de cooperação dos municípios do interior.

A despeito do maior percentual a ser recebido pelo ERJ, o que justifica que ele assumira alguns riscos, **não há informações se tais créditos em potencial serão aptos a compensar os débitos assumidos.**

Tal aspecto é essencial. **Assume fundamental importância a realização de estudo técnico que demonstre – sob o ponto de vista econômico – o equilíbrio entre a assunção ampla de débitos dos Municípios com eventuais créditos de indenizações multas.**

Em todo caso, fundamental o alerta do parecerista para avaliar **se essa assunção ampla de débitos dos municípios e da RMRJ pelo Estado do Rio de Janeiro viola o Regime de Recuperação Fiscal (RRF).** Aduz que, se por um lado essa assunção de dívida pode aumentar de forma substancial o endividamento do ERJ, na contramão do objetivo primordial do RRF, por outro lado, ela se daria com o propósito de viabilizar uma das exigências do RRF que é a desestatização da CEDAE (art. 2º, §1º, I, da LC nº 159/2017).

Por esse motivo, acolho a recomendação do parecerista no sentido de que **as previsões das minutas de Termo de Rescisão, de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento que impliquem a assunção, por parte do Estado do Rio de Janeiro, de ônus financeiros dos titulares dos serviços, sejam submetidas à prévia análise e aprovação por parte do Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal,** por ser o órgão ao qual compete “monitorar o cumprimento do Plano de Recuperação”, com vistas a “recomendar ao Estado a suspensão cautelar de execução de contrato ou de obrigação do Estado quando estiverem em desconformidade com o Plano de Recuperação” e a apontar o risco de descumprimento dele (art. 7º, I e VII LC nº 159/2017).

Na mesma linha do que foi aduzido no Parecer nº 06/2020 JVSM/PG-17 (**ainda pendente de visto da PG-02**), a decisão de assumir dívida pertencente a outro ente federativo deve restar justificada de modo consistente, **com a efetiva demonstração de que o Estado possui condições de pagar a CEDAE.** Como bem afirmaram os pareceristas, o Estado não deve usar de sua posição de acionista controlador da CEDAE para perdoar a dívida ou simplesmente deixar de cobrá-la. Essa postura poderia, inclusive, ser tomada como abuso do poder de controle.

O parecerista sugere **duas alternativas:** (i) um caminho possível para contornar o risco de violação ao RRF seria prever, desde logo, nas minutas de convênio de cooperação, autorização para o ERJ repassar o débito para as futuras concessionárias que assumirão a prestação dos serviços. Inclusive, essa alternativa já foi validada pelo Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17, contanto que conste previsão no edital e no contrato de concessão; (ii) previsão, nas minutas de termo de rescisão e de convênio de cooperação e contrato de gerenciamento, no sentido de que, caso as indenizações devidas pela CEDAE ultrapassem um determinado limite (que pode ser o montante recebido pelo ERJ a título de outorga fixa), o ERJ teria direito de regresso em face dos municípios quanto ao montante excedente. Trata-se de alternativa sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade do gestor público e que, de todo modo, também precisaria de ser submetida ao Conselho de Supervisão do RRF, haja vista haver o risco de os municípios não pagarem o Estado.

No mais, com fundamento nas razões jurídicas apresentadas no opinamento, acolhe-se a posição de que a minuta de Termo de Rescisão seja alterada para condicionar expressamente a transferência dos serviços ao **prévio pagamento da indenização devida à CEDAE.**

A **quarta** e última questão, dentre as diversas abordadas no parecer, refere-se à **delimitação da extensão de atribuições delegadas, pelos titulares dos serviços (RMRJ e municípios do interior), ao Estado e à AGENERSA.** Conforme já havia abordado o parecerista no Parecer nº 09/2019 ARCY IPG-17, a delegação de competências, via instrumentos de gestão associada, na forma do art. 241, da Constituição Federal, é possível, contanto que não seja tão abrangente a ponto de caracterizar uma renúncia velada (ou delegação “em branco”).

Sugere-se, assim, **o acolhimento de todas as recomendações** formuladas pelo parecerista no opinamento, com vistas a manter as atribuições mais essencialmente ligadas ao Poder Concedente dos serviços de saneamento básico com os titulares dos serviços.

No mais, **acolho integralmente todas as recomendações formuladas pelo parecerista**, bem sintetizadas no item V (Encerramento) do parecer, devendo ser promovidas todas as alterações e adequações propostas nas minutas encaminhadas.

Por derradeiro, em razão da repercussão dos temas aqui tratados, sugiro seja dada ciência do presente parecer e das diversas recomendações nele constantes **à Casa Civil**, **à Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico e Emprego e Relações Internacionais**, ao **BNDES**, ao **Instituto Rio Metrópole** e principalmente, ao **Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal**.

À PG-02, em prosseguimento.

Rio De Janeiro, 14 de outubro de 2020.

FLAVIO AMARAL GARCIA

Procurador-Chefe Da Procuradoria Administrativa

VISTO DOS PARECERES

Visto. Aprovo o Parecer nº 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY (SEI 8865204), da lavra do Procurador do Estado **ANDRÉ RODRIGUES CYRINO**, placitado pelo Visto do Procurador Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17) **FLAVIO AMARAL GARCIA**.

O parecerista examinou as minutas dos **instrumentos de gestão associada** elaboradas no âmbito do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, concebido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Foram submetidas à análise da Procuradoria Geral do Estado as seguintes minutas: **(i)** Convênio de Cooperação entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8724022); **(ii)** Convênios de Cooperação entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8723875); **(iii)** Contrato de Gerenciamento entre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8724367); **(iv)** Contratos de Gerenciamento entre os Municípios do interior e o Estado do Rio de Janeiro (SEI 8724582); **(v)** Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes entre CEDAE e municípios (SEI 8724786).

Importante referir que foram encaminhados à Procuradoria Geral do Estado apenas as minutas acima mencionadas, **devendo ser instaurado processo administrativo** com as notas explicativas do BNDES, as justificativas técnicas e econômicas, bem como os demais documentos necessários à edição dos referidos ajustes.

Quanto às **justificativas**, é essencial que os processos administrativos sejam **instruídos com estudos e pareceres técnicos que embasem as escolhas do gestor público**, em especial no que diz respeito aos seguintes aspectos: **(i)** contratação direta da CEDAE; **(ii)** exclusão dos serviços de esgotamento sanitário do município metropolitano de Maricá da prestação regionalizada; **(iii)** assunção de ônus financeiros dos titulares dos serviços pelo Estado do Rio de Janeiro; **(iv)** compartilhamento de receitas de outorgas fixa e variável com terceiros (*i.e.* ERJ e municípios metropolitanos) que não os titulares dos serviços.

Como destacado no Visto, tais justificativas devem ser validadas pelos órgãos competentes do Estado do Rio de Janeiro, **porquanto o exame da Procuradoria Geral do Estado se circunscreve aos aspectos jurídicos**, não adentrando na seara decisória própria ao mérito administrativo.

No mais, o parecerista examinou questões essenciais que apresentam importantes repercussões na modelagem apresentada, **com especial destaque para a assunção de ônus financeiro pelo Estado do Rio de Janeiro que carecem de maiores detalhamentos técnicos e econômicos**.

A despeito do Estado do Rio de Janeiro receber a maior parcela do valor da outorga, **não há informações concretas e objetivas se tais créditos em potencial serão altos a compensar os débitos assumidos**. Não se tem, ao menos no momento presente, estimativas confiáveis da ordem de grandeza dos débitos a serem suportados pelo Estado do Rio de Janeiro.

Daí a imperiosa realização de **estudo técnico e econômico** que demonstre a equação e a relação entre os débitos dos Municípios a serem assumidos pelo Estado do Rio de Janeiro com eventuais créditos a serem percebidos. Trata-se de **informação imprescindível** para eventual assunção de tais ônus financeiros pelo Estado do Rio de Janeiro, sem o que estar-se-ia violando preceitos elementares de **prudência fiscal**.

Em qualquer situação, todavia, faz-se imprescindível a oitava prévia do **Conselho de Supervisão do Regime de Remuneração Fiscal**, por ser o órgão competente para monitorar O Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal.

No mais, acolho integralmente todas as recomendações formuladas pelo parecerista, **sumarizadas no item V (Encerramento) do parecer**, devendo ser promovidas todas as alterações e adequações propostas nas minutas encaminhadas.

Cabe, por derradeiro, destacar que foi remetido na data de ontem (14.10.20) **o processo administrativo SEI nº 120207/000707/2020**, com a consulta formulada pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico e Emprego e Relações Internacionais para fins da elaboração do parecer a que se refere o parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93.

É de supor que o parecer que ora se aprova poderá repercutir em outros aspectos essenciais da modelagem, bem como nas outras minutas encaminhadas (em especial de edital e do contrato de concessão), justificando, inclusive, a tomada de decisão dos gestores públicos competentes.

Sugere-se, portanto, que eventuais ajustes ou adequações sejam imediatamente comunicados à Procuradoria Geral do Estado, a fim de que se tenha a certeza de que os pareceres que estão sendo elaborados no contexto do **processo administrativo SEI nº 120207/000707/2020** reflitam a realidade e o real estágio do processo.

Como bem sugerido no Visto da Chefia da PG-17, indispensável que **seja dada ciência do presente parecer e respectivos Vistos** aos seguintes órgãos e entidades: **(i)** Secretaria da Casa Civil; **(ii)** Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico e Emprego e Relações Internacionais; **(iii)** BNDES (que poderá ser cientificado por intermédio da Procuradora do Estado Nathalie Carvalho Giordano Macedo, integrante do Grupo de Trabalho criado pela Resolução PGE nº 4616, de 29.09.20); **(iv)** Instituto Rio Metrópole; **(v)** Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal.

Ao apoio da PG-02, para providenciar o encaminhamento acima solicitado.

Rio de Janeiro, 15 de outubro de 2020.

RAFAEL ROLIM DE MINTO
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO