

Processo SEI nº 120207/000707/2020

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

1. HIPÓTESE

Cuida-se de processo administrativo tramitado por meio do Sistema Eletrônico de Informações “SEI!” tratando do Projeto de Universalização do Saneamento Básico no Estado do Rio de Janeiro. De início, parece pertinente trazer breves considerações acerca do contexto em que este projeto de alta complexidade se insere.

O cenário de crise financeira por que perpassa o Estado do Rio de Janeiro nos últimos anos fez com que o governo recorresse à União para aderir ao Regime de Recuperação Fiscal (RRF), instituído pela Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017 (LC 159), a qual prevê a apresentação pelo Estado interessado, ao Ministério da Fazenda, de um Plano de Recuperação Fiscal. O sobredito Plano exigia, dentre outras medidas legislativas, autorização para a desestatização de empresas dos setores financeiros, de energia, saneamento, dentre outros, de modo que os recursos obtidos com a privatização fossem utilizados para quitar passivos do Governo estadual.

Especificamente no caso do Plano de RRF -RJ, as ações representativas do capital social da Companhia Estadual de Águas e esgotos do Rio de Janeiro – CEDAE detidas pela Estado foram dadas em garantia à operação de crédito, no valor de R\$ 2,9 bilhões (dois bilhões e novecentos milhões de reais), celebrada entre o Banco BNP – Paribas Brasil S.A. e o Estado do Rio de Janeiro, por meio do Contrato de Mútuo nº 1.412/2017, publicado em 15 de dezembro de 2017. O fundamento para referida operação foi calcado na Lei estadual nº 7.529/2017 que autorizou a alienação pelo Poder Executivo, da totalidade das ações representativas do capital social da CEDAE, bem como a contratação da operação de crédito, enquanto não efetivada a alienação. Desta feita, o contexto de crise fiscal compeliu o Estado a aderir ao Plano de Recuperação Fiscal, cuja linha do tempo aqui detalhada aponta para a desestatização da CEDAE.

Em 19 de agosto de 2016, o Estado do Rio de Janeiro solicitou que o Banco Nacional do Desenvolvimento Social – BNDES diligenciasse a inclusão do projeto da desestatização da CEDAE no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, do governo federal. No entanto, o Estado somente celebrou o Acordo de Cooperação Técnica com o BNDES em 12 de junho de 2017.

Após a celebração do sobredito Acordo de Cooperação Técnica, o BNDES promoveu o certame licitatório nº 49/2017, que resultou na celebração do contrato nº 17.2.0389.1, em 16 de novembro de 2017, para regular a estruturação, pelo BNDES, do projeto de desestatização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário atualmente operados pela CEDAE.

Na sequência, o Banco, em 02 de fevereiro de 2018, celebrou Contrato de Prestação de Serviços OCS Nº 004/2018, referente à contratação de serviços técnicos especializados para a estruturação de projetos, visando à desestatização da companhia, tendo se sagrado vencedor do certame o consórcio

formado pelas empresas Banco Fator, Concremat Engenharia e Vernalha Guimarães e Pereira Advogados – doravante intitulado Consórcio FATOR/CONCREMAT/VGP – SANEAMENTO RIO DE JANEIRO (ora chamado de “Consórcio BNDES”).

Desta feita, o projeto resultante da comunhão de esforços conta com a experiência do BNDES, que coordenou os estudos necessários à nova modelagem contratual voltada para o atendimento da universalização do saneamento básico em nosso Estado. As pesquisas de viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços de saneamento aglutinaram os municípios em 4 (quatro) grandes blocos, seguindo a diretriz legal da prestação regionalizada, aplicada em regime de subsídio cruzado, com intuito de garantir os investimentos necessários e o cumprimento de metas, alcançando os municípios em que há déficit considerável na prestação dos serviços em função da insuficiência de recursos aportados nas últimas décadas.

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

O presente processo SEI nº120207/000707/2020 tem o propósito de analisar a viabilidade do Projeto de Universalização do Saneamento Básico no Estado do Rio de Janeiro, a partir do exame do conjunto de instrumentos jurídicos, no bojo do ao projeto de universalização do saneamento básico do Estado do Rio de Janeiro.

Tem-se, por último, a minuta do *Contrato de Produção de Água* (DOC SEI nº 9165411), o qual tem como contratantes o Estado do Rio de Janeiro, representando a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro – RMRJ e os seus respectivos Municípios, e a CEDAE, com a interveniência da AGENERSA.

Por orientação do Subprocurador Geral do Estado, Dr. RAFAEL ROLIM DE MINTO, Presidente do Grupo de Trabalho instituído pela resolução PGE nº 4610 de 29 de setembro de 2020, com a finalidade de promover suporte jurídico e acompanhamento do projeto de desestatização dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário, foi atribuída aos signatários do presente a análise jurídica da referida minuta de contrato de produção de água.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Antes de apresentarmos, de forma minudenciada e dividida em subtópicos, os aspectos jurídicos relevantes atinentes especificamente ao Contrato de Produção de Água (9165411), que tem como intuito a exploração do sistema *upstream* da Região Metropolitana mediante a prestação dos serviços de captação de água bruta, adução de água bruta e tratamento de água, e execução dos investimentos, cumpre trazermos algumas noções introdutórias a respeito do regime jurídico da produção de água atualmente vigente e as mudanças trazidas com o advento do novo marco legal de saneamento, a Lei nº 14.026/2020.

De forma breve, com a finalidade de facilitar a compreensão do tema, cumpre-nos apresentar a estruturação deste parecer, que se inicia com o exame das (i) noções introdutórias sobre o regime jurídico de produção de água, seguido da análise do (ii) instrumento jurídico proposto na modelagem apresentada pelo Consórcio BNDES, e seus desdobramentos, a saber: a) Da Possibilidade de Contratação Direta da CEDAE via dispensa de licitação; b) Dos Requisitos para a Contratação da CEDAE com dispensa de licitação; c) Razão da escolha da CEDAE como delegatária do serviço de produção de água; d) Da “Justificativa do preço” na contratação direta da CEDAE como delegatária do serviço de produção de água; e) Da Natureza Jurídica do contrato de prestação do serviço público

de produção de água; f) Da viabilidade da celebração do contrato de produção de água de longo prazo com a CEDAE; g) Da concepção geral do contrato de produção de água.

Por fim, tem-se tópico destinado ao (iii) cotejo entre as minutas de Contrato de Concessão e de Produção de Água, assim como a análise jurídica desta, seguida das (iv) conclusões gerais e comentários específicos sobre cláusulas da minuta do instrumento em questão.

2.1. Noções introdutórias sobre o regime jurídico da produção de água

A presente seção tem por objetivo apresentar as questões trazidas pela necessidade de interpretação do art. 10-A, §2º, da Lei no 11.445, modificada pela Lei no 14.026, elemento normativo central para a compreensão das opções jurídicas postas à disposição do gestor e que fundamentam, em última instância, a possibilidade de celebração de contrato de produção de água com a CEDAE, sociedade de economia mista controlada pelo Estado, sem que se imponha prévia licitação.

A análise jurídica das diversas minutas integrantes do Projeto de Concessões Regionalizadas de Abastecimento de Água e Captação e Tratamento de Esgoto na Região Metropolitana e em 27 (vinte e sete) Municípios não-metropolitanos, objeto da contratação pelo Estado do Rio de Janeiro de consultoria do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, implica a interpretação - além da Lei Nacional de Saneamento Básico¹ - de um microsistema de leis federais e estaduais², estatuidoras de diretrizes ou disciplinadoras da prestação do serviço e, antes, no reconhecimento de um interesse comum e um direito correlato à prestação efetiva e universal do serviço, neste caso originário dos direitos sociais à saúde e ao meio ambiente, inscritos no art. 6º e 225, da Constituição Federal e ainda na concretização do princípio setorial da “função social da cidade”, do art. 182, caput, também da Constituição Federal.

A instrumentalidade da licitação e do respectivo contrato administrativo de concessão de serviço público, instituída originariamente nos arts. 37, XXI, e 175, da Constituição Federal, deve atender, em última análise, à realização do direito comum ao saneamento e à urgência de sua oferta universal. A contextualização jurídica a ser formalizada nos termos do art. 5º, da Lei 8987/95,³ pelo Estado do Rio de Janeiro requer se utilize a categoria, para trazer sentido jurídico à ideia de “universalização”, cujo conteúdo exhibe, além das demais, uma acepção específica para o regime jurídico do serviço público de saneamento, porquanto resulte de um direito assegurado desde a Constituição Federal.

A circunstância de cuidar-se, na origem, de um direito de natureza fundamental⁴, revela a preocupação do Constituinte de 1988 na superação do modelo excludente e discriminatório de implantação do saneamento básico, o qual reproduziu e inspirou a expansão seletiva e preconceituosa da implantação dos serviços públicos em nosso país, em especial nas cidades mais tocadas pelos fenômenos conjuntos da urbanização e da industrialização.⁵

A partir das concessões outorgadas em meados do século XIX⁶, sem deixar de considerar as especificidades dos municípios do antigo Estado do Rio de Janeiro⁷, até a criação da CEDAG, antecessora da CEDAE, no antigo Estado da Guanabara, no início da década de 1960, pode ser

¹ Lei 11445/07, com alterações posteriores, com destaque para a Lei 14.026/20

² Ver: a Lei nº 9433/97 - Lei Nacional de Recursos Hídricos; Lei nº 10.257/01 - Estatuto da Cidade; Lei 13.089/15 - Estatuto da Metrópole; e a Lei Complementar Estadual 184/18.

³ Art. 5º, da Lei 8987/95 - “O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo”

⁴ A teoria constitucional e a jurisprudência do STF atribuem aos direitos sociais o mesmo status dos chamados direitos fundamentais, confira:

⁵ Decisões sobre “Estado de Coisas Inconstitucional” e aplicação do art. 3º, III, CF: MC 347 e a ADPF 186

⁶ concessionária Rio de Janeiro City Improvements, em 1853. Ver in ABREU, Maurício. *Evolução Urbana do Rio de Janeiro*. IPP. 2012

⁷ A Companhia de Saneamento do Estado do Rio de Janeiro - SANERJ.

constatada a ineficiência na implantação da prestação dos serviços e, em decorrência, uma expansão mais lenta do que todos os outros serviços públicos⁸, inclusive se comparada à eletrificação, cuja oferta era incipiente no início do século XX.

A urbanização do antigo Distrito Federal, portanto, é um elemento histórico, geográfico, sociológico e econômico que auxilia a explicação jurídica⁹ na contemporaneidade, ao revelar o itinerário percorrido pela prestação do serviço público de saneamento básico, no contexto da urbanização brasileira, com a explosão demográfica e a proliferação de favelas e loteamentos irregulares e clandestinos, fenômeno consequente ao fim da escravidão, ao êxodo rural e ao mencionado modelo gerador de desigualdade.

O surgimento da região metropolitana do Rio de Janeiro deu-se em circunstâncias comuns ao processo de urbanização nas grandes cidades brasileiras, mas possuía uma característica singular, que deve ser observada como um elemento de destaque na história jurídica dos serviços públicos: o fato de implantar-se originariamente em unidades distintas da Federação, O Distrito Federal e seu sucessor que seria o Estado da Guanabara¹⁰; de outro lado, o Estado do Rio de Janeiro.

Isto, antes de cogitar-se de um status jurídico-institucional especial para as regiões metropolitanas, o que se deu apenas em 1973¹¹ e, após, através da fusão dos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara, em 1975. Nesta oportunidade, já se consolidara a relação econômica entre o Rio de Janeiro e as cidades limítrofes - Nova Iguaçu, Caxias, São João de Meriti, Itaguaí – e a centralidade da capital da República, modificando a vocação agrícola dessa região e influenciando um aumento populacional notável, inversamente proporcional à oferta de serviços públicos.

O mencionado déficit na prestação de serviços públicos e a seletividade geográfica¹² que inspiraram dito “modelo”, se não enfrentado, poderá representar em um futuro próximo infração ao disposto no art. 3º, III, da Constituição Federal, no quadro de decisões incisivas do Supremo Tribunal Federal, em especial aquelas decorrentes do julgamento da ADPF 186 e da MC 347, inclusive quando se referem ao dever de promover a igualdade sob pena de reconhecer-se, na visão mais radical da questão jurídica derivada da inexistência ou precariedade dos serviços de saneamento, a ocorrência do fato omissivo definido pelo direito constitucional contemporâneo como “Estado de Coisas Inconstitucional”.

A história do direito comum de toda a população à prestação do serviço público de saneamento demonstra que a ocupação desenfreada do solo urbano ocorreu em uma velocidade jamais acompanhada pela execução de políticas públicas correlatas, com insuficiência de investimentos e a inexistência de regulação ou de participação popular. A partir da década de 1970, o chamado PLANASA - Plano Nacional de Saneamento (Lei 6528/78), estruturou o setor e introduziu o modelo de “sociedades de economia mista concessionárias”, ratificando a atuação da CEDAE, por exemplo.

O planejamento e a organização dos serviços públicos de saneamento foram revistos a partir da Lei 11.445/07, dada a recorrente constatação que envolvia o não atingimento das metas de universalização do abastecimento de água e, notadamente, do tratamento de esgoto sanitário. Registre-se que a Lei Nacional de Saneamento Básico foi editada já em contemplação à nova experiência de exercício delegado de serviço público, que desde a década de 1990 ensejara um perfil jurídico inovador que estimulava investimentos e implantava novos mecanismos de controle social das concessões e permissões, destacadamente as agências reguladoras.

⁸ Nesse sentido, ABREU, Maurício in op.cit. p. 152

⁹ Precisamente: “Muito se tem escrito sobre a importância da história do direito na formação dos juristas. Que ela serve para a interpretação do direito actual...que desenvolve a sensibilidade jurídica, que alarga os horizontes culturais dos juristas” in *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia, Mem Martins, Europa-América*, p. 15

¹⁰ O Estado da Guanabara tinha a concepção jurídica de cidade-estado

¹¹ Sobre a implantação das regiões metropolitanas no Brasil: Lei Complementar nº 14/73, alterada pela Lei Complementar nº 20/74, que instituiu a região metropolitana do Rio de Janeiro

¹² Hoje a categoria “racismo ambiental” é utilizada para explicar o que se denominou “seletividade geográfica”.

Surgiu a Lei de Saneamento igualmente no ensejo de leis relevantes que operam no mesmo sistema, caso do Estatuto da Cidade, da Lei Nacional de Recursos Hídricos e do Estatuto da Metrópole. A estas normas federais se associa a Lei Complementar n  184/18, do Estado do Rio de Janeiro, instituidora da região metropolitana do Rio de Janeiro.   um feixe de regramentos relevante para a interpreta o da licita o e da futura concessão, pela sua natureza sist mica, no contexto das áreas urbanas objeto da presta o do serviço.

Tais pressupostos elencados adaptam-se ao modelo objeto deste Parecer Conjunto para descrever em minúcia os requisitos explicitados no dito art. 10-A,  2 , da LNSB, a partir da referência imprecisa a “empresas estaduais” - consideradas assim sociedades de economia mista ou empresas públicas constituídas para prestar o serviço público de saneamento – detentoras das outorgas suscetíveis de transferência ou preserva o da respectiva titularidade.

Na consulta sob enfoque, em seu aspecto geral, ocorrem duas modalidades legais de gestão das outorgas de recursos hídricos, isto  , haverá no modelo de reestrutura o e delega o dos serviços prestados pela CEDAE a segrega o e transferência das outorgas referentes   capta o de água nos municípios não-metropolitanos e a preserva o na sociedade de economia mista dos direitos alusivos às outorgas de capta o de recursos hídricos pertinentes aos municípios da região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse ensejo, do exercício da alternativa entre segregar ou dar continuidade,   que se cont m a pedra de toque dos procedimentos futuros em matéria de desestatiza o. Logo, há uma dependência absoluta da defini o precisa dos municípios não-metropolitanos, em que haverá segrega o e, portanto, a demonstra o indubidosa dos sítios de capta o de  gua.

Por outro lado, na região metropolitana, impõe-se a verifica o e valida o dos estudos que d o suporte técnico para a exigida manifesta o que indique o comprometimento da presta o do serviço em caso de descontinuidade, fato que   a motiva o originária da contrata o, a ensejar a contrata o direta de longa dura o da CEDAE para a produ o de  gua. Todas as conclusões aqui referidas se identificam nos fundamentos do Parecer n 05/2020 – ARCY, desta PG-17, acerca da eventual contrata o direta da CEDAE.

Deve-se registrar, como já foi aventado, que a discrimina o de modelos de titularidade das outorgas de recursos hídricos deverá constar do ato inaugural previsto no art. 5 , da Lei 8.987/95, com a referida motiva o suficiente, lastreada em estudo técnico comprobatório da existência de abalo provável   continuidade do serviço e   consequente vantajosidade da celebra o do contrato de “produ o de água” de “longa dura o”.

2.2. O instrumento jurídico proposto na modelagem apresentada pelo Consórcio FATOR/CONCREMAT/VGP – SANEAMENTO RIO DE JANEIRO (contratado pelo BNDES)

Apresentado o arcabouço histórico e teórico que sustenta a possibilidade da celebra o do contrato de produ o de água, com contrata o da CEDAE, sem que se imponha a necessidade de licita o prévia (cuja minuta encontra-se no processo administrativo sob o  ndice SEI (9165411), cabe rememorar os entendimentos jurídicos pretéritos sobre seu cont u o.

Sobre a contrata o do serviço público de produ o de água pela CEDAE, já houve pronunciamento desta Procuradoria no **Parecer n  07-2019-ASA**, do Procurador do Estado ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, cujo cont u o será detalhado   frente, tendo em vista que se trata de análise no bojo da legisla o vigente antes do novo marco legal do saneamento (Lei n  14.026/2020).

Registre-se, ainda, que já no **Parecer 05/2020-ARCY**, o Procurador do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO tratou do tema desta contrata o em face das altera es promovidas pela Lei

nº 14.026/2020, mas não chegou a avaliar a hipótese específica do §2º, do artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007.

Consideramos imprescindível, pois, a avaliação da questão à luz do mencionado dispositivo, pois é exatamente o mesmo que fundamenta a continuidade da prestação pela CEDAE do serviço público de produção de água, como veremos a seguir.

O §2º, do artigo 10-A, da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, dispõe que:

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

Esse dispositivo deve ser lido em cotejo com o art. 4º da Lei nº 11.445/2007, também acrescido pela Lei nº 14.026/2020, o qual assim dispõe:

“Art. 4º Os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico.

Parágrafo único. A utilização de recursos hídricos na prestação de serviços públicos de saneamento básico, inclusive para disposição ou diluição de esgotos e outros resíduos líquidos, é sujeita a outorga de direito de uso, nos termos da Lei no 9.433, de 8 de janeiro de 1997, de seus regulamentos e das legislações estaduais”.

Prosseguindo com o raciocínio apresentado na seção anterior, a fim de elucidarmos alguns pontos concernentes às disposições do §2º, do artigo 10-A, faz-se, no presente momento, o exame analítico do referido dispositivo, que pode ser dividido em três partes, cada uma delas veiculando um comando normativo. São elas:

(i) “As outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida.”

No trecho em comento, o comando normativo autoriza que as outorgas de recursos hídricos detidas pelas empresas estaduais de saneamento sejam “segregadas ou transferidas” da operação a ser concedida. Veja-se que o objetivo do comando legal, à luz do que foi exposto na seção anterior, parece ser garantir flexibilidade para a modelagem de desestatização do serviço de saneamento, permitindo que tais outorgas não sejam necessariamente concedidas juntamente com o serviço objeto de desestatização.

No caso do Estado do Rio de Janeiro, a modelagem proposta pelo Consórcio/BNDES não prevê a concessão do serviço de produção de água na Região Metropolitana, tampouco a transferência da outorga de recursos hídricos para as concessionárias privadas.

Como o serviço de produção de água na Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro - RMRJ será mantido com a CEDAE, segundo a modelagem proposta, não ocorre a “segregação” ou “transferência” de outorga, mas sim a sua manutenção com a CEDAE, o que denominamos aqui de *continuidade* – opção que não é vedada pelo comando legal, dado o seu conteúdo meramente autorizativo.

(ii) “permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos”

Já neste trecho, o comando normativo autoriza que o serviço público de produção de água continue a ser prestado pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos.

No caso do Estado do Rio de Janeiro, a empresa detentora da outorga de recursos hídricos é a CEDAE, que fica, portanto, autorizada a continuar prestando o referido serviço, como previsto na modelagem do Consórcio BNDES.

Tratando-se de norma autorizativa, o BNDES poderia ter elaborado modelagem de concessão do serviço de produção de água às concessionárias privadas. Entretanto, na modelagem apresentada, ora em análise, optou por propor a manutenção do referido serviço com a CEDAE, empresa estatal detentora da outorga de recursos hídricos¹³.

(iii) [permitida] “a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtor de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água.”

Neste último trecho, o comando normativo autoriza a celebração de contrato de longo prazo entre a empresa produtora de água e a empresa distribuidora de água para o usuário final, tendo por objeto a compra e venda de água.

Na modelagem apresentada para o Estado do Rio de Janeiro, o Consórcio/BNDES propõem que a CEDAE (empresa estatal produtora de água na Região Metropolitana) celebre esse contrato com as 4 (quatro) concessionárias privadas prestadoras do serviço de distribuição de água aos usuários finais, sendo certo que instrumento que consolida essa relação jurídica é o Contrato de Interdependência, objeto de apreciação em parecer jurídico próprio.

Parece-nos, assim, que a modelagem proposta pelo BNDES se encontra dentro de hipóteses admitidas, explícita ou implicitamente, pelos três comandos normativos.

Registre-se que o BNDES apresentou uma Nota Técnica datada em 23.10.2020, produzida pelo escritório Vernalha Guimarães & Pereira Advogados, participante do Consórcio BNDES contratado pelo Banco para a modelagem do projeto de concessão do serviço de saneamento no Estado do Rio de Janeiro (9792296).

A referida Nota Técnica contém justificativas jurídicas para diversos aspectos da modelagem do projeto, inclusive sobre o contato de produção de água, no item 3.3 (páginas 14 a 21), nas quais constam fundamentos jurídicos para a viabilidade da contratação direta do serviço de produção de água com a CEDAE. Tais argumentos – que deixamos de reproduzir aqui para evitar o alongamento demasiado do parecer – reforçam o entendimento ora adotado, no sentido da viabilidade jurídica da contratação direta com a CEDAE por dispensa de licitação, com base no §2º, do artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020.

Entendemos, porém, que em complemento à referida Nota Técnica, deve ser esclarecido que as hipóteses de dispensa de licitação criadas pelo legislador, como a contratação para a produção de água com a CEDAE, não são uma imposição à Administração Pública, mas uma possibilidade, condicionada ao atendimento dos requisitos do artigo 26 da Lei nº 8.666/93, que deve incluir robusta justificativa que alicerce a opção adotada.

Tais requisitos são, pois, de natureza operacional e financeira, não podendo ser avaliados nem atendidos pelos consultores jurídicos, mas **a necessidade de observância do artigo 26 da Lei nº 8.666/93 deve ser informada ao Administrador Público.** No subtópico a seguir, trataremos detidamente da possibilidade de contratação direta da CEDAE para consecução do objeto do presente contrato de produção de água ora em exame.

¹³ relação jurídica entre os titulares do serviço de produção de água (Municípios e RMRJ), o Estado (concedente da outorga para a captação de água) e a CEDAE, é objeto, portanto, da minuta d Contrato de Produção de Água ora em exame.

2.2.1. Possibilidade de contratação direta da CEDAE via dispensa de licitação

Dentre as várias alterações empreendidas pelo novo marco legal do saneamento básico, uma das mais relevantes foi a possibilidade de segregação do serviço de saneamento em duas fases ou operações distintas, são elas: operação de *upstream*, relativa à captação, adução e tratamento de água; e operação de *downstream*, concernente à distribuição da água aos consumidores finais, bem como à captação e tratamento de esgoto e efluentes.

Essa segregação importa na possibilidade de o Poder Concedente – que, no caso tratado aqui, não é o Estado do Rio de Janeiro, mas a RMRJ e os respectivos Municípios – firmar contrato de concessão, não apenas para a *downstream*, como também para a *upstream*.

Como se verá dos próximos parágrafos, a contratação do serviço *upstream*, desde que atendidas determinadas condições, poderá se dar *diretamente*, sem a necessidade de prévia licitação pública, na forma do art. 10-A, § 2º da Lei nº 11445/2007.

Além desse dispositivo legal veiculado pela LNSB, com as alterações promovidas pela Lei nº 14026/2020, parece sustentável, igualmente, a possibilidade de contratação direta da CEDAE pela RMRJ com base no art. 24, inc. VIII da Lei nº 8666/1993, conforme se verá adiante.

Antes de abordar especificamente a possibilidade de estipulação de hipótese de dispensa de licitação, serão feitos alguns comentários a respeito do (i) regime de prestação indireta de serviços públicos por meio de concessões e permissões e (ii) da natureza instrumental da licitação pública.

(i) Modelo de prestação de serviços públicos por meio de concessão ou permissão

O modelo jurídico de prestação de serviços públicos no Brasil é o preconizado no art. 175 da Constituição¹⁴: isto é, a prestação de serviços públicos se dará diretamente, pela própria Administração Pública, ou indiretamente, por meio da delegação da atividade a entes personalizados, públicos ou privados, estes últimos selecionados mediante licitação¹⁵.

A regra é que a prestação indireta de serviços públicos se dê mediante concessão ou permissão precedida de licitação pública. Mas o caso a se notar é que, num primeiro exame, a redação do dispositivo leva à ideia da *inafastabilidade da licitação*. O “*sempre através*” do caput, do art. 175 apontaria justamente nesse sentido: no caso da prestação de serviços públicos por meio de concessão ou permissão a licitação prévia seria de rigor.

Mas o comando precisa ser harmonizado com a regra geral da licitação prevista no art. 37, inc. XXI da mesma Constituição que estipula que obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante prévia licitação, “*ressalvados os casos especificados na legislação*”. O que se pode perceber é que o legislador constituinte estipulou a licitação como regra geral das compras, aquisições e contratações públicas em geral, inclusive no que diz respeito à delegação de serviços públicos em favor de particulares, mas, ao mesmo tempo, deu margem para a positivação de hipóteses nas quais essa exigência poderia ser afastada.

(ii) Natureza instrumental da licitação pública

A exceção prevista na Constituição tem sua razão de ser. A licitação, bem como qualquer procedimento seletivo, não tem em si mesma sua razão de ser. A licitação, tal como enfatizado pela

¹⁴ “Basta o registro de que os serviços públicos podem ser prestados diretamente, pelos órgãos despersonalizados integrantes da Administração, ou indiretamente, por entidades com personalidade jurídica própria. Na prestação indireta abrem-se duas possibilidades: pode o Estado constituir pessoas jurídicas pública (autarquias e fundações públicas - as chamadas “fundações autárquicas”) ou privadas (sociedades de economia mista e empresas públicas) e, mediante lei (CF, art. 37, XIX), outorgar a tais entes a prestação do serviço público, seja de educação, água, eletricidade ou qualquer outro. Ou pode, por outro lado, delegar à iniciativa privada, mediante contrato ou outro ator negociar, a prestação do serviço” (Luís Roberto Barroso apud NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29).

¹⁵ Art. 175, *caput* da Constituição: “art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

doutrina¹⁶, é um *instrumento*, é uma *ferramenta* cuja finalidade é possibilitar *contratações vantajosas para o Poder Público*. A lógica por trás da licitação – ou de qualquer processo seletivo prévio – é a de que a *competição* entre interessados *gerará os incentivos econômicos adequados* para que a Administração Pública faça a melhor contratação possível dentro das circunstâncias limitadoras presentes na situação concreta.

A Lei nº 8666/1993, que pode ser tida como o diploma básico e geral das contratações públicas, estipula de modo expresso essa finalidade em seu art. 3º ao dizer que a licitação tem por finalidade (“destina-se”) “*garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (...)*”¹⁷.

Esse é o norte hermenêutico de todo o direito das contratações públicas: a finalidade é sempre a *vantajosidade*¹⁸ (conceito multifacetado que não se esgota apenas no aspecto pecuniário), o que significa dizer que qualquer contratação pública, inclusive no campo das concessões e permissões de serviços públicos, tem de representar uma *solução eficiente*, ou seja, uma alocação de recursos escassos que responda à alguma lógica de maximização da utilidade¹⁹.

É com o propósito de atingir de maneira eficiente essas finalidades, quaisquer que sejam elas, gerais ou setoriais, que o legislador não somente cria outros regimes e modalidades de seleção e contratação de particulares, como também define situações nas quais esse processo seletivo não ocorrerá.

O regime geral de prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição é instrumentalizado pela Lei nº 8.987/1995 que, no subsistema das parcerias (conceito alargado a partir

¹⁶ “A licitação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades. O mero cumprimento das formalidades licitatórias não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo direito. Portanto, é incorreto transformar a licitação numa espécie de solenidade litúrgica, ignorando sua natureza teleológica” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 18ª ed. São Paulo: RT, p. 67.)

¹⁷ A rigor, como se pode ver, são três objetivos ou finalidades que a licitação busca garantir: (i) isonomia: trata-se de uma finalidade de *cunho moral*, ou seja, almeja-se a lisura e *bona fides* da atuação da Administração Pública, combatendo-se personalismos, arbitrariedades e caprichos na seleção do parceiro particular; (ii) a vantajosidade: que é o que interessa aqui, ou seja, a contratação tem de ser a melhor possível para a Administração *vis-à-vis* as circunstâncias concretas da contratação; e (iii) o desenvolvimento econômico nacional sustentável: objetivo que tem um cunho mais claro e certo de regulação econômica.

¹⁸ A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação” (JUSTEN FILHO, *op.cit.*, p. 71)

¹⁹ De acordo com Fiuza e Medeiros: “[u]ma maior eficiência da máquina estatal significa que os recursos dos impostos e contribuições arrecadados da sociedade sejam revertidos para que ela cumpra seu principal objetivo, que é o de prover bens e serviços públicos à população. De fato, a eficiência do Estado na provisão de bens e serviços, assim como a eficiência de qualquer firma do setor privado, compreende três dimensões principais: técnica, alocativa e distributiva. (...) As dimensões técnica e alocativa da eficiência do Estado passam necessariamente pela eficiência dos órgãos públicos na aquisição dos insumos de suas funções de produção, tanto os insumos ditos fixos (cuja aquisição é considerada investimento, pois geram fluxos de retornos no longo prazo) como os variáveis, cujo consumo é contabilizado nas Contas Nacionais como custeio”. (FIUZA, Eduardo P; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional. Brasília: Ipea, ago. de 2014, p.11.). Com isso não se quer dizer que aspectos econômicos sejam os únicos a serem levados em conta na definição do que se entenda por uma contratação vantajosa para a Administração Pública. Como dito acima, a vantajosidade comporta múltiplas acepções e diz-se de várias maneiras. O art. 3º da Lei nº 8666/1993 deixa isso claro quando estabelece que uma das finalidades da licitação é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável que, diga-se, não se esgota numa noção puramente econômica. O desenvolvimento aí referido – reflexo do que consta do art. 1º da Constituição – implica, além dos aspectos de natureza econômica, outros como, por exemplo, de justiça e harmonia sociais manifestados na idéia de redução das desigualdades. Isso sem falar na proteção aos recursos naturais e ao meio ambiente equilibrado e humanamente saudável.

da Lei no 13.334/2016), funciona como *norma geral* a definir o quadro normativo da prestação de serviços público que conte com o concurso da iniciativa privada²⁰.

Não cabe aqui uma discussão a respeito da noção ou ideia de serviço público, bastando, para os fins deste parecer, reconhecer como serviço público aquelas atividades assim definidas pela Constituição. E, nesse sentido, o saneamento básico encontra-se caracterizado como tal, por força do disposto no art. 23, inc. IX da Constituição²¹.

E, em sendo assim, ao buscar a cooperação da iniciativa privada, o Poder Público pode fazê-lo – deve, a rigor – por meio do regime previsto no art. 175 da Constituição, assim como segundo as diretrizes gerais da Lei nº 8.987/1995, ou seja, por meio de concessão ou permissão precedidas, em princípio, de licitação pública.

O novo marco legal do saneamento público, em especial a Lei nº 11.445/2007, com as alterações introduzidas pela Lei nº 14.026/2020, deixou claro que o regime de prestação do serviço de saneamento básico é o das concessões e permissões em geral, tal como previsto na Lei nº 8.987/1995, estando sujeito, como não poderia ser diferente, à disposição do art. 175 da Constituição. Essa lógica está estampada no art. 10 da Lei nº 11.445/2007, com a nova redação dada pela Lei nº 14.026/2020, in verbis:

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

Mas, tal como argumentado nos parágrafos anteriores, a “licitação prévia” não é um fim em si mesmo, nem mesmo uma necessidade insuperável. É a regra, mas que, como tal, pode ser posta de lado tendo em vista as finalidades de interesse público que estão em jogo.

No caso específico que se está a analisar, o legislador optou por afastar o regime de licitação – ou mesmo de qualquer processo seletivo - no caso dos serviços de produção de água nos quais dá o fenômeno da cisão do serviço, ou seja, em que se tem estatal prestadora do serviço verticalizado. É hipótese de *contratação direta por dispensa*. Essa exceção está prevista no § 2º, do art. 10-A da Lei nº 11445/2007.

Sem prejuízo do aludido dispositivo, em reforço à possibilidade ora examinada, constata-se que a própria Lei nº 8666/1993 já prevê possibilidade de contratação direta de empresa pública. Nesse sentido, o art. 24, inc. VIII abre a seguinte possibilidade:

“[a]rt. 24. É dispensável a licitação:

(...)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

²⁰ Art. 1º da Lei nº 8987/1995: “art. 1o As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos”.

²¹ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; (...)”.

(...)”.

A leitura do texto deixa entrever que o referido dispositivo da Lei nº 8666/1993 estipula a faculdade de contratação direta, por meio de dispensa, de entidade d Administração Pública controlada por outro ente federativo. No que diz respeito ao presente caso, a CEDAE – controlada pelo Estado - poderia ser contratada diretamente, para fins d produção de água, pela RMRJ. A principal condicionante específica para o exercício desse tipo de faculdade pelo Poder Público, em atendimento ao previsto no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8666/1993 seria que o “preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

É preciso alertar, entretanto, a respeito da existência de entendimento diverso mais restritivo a respeito do dispositivo em comento. Para essa linha de pensamento, a contratação direta autorizada pelo art. 24, inc. VIII diz respeito única e exclusivamente àqueles casos nos quais a entidade contratada faz parte da mesma Administração Pública contratante²².

Mas mesmo isso não seria um impedimento à aplicação do dispositivo à hipótese deste parecer. Deve se levar em consideração o fato de que o Estado faz parte da RMRJ que é a pessoa ou ente que irá contratar diretamente a CEDAE para fins de produção de água. Portanto, a se ver as coisas desse ponto de vista, mesmo uma exegese mais restritiva do dispositivo seria atendida: o Estado compõe o ente regional contratante dos serviços da CEDAE.

Seja como for, nada obstante a possibilidade de aplicação do art. 24, VIII da Lei nº 8666/1993, tem-se que o principal dispositivo de suporte à contratação direta da CEDAE é o já referido 10-A da Lei nº 11445/2007, e este, longe de representar uma dissonância, é a consagração de entendimento pragmático a respeito da licitação. É possível notar da leitura do dispositivo que a *mens legis* é a continuidade do serviço de produção de água, o que se justifica pela essencialidade do mesmo.

Diante de tal característica, o legislador, a despeito da assimilação do serviço de saneamento ao regime das concessões e permissões, reconheceu que a solução mais eficiente à luz do interesse público, pode ser *o afastamento da exigência de licitação e a consagração de um caso de contratação direta por dispensa*.

Mas, antes de se tratar da interpretação do dispositivo – no sentido de que se está realmente diante de uma hipótese de dispensa –, é preciso assentar a possibilidade de ampliação para além do rol de dispensas previsto na Lei nº 8666/1993.

Como é de notório conhecimento, o regime geral de dispensa de licitação encontra-se previsto no art. 24 da Lei Geral de Licitações. Os atuais 35 (trinta e cinco) incisos arrolados pelo legislador estipulam as hipóteses nas quais, pelos mais variados motivos, o procedimento licitatório pode vir a ser dispensado pela Administração Pública.

O que se tem nesses casos é a inconveniência da realização do procedimento seletivo exigido constitucionalmente no art. 37, inc. XXI, o que, aliás, como visto, não se mostra incongruente com essa mesma disposição constitucional, que abre espaço para aquisições e compras públicas diretamente sem a realização de prévio procedimento licitatório.

No entanto, seria de se imaginar, à primeira vista, a impossibilidade de se ampliar o rol de hipóteses de contratação direta, e isso pelo fato de que essas hipóteses representariam uma exceção ao

²² “Portanto, o inciso VIII dá respaldo à “contratação direta” entre a pessoa de direito público e a entidade por ela criada, cujo objeto seria prestação de serviços públicos (em sentido amplo), o que abrange tanto o serviço público propriamente dito como as atividades de “suporte administrativo. Essa interpretação é reforçada pela redação do dispositivo, que explicitamente alude ao “fim específico” da entidade contratada. Identifica-se, portanto, que a contratação se relaciona com o fim específico da entidade contratada, consistente em atuar em prol e a favor da pessoa de direito público interno que a controla.” (MARÇAL, Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª Edição. Rev, atual e ampl., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Página 425)

regime legal do procedimento licitatório. É o caso de se interpretar restritivamente as exceções – e a contratação direta, tal como no caso do art. 10-A, § 2º da Lei nº 11.445/2007 seria uma exceção.

Mas, com base no que ficou dito acima, a contratação direta via dispensa de licitação não pode ser considerada uma hipótese excepcional de contratação pública a ser invocada pelo gestor apenas naquelas situações marcadas pela Lei nº 8666/1993²³.

A bem ver, a leitura que se evidencia como mais adequada com o espírito das inovações legislativas introduzidas nos últimos anos é a que rejeita a interpretação restritiva dos mecanismos de contratação direta. Exemplo recente dessas inovações é a trazida pela Lei nº 13.979/2020²⁴ que, como se depreende do art. 4º, estabelece uma hipótese específica de contratação direta por meio de dispensa.

Não se trata, por conseguinte, de vislumbrar na contratação uma medida de caráter excepcional a ser empregada apenas e tão-somente nas hipóteses arroladas pela Lei nº 8.666/1993. A não ser assim, o legislador não teria recorrido a esse instrumento ao longo dos últimos anos como forma de dotar a Administração Pública de um mecanismo de compras, aquisições e alienações mais célere, flexível e economicamente eficiente, com menores custos de transação envolvidos.

Como diz Carlos Ari Sunfeld²⁵, interpretações restritivas ou limitadores do alcance da contratação direta, notadamente no caso das hipóteses arroladas nos vários incisos do art. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, negam vigência a esses dispositivos “*por reduzirem artificialmente o âmbito definido pela lei para a inexigibilidade ou dispensa de licitação*”.

Assentadas as premissas, resta definir a *mens legis* do art. 10-A, § 2º da Lei 11445/2007. Numa primeira leitura seria de se imaginar que a hipótese ventilada não é uma de *dispensa de licitação*, mas apenas um mecanismo de estabilização de situações precárias relativamente à prestação do serviço de saneamento básico por empresas estatais estaduais. O legislador, reconhecendo a impossibilidade de se reorganizar de imediato o setor, dado o conjunto de situações jurídicas atualmente existentes – como, por exemplo, os aludidos contratos de programa –, optou por uma espécie de *regra de transição*, permitindo a manutenção das outorgas de produção de água atualmente existentes. Trata-se de, num primeiro momento, preservar a continuidade do serviço para, em seguida, partir-se para a plena assimilação dessa atividade ao regime de concessões e permissões da Lei nº 8.987/1995.

Entretanto, a leitura mais condizente, não somente com a intenção do legislador, mas com a própria redação do dispositivo, é que se está realmente diante de uma hipótese de *contratação direta por dispensa de licitação*.

Uma leitura cuidadosa do texto mostra que o legislador, no dispositivo em questão, não trata propriamente de contratos de programa, mas sim do próprio *serviço público* de produção de água. Assim, o legislador de fato criou uma faculdade para o respectivo Poder Concedente – que, repise-se, não é o Estado do Rio de Janeiro, mas a RMRJ e os respectivos Municípios – no sentido de permitir a

²³ De qualquer modo, não se esqueça que a própria Lei nº 8666/1993 autoriza a contratação direta da CEDAE com base no art. 24, inc. VIII, conforme visto acima. Portanto, ainda que a aplicação do art. 10-A, § 2º mostrasse-se, por qualquer motivo, inviável, seria possível recorrer, como tese subsidiária e auxiliar, ao art. 24, inc. VIII da Lei nº 8666/1993.

²⁴ Tal Lei foi editada no contexto de pandemia de COVID-19 e dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Contratação sem licitação para o desenvolvimento institucional (art. 24, XIII da Lei nº 8.666/1993) — limites e controle. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, p. 55-108, set. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46459>>. Acesso em: 06 Nov. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v267.2014.46459>. Insiste Sunfeld que, no caso, não se está diante de exceções ao regime da licitação pública: “[é] comum, em doutrina e jurisprudência, a afirmação (bem intencionada, mas muito infeliz) de que as hipóteses de dispensa e inexigibilidade teriam de ser interpretadas “restritivamente”, pois seriam “exceções”, a serem tratadas como excepcionalidades. É uma visão equivocada (pois exceção e excepcionalidade evidentemente não se confundem), perigosa (pois gera insegurança indevida para gestores públicos e contratados) e antijurídica (pois compromete a realização de valores públicos que o direito protege, nas normas que se tenta “reduzir” por interpretação). A interpretação sobre a dispensa e a inexigibilidade de licitação nem tem de ser restritiva, nem ampliativa. Para evitar abusos, ela tem, isto sim, de ser fiel”. (Idem)

esse último optar por dar continuidade à outorga de serviço público de produção de água atualmente existente em favor da CEDAE.

É o serviço público de produção de água que está em jogo aqui, e não apenas e tão somente a relação jurídica contratual entre a CEDAE e o Estado do Rio de Janeiro. E a opção legislativa, tal como se pode perceber do dispositivo, foi no sentido de permitir ao Poder Concedente contratar diretamente a prestação do serviço público de produção de água com a CEDAE – ou qualquer outra estatal detentora da outorga –, apenas exigindo a formalização dessa relação por meio de um instrumento adequado que, na espécie, é o contrato de produção de água.

Esse entendimento - de que não se trata aqui de uma mera solução provisória com vistas à continuidade do serviço público de prestação de água, mas de contratação direta por meio de dispensa – se confirma com a leitura da parte final do dispositivo. O legislador, não somente autoriza a continuidade do serviço de produção de água com a CEDAE, atual outorgada, como, além disso, permite que essa última firme com o concessionário varejista de água “contrato de longo prazo”.

Diante dessa constatação, não faz sentido a assertiva de que o objetivo fundamental do legislador nesse dispositivo seria o de apenas viabilizar a manutenção provisória de uma situação precária. Se o legislador autoriza que a outorgada produtora de água celebre *contratos de venda de água no atacado de longa duração*, o que se tem vista não é a precariedade, mas, muito pelo contrário, a estabilidade, a permanência dessas relações.

Tem-se, portanto, hipótese de contratação direta por dispensa de licitação, na qual o legislador considerou tal mecanismo o mais propício a atingir as finalidades pretendidas pelo novo marco legal do saneamento (Lei nº 14.026/2020).

2.2.2. Requisitos para a contratação da CEDAE com dispensa de licitação

Ultrapassado o exame da viabilidade de dispensa de licitação para a contratação da CEDAE com intuito de prestação de serviços de produção de água, neste ponto requer-se uma análise cuidadosa de alguns requisitos que devem ser apreciados pelo Estado do Rio de Janeiro, com vistas a uma decisão segura do gestor acerca da adoção da modelagem proposta pelo Consórcio/BNDES.

A criação de novas hipóteses de dispensa de licitação pelo legislador não autoriza o Administrador Público a deixar de cumprir os requisitos e formalidades para a efetivação da dispensa, estabelecidos no artigo 26 da Lei nº 8.666/93, norma geral de contratação pública. Assim, a aplicabilidade do referido dispositivo legal não é afastada pela nova hipótese legal dispensa de licitação estabelecida no Art. 10-A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020. Eis o que dispõe o artigo 26 da Lei nº 8.666/93:

“Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)”

Dos requisitos do parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8666/1993, acima transcrito, merecem especial consideração, com vistas à decisão do Administrador Público sobre a celebração do Contrato de Produção de Água com a CEDAE, proposto na modelagem do Consórcio BNDES, a razão da escolha do fornecedor ou executante (inciso II) e a justificativa do preço (inciso III). Trataremos de cada um desses requisitos em itens específicos a seguir, senão vejamos.

2.2.3. Razão da escolha da CEDAE como delegatária do serviço de produção de água (art. 26, § único, II da Lei nº 8.666/93)

Como visto, o §2º do artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, estabelece uma permissão para “a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos”.

É importante esclarecer que a titularidade dos recursos hídricos não se confunde com a titularidade do serviço público de saneamento, como bem definido no Parecer nº 05/2020 – GUB, do Procurador do Estado Gustavo Binenbojm, do qual destacamos o seguinte trecho:

O disposto no art. 4º (caput e p. único) da Lei 11.445/07, segundo o qual “os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico” e “a utilização de recursos hídricos na prestação de serviços públicos de saneamento básico, inclusive para disposição ou diluição de esgotos e outros resíduos líquidos, é sujeita a outorga de direito de uso, nos termos da Lei no 9.433, de 8 de janeiro de 1997”, não interfere na titularidade do serviço de saneamento básico e na competência para conceder esse serviço.

Este dispositivo trata sobre a outorga a ser conferida pelo titular do recurso hídrico, que será o Estado ou da União, a depender os artigos 20, III e VI, e 26, I da Constituição Federal, o que não se confunde com a titularidade do serviço de saneamento como um todo.

Na realidade, no desenho criado pelo legislador constitucional e infraconstitucional brasileiro, o ente competente para prestar o serviço deverá obter, em cada caso, uma outorga do proprietário da água. É disso que trata o art. 4º (caput e p. único) da Lei 11.445/07.

Consideramos, para fins do presente opinamento, que a CEDAE é detentora da outorga para a captação de água com vistas ao abastecimento dos Municípios da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, **apesar de não constar a respectiva documentação no processo**. Partindo-se dessa premissa, **a ser oportunamente confirmada com a juntada da documentação pertinente**,

verificamos que a hipótese do § 2º acima transcrito abre a possibilidade de contratação direta da CEDAE para a *prestação do serviço público de produção de água*.

Diante da viabilidade legal dessa contratação direta, com dispensa de licitação, o Administrador Público deve apresentar a “*razão da escolha do fornecedor ou executante*” (art. 26, § único, II da Lei nº 8.666/93). A manutenção pela CEDAE da outorga para a captação de água deve ser *suficientemente motivada*, pois dela decorrerá a contratação direta do *serviço público de produção de água com a CEDAE*. Veremos, a seguir, a base legal da outorga para a produção de água.

A captação de recursos hídricos (água bruta) pela CEDAE é autorizada pelo Instituto Nacional do Ambiente – INEA, mediante *outorga*, ato administrativo previsto nos artigos 11, 12, I e 14 da Lei Federal nº 9.433/97²⁶ e nos artigos 18, 19 e 22, I da Lei Estadual nº 3.239/1999.²⁷ Pela outorga para captação de água é devida uma remuneração ao INEA, com base nos artigos 5º IV, 19, 20 e 22 da Lei Federal nº 9.433/97²⁸ e no art. 27 da Lei Estadual nº 3.239/1999²⁹⁻³⁰.

Tal outorga de recursos hídricos não é necessariamente exclusiva, podendo ser concedida a múltiplos usuários, desde que respeitado um limite de vazão que não prejudique o ambiente. Em última instância, trata-se de dar uma solução prática ao problema econômico clássico de lidar com bens comuns. Esse entendimento se extrai dos seguintes artigos da Lei nº 3.239/1999 abaixo transcritos:

²⁶ Art. 11. O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água. Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos:

I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo; (...)

Art. 14. A outorga efetivar-se-á por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal.

§ 1º O Poder Executivo Federal poderá delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para conceder outorga de direito de uso de recurso hídrico de domínio da União. (...)

²⁷ Art. 18. As águas de domínio do Estado, superficiais ou subterrâneas, somente poderão ser objeto de uso após outorga pelo poder público.

Art. 19 - O regime de outorga do direito de uso de recursos hídricos tem como objetivo controlar o uso, garantindo a todos os usuários o acesso à água, visando o uso múltiplo e a preservação das espécies da fauna e flora endêmicas ou em perigo de extinção.

Art. 22 - Estão sujeitos à outorga os seguintes usos de recursos hídricos:

I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água, para consumo; (...)

²⁸ Art. 5º São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

(...)

IV - a cobrança pelo uso de recursos hídricos;(...)

Art. 19. A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva:

I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor;

II - incentivar a racionalização do uso da água;

III - obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

Art. 20. Serão cobrados os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga, nos termos do art. 12 desta Lei. (...)

Art. 22. Os valores arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos serão aplicados prioritariamente na bacia hidrográfica em que foram gerados e serão utilizados:

I - no financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos;

II - no pagamento de despesas de implantação e custeio administrativo dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

§ 1º A aplicação nas despesas previstas no inciso II deste artigo é limitada a sete e meio por cento do total arrecadado.

§ 2º Os valores previstos no caput deste artigo poderão ser aplicados a fundo perdido em projetos e obras que alterem, de modo considerado benéfico à coletividade, a qualidade, a quantidade e o regime de vazão de um corpo de água.

²⁹ Art. 27 - A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva:

I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor;

II - incentivar a racionalização do uso da água; e

III - obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos Planos de Bacia Hidrográfica (PBH's).

§ 1º - Serão cobrados, aos usuários, os usos de recursos hídricos sujeitos à outorga.

³⁰ No ponto, destaca-se a Cláusula 16.2.15 da minuta do contrato de Produção de Água, que faz referência ao pagamento de outorga como remuneração pela captação de água pela CEDAE ao INEA.

“Art. 18 - As águas de domínio do Estado, superficiais ou subterrâneas, somente poderão ser objeto de uso após outorga pelo poder público.

Art.19 - O regime de outorga do direito de uso de recursos hídricos tem como objetivo controlar o uso, garantindo a todos os usuários o acesso à água, visando o uso múltiplo e a preservação das espécies da fauna e flora endêmicas ou em perigo de extinção.

(...)

Art. 23 - Toda outorga estará condicionada às prioridades de uso estabelecidas no Plano de Bacia Hidrográfica (PBH) e respeitará a classe em que o corpo de água estiver enquadrado, a conservação da biodiversidade aquática e ribeirinha, e, quando o caso, a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário.

Art. 24 - A outorga poderá ser suspensa, parcial ou totalmente, ou revogada, em uma ou mais das seguintes circunstâncias:

I - não cumprimento, pelo outorgado, dos termos da outorga;

II - ausência de uso por 3 (três) anos consecutivos;

III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas;

IV - necessidade de prevenir ou reverter significativa degradação ambiental;

V - necessidade de atender aos usos prioritários de interesse coletivo; ou

VI - comprometimento do ecossistema aquático ou do aquífero”.

Veja-se que a outorga não confere propriedade da água ao seu detentor, mas se trata apenas de autorização de uso, para os legítimos fins a que se destina. Os arts. 25 e 26 da Lei nº 3.239/1999 também merecem destaque:

“Art. 25 - A outorga far-se-á por prazo não excedente a 35 (trinta e cinco) anos, renovável, obedecidos o disposto nesta Lei e os critérios estabelecidos no Plano Estadual de Recursos Hídricos (PEHRI) e no respectivo Plano de Bacia Hidrográfica (PBH).

Art. 26 - A outorga não implica em alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas no simples direito de seu uso, nem confere delegação de poder público, ao titular”.

Desta feita, a outorga para a captação da água destinada ao abastecimento da população logicamente deve ser concedida à empresa que detém a delegação estatal para o serviço público de produção de água, seja ela pública ou privada. Não poderia o INEA negar imotivadamente a outorga de recursos hídricos a uma empresa delegatária do serviço de produção de água.

Tanto é assim que, em relação aos Municípios participantes do projeto não compreendidos pela RMRJ, a outorga para captação de água deverá ser transferida às novas concessionárias privadas, delegatárias do serviço de produção de água para abastecimento dos Municípios componentes dos respectivos blocos.

Segundo a modelagem proposta pelo Consórcio BNDES para a concessão dos serviços de saneamento no Estado do Rio de Janeiro, a CEDAE manterá a delegação da produção de água destinada do abastecimento da Região Metropolitana. Conseqüentemente, a outorga para a captação de água para abastecimento da Região Metropolitana deverá permanecer com a CEDAE.

Assim, o fato de a CEDAE ter hoje a outorga para a captação de água para abastecimento da Região Metropolitana não parece constituir justificativa *suficiente* para a manutenção do serviço de produção de água com a CEDAE.

A *autorização* do §2º do artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, para a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos (CEDAE), por si só, *não obriga* o Estado a manter o serviço com a CEDAE.

O Estado poderia, em tese, optar por licitar o serviço público de produção de água na Região Metropolitana, ainda que segregado do serviço de distribuição de água e coleta e tratamento de esgoto, conforme a modelagem *upstream/downstream* proposta pelo Consórcio/BNDES.

Portanto, o Estado deve justificar a opção pela adoção da modelagem proposta pelo BNDES, de contratação direta com a CEDAE, com base em outros aspectos relevantes à tomada de decisão. Não é difícil vislumbrar motivos que, em tese, possam levar o Estado justificar essa opção pela contratação direta com a CEDAE, com base nos estudos desenvolvidos para o presente Projeto de Universalização do Saneamento Básico no Estado do Rio de Janeiro.

Pode-se pensar como possíveis necessidades e/ou vantagens, em tese (i) a garantia de segurança hídrica; (ii) a inviabilidade de, em curto prazo, um prestador privado assumir a operação de sistemas de captação e tratamento de água grandes e complexos; (iii) a conveniência da reestruturação operacional da CEDAE, com vistas à sua valorização, com a opção de futura privatização, dentre outros.

Registre-se que não compete à Procuradoria Geral do Estado adentrar nestas questões, mas cabe recomendar que o Estado, por meio da área técnica da Secretaria de Estado competente, **apresente a motivação para a opção pela celebração do contrato de produção de água com a CEDAE com dispensa de licitação (art. 10, A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020), conforme modelagem proposta pelo BNDES, ao invés da licitação desse serviço, atendendo ao requisito para dispensa de licitação estabelecido no art. 26, § único, II da Lei nº 8.666/93.**

2.2.4. “Justificativa do preço” na contratação direta da CEDAE como delegatária do serviço de produção de água (art. 26, parágrafo único, III da Lei nº 8.666/1993)

O §2º do artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, faz alusão ao *serviço público de produção de água*. Consideramos aqui que a expressão “produção de água” abrange a captação de água e o seu tratamento (etapa *upstream*), excluindo-se a distribuição da água aos usuários finais (etapa *downstream*), tal qual a modelagem proposta pelo BNDES.

Em linha do que dispõe o referido art. 26, parágrafo único, III da Lei no 8.666/93, e também por uma exigência de motivação plena do exercício da faculdade prevista no dispositivo da Lei no 11.447/2007, deve constar do processo administrativo *justificativa do preço* relativa a fatores econômicos próprios da economia interna relativa à prestação do serviço a ser contratado junta a CEDAE, que reflita os elementos constantes da relação entre o concessionário e os usuários do serviço.

Em outras palavras: é razoável que a remuneração da CEDAE pelo serviço seja compatível com a remuneração teórica de um contratado privado, que obtenha lucro na prestação do serviço, a partir uma estrutura de custos eficiente.

O art. 24, inc. VIII da Lei nº 8666/1993 é mais específico. Diz o dispositivo que o preço praticado na contratação direta deve ser “compatível com o praticado no mercado”. Dessa feita, no caso de aplicação desse dispositivo, seria de rigor instruir o feito com demonstrativos no sentido de que o preço da contratação direta está dentro de uma faixa que possa se considerar compatível com outras contratações semelhantes praticadas.

Recomenda-se, portanto, que o Estado avalie a equação financeira da modelagem proposta pelo Consórcio/BNDES, quanto aos seguintes aspectos financeiros: (i) montante de recursos que a CEDAE deverá investir na infraestrutura do serviço, conforme estipulado no *contrato de produção de água*, (ii) receita projetada para a CEDAE, para que tenha uma estrutura de custos eficiente, tal qual outros prestadores de serviço nesse mercado, obtendo lucro compatível com o mercado e (iii) preço cobrado das concessionárias privadas pela venda de água tratada, que será repassado aos usuários finais.

Por fim, somente após a sobredita apreciação feita pelo Estado dos estudos realizados pelo Consórcio/BNDES quanto às premissas financeiras adotadas, a fim de justificar o preço (no caso, as premissas econômico-financeiras da modelagem), de modo a cumprir a exigência do art. 26, § único, III da Lei nº 8.666/93, será possível o prosseguimento para a contratação direta – via dispensa de licitação - com a CEDAE.

2.2.5. Viabilidade da celebração do contrato de produção de água de longo prazo com a CEDAE

O contrato de produção de água, previsto pelo § 2º, art. 10-A, da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020³¹, merece breves comentários, mais centrados, contudo, nas consequências práticas do que no mero exercício da taxonomia jurídica.

O **Parecer ASA 07/2019**, anterior ao advento do novo marco legal do saneamento, afirmou que os contratos de produção de água celebrados com a CEDAE estatal teriam natureza jurídica de **contratos de programa**³². A edição da Lei nº 14.026/2020, alterando a redação do art. 10 da Lei nº 11.445/2007, pode alterar, contudo, os fundamentos do referido Parecer.³³ Para fins do presente opinamento, não nos parece imprescindível definir, na presente ocasião, a qualificação formal do contrato de produção de água proposto na modelagem do BNDES.³⁴ Importa mais que o artigo 10, A,

³¹ *As outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida, permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos e a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água*

³² *no caso do saneamento básico upstream continuar sendo prestado pelo Estado, por meio da manutenção da CEDAE a montante, como empresa estatal, ou seja, como entidade controlada pelo Estado, o instrumento jurídico apto à delegação será o contrato de programa. Segundo o parecerista, os contratos de programa divergiriam dos contratos de concessão em razão dos seguintes pontos: (i) a delegação da prestação de serviços públicos a empresa estatal (Poder Concedente e empresa estatal) e (ii) contratação direta, sem prévia licitação, com fundamento legal para a dispensa de licitação*

³³ Nota-se que, fora a exceção do artigo 10-A, § 2º acrescido à Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, a regra geral passa a ser a inviabilidade legal da delegação do serviço público de saneamento (etapa *downstream*) por via de contrato de programa, conforme texto expresso do artigo 10 da Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020: “Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)”. A **celebração de contrato de programa passaria, assim, a ser excepcional**

³⁴ O que justifica a delegação a CEDAE, empresa estatal estadual, dos serviços de produção de água, de titularidade da Região Metropolitana, são os instrumentos de gestão associada a serem firmados. Além disso, o Estado é parte integrante e pilar da Região Metropolitana. Parece-nos razoável entender, com base no artigo 241 da CF que a Região Metropolitana pode optar por prestar o serviço de sua titularidade por meio de empresa estatal do Estado do Rio de Janeiro. Caso contrário estaria excluída da Região Metropolitana a possibilidade de prestação direta do serviço, por falta de estrutura própria para a prestação de serviços públicos. É inclusive geradora de perplexidade a possibilidade de a Região Metropolitana constituir

§ 2º da Lei no 11.445/2007, incluído pela Lei no 14.026/2020, legitima expressamente a relação jurídica e entre a empresa detentora da outorga de recursos hídricos (no caso a CEDAE) e os entes titulares dos serviços, remanescendo porém relevante **estabelecer o seu conteúdo material**³⁵.

O **conteúdo das cláusulas do contrato de produção de água** deve ser **apto a estabilizar uma relação de longo prazo**, com a definição de garantias, regras e mecanismos que incentivem uma atuação colaborativa e inibam comportamentos oportunistas, todos capazes de dar segurança à realização de novos investimentos, **possibilitando a exploração eficiente do serviço e maximizando o valor da Companhia**.

A estabilização dessa relação de longo prazo, como se verá na próxima seção, é condição de viabilidade para um desempenho satisfatório e eficiente dos demais arranjos contratuais constantes da modelagem apresentada, especificamente o contrato de interdependência e o de concessão.

Um aspecto a ser aprofundado é a viabilidade jurídica da celebração com a CEDAE do *contrato de produção de água*, a partir da adequada interpretação do art. 10-A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, que prevê a “*continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos e a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água*”.

Uma interpretação possível seria que a continuidade da prestação do serviço só poderia ocorrer com base em vínculo contratual atualmente em vigor entre o Poder Concedente e a CEDAE, conforme previsto no § 3º do artigo 10 da Lei nº 11.445/2007, incluído pela Lei nº 11.445/2007, não sendo admitida a celebração de novo vínculo contratual, como é o caso do *contrato de produção de água*.

Essa interpretação, não obstante possível, em decorrência de uma leitura isolada do referido § 3º do artigo 10, não nos parece condizente com a sistemática do art. 10-A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, que prevê a *assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água*.

O contrato referido pelo artigo 10-A, § 2º, como indicado anteriormente no presente opinamento, é o *contrato de interdependência* (na modelagem proposta pelo Consórcio BNDES, entre CEDAE e concessionárias privadas distribuidoras de água), não o *contrato de produção de água* (entre o Poder Concedente e a CEDAE), objeto de análise de parecer jurídico próprio, diante da sua relevância e de numerosas questões jurídicas importantes que merecem uma análise detida.

Entretanto, para que a CEDAE se comprometa com investimentos de longo prazo, na infraestrutura de produção de água para venda às concessionárias privadas distribuidoras – foco dos contratos de interdependência –, é recomendável que haja previsibilidade e estabilidade no vínculo de delegação do serviço de público de produção de água.

Isso porque as concessionárias privadas serão contratualmente obrigadas a realizar vultosos investimentos para a universalização das redes e ligações de fornecimento de água, o que poderá aumentar a demanda por água tratada para o atendimento aos usuários finais. A empresa delegatária do serviço de produção de água – que no caso da modelagem proposta pelo Consórcio/BNDES, é a CEDAE – também deverá realizar paralelamente investimentos expressivos nas infraestruturas de produção de água com qualidade adequada e quantidade suficiente para as concessionárias privadas, com vistas ao atendimento dos usuários finais.

empresa estatal para a prestação do serviço público de saneamento. O que se tem na realidade é a empresa estatal de saneamento, do Estado do Rio de Janeiro, Estado congrega todos os municípios da Região Metropolitana e participa da sua gestão conjuntamente com os Municípios. Uma interpretação no sentido de que não é admissível a celebração de contrato de concessão, nem contrato de programa com a CEDAE levaria à vedação de todas as formas de delegação do serviço na etapa upstream a CEDAE, o que não nos parece coerente com o permissivo legal do art. 10-A §. 2º da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020.

Para a realização dos investimentos necessários, a CEDAE deverá efetuar um adequado planejamento operacional e financeiro, com vistas a uma impactante reestruturação, o que demanda evidentemente, uma visão de longo prazo sobre as atividades da companhia, em atenção às Leis nº 6.404/76 e nº 13.303/2016, conforme exposto na Promoção 02/2020 – HBR – PG-17.

Não é razoável supor que a *ratio* do artigo 10-A, § 2º, da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020 impeça a formalização de vínculos jurídicos estáveis com empresas estatais, com definição de obrigação de investimentos, valores e prazos compatíveis com as metas de universalização do serviço de saneamento, estabelecidas na própria Lei nº 11.445/2007.

A regra do dispositivo legal em comento configura, portanto, em nossa visão, uma exceção à regra do *caput* do artigo 10 da Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020, segundo o qual “*a prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária*”.

A inexistência de um contrato que discipline de maneira satisfatória o serviço de produção de água na Região Metropolitana poderia gerar insegurança jurídica para os concessionários privados em relação ao cumprimento do contrato de interdependência, com impactos negativos no valor da outorga oferecido pelas licitantes privadas e consequente prejuízo para o Poder Concedente. Uma modelagem adequada, que possa capturar todo o valor do projeto, pressupõe segurança jurídica, decorrente de relações jurídicas seguras.

É necessário que se estabeleça com a empresa delegatária do serviço de produção de água – CEDAE – um vínculo contratual de longo prazo, em que sejam *parametrizados* os investimentos a serem realizados, a fim viabilizar as inversões de capital necessárias para a universalização dos serviços de saneamento e a amortização dos investimentos realizados pela companhia.

Importante ter presente que a avaliação da relação jurídica estabelecida entre o Estado, como representante da RMRJ e a CEDAE por via do *contrato de produção de água*, não pode prescindir da consideração da Lei 13.303/2016, que esclareceu que as relações entre Estado e empresa estatal devem se dar em bases equitativas.

No caso da delegação de serviço público, com a imposição de obrigação de investimento amortizável em longo prazo pela empresa estatal, o Estado não pode deixar de formalizar uma relação contratual estável e de longo prazo, que garanta a necessária equitatividade na delegação do serviço.³⁶

Em outras palavras, o Estado não pode estabelecer com a empresa estatal relação jurídica em condições menos favorecidas que as relações jurídicas com objeto similar estabelecidas com as empresas privadas. Se o fizesse, impondo condições desvantajosas à empresa estatal, violando a Lei nº 13.303/2016 e a Lei nº 6.404/76.

Ressalta-se que a celebração do instrumento jurídico estável e de longo prazo com a CEDAE não significa que o serviço deverá necessariamente ser prestado pela CEDAE como empresa estatal por todo o prazo de duração do contrato. Remanescerá a possibilidade, dependente de juízo político sobre sua conveniência e oportunidade, de licitação para a privatização da CEDAE, combinada com a licitação da concessão do serviço, em momento futuro.

Nessa linha a celebração de *contrato de produção de água*, de longo prazo, com a CEDAE, tal qual proposto na modelagem do BNDES, parece: (i) atender ao interesse público relativo à segurança jurídica necessária para o projeto de universalização dos serviços de saneamento básico no Estado do

³⁶ A equitatividade de um contato entre acionista controlador e sociedade controlada não se limita a aspectos financeiros imediatamente avaliáveis. É necessário que a empresa controlada tenha respeitada a sua governança independência técnica, gestão de riscos e outros atributos inerentes a sua personalidade jurídica e patrimônio próprios. A imposição de obrigações de investimentos amortizáveis em longo prazo deve corresponder garantia de segurança jurídica para a operação pelo tempo necessário para a amortização dos investimentos.

Rio de Janeiro e (ii) propiciar que o Estado possa cumprir o seu papel como acionista controlador da CEDAE, orientando a companhia a realizar um adequado planejamento e reestruturação, com vistas à viabilização dos necessários investimentos, em atenção à Lei nº 6.404/76 e à Lei nº 13.303/2016, sem prejuízo da possibilidade de futura privatização da CEDAE.

2.2.6. Concepção geral do contrato de produção de água

Sem adentrar na celeuma a respeito da natureza jurídica do contrato de produção de água (ver item II.7), deve-se considerar que, mesmo na hipótese do mesmo ser tido como um *contrato de programa*, tal circunstância não impede que o instrumento contratual adote, com as adaptações necessárias, cláusulas semelhantes às do modelo de contrato de concessão a ser celebrado com as concessionárias privadas para a concessão dos serviços *downstream*.

Ao contrário, a estruturação do *contrato de produção de água com duração compatível com a duração (i) dos contratos de interdependência e (ii) dos contratos de concessão*, tem vantagens, como a uniformização da atividade regulatória em relação aos serviços das etapas *upstream* e *downstream* e a facilitação de futura transição do modelo de contrato de produção de água para o modelo de *contrato de concessão* quando da eventual privatização da CEDAE, o que pode ser escolha futura da Administração Pública.

Mas não é apenas com vistas a uma eventual privatização da CEDAE que a adequada estruturação do contrato de produção de água é relevante. A segurança jurídica em relação à preservação do equilíbrio econômico-financeiro contratual é fundamental para que a CEDAE possa realizar os investimentos necessários mantendo a sua solidez financeira, para a adequada prestação do serviço de produção de água.³⁷

Viabiliza-se, assim, que o Estado e a CEDAE tenham uma relação jurídica regida pelas melhores práticas aplicáveis aos contratos de concessão, garantindo segurança jurídica, equilíbrio econômico-financeiro do contrato e contribuindo para a efetividade da atividade regulatória da AGENERSA, dentre outros aspectos.

Acrescente-se que o artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007 elencou o conteúdo essencial de contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico:

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

I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

³⁷ A necessidade de capacidade econômico-financeira do contratado para realização dos investimentos necessários para a universalização dos serviços é expressamente mencionada no artigo 10-B da Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020: “Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei.(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reuso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 1º Os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)*”.

Nessa linha, remete-se, neste parecer, às recomendações da PGE de alterações em relação à minuta de contrato de concessão a ser celebrada com as concessionárias privadas, que foi objeto de rigorosa análise jurídica da PGE³⁸. Não se pode olvidar que os ajustes a serem efetivados na minuta de contrato de concessão decorrentes de tais recomendações devem ser refletidas na minuta do *contrato de produção de água*.

Em decorrência desse entendimento, e tendo em conta a importância de uma visão integrada da modelagem de concessão do serviço de saneamento proposta pelo Consórcio/BNDES, recomendamos que, no que for possível, o *contrato de produção de água* reproduza as cláusulas da minuta de contrato de concessão para contratação com as concessionárias privadas, com as alterações recomendadas por esta d. PGE.

2.3. Comparativo com o contrato de concessão e análise de minuta

Conforme explicitado no subtópico anterior, é importante que haja uma visão integrada e sistêmica dos contratos de concessão do serviço de saneamento e do contrato de produção de água, ambos propostos na modelagem idealizada pelo Consórcio BNDES, razão porque as cláusulas contidas nas minutas contratuais também devem estar em plena consonância.

Neste sentido, optamos por fazer uma comparação geral entre as principais cláusulas da minuta do contrato de concessão a ser celebrado com as concessionárias privadas e as cláusulas da minuta do contrato de produção de água com o intuito de analisar apenas as que tem relação específica com o serviço de produção de água, remetendo ao **Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB (documento 11065951)** as recomendações de aperfeiçoamento das cláusulas que possam ser comuns aos dois contratos.

Em grande parte, a minuta do contrato de produção de água compartilha cláusulas com a minuta do contrato de concessão. Alguns exemplos dessas cláusulas que têm o mesmo teor em ambas as minutas são as seguintes: (i) legislação aplicável e regime jurídico do contrato - cláusula 2 do contrato de produção de água e cláusula 2 do contrato de concessão; (ii) vigência - cláusula 7 do contrato de produção de água e cláusula 7 do contrato de concessão; (iii) bens vinculados aos serviços - cláusula 9

³⁸ Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB (**documento 11065951**).

do contrato de produção de água e cláusula 10 do contrato de concessão; (iv) financiamentos - cláusula 12 do contrato de produção de água e cláusula 20 do contrato de concessão; e (v) da regulação e fiscalização dos serviços - cláusula 13 do contrato de produção de água e cláusula 21 do contrato de concessão.

Duas cláusulas que denotam em importância e, em razão disso, merecem comentários mais detidos, dizem respeito à (i) operação assistida e (ii) ao reequilíbrio econômico-financeiro.

A operação assistida, de acordo com a definição contida na minuta do contrato de produção de água, é o período no qual haverá *compartilhamento de dados e informações* entre a CEDAE e as respectivas concessionárias particulares do *downstream* do serviço público de saneamento básico. No dizer do item 8.2 da minuta:

“8.2. A OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA compreende o compartilhamento dos dados e informações atinentes aos serviços e às atividades relacionados ao serviço público de SANEAMENTO BÁSICO.

8.2.1. Nos termos estipulados nos instrumentos de gestão associada, bem como neste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, caberá à CEDAE compartilhar informações acerca da prestação de serviços de abastecimento de água desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição, com exceção das informações relativas aos SERVIÇOS UPSTREAM que permanecerão sob responsabilidade da CEDAE neste período.

8.2.2. Nos termos estipulados nos instrumentos de gestão associada, bem como neste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, caberá à CEDAE compartilhar informações acerca da prestação de serviços de esgotamento sanitário desde as atividades de coleta, transporte e tratamento até a disposição final”.

Daí se percebe que a operação assistida é uma interface importante entre a CEDAE e as respectivas concessionárias, o que faz com que a harmonia das disposições contratuais de ambas as minutas, tanto a de produção de água, quanto a de concessão, estejam em consonância uma com a outra³⁹.

Pois bem, comparando ambas as minutas, verifica-se a existência de algumas diferenças que deverão ser, tanto quanto possível, ser verificadas, para a desejada uniformização do regime jurídico contratual nos contratos conexos. Apontaremos as de maior relevo.

De início, alerta-se quanto a recomendação assentada no **Parecer Conjunto nº01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB (documento 11065951)** que, ao analisar no âmbito do Contrato de Concessão as obrigações que supostamente serão assumidas pela CEDAE na fase de operação assistida, ressalta que em razão da relatividade inerente aos contratos, tais encargos não poderão ser vinculantes à Companhia estadual, em razão de não ocupar posição de parte naquela avença. Veja-se trecho do opinamento em menção:

“no que tange à operação assistida do sistema, chama a atenção as obrigações e encargos que a CEDAE assume sem, todavia, ser parte do contrato. Como se sabe, os contratos, à luz do princípio da relatividade, apenas vinculam as partes contratantes. Assim, como regra, não é cogente a obrigação que duas pessoas

³⁹ Isso se reforça pelo fato de que o se tem aqui, envolvendo os três instrumentos contratuais - produção de água, interdependência e concessão - são *contratos coligados*.

pactum acerca de terceiro estranho ao acordo firmado. Nesse sentido, para fins de segurança jurídica, recomenda-se que o contrato de concessão não atribua qualquer dever ou direito à CEDAE, mas, caso seja considerado pertinente para fins de determinar a sistemática da concessão, apenas faça menção ao CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, de que a CEDAE é parte e assume responsabilidades.”

Desta feita, na linha do sugerido pelos pareceristas, dada a inconveniência das atribuições destinadas à CEDAE no bojo do Contrato de Concessão, com a consequente exclusão dos direitos e deveres correlatos, entendemos pertinente que as disposições da cláusula oitava daquele ajuste, independentemente de sua exclusão ou não daquela minuta, **sejam reproduzidas na íntegra na minuta do Contrato de Produção de Água, com as adaptações que se mostrarem pertinentes, e com menção expressa ao Contrato de Concessão. Com isso garante-se que a CEDAE fique contratualmente vinculada ao conteúdo dessas disposições.**

É certo que a presente minuta do Contrato de Produção de Água tem como um dos seus anexos a minuta do Contrato de Concessão, de forma que, ao assinar a presente minuta, a CEDAE anui às disposições contidas na minuta de Concessão.

Seja como for, de modo a evitar maiores questionamentos, e na linha da recomendação referida acima do **Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB**, sugere-se a translação das disposições referentes à operação assistida que constam da minuta do Contrato de Concessão para a presente minuta.

Mas, ao fazer isso, e com vistas à maior coerência das disposições, faz-se necessário um trabalho de harmonização com relação a essas obrigações, isto é, de um lado, às da minuta de Concessão, de outro, às da minuta de Produção de Água. É preciso fundir ambas as cláusulas – nos dois casos trata-se da cláusula 8 – de modo a formar um todo coerente.

Exemplo dessa busca de coerência pode-se ver na comparação entre as subcláusulas 8.4 e 8.5 das minutas dos contratos de concessão e produção, respectivamente. Diz a subcláusula 8.4 da minuta de concessão:

“8.4 - Em até 7 (sete) dias úteis após a celebração do CONTRATO, será constituído COMITÊ DE TRANSIÇÃO, obedecidos os critérios estabelecidos na subcláusula 51.2”.

No entanto, a subcláusula 8.5 da minuta do contrato de produção dispõe de maneira diferente sobre a mesma questão:

“8.5 - Previamente à celebração de cada CONTRATO DE CONCESSÃO e início do período da OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, será constituído COMITÊ DE TRANSIÇÃO”.

De maneira semelhante, o cotejo entre as subcláusulas 8.12 e 8.15 das minutas dos contratos de concessão e produção, respectivamente, também não são consoantes. Dispõe a subcláusula 8.12 da minuta de Concessão:

“8.12 - A CONCESSIONÁRIA poderá requerer, motivadamente, à AGÊNCIA REGULADORA, em até 30 (trinta) dias anteriores à data de término da OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, a prorrogação do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, uma única vez, por até 90 (noventa) dias, nas seguintes hipóteses: (...)”.

A mesma questão – prorrogação do período de operação assistida – é regulamentada da seguinte maneira na minuta de Produção:

“8.15 - A(s) CONCESSIONÁRIA(S) poderá(ão) solicitar a prorrogação do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, uma única vez, por até 90 (noventa) dias, cabendo à(s) CONCESSIONÁRIA(S) encaminhar(em) pleito de postergação ao COMITÊ DE TRANSIÇÃO”.

Trata-se de diferenças pontuais, mas que, na compatibilização das disposições sobre a operação assistida da minuta de Concessão com a presente minuta de Produção, deverão ser solucionadas, de forma que a cláusula como um todo faça sentido.

Outras diferenças de tratamento dessa questão entre a minuta de produção e a de concessão merecem comentário.

Em prosseguimento ao cotejo realizado entre os instrumentos contratuais, é de notar que o item 8.5 da minuta do contrato de produção não define que os membros do comitê de transição deverão ser possuidores de expertise referente às atividades desempenhadas na cadeia do serviço público de saneamento básico. Nesse sentido, propõe-se que o item seja emendado à luz do correspondente na minuta do contrato de concessão, passando a contar com o seguinte trecho final: “(...) será constituído Comitê de Transição **o qual deverá ser dotado de conhecimentos técnicos afetos à prestação dos SERVIÇOS**”.

O item seguinte, 8.6, diferentemente do que consta da minuta do contrato de concessão, não especifica quais informações estão excluídas do acesso que será compartilhado com as concessionárias. Trata-se de medida da mais alta relevância, haja vista que nem toda informação empresarial da CEDAE deve ser compartilhada com as concessionárias ou terceiros estranhos à Companhia, mas apenas aquelas “*essenciais para a transição dos serviços de abastecimento e esgotamento sanitário*”. Sugere-se, dessa feita, o acréscimo da parte final do item correspondente da minuta do contrato de concessão, de modo que o presente item passe a ter a seguinte redação: “(...) e esgotamento sanitário, **destacando-se as áreas comercial, contábil-financeira e operacional**”.

No que diz respeito ao item 8.9, que trata da responsabilidade operacional da CEDAE durante o período da operação assistida, bem como da distribuição de receitas auferidas nesse tempo, a minuta do contrato de concessão prevê a possibilidade de que ambas as partes, CEDAE e concessionárias, ajustem o *compartilhamento de receitas extraordinárias*. Sugere-se, portanto, que o item 8.6.1 da minuta do contrato de concessão passe a fazer parte do item 8.9 da minuta do contrato de produção de água, de modo a prever essa possibilidade.

O item 8.19 da minuta do contrato de produção de água tem redação diversa do item correspondente da minuta do contrato de concessão. A minuta do contrato de produção de água traz a seguinte disposição:

8.19. Sem prejuízo do previsto na Cláusula 8.16, caberá ao ESTADO promover o reequilíbrio econômico-financeiro do(s) CONTRATO(S) DE CONCESSÃO em favor da(s) CONCESSIONÁRIA(S) desde que demonstrados os prejuízos

decorrentes dos atrasos no decurso do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA gerados pelo ESTADO, pela CEDAE ou em razão de eventos alheios à esfera de responsabilidade da(s) CONCESSIONÁRIA(S)”.

O item correspondente da minuta do contrato de concessão tem redação diversa:

“8.13. Sem prejuízo do previsto na Cláusula 8.11, será cabível pleito de reequilíbrio econômico-financeiro em favor da CONCESSIONÁRIA em razão da necessidade de prorrogação do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA”.

Dada a importância do tema - hipótese de reequilíbrio econômico-financeiro - e o ponto de contato entre os dois contratos faz-se necessário que as cláusulas sejam harmonizadas, evitando-se, assim, possíveis incongruências no tratamento da matéria.

Importante referir, ainda a esse respeito, que a minuta do contrato de produção de água veicula o item 8.19.1 com a seguinte redação:

“8.19.1. Eventual reequilíbrio decorrente da cláusula acima será repassado à CEDAE, caso a CEDAE tenha dado causa aos atrasos no decurso do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, nos termos da cláusula 20”.

É recomendável, pois, que item do mesmo teor conste da minuta do contrato de concessão ou que, ao contrário, essa previsão seja retirada da minuta do contrato de produção de água.

Em se tratando das hipóteses e mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro, existem algumas discrepâncias entre o tratado dado a esse tema pela minuta do contrato de produção de água e pela minuta de concessão. As principais, sem pretensão exaustiva, serão apontadas nos parágrafos a seguir.

Uma das hipóteses de revisão extraordinária do contrato de produção de água em virtude de desequilíbrio econômico-financeiro é a edição de normas que alterem as condições de prestação do serviço *upstream*. O item 20.5.4 tem a seguinte redação:

“20.5.4. edição de normas aplicáveis ao CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA ou outras determinações da AGÊNCIA REGULADORA que alterem as condições para a prestação dos SERVIÇOS UPSTREAM”.

Já a minuta do contrato de concessão é mais específica, determinando que o fato gerador de desequilíbrio contratual é somente aquele que importe em alteração as metas das desempenho e dos níveis de serviço. “Alterar condições” nos parece demasiadamente vago. A disposição da minuta do contrato de concessão traz maior previsibilidade, razão pela qual sugere-se a adequação desse item na minuta do contrato de produção ao item correspondente na minuta do contrato de concessão.

O item 20.5.6 traz disposição referente às hipóteses de caso fortuito e força maior. A minuta do contrato de concessão trata a questão de modo diverso, eis que distingue o caso fortuito e força maior *segurados* do caso fortuito e força maior *não segurados*, estipulando que somente os primeiros poderão vir a possibilitar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro. Por outro lado, na minuta do contrato de produção de água, neste ponto, não há diferenciação no tópico relativo ao reequilíbrio

quanto à previsão ou não em apólice de seguro, de maneira que todas as circunstâncias provenientes de caso fortuito e força maior implicam a possibilidade de reequilíbrio.

A minuta do contrato de produção de água, em seu item 20.5.12, fala da hipótese de “aumento extraordinário e imprevisível dos custos de insumos, operação e manutenção necessários à adequada prestação dos SERVIÇOS” como causa autorizadora de reequilíbrio econômico-financeiro. Diferentemente, a minuta do contrato de concessão estipulou, nesses casos, um percentual-base de 10% para o aumento extraordinário do custo de insumos, nos seguintes termos:

“12.4.18. variação extraordinária do custo de insumos específicos, assim entendida a variação acima de 10% (dez por cento) da variação contemplada na fórmula paramétrica prevista neste CONTRATO para o reajuste da TARIFA”.

Ou seja, não é qualquer variação no custo de insumos que autoriza o reequilíbrio, mas apenas aquele que superar o percentual-base de 10%. No entanto, a minuta do contrato de produção de água não estabelece esse percentual. **Sugere-se seja avaliada a adequação na minuta de contrato de produção de água com o previsto na minuta do contrato de concessão, devendo ser justificada eventual manutenção da redação atual da minuta.**

Os itens 20.14 e 20.15 não constam da minuta do contrato de concessão e possuem a seguinte redação:

“20.14. A escolha da modalidade de reequilíbrio prevista na subcláusula 20.13 deve ser tomada com observância do princípio da modicidade tarifária.

20.15. As PARTES deverão ser ouvidas previamente à definição pela AGÊNCIA REGULADORA acerca da forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, devendo suas alegações serem consideradas na motivação da decisão”.

Não existem disposições semelhantes na minuta do contrato de concessão. Há de se avaliar se esses itens devem ser excluídos da presente minuta ou se, ao contrário, devem ser incluídos da minuta de concessão.

Feitas as breves comparações em cláusulas pontuais das minutas de contratos de concessão e produção de água, sugerimos sejam feitos os reparos elencados ao longo do subtópico, de modo a harmonizar ambos os contratos, que estão no escopo da modelagem proposta pelo Consórcio BNDES. Passamos, a seguir, a tratar da análise pormenorizada da minuta contratual encartada no indexador nº **9165411**.

2.4. Análise de minuta do contrato de produção de água (9165411)

No que diz respeito à minuta do contrato de produção de água a ser firmado *por meio de contratação direta*, com o espeque no art. 10-A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, entre o Estado do Rio de Janeiro e a CEDAE, mostra-se indispensável, antes da análise das diversas cláusulas do ajuste, uma consideração de ordem geral.

É que, tal como no caso do contrato de concessão, o Estado do Rio de Janeiro, ao contrário do que pode parecer pela leitura do documento, não é o Poder Concedente do referido serviço público de produção de água. E não o é pelo simples fato de que *não é o titular constitucional do serviço público de saneamento básico*.

Como se vê das alentadas razões lançadas por ocasião do **Parecer Conjunto ARCY/FAG nº 1/20**, o STF, por ocasião do julgamento da ADIn nº 1842/RJ, sacramentou a questão. Pedimos escusas para transcrever as palavras dos ilustres Procuradores:

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

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

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

O Estado do Rio de Janeiro definitivamente não é titular do serviço público de saneamento básico, mas sim a RMRJ e os respectivos municípios que não façam parte da Região Metropolitana.

O título jurídico⁴⁰ para a participação do Estado do Rio de Janeiro na presente avença, bem como no contrato de concessão, não é um *direito nativo seu*, mas uma *delegação de poderes* da parte da RMRJ que é operada via instrumentos de gestão associada:

“[c]onsiderando esse contexto, o projeto de desestatização dos serviços de saneamento básico elaborado pelo BNDES propôs uma modelagem pela qual haveria uma dupla delegação. Os titulares dos serviços de saneamento básico (RMRJ e municípios não metropolitanos) delegariam ao ERJ, via Convênios de Cooperação, as funções administrativas de organização e promoção da

⁴⁰ Sobre a noção de título jurídico, cf. HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 140 e segs.

licitação dos serviços e de celebração, em nome dos titulares, dos contratos de delegação dos serviços e outros coligados (e.g.: contratos com instituições financeiras). E, passo seguinte, o ERJ licitaria e, em nome dos titulares, assinaria os ajustes para fins de delegação da prestação dos serviços à CEDAE e às concessionárias privadas. Ademais, o ERJ celebraria os contratos coligados, com fulcro nos poderes que lhe foram mandatados”. (grifou-se)

O Estado do Rio de Janeiro atua no presente contrato coligado de produção de água, não como titular do serviço público de saneamento básico, mas como *mandatário da RMRJ*, mandato este que se estabeleceu em função de convênio de cooperação e contrato de gerenciamento.

Diante dessa realidade, é preciso que a minuta do contrato de produção de água seja revisada e ajustada, em sua inteireza, para refletir a verdadeira posição do Estado do Rio de Janeiro. Trata-se de deixar claro que todos os direitos, poderes, faculdades, posições jurídicas, ônus e obrigações que o Estado do Rio de Janeiro exerça ou assuma, ele o faz, não em nome próprio, mas *em nome de terceiro*, ou seja, como *mandatário da RMRJ e dos respectivos municípios*. É a cautela sugerida pelo já mencionado **Parecer Conjunto ARCY/FAG nº 1/20**:

“[r]essalta-se, no entanto, que a delegação de competências, via instrumento de gestão associada, na forma do art. 241, da CRFB, não pode ser tão abrangente a ponto de caracterizar uma renúncia velada (ou delegação “em branco”). No caso da RMRJ, o STF foi ainda mais enfático, na ADI no 1.842/RJ, ao invalidar o modelo anterior de Região Metropolitana que concentrava poderes no Estado do Rio de Janeiro.

(...)

No Parecer no 09/2019 ARCY/PG-17, embora se tenha concluído pela viabilidade jurídica, em abstrato, dessa delegação de atribuições, foram alertados os riscos jurídicos de uma delegação tão ampla de poderes ao Estado do Rio de Janeiro, atentando-se à possibilidade de o Estado ser colocado em posição incompatível com a determinada pelo STF. Assim, foi sugerido que os próprios titulares figurassem como signatários dos contratos, ao invés do ERJ, que se limitaria ao papel de mandatário sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços: (...).” (grifou-se).

Para que sejam evitados questionamentos quanto à amplitude delegação e, mais do que isso, para que seja afastada a alegação de indevida renúncia de poderes e atribuições por parte da RMRJ e dos Municípios, sugere-se que seja adotado neste contrato de produção de água a mesma cautela sugerida pelos aludidos Procuradores quanto ao contrato de concessão:

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

Pois bem, feitas essas considerações de ordem geral, passa-se à breve análise das cláusulas e subcláusulas da minuta do contrato de produção de água.

A **Subcláusula 2.4** trata das prerrogativas do Estado, no que se poderia dizer um regime de direito público. São as conhecidas cláusulas exorbitantes.

Entretanto, na medida em que se trata de contrato coligado que gera impactos em outros negócios jurídicos relativos à cadeia do serviço público de saneamento básico, mostra-se conveniente que o exercício dessas prerrogativas seja sempre submetido ao prévio assentimento da Agência Reguladora – AGENERSA – ou que, ao menos, o órgão regulador seja comunicado a respeito de uma dessas medidas exorbitantes.

A medida mostra-se pertinente: cabe à Agência Reguladora prover ao ajuste dos diversos feixes de interesse em jogo na prestação do serviço de saneamento básico. Qualquer atitude que impacte o contrato de produção de água tem grande probabilidade de refletir, com maior força ainda, no contrato de concessão. Cabe à Agência Reguladora exercer o papel coordenação regulatória dos vários interesses e do exercício das diversas prerrogativas atribuídas às respectivas partes.

A **Cláusula 7** trata da vigência e autoriza a prorrogação do contrato, de modo que haja coincidência com o contrato de concessão, realidade esta que mostra a relação de *acessoriedade* do presente ajuste relativamente à concessão da atividade de distribuição de água e coleta de esgoto.⁴¹

Entretanto, cotejando-se especificamente a cláusula 7 do contrato de concessão, não se infere tratamento harmônico. Vejam-se as referidas cláusulas:

Contrato de Concessão:

7. VIGÊNCIA DA CONCESSÃO

7.1 A vigência deste CONTRATO compreende o somatório do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA e do prazo de 35 (trinta e cinco) anos de OPERAÇÃO DO SISTEMA, que se inicia a partir da emissão do TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA.

7.2 O prazo de vigência deste CONTRATO, previsto na subcláusula 0, somente poderá ser prorrogado para readequação do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO.

Contrato de Produção de Água:

7. VIGÊNCIA

7.1. A vigência deste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA será de 35 (trinta e cinco) anos, a contar do início da OPERAÇÃO DO SISTEMA pela(s) CONCESSIONÁRIA(S).

7.2. O prazo de vigência deste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA poderá ser prorrogado, para que haja coincidência com o prazo de vigência do(s) CONTRATO(S) DE CONCESSÃO.

⁴¹ Dizer que o presente contrato é acessório não implica em diminuir sua importância. Na verdade, a produção de água é de capital importância: a água é o insumo básico de todo o serviço de saneamento básico. No entanto, há de se reconhecer que a atividade central aqui é a entrega da água na residência e no estabelecimento do consumidor. Todas as demais atividades, ou melhor, todas as atividades que antecedem essa última são instrumentais, são meios para a finalidade precípua que é entregar água que atenda os padrões estabelecidos de potabilidade para as pessoas e comunidades locais. E essa finalidade é de transcendental importância.

7.3. O prazo de vigência previsto na cláusula 00, poderá ser prorrogado para readequação do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA ou para as hipóteses de extensão de prazo, previstas neste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA e na legislação.

As subcláusulas 7.2. do contrato de concessão e 7.3. do contrato de produção de água referem-se ao fenômeno da dilação ou extensão contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, recomendando-se o ajuste redacional, nos moldes já sugeridos do competente parecer que analisou a minuta de concessão. Chama a atenção, então, a dicção prevista no item 7.2 do contrato de produção de água. A princípio, havendo fixação do prazo contratual das duas avenças em 35 anos, não se vislumbra a necessidade de tal subcláusula, sugerindo-se, para fins de harmonização com o contrato de concessão, seja essa previsão suprimida ou justificada.

A **Cláusula 9** trata da questão da afetação dos bens ao serviço público de produção de água. O critério utilizado, não é de tipo subjetivo, no sentido de que todos os bens da CEDAE seriam afetados ao serviço e, por conseguinte, passíveis de reversibilidade, mas sim um de tipo finalístico: bens afetos, ou vinculados, ao serviço são os bens “necessários à prestação dos serviços upstream”.

Os bens ditos privados, ao contrário, são aqueles que, pertencendo à CEDAE, não estão diretamente ligados à prestação do serviço, ou seja, são os bens não diretamente instrumentais à realização da produção de água. A subcláusula 9.3 os exemplifica como sendo “instalações comerciais e administrativas da CEDAE, tais como escritórios, lojas, depósitos, almoxarifados e pátios de equipamentos”.

Da leitura da **Cláusula 10**, verificamos que não há definição dos valores dos investimentos necessários para o atingimento das metas do contrato, o que parece inviabilizar a definição a equação econômico-financeiro do contrato, referido na **Cláusula 20**, especialmente a **Cláusula 20.9**, que será base para o reequilíbrio contratual, o que deve ser avaliado.⁴²

Note-se que segundo a **Cláusula 10.4** do Contrato, a obrigação da CEDAE é referente ao volume de água a ser fornecido, conforme o aumento da demanda e as **Cláusulas 10.5 e 10.6** delegam à CEDAE a definição do cronograma de investimentos.

Recomenda-se o detalhamento das intervenções necessárias para o incremento da capacidade de produção e a segurança hídrica na Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, bem como das intervenções ambientais a cargo da CEDAE que devam melhorar a qualidade da água captada, o que deverá ser considerado na equação econômico-financeira do contrato.

Sugere-se também que fique expressa a responsabilidade da CEDAE pelo cumprimento de decisões judiciais e obrigações assumidas por ela própria, em Termos de Ajustamento de Conduta com órgãos de controle ou outros instrumentos juridicamente vinculantes, referentes a intervenções em infraestruturas abrangidas pelo objeto do contrato de produção de água que continuarão a ser operadas pela CEDAE – *upstream* –, considerando-se tais intervenções na equação econômico-financeira do contrato.

As responsabilidades por intervenções relativas às operações *downstream* que sejam atribuídas aos concessionários privados deverão ser especificadas nos cadernos de encargos anexos às minutas dos contratos de concessão. Aliás, nada obstante não ser objeto específico desse parecer, recomenda-se seja avaliada naquele contrato a forma de disciplina da relação entabulada nesse tocante, cabendo ao gestor decidir se a mera especificação no caderno de encargos esgota o ponto, ou, se alternativamente, parece necessário acrescer o instrumento de modo mais minudente.

⁴² Por meio do Ofício nº 905/2020 - GAP/SGE/2020 (DOC SEI 7275458), o Tribunal de Contas do Estado solicitou projeções financeiras referentes à concessão. Apesar de o Tribunal não ter mencionado expressamente a relação contratual entre Estado e CEDAE, entendemos que as mesmas informações são importantes, *mutatis mutandis*, para a projeção da equação econômico-financeira do contrato de produção de água a ser firmado com a CEDAE.

Em relação às **Cláusulas 11.1 e 16.2.16**, que se referem à contratação de terceiros pela CEDAE, recomenda-se ajuste na redação, para esclarecer que tal subcontratação pode ocorrer em relação a atividades acessórias do serviço de produção de água, mas não em relação ao núcleo o serviço público de produção de água.⁴³ Em contratos de delegação de serviços públicos, o Poder Concedente deve ter segurança em relação à habilitação técnica do concessionário e/ou de seus executivos, para a prestação do serviço, não sendo cabível uma subconcessão total do serviço. Tendo em conta a publicação da Lei nº 14.026/2020, recomenda-se a adaptação das referidas Cláusulas ao disposto no artigo 11-A da Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020⁴⁴.

Na **Cláusula 11.4**, que se refere a contratos celebrados entre a CEDAE e terceiros, recomenda-se substituir a referência a “*normas de direito privado*” por “*normas relativas aos contratos de empresas estatais, conforme o artigo 68 da Lei 13.303/2016*”. A substituição não altera o regime de contratação, mas entendemos importante manter a referência direta ao diploma legal que rege as contratações das empresas estatais, em especial ao referido artigo 68 que dispõe que “*os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado*”.

Nas **Cláusulas 12.2 e 12.2.1 e 16.2.18**, sugere-se especificar que a cessão de recebíveis do fornecimento de água é admitida apenas para financiar *investimentos* nos ativos vinculados à prestação do serviço (CAPEX), de forma a evitar que os fluxos futuros da operação sejam cedidos para o pagamento de despesas correntes (OPEX).

A **Cláusula 13** trata da regulação e fiscalização do contrato de produção de água. As disposições que chamam a atenção são as seguintes:

“13.1. Em atendimento aos princípios de independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira, transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões, compete à AGÊNCIA REGULADORA

⁴³ Com relação à inviabilidade de subcontratação total do serviço público de saneamento, já se manifestou esta PGE por meio do Parecer nº 02/2020-GUB. A consulta objeto do parecer era sobre a possibilidade de comprovação da habilitação técnica de empresas licitantes por meio da apresentação de atestados de empresas subcontratadas. Entretanto, a distinção das hipóteses não afasta a necessidade de aplicação dos mesmos fundamentos em relação à subcontratação no contrato de produção de água celebrado com a CEDAE.

⁴⁴ Nota-se que o artigo 11-A da Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020 dispõe: “*Art. 11-A. Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato.*(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 1º *A subdelegação fica condicionada à comprovação técnica, por parte do prestador de serviços, do benefício em termos de eficiência e qualidade dos serviços públicos de saneamento básico. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)*

§ 2º *Os contratos de subdelegação disporão sobre os limites da sub-rogação de direitos e obrigações do prestador de serviços pelo subdelegatário e observarão, no que couber, o disposto no § 2º do art. 11 desta Lei, bem como serão precedidos de procedimento licitatório. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)*

§ 3º *Para a observância do princípio da modicidade tarifária aos usuários e aos consumidores, na forma da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ficam vedadas subconcessões ou subdelegações que impliquem sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)*

§ 4º *Os Municípios com estudos para concessões ou parcerias público-privadas em curso, pertencentes a uma região metropolitana, podem dar seguimento ao processo e efetivar a contratação respectiva, mesmo se ultrapassado o limite previsto no **caput** deste artigo, desde que tenham o contrato assinado em até 1 (um)ano. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)*

§ 5º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) § 6º *Para fins de aferição do limite previsto no **caput** deste artigo, o critério para definição do valor do contrato do subdelegatário deverá ser o mesmo utilizado para definição do valor do contrato do prestador do serviço. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)*

§ 7º *Caso o contrato do prestador do serviço não tenha valor de contrato, o faturamento anual projetado para o subdelegatário não poderá ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) do faturamento anual projetado para o prestador do serviço. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)*

a regulação, controle e fiscalização deste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, durante todo o seu prazo de vigência, em conformidade com a legislação vigente, cabendo-lhe especialmente:

(...)

13.1.3. receber, apurar e solucionar as queixas e reclamações apresentadas pela(s) CONCESSIONÁRIA(S) relativas à prestação deficiente dos SERVIÇOS UPSTREAM;

13.1.4. compor conflitos entre a CEDAE, o ESTADO, a(s) CONCESSIONÁRIA(s) e os USUÁRIOS, sem prejuízo da previsão constante das Cláusulas 32 e 33.

(...)”.

Não há nenhuma atribuição específica da AGENERSA quanto à prevenção e repressão de práticas discriminatórias e tratamento privilegiado por parte da CEDAE. “Compor conflitos” é disposição por demais genérica, pelo que se recomenda maior especificidade. Seria de se esperar uma disciplina mais exaustiva e detalhada quanto às atribuições da Agência Reguladora, especialmente no que se relaciona com o seu relevante papel de coordenar os interesses dos serviços *upstream* e *downstream*.

As **Cláusulas 16.2.34 e 16.2.35** preveem a obrigação de contratação pela CEDAE de seguros com coberturas inclusive para eventos considerados casos fortuitos e força maior. Recomenda-se definir quais são esses seguros a cobertura a ser conferida, de forma a evitar controvérsias futuras, pois é sabido que nem todos os eventos indesejados são seguráveis, por falta de oferta no mercado ou inviabilidade financeira. Essa definição é importante inclusive para a composição e proteção da equação econômico-financeira do contrato.

A **Cláusula 16.2.37** refere-se à Portaria do Ministério da Saúde sobre a qualidade da água para consumo humano. É importante que no momento da celebração do contrato se verifique se a referida portaria ainda se encontra em vigor, bem como eu se preveja que as normas que porventura venham a substituir a portaria deverão ser observadas, inclusive se haverá ou não direito a reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência da alteração dos padrões de qualidade exigidos para a água a ser produzida.

A **Cláusula 17.1** define que a remuneração da CEDAE é a estabelecida nos contratos de *interdependência*, o que nos parece uma referência adequada, dado que as concessionárias privadas que efetuarão os pagamentos à CEDAE pela água produzida.

As **Cláusulas 17.5.1, 17.5.2 e 17.5.3** dispõem sobre índices de qualidade e continuidade da água, questões técnicas de grande relevância, mas que não podem ser objeto de manifestação jurídica, recomendando-se neste opinamento jurídico que sejam tratadas em parecer técnico específico, com justificativa dos índices previstos.

Especialmente em relação ao disposto na **Cláusula 17.5.2**, que dispõe que “o índice de qualidade da água visa a mensurar o padrão de potabilidade da água dos SERVIÇOS UPSTREAM a ser fornecido às CONCESSIONÁRIAS” e que “o nível de serviço definido como meta é de 90% de atendimento no período de 12 (doze) meses”, deve ser apresentado o fundamento para o estabelecimento dessa meta, bem como em que prazo o nível de serviço deverá alcançar índice de 100%, ou próximo de 100%, já que a potabilidade da água é relacionada à saúde da população, com todos os consectários jurídico-constitucionais decorrentes.

No que toca com a **Cláusula 18**, que trata da revisão extraordinária, a previsão faria mais sentido no bojo do contrato de interdependência, haja vista que é ali, e não no contrato de produção de água, que é definido o preço a ser cobrado pela produção e fornecimento de água. Seja como for, o importante

é que todos os *stakeholders*, em especial a Concessionária que será impactada por uma eventual revisão extraordinária, sejam chamados a se manifestar no competente processo regulatório instaurado com esse fim.

A **Subcláusula 19.3** traz importante disposição distinguindo alocação de riscos de reequilíbrio econômico-financeiro e determinando, além disso, que qualquer recomposição de equilíbrio econômico-financeiro não importaria em alteração da matriz de riscos originalmente fixada entre as partes.

Na **Cláusula 20.9**, deve ser definido o *spread* sobre a NTN-B, que constituirá a remuneração da CEDAE, e deverá ser compatível com os riscos assumidos no negócio e o custo de capital tecnicamente adequado da atividade objeto do contrato. Trata-se também de questão técnica de grande relevância, mas que não pode ser objeto de manifestação jurídica, recomendando-se neste opimento jurídico que sejam tratadas em parecer técnico específico.

Com relação à **Cláusula 20.12.**, deve ser justificado porque o aumento do valor real da água não gera reequilíbrio em favor do Estado. Trata-se também de questão técnica de grande relevância, mas que não pode ser objeto de manifestação jurídica, recomendando-se, da mesma forma que indicado anteriormente, sejam tratadas em pronunciamento técnico específico.

Como observação geral, nota-se que a definição dos diversos aspectos financeiros do contrato de produção de água, apesar de não serem matéria jurídica, são fundamentais para a operacionalização de um dos principais institutos jurídicos dos contratos de delegação de serviços públicos, que é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Esses aspectos devem ser tratados em parecer técnico específico.

A definição precisa de uma equação econômico-financeira para o contrato de produção e água viabilizará a manutenção da fundamental equitatividade do contrato, em atenção à Lei nº 13.303/2016, a preservação da solidez financeira da CEDAE, com vistas ao seu programa de investimentos, bem como a segurança do Estado com relação a critérios para eventual reequilíbrio econômico-financeiro.

Em caso de uma eventual e futura privatização da CEDAE e concomitante licitação da concessão do serviço de produção de água, com a anuência da Região Metropolitana, uma segura equação econômico-financeira do *contrato de programa* preservará a continuidade dos parâmetros de regulação pela AGENERSA, a serem observados pela companhia, viabilizando uma substituição suave do *contrato de programa* por um *contrato de concessão*, tudo com vistas a preservar o valor da companhia e maximizar os benefícios do Poder Público em uma eventual futura privatização.

Em relação aos bens reversíveis não amortizados, alguns breves comentários se fazem necessários.

A previsão de indenização relativa a bens reversíveis não amortizados opera como forma de garantia mínima ao particular investidor. Essa garantia deve ser lida, contudo, de forma contextual: dentro das previsões contratuais e dentro da forma como se deu a execução contratual.

A **subcláusula 23.3** prevê que a amortização em relação aos bens reversíveis deverá ser realizada durante a vigência do contrato de concessão. Essa é a situação ideal. O contrato de concessão pressupõe que a amortização se dará durante o prazo contratual.

Não tendo sido tais bens devidamente amortizados, a **subcláusula 23.2** determina que a Agência Reguladora setorial deverá, no prazo de 180 dias anteriores ao advento do termo contratual, proceder às avaliações necessárias para a determinação do montante a ser indenizado.

É de se notar que a lógica da indenização por bens reversíveis não amortizados somente faz sentido diante da extinção do contrato antes de seu termo ou em razão de fatos que perturbem a execução prevista no momento inicial do contrato.

As **cláusulas 25.7 e 28.2** corroboram com esse entendimento, prevendo a indenização para casos de: (i) caducidade; e (ii) extinção da CEDAE. Refletem o caráter **excepcional** da indenização, que não

deve ser vista como uma obrigação *ex ante* indenizatória devida pelo Estado. Essa parece ser a leitura mais correta do art. 36 da lei nº 8.987/95.

É preciso que se verifique **o porquê e o quanto, para, após essas etapas, se proceder à indenização**, recomendando-se seja avaliado se é possível alterar o contrato para prever que parâmetros orientarão a atuação da agência reguladora, mitigando o risco de insegurança jurídica ante uma demasiada amplitude discricionária.

É importante ressaltar que, em sendo a Região Metropolitana a titular do serviço público de produção de água, mesmo estando representada pelo Estado por força dos instrumentos de gestão associada, é aconselhável que a mesma seja incluída como parte no contrato, para conferir maior segurança jurídica à avença.

Por fim, alerte-se para que haja o cuidado de submeter a presente minuta ora em apreciação ao crivo prévio e formal da AGENERSA, CEDAE e REGIÃO METROPOLITANA (se incluída como signatária do contrato), bem como recomendada a observância de manifestações prévia dos órgãos de controle (TCE, MPE e MPF) que instauraram procedimentos para o acompanhamento do procedimento de desestatização dos serviços de saneamento no Estado do Rio de Janeiro.

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

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

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

3. CONCLUSÕES

Após o exame dos aspectos legais e contratuais entendidos por pertinentes no bojo do presente exame, que tratou do contrato de produção de água – etapa *upstream* – do Projeto de Universalização do Saneamento Básico do Rio de Janeiro proposto na modelagem idealizada pelo Consórcio/BNDES, fazemos uma breve recapitulação das questões aqui tratadas e que merecem reparo na instrução e maior robustez nas justificativas por parte da área técnica:

- i. O legislador optou por uma espécie de regra de transição, permitindo a manutenção das outorgas de produção de água atualmente existentes. Trata-se de, num primeiro momento, preservar a continuidade do serviço para, em seguida, partir-se para a plena assimilação dessa atividade ao regime de concessões e permissões da Lei nº 8.987/1995;
- ii. Deve ser promovida a juntada da documentação que comprove que a CEDAE é detentora da outorga para a captação de água com vistas ao abastecimento dos Municípios da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, que resta ausente no presente processo administrativo;
- iii. a discriminação de modelos de titularidade das outorgas de recursos hídricos deverá constar do ato inaugural previsto no art. 5º, da Lei 8.987/95, com a referida motivação suficiente, lastreada em estudo técnico comprobatório da existência de vantajosidade da celebração do contrato de “produção de água” com a CEDAE;

- iv. A autorização do §2º, do artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, para a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos (CEDAE), não obriga o Poder Concedente a manter o serviço com a CEDAE. O Poder Concedente pode optar, em tese, por licitar o serviço público de produção de água na Região Metropolitana, ainda que segregado do serviço de distribuição de água e coleta e tratamento de esgoto, conforme a modelagem upstream/downstream proposta pelo Consórcio/BNDES;
- v. No entanto, tem-se, *in casu*, hipótese de contratação direta por dispensa de licitação, fora do rol do art. 24, da Lei nº 8666/93, na qual o legislador considerou que tal mecanismo pode ser o mais propício para atingir as finalidades pretendidas pelo novo marco legal do saneamento, na forma do art. 10-A, § 2º da Lei 11.445/2007, alterada pela Lei nº 14.026/2020;
- vi. Sobre as hipóteses de dispensa de licitação criadas pelo legislador, como a contratação para a produção de água com a CEDAE, vale dizer que não são uma imposição à Administração Pública, mas uma possibilidade, condicionada ao atendimento dos requisitos natureza operacional e financeira – constantes do artigo 26 da Lei nº 8.666/93 –, além de robusta justificativa que alicerce a opção feita, o que deve ser apresentado nos autos;
- vii. Com vistas à decisão do Administrador Público sobre a celebração do Contrato de Produção de Água com a CEDAE, proposto na modelagem do Consórcio BNDES, a razão da escolha do fornecedor ou executante (inciso II) e a justificativa do preço (inciso III) ao art. 26 da Lei nº 8666/93 mostram-se como requisitos imprescindíveis;
- viii. O Estado deve justificar a opção pela adoção da modelagem proposta pelo BNDES, de contratação direta com a CEDAE, com base em outros aspectos relevantes à tomada de decisão, tais como, em tese: (i) a garantia de segurança hídrica; (ii) a inviabilidade de, em curto prazo, um prestador privado assumir a operação de sistemas de captação e tratamento de água grandes e complexos; (iii) a conveniência da reestruturação operacional da CEDAE, com vistas à sua valorização, com a opção de futura privatização, dentre outros. Esses são apenas exemplos de justificativas cuja procedência deverá ser verificada por profissionais habilitados, não tendo os subscritores deste parecer expertise, nem atribuição para essa avaliação;
- ix. É necessário apresentar a motivação para a opção pela celebração do contrato de produção de água com a CEDAE com dispensa de licitação (art. 10, A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020), conforme modelagem proposta pelo BNDES, ao invés da licitação desse serviço, atendendo ao requisito estabelecido no art. 26, § único, II da Lei nº 8.666/93;
- x. Muito embora o referido dispositivo seja o fundamento mais adequado da contratação direta pretendida, afigura-se também possível seja a celebração do contrato de produção de água justificada com base no art. 24, VIII, da Lei no 8.666/93, com base nas razões expostas neste parecer;
- xi. Ainda que se entenda que o art. 24, VIII, da Lei no 8.666/93 não autoriza a contratação de empresa pública ou sociedade de economia mista controlada por outro ente federativo, não se pode perder de vista que o Estado compõe a Região Metropolitana, o que pode, em tese, justificar a aplicação da hipótese de contratação direta por dispensa da CEDAE pela RMRJ. Neste caso, chama-se a atenção para a necessidade de observância de que o preço praticado seja compatível com o preço praticado no mercado;
- xii. Deve constar do processo administrativo justificativa do preço relativa a fatores econômicos próprios da economia interna relativa à prestação do serviço a ser contratado junto à CEDAE, que se debruce sobre os elementos constantes da relação entre o produtor de água (CEDAE) e as concessionárias privadas adquirentes da água tratada, fornecedoras aos usuários finais do serviço;
- xiii. Recomenda-se que o Estado avalie a equação financeira da modelagem proposta pelo Consórcio/BNDES, quanto aos seguintes aspectos financeiros: (i) montante de recursos que a CEDAE deverá investir na infraestrutura do serviço, conforme estipulado no contrato de produção de água, (ii) receita projetada para a CEDAE, para que tenha uma estrutura de custos eficiente, tal qual outros prestadores de serviço nesse mercado, obtendo lucro compatível com

- o mercado e (iii) preço cobrado das concessionárias privadas pela venda de água tratada, que será repassado aos usuários finais;
- xiv. Recomenda-se sejam ajustadas as cláusulas contratuais da minuta em análise do contrato de produção de água em consonância com a minuta do contrato de concessão, conforme considerações constantes do tópico II.3 deste parecer. É importante que haja uma visão integrada e sistêmica dos contratos existentes na modelagem idealizada pelo Consórcio/BNDES, os quais devem estar harmonicamente integrados;
- xv. No que concerne à minuta (9165411), sejam ajustadas s/ou apresentadas justificativas técnicas quanto à redação das cláusulas contratuais mencionadas no tópico II.4 deste parecer, em especial: Cláusula 2.4, Cláusula 5.1, Cláusula 7, Cláusula 10, Cláusulas 11.1 e 16.2.16, Cláusula 11.4, Cláusulas 12.2, 12.2.1 e 16.2.18, Cláusula 13, Cláusulas 16.2.34 e 16.2.35, Cláusula 16.2.37, Cláusulas 17.5.1, 17.5.2 e 17.5.3, Cláusula 17.5.2, Cláusula 18, Cláusula 20.9 e Cláusula 20.12;
- xvi. Recomenda-se o detalhamento das intervenções necessárias para o incremento da capacidade de produção e a segurança hídrica na Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, bem como das intervenções ambientais a cargo da CEDAE que devam melhorar a qualidade da água captada, o que deverá ser considerado na equação econômico-financeira do contato;
- xvii. Sugere-se também que fique expressa a responsabilidade da CEDAE pelo cumprimento de decisões judiciais e obrigações assumidas por Termos de Ajustamento de Conduta com órgãos de controle ou outros instrumentos juridicamente vinculantes, referentes a intervenções em infraestruturas abrangidas pelo objeto do contrato de produção de água que continuarão a ser operadas pela CEDAE – *upstream* –, considerando-se tais intervenções na equação econômico-financeira do contato. Recomenda-se também seja avaliada no contrato de concessão a forma de disciplina da relação entabulada nesse tocante, no que diz respeito ao segmento *downstream*, sendo recomendável, para além da especificação das obrigações nos cadernos de encargos das obrigações a serem assumidas pelas concessionárias, se é necessário estabelecer um regimento de divisão de responsabilidades com regras e procedimentos mais seguros. Tal cuidado pode evitar futuras divergências entre a CEDAE e as concessionárias privadas quanto à responsabilidade pelas intervenções necessárias nas infraestruturas de prestação de serviços públicos de saneamento;
- xviii. É aconselhável que a RMRJ seja incluída como parte no contrato, de modo a conferir maior segurança jurídica à avença, na medida em que se trata do titular do serviço público de produção de água, ainda que, no presente caso, representada pelo Estado por força dos instrumentos de gestão associada.

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

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

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

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

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

considerações e sugestões cabíveis, para posterior apreciação do Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado.

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK MARTINS
Procurador do Estado

HENRIQUE BASTOS ROCHA
Procurador do Estado

THIAGO CARDOSO ARAUJO
Procurador do Estado

PROC. SEI-120207/000707/2020

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado,

Na qualidade de integrantes do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020¹, encaminhamos o Parecer Conjunto nº 03/2020 - AHWM/HBR/TCA, de lavra dos i. Procuradores do Estado Augusto Henrique Werneck Martins, Henrique Bastos Rochas e Thiago Cardoso Araújo por meio do qual analisada, sob o ângulo estritamente jurídico, a minuta do Contrato de Produção de Água o qual tem como contratantes o Estado do Rio de Janeiro, representando a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro - RMRJ e os seus respectivos Municípios, e a CEDAE, com a interveniência da AGENERSA.

A leitura do citado pronunciamento indica que foram apreciadas as repercussões jurídicas que gravitam a contratação da CEDAE dentro da modelagem vinculada à produção de água, considerados os contornos técnicos conferidos ao processo em andamento de desestatização parcial da companhia.

O Parecer Conjunto nº 03/2020 AHWM/HBR/TCA foi submetido à análise pelo Grupo de Trabalho, que ao longo de reuniões (em regime de urgência), por intermédio dos seus Procuradores integrantes (que subscrevem a presente manifestação), realizaram profundo debate a respeito da temática em destaque.

O Grupo de Trabalho aprovou o pronunciamento, de modo todas as **conclusões do Parecer Conjunto nº 03/2020 AHWM/HBR/TCA foram integralmente chanceladas.**

É assim que, como feito em outras oportunidades, para evitar reproduções desnecessárias, faz-se especial referência aos itens didaticamente listados nas suas páginas finais, que veiculam não apenas as premissas jurídicas utilizadas pelos nobres pareceristas, mas também os aspectos mais relevantes do pronunciamento e recomendações para as instâncias políticas e técnicas diretamente responsáveis pela modelagem do projeto.

Insista-se que as conclusões finais, embora dotadas de inegável didática, não representam todos os pontos relevantes do pronunciamento, que **deverá ser lido e observado em sua integralidade pelas instâncias técnicas e políticas envolvidas.**

O Parecer Conjunto foi estruturado da seguinte forma: (i) noções introdutórias sobre o regime jurídico de produção de água, seguido da análise do (ii) instrumento jurídico proposto na modelagem apresentada pelo Consórcio BNDES, e seus diversos desdobramentos; o (iii) cotejo entre as minutas de Contrato de Concessão e de Produção de Água, das (iv) conclusões gerais e comentários específicos sobre cláusulas da minuta do instrumento em questão.

Apesar de integralmente acolhidas as considerações dos nobres pareceristas relativamente aos quatro pontos acima listados, a presente manifestação destacará os contornos jurídicos da possibilidade de contratação direta da CEDAE.

Nesse sentido, o Parecer Conjunto assenta que no caso específico que se está a analisar, o legislador optou por afastar o regime de licitação - ou mesmo de qualquer processo seletivo - no caso dos serviços de produção de água nos quais dá o fenômeno da cisão do serviço, ou seja, em que se tem estatal prestadora do serviço verticalizado. É hipótese de contratação direta por dispensa. Essa exceção está prevista no § 2º, do art. 10-A da Lei nº 11445/2007.

Na verdade, o legislador nacional a despeito da assimilação do serviço de saneamento ao regime das concessões e permissões, reconheceu que a solução mais eficiente à luz do interesse público, pode ser o afastamento da exigência de licitação e a consagração de um caso de contratação direta por dispensa.

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

Conforme bem reconhecem os nobres pareceristas, uma leitura cuidadosa do texto mostra que o legislador, no dispositivo em questão, não trata propriamente de contratos de programa, mas sim do próprio serviço público de produção de água. Assim, o legislador de fato criou uma faculdade para o respectivo Poder Concedente – que, repise-se, não é o Estado do Rio de Janeiro, mas a RMRJ e os respectivos Municípios – no sentido de permitir a esse último optar por dar continuidade à outorga de serviço público de produção de água atualmente existente em favor da CEDAE.

É o serviço público de produção de água que está em jogo aqui, e não apenas e tão somente a relação jurídica contratual entre a CEDAE e o Estado do Rio de Janeiro. E a opção legislativa, tal como se pode perceber do dispositivo, foi no sentido de permitir ao Poder Concedente contratar diretamente a prestação do serviço público de produção de água com a CEDAE - ou qualquer outra estatal detentora da outorga -, apenas exigindo a formalização dessa relação por meio de um instrumento adequado que, na espécie, é o contrato de produção de água.

O entendimento assentado no Parecer Conjunto - de que não se trata aqui de uma mera solução provisória com vistas à continuidade do serviço público de prestação de água, mas de contratação direta por meio de dispensa – se confirma com a leitura da parte final do dispositivo. O legislador, não somente autoriza a continuidade do serviço de produção de água com a CEDAE, atual outorgada, como, além disso, permite que essa última firme com o concessionário varejista de água “contrato de longo prazo”.

Diante da constatação dos nobres pareceristas, não se poderia reconhecer que o objetivo fundamental do legislador nesse dispositivo seria o de apenas viabilizar a manutenção provisória de uma situação precária. Se o legislador autoriza que a outorgada produtora de água celebre contratos de venda de água no atacado de longa duração, o que se tem vista não é a precariedade, mas, muito pelo contrário, a estabilidade, a permanência dessas relações.

Tem-se, portanto, hipótese de contratação direta por dispensa de licitação, na qual o legislador considerou tal mecanismo o mais propício a atingir as finalidades pretendidas pelo novo marco legal do saneamento (Lei nº 14.026/2020). Alternativamente, como reforço da hipótese de contratação direta com sustentação no Novo Marco Legal do Saneamento (principal fundamento), também se aponta a possibilidade de emprego do art. 24, VIII da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, o referido dispositivo da Lei nº 8666/1993 estipula a faculdade de contratação direta, por meio de dispensa, de entidade da Administração Pública controlada por outro ente federativo. No que diz respeito ao presente caso, a CEDAE – controlada pelo Estado - poderia ser contratada diretamente, para fins de produção de água, pela RMRJ. A principal condicionante específica para o exercício desse tipo de faculdade pelo Poder Público, em atendimento ao previsto no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8666/1993 seria que o “preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

Leva-se em consideração, ainda o fato de que o Estado faz parte da RMRJ que é a pessoa ou ente que irá contratar diretamente a CEDAE para fins de produção de água. Portanto, a se ver as coisas desse ponto de vista, mesmo uma exegese eventualmente mais restritiva do dispositivo seria atendida: o Estado compõe o ente regional contratante dos serviços da CEDAE.

De todo modo, reforçado que é o dispositivo do Novo Marco Legal do Saneamento que serve de principal embasamento para a contratação direta, os pareceristas apontam para a necessária observância do art. 26 da Lei nº 8.666/93, por meio do qual são fixados requisitos formais e procedimentais para as dispensas de licitação, ainda que previstas em microssistemas próprios.

É assim que o Parecer Conjunto sustenta que com vistas à decisão do Administrador Público sobre a celebração do Contrato de Produção de Água com a CEDAE, proposto na modelagem do Consórcio BNDES, deverá ser indicada a razão da escolha do fornecedor ou executante (inciso II) e apresentada justificativa do preço (incis III) ao art. 26 da Lei nº 8666/93, como requisitos imprescindíveis.

No tocante ao primeiro requisito o Estado deve justificar a opção pela adoção da modelagem proposta pelo BNDES, de contratação direta com a CEDAE, com base em outros aspectos relevantes à tomada de decisão, tais como, em tese: (i) a garantia de segurança hídrica; (ii) a inviabilidade de, em curto prazo, um prestador privado assumir a operação de sistemas de captação e tratamento de água grandes e complexos; (iii) a conveniência da reestruturação operacional da CEDAE, com vistas à sua valorização, com a opção de futura privatização, dentre outros. Esses são apenas exemplos de justificativas cuja procedência deverá ser verificada por profissionais habilitados, não tendo os subscritores deste parecer expertise, nem atribuição para essa avaliação.

É relevante que se apresente motivação para a opção pela celebração do contrato de produção de água com a CEDAE com dispensa de licitação (art. 10, A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020), conforme modelagem proposta pelo BNDES, ao invés da licitação desse serviço, atendendo ao requisito estabelecido no art. 26, § único, II da Lei nº 8.666/93.

Já para a demonstração do segundo requisito, os nobres pareceristas registram que deve constar do processo administrativo justificativa do preço relativa a fatores econômicos próprios da economia interna relativa à prestação do serviço a ser contratado junto à CEDAE, que se debruce sobre os elementos constantes da relação entre o produtor de água (CEDAE) e as concessionárias privadas adquirentes da água tratada, fornecedoras aos usuários finais do serviço.

No mais, recomenda-se que o Estado avalie a equação financeira da modelagem proposta pelo Consórcio/BNDES, quanto aos seguintes aspectos financeiros: (i) montante de recursos que a CEDAE deverá investir na infraestrutura do serviço, conforme estipulado no contrato de produção de água, (ii) receita projetada para a CEDAE, para que tenha uma estrutura de custos eficiente, tal qual outros prestadores de serviço nesse mercado, obtendo lucro compatível com o mercado e (iii) preço cobrado das concessionárias privadas pela venda de água tratada, que será repassado aos usuários finais;

Por fim, é importante observar que as questões financeiras inerentes à minuta de contrato de interdependência, ora apreciada, não podem ser analisadas e resolvidas por meio de opinamentos jurídicos, visto que os subscritores não têm qualificação técnica, nem atribuição funcional para análises de natureza financeira e operacional.

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

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

Feitos os apontamentos acima, o Grupo de Trabalho aprova o Parecer Conjunto nº 03/2020 – AHWM/HBR/TCA, no que reitera todas as demais conclusões e recomendações formalizadas no referido pronunciamento.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 9 de dezembro de 2020.

RODRIGO CRELIER ZAMBÃO DA SILVA

Procurador do Estado

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Procurador do Estado

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

NATHALIE CARVALHO GIORDANO MACEDO

Procuradora do Estado

VISTO

Visto. **Aprovo** o bem lançado Parecer Conjunto nº 03/2020 - AHWM/HBR/TCA, de lavra dos i. Procuradores do Estado Augusto Henrique Werneck Martins, Henrique Bastos Rochas e Thiago Cardoso Araújo por meio do qual analisada, sob o ângulo estritamente jurídico, a minuta do Contrato de Produção de Água o qual tem como contratantes o Estado do Rio de Janeiro, representando a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro - RMRJ e os seus respectivos Municípios, e a CEDAE, com a interveniência da AGENERSA.

Assim como fiz relativamente aos anteriores Pareceres Conjuntos submetidos ao Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020, destaco o acerto do pronunciamento que, de forma profunda e didática, sempre atento à relevância e complexidade do empreendimento, realizou minuciosa análise das repercussões jurídicas que gravitam o citado Contrato de Produção de Água, com especial destaque para a possibilidade de contratação direta da CEDAE.

Na oportunidade, para evitar repetições desnecessárias, **permito-me reforçar os aspectos devidamente destacados no pronunciamento oriundo do Grupo de Trabalho, sem prejuízo dos demais pontos veiculados Parecer Conjunto nº 03/2020 – AHWM/HBR/TCA.**

Nesse sentido, parece necessário reproduzir as principais conclusões do Parecer Conjunto, sem prejuízo do atendimento das demais recomendações extraídas da fundamentação do pronunciamento:

- i. O legislador optou por uma espécie de regra de transição, permitindo a manutenção das outorgas de produção de água atualmente existentes. Trata-se de, num primeiro momento, preservar a continuidade do serviço para, em seguida, partir-se para a plena assimilação dessa atividade ao regime de concessões e permissões da Lei nº 8.987/1995;
- ii. Deve ser promovida a juntada da documentação que comprove que a CEDAE é detentora da outorga para a captação de água com vistas ao abastecimento dos Municípios da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, que resta ausente no presente processo administrativo;
- iii. Recomendamos a edição de ato específico sobre as outorgas e sua futura transferência, ressalvada a continuidade do serviço público prestado na Região Metropolitana, a ser garantida pela preservação do sistema atual, com a celebração do contrato “de longa duração” para “produção de água”;
- iv. A autorização do §2º, do artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020, para a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos (CEDAE), não obriga o Poder Concedente a manter o serviço com a CEDAE. O Poder Concedente pode optar, em tese, por licitar o serviço público de produção de água na Região Metropolitana, ainda que segregado do serviço de distribuição de água e coleta e tratamento de esgoto, conforme a modelagem upstream/downstream proposta pelo Consórcio/BNDES;
- v. No entanto, tem-se, in casu, hipótese de contratação direta por dispensa de licitação, fora do rol do art. 24, da Lei nº 8666/93, na qual o legislador considerou tal mecanismo o mais propício a atingir as finalidades pretendidas pelo novo marco legal do saneamento, na forma do art. 10-A, § 2º da Lei 11.445/2007, alterada pela Lei nº 14.026/2020;
- vi. Sobre as hipóteses de dispensa de licitação criadas pelo legislador, como a contratação para a produção de água com a CEDAE, vale dizer que não são uma imposição à Administração Pública, mas uma possibilidade, condicionada a atendimento dos requisitos natureza operacional e financeira – constantes do artigo 26 da Lei nº 8.666/93 –, além de robusta justificativa que alicerce a opção feita, o que deve ser apresentado nos autos;
- vii. Com vistas à decisão do Administrador Público sobre a celebração do Contrato de Produção de Água com a CEDAE, proposto na modelagem do Consórcio BNDES, a razão da escolha do

- fornecedor ou executante (inciso II) e a justificativa do preço (inciso III) ao art. 26 da Lei nº 8666/93 mostram-se como requisitos imprescindíveis;
- viii. O Estado deve justificar a opção pela adoção da modelagem proposta pelo BNDES, de contratação direta com a CEDAE, com base em outros aspectos relevantes à tomada de decisão, tais como: (i) a garantia de segurança hídrica; (ii) a inviabilidade de, em curto prazo, um prestador privado assumir a operação de sistemas de captação e tratamento de água grandes e complexos; (iii) a conveniência da reestruturação operacional da CEDAE, com vistas à sua valorização, com a opção de futura privatização, dentre outros;
- ix. Convém apresentar a motivação para a opção pela celebração do contrato de produção de água com a CEDAE com dispensa de licitação (art. 10, A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, acrescido pela Lei nº 14.026/2020), conforme modelagem proposta pelo BNDES, ao invés da licitação desse serviço, atendendo ao requisito estabelecido no art. 26, § único, II da Lei nº 8.666/93;
- x. Deve constar do processo administrativo justificativa do preço relativa a fatores econômicos próprios da economia interna relativa à prestação do serviço a ser contratado junta a CEDAE, que se debruce sobre os elementos constantes da relação entre o produtor de água e os usuários do serviço;
- xi. Recomenda-se que o Estado avalie a equação financeira da modelagem proposta pelo Consórcio/BNDES, quanto aos seguintes aspectos financeiros: (i) montante de recursos que a CEDAE deverá investir na infraestrutura do serviço, conforme estipulado no contrato de produção de água, (ii) receita projetada para a CEDAE, para que tenha uma estrutura de custos eficiente, tal qual outros prestadores de serviço nesse mercado, obtendo lucro compatível com o mercado e (iii) preço cobrado das concessionárias privadas pela venda de água tratada, que será repassado aos usuários finais;
- xii. Sejam ajustadas as cláusulas contratuais da minuta em análise do contrato de produção de água em consonância com a minuta do contrato de concessão, conforme considerações constantes do tópico II.3 deste parecer. É importante que haja uma visão integrada e sistêmica dos contratos existentes na modelagem idealizada pelo Consórcio/BNDES, os quais devem estar harmonicamente integrados;
- xiii. No que concerne à minuta (9165411), sejam ajustadas s/ou apresentadas justificativas técnicas quanto à redação das cláusulas contratuais mencionadas no tópico II.4 deste parecer, em especial: Cláusula 2.4, Cláusula 5.1, Cláusula 7, Cláusula 10, Cláusulas 11.1 e 16.2.16, Cláusula 11.4, Cláusulas 12.2, 12.2.1 e 16.2.18, Cláusula 13, Cláusulas 16.2.34 e 16.2.35, Cláusula 16.2.37, Cláusulas 17.5.1, 17.5.2 e 17.5.3, Cláusula 17.5.2, Cláusula 18, Cláusula 20.9 e Cláusula 20.12;
- xiv. Recomenda-se o detalhamento das intervenções necessárias para o incremento da capacidade de produção e a segurança hídrica na Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, bem como das intervenções ambientais a cargo da CEDAE que devam melhorar a qualidade da água captada, o que deverá ser considerado na equação econômico-financeira do contato;
- xv. Sugere-se também que fique expressa a responsabilidade da CEDAE pelo cumprimento de decisões judiciais e obrigações assumidas por Termos de Ajustamento de Conduta com órgãos de controle ou outros instrumentos juridicamente vinculantes, referentes a intervenções em infraestruturas abrangidas pelo objeto do contrato de produção de água que continuarão a ser operadas pela CEDAE – upstream –, considerando-se tais intervenções na equação econômico-financeira do contato;
- xvi. É aconselhável que a RMRJ seja incluída como parte no contrato, de modo a conferir maior segurança jurídica à avença, na medida em que se trata do titular do serviço público de produção de água, ainda que, no presente caso, representada pelo Estado por força dos instrumentos de gestão associada;

Por fim, novamente não posso deixar de consignar que as referências do pronunciamento a questões de natureza financeira e orçamentária, inclusive eventualmente tomadas como premissas para o opinamento jurídico devem ser revisadas por profissionais habilitados para o exercício de atribuições relacionada a tais temas, antes da assinatura do instrumento.

De resto, me reporto às demais considerações ventiladas no Parecer Conjunto no Encaminhamento do Grupo de Trabalho.

À Secretaria de Estado da Casa Civil, em prosseguimento.

BRUNO DUBEUX
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO