

SEI-120228/000163/2021

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

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

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

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

-1-

Trata-se de consulta formulada pelo Instituto Rio Metrópole (IRM), por meio da CI IRM/DIRSMI SEI N°10 (doc. 18110039) e CI IRM/DIRPP SEI N°12 (doc. 18112310), indagando acerca da viabilidade jurídica das Concessionárias de saneamento básico contratarem diretamente as empresas especializadas na implantação e construção do Centro de Controle Operacional – CCO, a partir das referências técnicas previamente determinadas pelo Instituto Rio Metrópole – IRM.

A Diretoria de Saneamento Metropolitano Integrado do IRM aduz que existem **dificuldades técnico-burocráticas** para viabilizar certame licitatório, mesmo com o custeio sendo arcado pelas Concessionárias. Ainda que responsável pela gestão do CCO, indaga-se se o IRM poderia simplesmente **referenciar as contratações necessárias a serem efetivadas pelas concessionárias diretamente** (doc. SEI 18110039).

A Diretoria de Planejamento e Projetos ratifica o entendimento e conclui como necessária a contratação diretamente por parte das concessionárias, cabendo ao IRM referenciar tecnicamente o escopo das contratações necessárias à gestão e implantação futura do CCO, **considerando não encontrar meios de realizar o certame licitatório sem prévia disponibilidade orçamentária, já que o pagamento será custeado pelas concessionárias.**

A questão foi objeto de análise por meio do Parecer nº 13/2021/IRM/PROC, da lavra do Procurador do Estado **JOSÉ CARLOS TAVARES DE MORAES SARMENTO**, atualmente Procurador-Geral do Instituto Rio Metrópole (doc. 18915149), no qual concluiu **“ser viável que a contratação de empresas especializadas na implantação e construção do Centro de Controle Operacional - CCO se faça por meio das próprias Concessionárias”** (doc. SEI 18915149).

O parecerista apresentou, em síntese, os seguintes fundamentos: (i) a interpretação sistemática do Anexo X, em especial o art. 10, leva a crer que cabe ao Instituto Rio Metrópolea gestão do Sistema de Fornecimento de Água – SFA, inclusive a **gestão** do Sistema de Macro Adução de Água – SMA, a ser executado pelo CCO; (ii) interpretação do art. 15 do Anexo X, no sentido de que a implantação do CCO será integralmente custeada pelas Concessionárias; daí decorreria a conclusão de que nenhum recurso público seria empregada na construção, fornecimento de bens ou mesmo despesas operacionais, o que afastaria o regime das licitações; (iii) a previsão do §7º, do art. 15 do Anexo X, que permite a substituição, pelo IRM, das empresas responsáveis pelo CCO, sem paralelo com o art. 78 e seguintes da Lei 8.666/1993; (iv) como argumento final, afirma a ausência de reserva orçamentária, requisito para um eventual procedimento de licitação, previsto no art. 7º, §2º, III, da Lei 8.666/1993.

Esta é a história relevante do processo. Passo a opinar.

-2-

O Centro de Controle Operacional

Cabe um breve esclarecimento preliminar quanto ao Anexo X - Regramento do Sistema de Fornecimento de Água, objeto da presente consulta. **O referido Regramento é parte integrante do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020**, que teve por objeto a concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos municípios do Estado do Rio de Janeiro e, portanto, **deve ser lido em conjunto com todos os instrumentos contratuais que estruturam o projeto de concessão regionalizada**. Não pode e não deve ser interpretado isoladamente.

Como visto no relatório, a questão central a ser dirimida envolve a análise da implementação do **CCO para o Sistema de Macro Adução da Região Metropolitana (“CCO da Região Metropolitana”)**, referente à concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos municípios do Estado do Rio de Janeiro.

Essa é uma advertência importante, porque a leitura do Anexo IV (Caderno de Encargos) do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020 **revela a existência de dois CCOs diferentes na Concessão**: (i) o CCO a ser projetado e implementado pelas Concessionárias em cada Bloco (cláusula 6.7.1 do Caderno de Encargos)¹; e, (ii) o CCO da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (cláusula 6.7.2. do Caderno de Encargos)².

No que interessa especificamente a consulta formulada, a cláusula 6.7.2 do Caderno de Encargos indica que o CCO da Região Metropolitana se encontra detalhado no Anexo VI (Contrato de Interdependência) e no Anexo X (Regramento do Sistema de Fornecimento de Água do Contrato de Concessão).

¹ 6.7.1 CCOs para as localidades atendidas em cada bloco

A CONCESSIONÁRIA deverá projetar e implantar Centro de Controle Operacional (CCO) na quantidade factível com cada localidade operada, que possibilite a supervisão remota dos sistemas em operação, por intermédio da obtenção dos principais dados e grandezas por telemetria, da análise online em modelagens previamente desenvolvidas e a tomada de decisão e atuação remota em tempo real, via telecomando. (<http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos/grupo2/ANEXO-IV-Caderno-de-Encargos.pdf>. Acesso em 19/07/2021)

² 6.7.2 CCO para o sistema de macro adução da Região Metropolitana do Rio de Janeiro

Os procedimentos para implantação e regras de governança do CCO do Sistema de Macro Adução (SMA) da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ) encontram-se detalhados no Anexo VI – Contrato de Interdependência e Anexo X – Regramento do Sistema de Fornecimento de Água do Contrato de Concessão. (<http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos/grupo2/ANEXO-IV-Caderno-de-Encargos.pdf>. Acesso em 19/07/2021)

Fica claro, portanto, que o edital estabeleceu uma disciplina diferente quanto ao papel das concessionárias em cada um dos CCOs, também sendo possível perceber, de pronto, que as atribuições do CCO impactam não apenas o **contrato de concessão**, como também o **Contrato de Interdependência** (Anexo VI), celebrado entre a CEDAE e as Concessionárias, e o **Contrato de Produção de Água**, celebrado entre a CEDAE e o Estado, na qualidade de representante da Região Metropolitana.

Extraídas as primeiras conclusões a partir da leitura conjunta do edital e anexos (e não apenas do Anexo X isoladamente), importante compreender a relevantíssima função do CCO para o sistema de macro adução da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ).

O CCO é definido pelo artigo 2º do Anexo X como a “**unidade responsável pelo gerenciamento da operação de todo o Sistema de Macro Adução de Água Tratada da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ).**”

Trata-se de unidade essencial do Sistema de Fornecimento de Água (SFA) do Estado do Rio de Janeiro, que integra a estrutura de governança para relacionamento e complementação do contrato de concessão de prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água do Estado³.

O CCO desempenha **função relevantíssima** quanto à vazão de água nos macromedidores, segundo condições e limites estabelecidos pelo instrumento convocatório. O monitoramento de informações inclui a realização de medições e aferições técnicas da água fornecida pela CEDAE e de consumo de água pelas Concessionárias (art. 13, inciso I, do Anexo X). Além disso, o CCO subsidia a Agência Reguladora com informações acerca da quantidade e qualidade de água produzida e distribuída no âmbito dos Blocos que integram a Região Metropolitana (art. 13, inciso III, do Anexo X), promovendo o gerenciamento de toda a operação e a definição das diretrizes operacionais a serem seguidas pelas equipes de operação das Concessionárias (art. 13, IV, do Anexo X).

Nesse sentido, o CCO constitui importante instrumento de gestão do Sistema de Fornecimento de Água (SFA), bem como do Sistema de Macro Adução de Água Tratada (SMA), ambos dirigidos pelo Instituto Rio MetrÓpole – IRM⁴. As atribuições técnicas do CCO são enumeradas pelo art. 13 do Anexo X, nos seguintes termos:

Art. 13. O CCO terá as seguintes atribuições técnicas:

- I. Constituir um sistema integrado de informações acerca das medições técnicas relativas ao fornecimento pela CEDAE e ao consumo de água pelas CONCESSIONÁRIAS;*
- II. Prestar os serviços de aferição técnica dos dados de consumo, vazão e gestão do processo de quantificação de valores para a cobrança pela CEDAE e pagamento por cada CONCESSIONÁRIA do consumo mensal de água fornecida, nos termos estabelecidos neste instrumento;*
- III. Elaborar e encaminhar à AGÊNCIA REGULADORA, a cada mês, desde o início de sua operação, relatório contendo informações sobre a quantidade e a qualidade da água produzida e distribuída no âmbito dos BLOCOS que*

³ Nos termos do art. 1º do Anexo X do edital do contrato de concessão: “Art. 1º. Este regulamento estabelece a disciplina acerca do funcionamento do Sistema de Fornecimento de Água (SFA) associado à prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água do ESTADO, com vistas a delimitar responsabilidades e atribuições entre todos os integrantes do SFA e definir a estrutura de governança para o seu relacionamento, em complementação à regulação do CONTRATO e do respectivo EDITAL, do CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA e do ANEXO VI - CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA.”

⁴ Nos termos do art. 10 do Anexo X do edital do contrato de concessão: “Art. 10. O INSTITUTO RIO METRÓPOLE será o ente responsável pela gestão do SFA, compreendendo a gestão do SMA, por meio do CCO, o monitoramento e fornecimento de informações técnicas relevantes quanto à vazão de água nos macromedidores, segundo as condições e limites estabelecidos neste instrumento.”

integra a Região Metropolitana do Rio de Janeiro;

IV. Gerenciar toda a operação do SMA da RMRJ, que engloba a definição de diretrizes operacionais a serem seguidas pelas equipes de operação (i.e.: equipes volantes) das CONCESSIONÁRIAS, manutenção de modelo hidrodinâmico calibrado do SMA (i.e.: digital twin), o recebimento, processamento e interpretação de sinais e informações dos PMs e o controle operacional dos EMCs instalados ao longo das linhas do SMA, de forma a assegurar que os volumes e vazões planejadas pelas CONCESSIONÁRIAS ou que os limites impostos pela AGÊNCIA REGULADORA sejam atendidos.

Note-se que as atribuições do Centro de Controle Operacional (CCO) são fundamentais à adequada prestação do serviço de abastecimento de água potável no Estado do Rio de Janeiro. São atribuições eminentemente **técnicas**, que exigem *expertise* e **precisão na medição da quantidade e da qualidade da água fornecida**. O CCO também se presta a funções **diretivas**, já que todo o SMA da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro seguirá as diretrizes operacionais traçadas pelo Centro (art. 13, inciso IV, do Anexo X).

Definidas as atribuições do CCO da Região Metropolitana, é importante entender a disciplina para a sua implantação. A partir da leitura do art. 17 do Anexo X, vê-se que existem **4 (quatro) etapas de implementação do CCO**: (i) a modelagem; (ii) a elaboração de projetos básico e executivo; (iii) a realização das obras para construção; e, (iv) a fase de comissionamento.⁵

A leitura coordenada de todos os instrumentos contratuais revela a necessidade de uma **atuação integrada** entre CEDAE, Concessionárias e Instituto Rio Metrôpole (IRM) para a implementação do CCO da Região Metropolitana.

Explica-se: atualmente, a CEDAE é a detentora das informações e da estrutura técnica e operacional do Centro de Controle, eis que era a responsável, até então, por prestar os serviços parcialmente concedidos. É exatamente nesse sentido que o art. 22 do Anexo X⁶ determina que, durante o período de implantação do CCO, **o IRM proverá a gestão do sistema provisório de fornecimento de água**, valendo-se de instalações e estruturas fornecidas pela CEDAE.

Associada à atuação da CEDAE, e indicando a estruturação conjunta do CCO, o mesmo artigo do Anexo X determina que as Concessionárias disponibilizarão profissionais tecnicamente capacitados para compor os quadros necessários para a operação do sistema.

Trata-se de um **modelo de verdadeira cooperação técnica**, no qual IRM, CEDAE e as Concessionárias deverão atuar em conjunto para a melhor implementação do Centro de Controle Operacional. Essa participação dialógica faz sentido, considerando que a CEDAE e as Concessionárias possuem as informações técnicas necessárias para a estruturação do CCO, devendo atuar nos respectivos espaços de suas capacidades para melhor implementação do referido Centro de Controle Operacional.

Além disso, a implementação do CCO impacta em todos os agentes mencionados. **Impacta nos interesses da CEDAE**, seja porque continuará a prestar os serviços *upstream*, consistente na captação, adução e tratamento de água bruta, na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, na forma do Contrato de Produção de Água⁷, seja porque é responsável pelo fornecimento de água potável por atacado às

⁵ Art. 17. A implantação do CCO está dividida em quatro etapas: I. Modelagem; II. Projetos; III. Obras; e IV. Comissionamento.

⁶ Art. 22. Durante o período de implantação e até que se inicie o funcionamento definitivo do CCO, o INSTITUTIO RIO METRÓPOLE proverá a gestão do sistema provisório de fornecimento de água, valendo-se de instalações e estruturas fornecidas pela CEDAE para tanto, assim como da disponibilização de profissionais tecnicamente capacitados pelas CONCESSIONÁRIAS com vistas a compor os quadros necessários para a operação técnica do sistema.

⁷ “5. **OBJETO 5.1.** O presente CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA tem por objeto a exploração do SISTEMA UPSTREAM mediante a prestação dos serviços de captação de água bruta, adução de água bruta e tratamento de água, e

Concessionárias, na forma do Contrato de Interdependência (Anexo VI)⁸.

Importante mencionar que, por meio do Contrato de Produção de Água, a CEDAE está submetida ao atendimento de metas contratuais previstas nas cláusulas 17.5 e 17.6⁹.

De igual forma, o **CCO impacta, também, nos interesses das Concessionárias**, porque as informações angariadas pelas medições são essenciais para aferir o cumprimento das metas contratuais e de universalização do serviço. O atingimento de tais metas, segundo a modelagem do contrato, resulta em consequências para a remuneração das Concessionárias.

E, evidentemente, o CCO impacta diretamente no **interesse da sociedade e dos usuários da prestação do serviço de saneamento básico**, além da própria **Agência Reguladora**, que possui um papel de fiscalização da execução do contrato de concessão.

Esses **múltiplos interesses** poderão ser, por vezes, **conflitantes**. Tanto é verdade que o artigo 3º, inciso II, do Anexo X prevê como diretriz da governança do Sistema de Fornecimento de Água (SFA) a adoção da **arbitragem** como mecanismo de solução de conflitos envolvendo as relações decorrentes do SFA.

Também no artigo 4º, inciso IV, do Anexo X, menciona-se a priorização da resolução amigável de conflitos, como a **mediação**, no caso de surgimento de conflitos, controvérsias ou divergências, reforçando novamente o papel da **arbitragem** para solucionar conflitos entre quaisquer das Concessionárias que atuam na Região Metropolitana, a CEDAE e o Instituto Rio Metrópole, inclusive quanto à medição da quantidade de água produzida e/ou distribuída para os Blocos, nos termos do Contrato de Concessão (Anexo I) e do Contrato de Interdependência (Anexo VI).

Diante dessa variedade de interesses que, como mencionado, podem ser conflitantes, é possível supor a razão do Anexo X e do Anexo IV terem previsto uma **modelagem especial** para o CCO da Região Metropolitana: a circunstância de que o Instituto Rio Metrópole exerce papel fundamental e dotado de **neutralidade** para a melhor implementação do CCOe, consequentemente, de execução do contrato de concessão.

Essa foi a opção do Edital, inclusive em relação à implantação do CCO e à **responsabilidade** do IRM pela contratação da(s) empresa(s). Pela importância, confira-se o disposto no artigo 15 do Anexo X:

*Art. 15. O CCO será **implantado por empresa(s) ou entidade(s) capacitada(s), contratada(s) pelo Instituto Rio Metrópole, às expensas da Concessionárias, nos termos definidos neste instrumento.***

execução dos investimentos necessários à consecução desse objeto pela CEDAE, em regime de PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, com unicidade de regulação e compatibilidade de planejamento para todos os MUNICÍPIOS ATENDIDOS.”

⁸ “**3. DO OBJETO 3.1.** Este CONTRATO tem por objeto regular a relação de interdependência entre as PARTES, notadamente as obrigações e responsabilidades relativas à produção e ao fornecimento de água potável por atacado pela CEDAE à CONCESSIONÁRIA, nos MUNICÍPIOS ATENDIDOS, a partir do SISTEMA UPSTREAM.”

⁹ **17.5. A CEDAE se obriga, nos termos e condições estipulados neste CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, a cumprir as metas de atendimento adequado dos SERVIÇOS UPSTREAM.**

17.5.1 Compõem os indicadores das metas de atendimento adequado dos SERVIÇOS UPSTREAM: (...)

17.5.2 O índice de qualidade da água visa a mensurar o padrão de potabilidade da água dos SERVIÇOS UPSTREAM a ser fornecido às CONCESSIONÁRIAS. O nível de serviço definido como meta é de 90% de atendimento no período de 12 (doze) meses.

17.5.3 O índice de continuidade visa a mensurar a continuidade dos SERVIÇOS UPSTREAM às CONCESSIONÁRIAS, por meio dos relatórios emitidos pelo CENTRO DE CONTROLE E OPERAÇÃO DE DADOS DO SISTEMA. O nível de serviço definido como meta é de 98% de atendimento.

17.6. As metas de atendimento adequado de que trata a subcláusula acima serão regularmente aferidas pela AGÊNCIA REGULADORA através da verificação via inspeção em campo, dos registros da CEDAE e do CENTRO DE CONTROLE E OPERAÇÃO DE DADOS DO SISTEMA, dos relatórios de análises físico-químicas, bacteriológica, microbiológica em laboratório e em campo e dos registros de reclamações feitas pelas CONCESSIONÁRIAS.

§ 1º A(s) empresa(s) e/ou entidade(s) capacitada(s) contratada(s) pelo Instituto Rio Metrópole para implantação do CCO deverá (ão) possuir experiência técnica na execução de serviços semelhantes ou equivalentes e será (ão) remunerada(s) pelas Concessionárias pela prestação dos serviços referidos, fornecimento dos bens e execução das obras demandadas para a conclusão dos escopos referidos adiante.

§ 2 Os custos relativos à contratação referida no art. 15, relativos à implantação do CCO, assim como todos os custos inerentes ao seu funcionamento, compreendendo-se todos os custos e despesas operacionais incidentes, serão arcados exclusivamente pelas concessionárias, ficando cada concessionária responsável por custear ¼ (um quarto) do valor global resultante, ao longo de todo o período da Concessão.

§3º o Instituto Rio Metrópole arcará com o custeio de seus servidores e agentes eventualmente integrados na implantação e operação do CCO.

§4º A(s) empresa(s) e/ou entidade(s) contratada (s) para os fins do artigo 15 emitirá(ão) diretamente a cada uma das concessionárias a fatura correspondente ao pagamento de sua quota-parte relativamente aos serviços por si prestados, cabendo a cada uma das Concessionárias promover diretamente o respectivo pagamento

§ 5º A(s) empresa(s) e/ou entidade(s) contratada(s) para os fins do art. 15 deverá(ão) comunicar ao Instituto Rio Metrópole eventuais inadimplementos de qualquer concessionária relativamente ao pagamento de sua quota-parte.

§6º O inadimplemento da obrigação de pagamento de sua quota-parte sujeitará a Concessionária à aplicação das mesmas sanções previstas no contrato para a de descumprimento da distribuição definida do volume mínimo de água potável à Concessionária à jusante, a ser aplicada pela Agência Reguladora, no âmbito da relação jurídica da Concessão, nos termos da subcláusula 37.5.6 do Contrato.

§ 7º O Instituto Rio Metrópole poderá substituir qualquer uma das empresas ou entidades responsáveis pela implantação do CCO, desde que haja concordância da Cedae e das Concessionárias¹⁰.

Note-se que o dever de implementação e de contratação atribuído ao Instituto Rio Metrópole aparece em outros dispositivos do Anexo X, como no § 1º do artigo 18¹¹, no parágrafo único do artigo

¹⁰ O parágrafo 7º do art. 15 não autoriza concluir que o IRM pode desfazer o vínculo com as empresas que vierem a ser contratadas, com possibilidade de substituição do contratado. O referido dispositivo demanda interpretação conforme, já que admiti-la em seus próprios termos implicaria violação ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CRFB). Por outro lado, ainda que fosse viável a contratação entre concessionárias e particulares (do que não se cogita), em típica relação privada-privada, tal cláusula também não se sustentaria. Em qualquer dos dois cenários, tal cláusula importaria violação ao ato jurídico perfeito. No âmbito das relações privadas, a substituição da contratada demandaria pagamento de indenização à título de lucros cessantes, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do Poder Concedente. O mesmo ocorreria na presente relação contratual, sem que se possa escapar do dever de ressarcir a contratada pelos prejuízos incorridos na execução do objeto.

¹¹ “Art. 18. §1º A(s) empresa(s) ou entidade(s) contratada(s) pelo INSTITUTO RIO METRÓPOLE para o desenvolvimento da etapa de Modelagem da implantação do CCO deverá(ão), com colaboração das CONCESSIONÁRIAS e da CEDAE, que serão responsáveis por municiá-la de informações, concluir todas as atividades dessa etapa em até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da assinatura dos Contratos de Concessão, coincidindo-se com a data prevista para o término do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA da CONCESSÃO.”

19¹², no § 1º do artigo 20¹³. Não se trata de uma disciplina isolada, mas de uma **decisão deliberada** de atribuir ao IRM a **implementação do CCO** e não apenas sua **gestão**.

O edital adotou um **regime híbrido** no qual o IRM promove a contratação, mas com **recursos privados** das Concessionárias. Ora, qual a razão de o edital não ter adotado a solução alvitada na consulta, ou seja, a de atribuir diretamente às Concessionárias o dever de implantação do CCO? Tudo indica ter sido o fato da constatação da **multiplicidade de interesses potencialmente conflitantes** que gravitam em torno das funções do CCO e que, seguramente, impactarão nos contratos de produção de água e do contrato de interdependência. A possibilidade de conflito é evidente, tanto que o Anexo X se preocupou com a adoção da arbitragem e da mediação como métodos adequados para solucionar futuras controvérsias.

O ponto é relevante para afastar qualquer tipo de postura conservadora no sentido de que as Concessionárias não poderiam desenvolver adequadamente o CCO. Não é disso que se trata. Modernamente, tem sido muito comum a transferência da execução, inclusive de projetos, para o setor privado, afastando uma certa prepotência estatal acerca da definição unilateral do objeto.

É o que ocorre, por exemplo, em modelagens de concessão e parcerias público-privadas, contratação integrada e semi-integrada e o próprio diálogo competitivo, recentemente instituído pela Lei nº 14.133/21, quando o próprio licitante contribui para o desenvolvimento da solução a ser adotada. Tem sido cada vez mais comum concessionários e contratados assumirem a concepção de projetos e a sua implementação, o que se afigura como justificável, designadamente em contratações mais complexas e sofisticadas.

A questão aqui é diversa.

A **impossibilidade** de as Concessionárias assumirem a implementação do CCO decorre de **dois fatores relevantes**: (i) não foi essa a opção do Edital, que limitou a participação das concessionárias ao custeio do CCO; (ii) essa opção, ao que tudo indica, decorre da percepção de que não seria prudente atribuir às Concessionárias a implementação do CCO, quando presente o potencial conflito de interesses entre elas e entre elas e a própria CEDAE, com impactos que poderiam afetar os contratos de produção de água e de interdependência.

Daí a opção pela implementação e gestão ter sido delegada ao IRM, que figura como a autarquia competente para executar as decisões do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (cláusula 1.2.39 do Edital de Concessão¹⁴).

Também reforça essa conclusão o artigo 10 do Anexo X, quando explicita que compete ao IRM a gestão do Sistema de Fornecimento de Água (SFA) e Sistema de Macro Adução de Água Tratada (SMA), por meio do CCO¹⁵. O parágrafo primeiro do referido dispositivo é ainda mais claro,

¹² “Art. 19. A etapa de Projetos é composta pelas atividades de elaboração de projetos básicos e executivos de Pontos de Medição (PM), de Estruturas de Medição e Controle (EMC) e do próprio Centro de Controle Operacional (CCO).
Parágrafo único. **A(s) empresa(s) ou entidade(s) contratada(s) pelo INSTITUTO RIO METRÓPOLE para o desenvolvimento da etapa de Projetos da implantação do CCO deverá(ão) concluir todas as atividades da etapa de Projetos em até 180 (cento e oitenta) dias, contatos a partir da data prevista para o término do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA da CONCESSÃO.**”

¹³ “Art. 20. A etapa de Obras é composta pelas atividades de implantação do CCO e sistemas de telemetria, definidos previamente nas etapas de Modelagem e Projetos.

§1º. **Todas as atividades da etapa de Obras da implantação do CCO deverão ser executadas por empresas ou entidades especializadas contratadas pelo INSTITUTO RIO METRÓPOLE.**”

¹⁴ “1.2.39. INSTITUTO RIO METRÓPOLE: autarquia competente para executar as decisões do Conselho Deliberativo da REGIÃO METROPOLITANA do Rio de Janeiro, nos termos da Lei Complementar estadual nº 184/2018;”

¹⁵ Nos termos do art. 10 do Anexo X do Edital: “Art. 10. **O INSTITUTO RIO METRÓPOLE será o ente responsável pela gestão do SFA, compreendendo a gestão do SMA, por meio do CCO, o monitoramento e fornecimento de informações técnicas relevantes quanto à vazão de água nos macromedidores, segundo as condições e limites estabelecidos neste instrumento.**”

especificando a responsabilidade do IRM pela implantação plena do CCO¹⁶.

Como se não bastasse, o parágrafo segundo contempla uma **regra de transição**: enquanto não for implantado o CCO, compete ao IRM a gestão de um CCO provisório do SFA¹⁷. Se o próprio IRM promoverá a gestão de um **CCO provisório** até que seja ultimada a contratação de particular, como entender que a contratação para gestão definitiva do CCO não será liderada pelo IRM? Não há como, sob pena de subverter a máxima segundo a qual *maiori, ad minus*.

Outro aspecto merece atenção.

Com efeito, a elaboração de um edital de licitação pressupõe o exercício de opções discricionárias que foram, inclusive, amplamente debatidas com a sociedade, com os usuários e com os operadores econômicos. A partir do momento que a licitação é realizada, **aquela discricionariedade se transmuda em vinculação**, limitando as possibilidades de posteriores alterações. Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁸:

Uma vez realizadas as escolhas atinentes à licitação e ao contrato, exaure-se a discricionariedade, que deixa de ser invocável a partir de então – ou, mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita, como regra, a refazer toda a licitação, ressalvadas as hipóteses de inovações irrelevantes para a disputa.

A realização da licitação convolou a opção discricionária de atribuir ao IRM a implementação do CCO em decisão vinculada, que poderia ser alterada, eventualmente, em situações excepcionais que decorressem de **fatos supervenientes**. Como se verá no próximo item, não é esse o caso.

Uma **última observação** se faz, ainda, relevante para a exata compreensão do dever de implementação do CCO. O fato de o edital ter atribuído a responsabilidade ao IRM na contratação de terceiros não quer dizer que não possa e que não deva receber contribuições das Concessionárias, da CEDAE e da AGENERSA na definição dos seus aspectos essenciais. Todos são interessados no adequado funcionamento do CCO, podendo interagir e colaborar diretamente com o IRM.

A **governança** do Sistema de Fornecimento de Água é pautada pela **colaboração** (art. 4º, IV, do Anexo X), sendo gerida por um Conselho com representantes das quatro Concessionárias, do Instituto Rio Metrópole, da Cedae, do Estado e da Agência Reguladora (art. 5º, do Anexo X), a demonstrar o caráter de colaboração, integração e cooperação que deve pautar o SFA e o CCO.

Contudo, a **responsabilidade** pela implementação do CCO é **pública e não privada**. Essa responsabilidade pública foi atribuída ao IRM, não tendo sido apresentado nenhum fato novo superveniente na consulta que alterasse as premissas fixadas no edital. É o que severá na sequência.

¹⁶ Nos termos do art. 10 do Anexo X do Edital: “Art. 10, §1º Para o exercício das funções que lhes são atribuídas, **o INSTITUTO RIO METRÓPOLE deverá responsabilizar-se pela implantação plena do CCO**, nos termos do art. 17, que deverá ocorrer em até 3 (três) anos contados da assinatura do CONTRATO, assim como de sua gestão ao longo do prazo da CONCESSÃO, nos termos definidos neste instrumento.”

¹⁷ Nos termos do art. 10 do Anexo X do contrato de concessão:

“Art. 10, §2º Até o início do funcionamento do CCO, o INSTITUTO RIO METRÓPOLE se responsabilizará pela gestão de um centro de controle e operação provisório do SFA, nos termos definidos neste instrumento, assegurando as condições adequadas para a gestão do SMA, assim como para o fornecimento de informações técnicas quanto à vazão de água nos macromedidores.”

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.85.

Da inexistência de ato novo superveniente apto a justificar a delegação da implementação do CCO às Concessionárias

A pretensão de se atribuir às Concessionárias a implementação do CCO teve por fundamento dois motivos principais: (i) dificuldades técnico-burocráticas para viabilizar certame licitatório pelo IRM; (ii) inexistência de meios de realizar o certame licitatório sem prévia disponibilidade orçamentária, considerando que o custeio será arcado pelas concessionárias.

Antes de adentrar no exame das causas invocadas pelo IRM para justificar a alteração, relevante destacar que a **mutabilidade** dos contratos administrativos, designadamente os contratos de concessão, é uma característica intrínseca e inerente a esses ajustes de longo prazo.

Já tive a oportunidade de sustentar¹⁹ que na regulação por contrato, em especial nos setores de serviços e infraestruturas públicas, seria irrealístico considerar uma completude absoluta nas previsões e estipulações contratuais. É quase que intuitiva a percepção de que não é possível uma perfeita cognição do futuro a partir das expectativas, dados e cenários dopassado.

As mudanças são inexoráveis e a manutenção absoluta das condições idealizadas por ocasião da realização das licitações, em contratos de longo prazo, é praticamente impossível²⁰. Tudo muda e a regulação por contrato deve se ocupar em conferir segurança jurídica às mutações, que, certamente, impactarão essas relações duradouras. **Os contratos de concessão são naturalmente incompletos** e, contribui para essa percepção, o traço da **mutabilidade**²¹ como uma realidade que integra a sua essência.

Todavia, a despeito do reconhecimento da mutabilidade e da incompletude dos contratos de concessão, a hipótese ora em exame não se alinha e não se adequa a tais pressupostos teóricos.

Em **primeiro lugar**, porque a licitação acabou de ser realizada. Não houve sequer tempo de os contratos de concessão terem sido assinados, estando, ainda, na fase intermediária entre a realização da licitação e a celebração dos contratos de concessão. O ônus argumentativo para alterar o edital é sempre maior quando a pretensão de modificação é, do ponto de vista temporal, tão próxima da data do recente leilão realizado.

Em **segundo lugar**, não foi apresentado nenhum **fato novo superveniente** que justificasse a alteração pretendida. A principal razão para a proposição de assunção da obrigação pelas Concessionárias seria a suposta dificuldade técnico-burocrática do IRM para promover a implementação do CCO.

Ora, essa não parece ser uma causa dotada de legitimidade para alterar a **responsabilidade pública** atribuída ao IRM, já que, desde a época da modelagem da licitação, deveria o IRM se preparar

¹⁹ GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, Parcerias e Regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 148.

²⁰ “Por isso que se pode afirmar que essa convivência entre a mutabilidade e a segurança jurídica dos contratantes é da essência das concessões. Sem a certeza da mutabilidade, os usuários, o concedente e, porque não dizer, o próprio concessionário ficarão sem a prestação de um serviço público de forma adequada — é absolutamente inimaginável supor que a forma de prestação dos serviços de telefonia, transportes, energia elétrica, etc., permaneçam inalterados por 15 ou 20 anos, imunes às alterações tecnológicas que lhes são inerentes. Note-se que será do interesse do próprio concessionário efetuar os investimentos necessários de modo a implementar essas evoluções tecnológicas. Caso contrário, a satisfação de seus usuários estará certamente comprometida — e com ela o sucesso de seu empreendimento.” (MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. *Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 171•183, abr./jun. 2011)

²¹ “Em primeiro lugar, há distinção relativa ao objeto contratual. As concessões envolvem serviços públicos, que se subordinam inerentemente ao **princípio da mutabilidade**. A mudança das condições da concessão é decorrência da alteração imposta quanto à execução dos serviços públicos. (...) A segunda diferença relaciona-se com a duração dos contratos. O contrato de concessão envolve, de genérico, longos prazos de vigência, o que propicia inevitável possibilidade de modificação de circunstâncias. Ao longo do tempo, podem cambiar as necessidades públicas, ser introduzidas novas exigências, produzirem-se novas soluções técnicas. Não é possível impor que, ao longo de vinte anos, sejam mantidas as mesmas condições contratuais originalmente previstas.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p.117-180, out./dez. 2004, p. 144/145).

para se desincumbir das suas obrigações, sendo a **implementação** e **gestão** do CCO talvez a mais relevante e determinante atribuição do IRM para o sucesso das concessões.

A própria jurisprudência do Tribunal de Contas da União²² explicita a necessidade de ocorrência de **atos supervenientes** como causa justificadora de alteração dos contratos.

A **mutabilidade não pode ser degenerada**²³, conferindo-se um amplo poder discricionário de rever opções que foram feitas à época do certame e que passaram a ser vinculadas com a publicação do edital. Admitir essa possibilidade seria violar o **princípio da concorrência e da vinculação ao instrumento convocatório**.

Insista-se no ponto: não se trata de argumentação formalista, já que a mutabilidade é inerente aos contratos de concessão, como acima demonstrado. Entretanto, a mutabilidade encontra **limites e parâmetros conformadores**, sob pena de se alterar drasticamente as regras do jogo.

Bem vistas as coisas, desde a realização das audiências e consulta pública, passando pela publicação do edital de concessão até o presente momento, não houve qualquer mudança no quadro fático subjacente à prestação do serviço público.

Outro aspecto que corrobora as premissas até agora assentadas é o fato de que a Comissão de Licitações, durante a fase de esclarecimentos ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020, elucidou questionamentos sobre o Anexo X do referido Edital. Em resposta aos questionamentos 259 e 260²⁴, que requereram esclarecimentos exatamente sobre o art. 22 e art. 15, ambos do Anexo X, a resposta foi a seguinte:

Resposta ao pedido de esclarecimento 259, que trata sobre a contratação para a gestão do CCO, na forma prevista no art. 22 do Anexo X:

“(i) O CCO será contratado pelo Instituto Rio Metrópole; (ii) A remuneração da contratada será arcada pelas Concessionárias, de acordo com o §2º, art. 15 do Anexo X ao Contrato de Concessão. O valor da contratação dependerá do resultado do procedimento licitatório a ser realizado pelo Instituto Rio Metrópole, não havendo um limite pré-estabelecido; (iii) O acompanhamento da prestação dos serviços da contratada será realizado pelo Instituto Rio Metrópole e pelo Conselho do SFA. A eventual contratação de um verificador independente pode ser aprovada pelo Conselho do SFA, sendo computado o custo desta contratação na aferição da solução menos onerosa.”

Resposta ao pedido de esclarecimento 260, que trata, especificamente, sobre a contratação para a implementação do CCO, na forma prevista no art. 15 do Anexo X:

²² No **Acórdão nº 215/1999 – Plenário**, o Relator Ministro José Antônio Barreto de Macedo consignou que as alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contrato de obras e serviços têm como pressuposto **atos supervenientes** não previstos por ocasião da contratação inicial. No **Acórdão nº 1.446/2018**, o Relator Ministro Bruno Dantas consignou que a execução dos investimentos na área comum do porto organizado, relativa ao contrato de arrendamento portuário, exigiria a identificação de **fato superveniente** não previsto inicialmente na avença.

²³ “Por fim, é de se salientar que a mutação aqui defendida não pode ser vista como ilimitada, de tal sorte que degenera o contrato original. **A mutação do contrato de concessão possui sim limites, seja quanto ao seu objeto (a prestação devida), seja quanto ao seu conteúdo (a relação jurídico-contratual)**. O que é alterável diz com as necessidades decorrentes da própria evolução do serviço público concedido, tais como: a forma de sua prestação, seu momento, o prazo contratual, sua intensidade e abrangência, etc. Entretanto, e isso precisa ficar bem sedimentado, **a mutabilidade de que se está tratando não poderá servir a interesses do concedente ou do concessionário com vistas a alterar o objeto e conteúdo do contrato — leia-se: alterar o próprio serviço que foi concedido.**” (grifei; MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 171•183, abr./jun. 2011)

²⁴ <http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/duvidas/Esclarecimentos.php>. Acesso em 13/07/2021.

*“(i) **O CCO será contratado pelo Instituto Rio Metrópole**; (ii) A remuneração da contratada será arcada pelas Concessionárias, de acordo com o § 2º, art. 15 do Anexo X ao Contrato de Concessão. O valor da contratação **dependerá do resultado do procedimento licitatório a ser realizado pelo Instituto Rio Metrópole**, não havendo um limite pré-estabelecido; (iii) A metodologia de acompanhamento da prestação dos serviços da contratada deverá estar disposta no contrato celebrado. O Conselho do SFA poderá definir as condições mínimas de acompanhamento deste contrato. Caso seja cabível na metodologia de acompanhamento da prestação dos serviços a ser definida, o certificador independente poderá auxiliar neste acompanhamento.”*

Como se pode perceber por meio da resposta, ficou claro para a sociedade, para os usuários, para os Municípios, para a CEDAE, para a AGENERSA, para os operadores econômicos e para o próprio IRM que o CCO seria de **responsabilidade pública**, ainda que com o custeio privado pelas Concessionárias.

Essa foi a **regra do jogo** posta, cuja natureza vinculante é reforçada pela resposta dada aos esclarecimentos solicitados. Segundo dispõe a cláusula 10.4 do Edital de Concessão, tais esclarecimentos integram o edital como se nele estivessem transcritos, senão vejamos:

“10.4. Os esclarecimentos prestados pela COMISSÃO DE LICITAÇÃO integrarão o conteúdo deste EDITAL como se nele estivessem transcritos, sendo que qualquer outra informação não constante deste EDITAL ou dos esclarecimentos prestados pela COMISSÃO DE LICITAÇÃO, eventualmente obtida pelas LICITANTES de qualquer outra forma, não vinculará a COMISSÃO DE LICITAÇÃO ou o ESTADO.”

Conforme já tive a oportunidade de aduzir, inclusive lastreado na posição do Superior Tribunal de Justiça²⁵:

A resposta ao pedido de esclarecimentos e a própria impugnação são vinculantes, com a interpretação acolhida obrigando a Administração e os próprios licitantes. Nesse sentido já decidiu o STJ no REsp 198.665-RJ, ao determinar que ‘a resposta de consulta a respeito de cláusula do edital de concorrência pública é vinculante, desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados ela adere ao edital.’”

Assim, por qualquer ângulo que se examine a questão, não se vislumbra como a responsabilidade pela implementação do CCO seja objeto de transferência para as Concessionárias.

O **aspecto orçamentário**, igualmente, não parece constituir óbice. Em primeiro lugar, porque, desde o início, já sabia o IRM que os recursos seriam privados e não públicos. Em segundo lugar, porque sendo privada a natureza dos recursos, eles sequer ingressam no orçamento do IRM.

O formato adotado é incomum e dotado de certo hibridismo, na medida em que o ente público é obrigado a realizar uma licitação, ainda que a contratação não seja custeada com recursos públicos. Não vislumbro na modelagem qualquer ilegalidade ou dificuldade operacional para sua implementação.

²⁵ GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 2018, p 219

O que se quis assegurar foi a **responsabilidade pública** na implementação e gestão do CCO, promovendo-se, entretanto, uma desoneração dos cofres públicos com o dever de custeio sendo assumido pelas Concessionárias.

A realização de licitação na hipótese não está vinculada à existência ou não de recursos públicos. Decorre da **responsabilidade pública** (e não privada) pela correta implementação do CCO e a observância do **princípio da isonomia**, já que criará valor para o mercado, valor esse que ostenta natureza pública e não privada.

Em termos objetivos: os recursos são privados, mas o ativo é público. A contratação do CCO tem origem em relação contratual de direito público e da exploração de serviços que se inserem na competência de entes públicos (não privados).

Lembre-se, ainda, que o IRM, que exercerá o papel de contratante, é entidade autárquica, integrante da Administração Pública Indireta, vinculada à Secretaria de Estado de Governo e Relações Institucionais²⁶, o que atrai a incidência do regime de contratações públicas e reforça a necessidade de realização de procedimento licitatório prévio à implementação do CCO. Tal natureza jurídica de direito público também consta expressamente do edital de concessão (cláusula 1.2.39 do Edital de Concessão).

A seleção das sociedades empresárias para implementar o CCO criará uma **posição de vantagem** para os que se sagrarem vencedores da licitação, posição essa que precisa, em razão do princípio da isonomia, ser legitimada por intermédio de processo seletivo público e não por uma escolha privada das Concessionárias.

A Procuradoria Geral do Estado consolidou recentemente esse posicionamento. Veja-se a conclusão alcançada no Parecer nº 21/2021 – GUB:

*“Na verdade, existem diversas editoras capacitadas a prestar os serviços procurados pela PGE-RJ. Além disso, não se verifica nenhuma das previsões dispostas em lei quanto à dispensa de licitação. Ademais, **ainda que a PGE-RJ não dispense recursos financeiros com as publicações, o Estado estaria a gerar uma posição de vantagem, a uma determinada editora privada, com exclusão de todas as outras possíveis interessadas. A escassez do objetivo – pois somente uma editora poderá ser contratada, em caráter exclusivo – combinado à geração de benefício econômico para o agente econômico privado, torna imperiosa a realização da licitação.**”²⁷ (grifei)*

Sustentei a mesma conclusão no visto de aprovação parcial do referido parecer:

“Ainda que não exista contrapartida financeira da parte da Procuradoria Geral do Estado, fato é que eventual contratação direta com exclusividade geraria um benefício direto para um determinado particular a partir de escolhas dotada de maior grau de subjetivismo. Se não pela competitividade, pela isonomia deve ser cogitada licitação ou, ao menos, qualquer outro processo seletivo que atenda aos princípios da publicidade, da isonomia e da eficiência.”²⁸

²⁶ Decreto nº 46.893 de 23 de dezembro de 2019. “Art. 2º - O Instituto Rio Metrópole é uma entidade submetida ao **regime autárquico especial**, vinculado à Secretaria de Estado de Governo e Relações Institucionais.”

²⁷ Disponível em: <https://documentacao.pge.rj.gov.br/bnportal/pt-BR/search/79914?exp=%22%7B2021-%7D%22%2F%20fanodoc%20%22%22%2Fnumero%20Gustavo%2Fprocurador%20Binenbojm%2Fprocurador>. Acesso em 21.07.2021

²⁸ Disponível em: <https://documentacao.pge.rj.gov.br/bnportal/pt-BR/search/79914?exp=%22%7B2021->

Enfim, deve ser afastada a ideia de que a ausência de dispêndio público para a contratação afasta a observância da regra licitatória. A licitação, enquanto procedimento transparente e imparcial, afigura-se como um corolário do princípio da isonomia (art. 5º, caput, CRFB)²⁹.

Por derradeiro, necessário anotar que licitação não precisa ser sinônimo de morosidade e burocracia. Embora tanto a Lei nº 8.666/1993 quanto a Lei nº. 14.133/2021 tenham optado pelo maximalismo nos certames licitatórios, existem uma série de modelagens que permitem conciliar eficiência e efetividade na execução do objeto e observância de certame prévio, célere e objetivo.

Um dos grandes custos de transação nas licitações públicas é o problema do fluxo financeiro-orçamentário e o risco de inadimplemento dos entes públicos no cumprimento das suas obrigações financeiras. Tal risco não se evidencia no caso em exame, porquanto o custeio será das Concessionárias, a reforçar a premissa de que, a partir de uma atuação colaborativa e integrada, poderá o IRM exercer o seu relevantíssimo papel na implementação e gestão do CCO, fulcral para a adequada prestação do serviço público nos blocos.

-4-

Conclusões

Em face de todo o exposto, é possível alcançar as seguintes **conclusões objetivas**:

a-) O IRM deve assumir não apenas a gestão, como a implementação e a contratação do Centro de Controle Operacional (CCO), eis que assim determinou expressamente o Anexo X do Edital de Concorrência Internacional nº 01/20. Em vários dispositivos do Anexo fica evidenciada a assunção desta **responsabilidade pública** pelo IRM;

b-) Razoável supor que a escolha do IRM para implementar e contratar o CCO não foi aleatória, mas orientada pela correta percepção acerca da existência de distintos interesses conflitantes entre os diversos atores envolvidos. Tanto é assim que o Anexo X se preocupou com a solução de conflitos e controvérsias, prevendo a possibilidade de instituição da arbitragem e da mediação. A equidistância e a neutralidade poderão ser suprimidas com a assunção da obrigação de implementação do CCO pelas Concessionárias;

c-) A opção pela implementação do CCO pelo IRM foi exercida a partir de uma competência discricionária, por ocasião da modelagem do edital e da sua intensa discussão com a sociedade, usuários e operadores econômicos. A partir do momento que se dá a publicação do edital e a consequente realização de licitação, tem-se a convalidação da discricionariedade em vinculação, não podendo as regras do jogo serem alteradas, em especial quando nenhum fato novo se sucedeu;

d-) Os motivos invocados pelo IRM não parecem suficientes para alterar as regras do jogo fixadas por ocasião do edital e da realização da licitação. Não são fatos novos ou mesmo supervenientes, mas aspectos da contratação que eram inteiramente conhecidos do IRM por ocasião do certame;

e-) A alegação de dificuldades técnico-burocráticas não é motivo para uma alteração tão substancial naquilo que foi ajustado na época da licitação. A implantação e a operação do CCO é uma das atribuições mais relevantes a cargo do IRM na modelagem concessional, sendo certo que a atuação colaborativa e cooperativa entre todos os integrantes é o esperado, em especial da Cedae e das

%7D%22%2Fanodoc%20%2221%22%2Fnumero%20Gustavo%2Fprocurador%20Binenbojm%2Fprocurador> Acesso em 21.07.2021

²⁹ Não se ignora que o art. 7º, §2º, III, Lei nº. 8.666/93 e art. 6º, XXIII, Lei nº. 14.133/2021 elencam como requisito da fase interna da licitação a existência de dotação orçamentária prévia que ampare a contratação pública. Sem embargo, entendo que tal regra prevista na legislação especial não pode suplantiar a concretização direta dos princípios constitucionais, notadamente o da isonomia (art. 5º, caput, CRFB).

Concessionárias;

f-) o modelo híbrido adotado, com o IRM fazendo a licitação e as Concessionárias custeando a contratação, já era conhecido pelo próprio IRM à época da licitação. Também não se vislumbra nenhum óbice de natureza financeira, na medida em que tais recursos não entrarão no orçamento do IRM. Deve o edital incluir cláusula refletindo a dinâmica de que os pagamentos serão efetivados pelas Concessionárias, concretizando no instrumento convocatório a diretriz traçada no Anexo X.

g-) a mutabilidade é inerente aos contratos de concessão, que se sujeitam com maior intensidade às alterações políticas, econômicas, sociais e técnicas; por isso que tais contratos são qualificados como incompletos. No caso em exame, entretanto, não se vê causa legítima e razoável para alteração das regras do jogo, em especial porque as circunstâncias fáticas são rigorosamente as mesmas.

É o parecer, s.m.j.,

Rio de Janeiro, 02 de agosto de 2021.

FLAVIO AMARAL GARCIA

Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa

VISTO

Visto. Aprovo o bem lançado Parecer nO 07/2021 - FAG, da lavra do i. Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa FLÁ VTO AMARAL GARCIA, por meio do qual analisada consulta formulada pelo Instituto Rio Metrópole (IRM), por meio da CI IRM/DIRSMI SEI N°10 (doc. 18110039) e CI IRM/DIRPP SEI N° 12, no tocante à viabilidade jurídica das Concessionárias de saneamento básico contratarem diretamente as empresas especializadas na implantação e construção do Centro de Controle Operacional - eco, a partir das referências técnicas previamente determinadas pelo Instituto Rio Metrópole – IRM.

É assim que **acompanho a divergência** instaurada relativamente ao Parecer na 13/2021/IRM/PROC, da lavra do Procurador do Estado JOSÉ CARLOS TAVARES DE MORAES SARMENTO, atualmente Procurador-Geral do Instituto Rio Metrópole, no qual apresentada a conclusão no sentido da viabilidade de “que a contratação de empresas especializadas na implantação e construção do Centro de Controle Operacional – CCO se faça por meio das próprias Concessionárias”.

Os fundamentos do Parecer na 07/2021 – FAG, com os quais estou integralmente de acordo, desaguam em conclusões precisas e objetiva, aqui reproduzidas para fins meramente didáticos:

a-) O IRM deve assumir não apenas a gestão, como a implementação e a contratação do Centro de Controle Operacional (CCO), eis que assim determinou expressamente o Anexo X do Edital de Concorrência Internacional n° 01/20. Em vários dispositivos do Anexo fica evidenciada a assunção desta responsabilidade pública pelo IRM;

b-) Razoável supor que a escolha do IRM para implementar e contratar o CCO não foi aleatória, mas orientada pela correta percepção acerca da existência de distintos interesses conflitantes entre os diversos atores envolvidos. Tanto é assim que o Anexo X se preocupou com a solução de conflitos e controvérsias, prevendo a possibilidade de instituição da arbitragem e da mediação. A equidistância e a neutralidade poderão ser suprimidas com a assunção da obrigação de implementação do CCO pelas Concessionárias;

c-) A opção pela Implementação do CCO pelo IRM foi exercida a partir de uma competência discricionária, por ocasião da modelagem do edital e da sua intensa discussão com a sociedade, usuários e operadores econômicos. A partir do momento que se dá a publicação do edital e a consequente realização de licitação, tem-se a convocação da discricionariedade em vinculação, não podendo as regras do jogo serem alteradas, em especial quando nenhum fato novo se sucedeu;

d-) Os motivos invocados pelo IRM não podem ser suficientes para alterar as regras do jogo fixadas por ocasião do edital e da realização da licitação. Não são fatos novos ou mesmo supervenientes, mas aspectos da contratação que eram inteiramente conhecidos do IRM por ocasião do certame;

e-) A alegação de dificuldades técnico-burocráticas não é motivo para uma alteração tão substancial naquilo que foi ajustado na época da licitação. A implantação e a operação do CCO é uma das atribuições mais relevantes a cargo do IRM na modelagem concessional, sendo certo que a atuação colaborativa e cooperativa entre todos os integrantes é o esperado, em especial da Cedae e das Concessionárias;

f-) O modelo híbrido adotado, com o IRM fazendo a licitação e as Concessionárias custeando a contratação, já era conhecido pelo próprio IRM à época da licitação. Também não se vislumbra nenhum óbice de natureza financeira, na medida em que tais recursos não entrarão no orçamento do IRM. Deve o edital incluir cláusula refletindo a dinâmica de que os pagamentos serão efetivados pelas Concessionárias, concretizando no instrumento convoca/ório a diretriz traçada no Anexo X.

g-) A mutabilidade é inerente aos contratos de concessão, que se sujeitam com maior intensidade às alterações políticas, econômicas, sociais e técnicas; por isso que tais contratos são

qualificados como incompletos. No caso em exame, entretanto, não se vê causa legítima e razoável para alteração das regras do jogo, em especial porque as circunstâncias fáticas são rigorosamente as mesmas.

Destaco, por fim, que o Parecer nº 07/2021 – FAG, foi devidamente chancelado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020 em reunião realizada no dia 2 de agosto de 2021.

Ao Instituto Rio Metrópole, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 3 de agosto de 2021

RAFAEL ROLIM DE MINTO
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO