

**SEI-150001/008936/2021**

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

**1 – A CONSULTA.**

Esta Procuradoria Administrativa foi instada a se manifestar, nos autos do processo em epígrafe, após solicitação de exame jurídico, acerca do contrato de concessão que contém nova modelagem para a universalização dos serviços de captação, tratamento e abastecimento de água e captação, tratamento e destinação final de esgotos sanitários em 19 Municípios da Região Metropolitana, integrantes do que ficou conhecido como “Bloco 03”.

Cumprе esclarecer que esta Procuradoria já se manifestou, por meio do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, nos autos do processo SEI-140001/058793/2020, acerca da minuta de edital de concorrência internacional elaborada no âmbito do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, concebido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que abrangia os serviços a serem prestados nos Municípios localizados nos Blocos 01, 02, 03 e 04.

Tendo isso em vista, desde já, **remete-se às observações feitas no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, sobretudo no que tange às cláusulas do contrato ora analisado que sejam idênticas àquelas objeto de exame do parecer mencionado, ou seja, que não tenham sido alteradas de acordo com as recomendações realizadas na oportunidade.**

**Destacamos inclusive que o fato de no presente Parecer estarem sendo, por razões de melhor sistematização, abordados especificamente alguns aspectos constantes daquele precedente, de forma alguma afastam a incorporação e reiteração, também neste momento, de todos os pontos dele constantes.**

De toda sorte, em uma análise comparativa, consideradas as necessárias mudanças relativas à área da concessão (no contrato em tela, restrita ao Bloco 03), foram encontrados alguns pontos de dissonância entre ambos os instrumentos contratuais, os quais serão tratados no presente Parecer.

De igual forma, serão apontadas as cláusulas alteradas, suprimidas e adicionadas, com a elaboração dos comentários pertinentes.

Acrescenta-se que esta manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos constantes da versão da minuta de contrato de concessão inserida ao processo administrativo em epígrafe.

Além disso, na linha dos entendimentos consolidados na Promoção nº 02/2015 – FAG<sup>1</sup>, a presente consulta não irá se imiscuir em qualquer aspecto de ordem técnica, econômica (incluindo

---

<sup>1</sup> “A segunda observação é que o quarto termo aditivo é fruto de processos e deliberações regulatórias da AGENERSA, cujos aspectos técnicos, econômicos, financeiros foram amplamente debatidos com todos os interessados, inclusive por meio de consultas e audiências públicas. Significa dizer que o quarto termo aditivo é a expressão/resultado de decisões regulatórias que já foram tomadas pela AGENERSA, após o percurso do devido processo regulatório, com a ampla

fórmulas matemáticas) inerente ao tema, pois não cabe à Procuradoria Geral do Estado avançar na análise de matérias dessa índole. Cabe-nos, portanto, apenas tecer considerações sobre a juridicidade da minuta ora a nós submetida (e, *a latere*, apenas quando diretamente implicados, os seus anexos).

Assim, o exame jurídico iniciará pela análise de cláusulas constantes na Minuta do Contrato de Concessão, sobre as quais serão feitos apontamentos e observações, de forma que serão elencadas sugestões acerca de aspectos jurídicos e formais.

## **2 – NOTA PRÉVIA SOBRE A ATIVIDADE DE CONSULTORIA JURÍDICA.**

A luz do art. 176 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e do art. 2º da LCE nº 15/1980<sup>2</sup>, a consultoria jurídica abrange – entre outras atribuições – a assessoria jurídica da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro no controle interno da legalidade de seus atos, o que inclui a recomendação de medidas jurídicas para aperfeiçoar a prática administrativa e proteger o interesse público.

As manifestações produzidas pela Procuradoria Geral do Estado, apesar de obrigatórias, não são vinculativas para o gestor público, que pode delas discordar, devendo, para tanto, apresentar as razões de fato e de direito que lhe deem sustentação<sup>3</sup>. Isso porque “*o parecer jurídico não reflete o exercício de competência decisória. O assessor jurídico não é investido de poder para determinar a prática ou a omissão de um ato administrativo. A competência decisória é reservada à autoridade administrativa*”.<sup>4</sup>

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

## **3 – ANÁLISE DA VIABILIDADE JURÍDICA DA MINUTA DE CONTRATO DE CONCESSÃO.**

---

participação de todos os interessados (Poder Concedente, concessionários, usuários, associações e demais integrantes da cadeia do gás). A regulação, como se sabe, consiste na ponderação de todos os interesses envolvidos, cabendo à Agência Reguladora equilibrar harmonicamente e de forma equidistante interesses que, não raro, se revelam antagônicos, com a finalidade maior de concretizar o atendimento do interesse público primário. (...) c-) afora as cláusulas terceira e quarta do referido termo aditivo, cujo embasamento jurídico foi aqui explicitado, o conteúdo das suas disposições envolve essencialmente o mérito de decisões regulatórias já tomadas pela AGENERSA, não cabendo à Procuradoria Geral do Estado, por faltar competência na matéria, se imiscuir ou avançar em qualquer consideração sobre o seu conteúdo.” Promoção nº 02/2015 – FAG.

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

<sup>3</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação*, 1ª ed., São Paulo: NDJ, 2012. p. 138.

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/1993*, 16ª ed., rev., atual e ampli., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 688.

O presente parecer fará sugestões para incrementar a segurança jurídica da Minuta de Contrato de Concessão, e assim, contornar alguns dos possíveis riscos jurídicos envolvidos. Embora sejam destacadas apenas algumas de suas cláusulas, acredita-se que algumas destas observações e recomendações sejam aplicáveis, naquilo que couber, a todo o contexto contratual.

Para além dos aspectos jurídicos que serão destacados abaixo, uma observação de caráter geral que pode ser feita é referente à redação das cláusulas. É necessário que a linguagem contratual seja objetiva, clara e sem formulações truncadas<sup>5</sup>. Para tanto, observa-se que aquilo que está escrito deve corresponder exatamente aos objetivos pretendidos.

Desta feita, a acuracidade consiste em mais do que apenas reproduzir textos legais, deve-se contextualizá-los de forma a consolidar plenamente o entendimento que será aplicado àquela questão com os objetivos de tornar o texto contratual direto, claro e preciso.<sup>6</sup>

Nesse sentido, destaca-se que a minuta em tela, quando comparada àquela analisada pelo Parecer Conjunto n° 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, restou aprimorada pelo acatamento de algumas das sugestões realizadas. Entretanto, há, ainda, cláusulas e subcláusulas não adaptas à boa redação contratual, que devem ser objeto de maior diligência. Como exemplificação, cita-se a subcláusula 25.1.1.

Outra observação que pode ser aplicada à generalidade da minuta analisada se dá no liame dos prazos estabelecidos. Para a fixação de prazos contratuais, deve-se aferir o período necessário para a realização completa e efetiva daquilo que se pretende. Dessa maneira, o lapso temporal deve ser adequado e razoável<sup>7</sup> à ação que lhe é correspondente, sob pena de sucessivos descumprimentos e as eventuais consequências de medidas intempestivas, justamente como medida de razoabilidade, já que: “(...) o postulado da razoabilidade exige uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada.”<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> KISCHELEWSI, Flávia Lubieska N. Cuidados na formulação de contratos. *Conjur*, 03.08.2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-ago-03/cuidados-redacao-contratos-incluem-texto-objetivo-preciso>> Acesso em 04.10.2021.

<sup>6</sup> Sobre o tema: “Contratos em linguagem clara não é novidade. É um movimento que começou há muitos anos e, talvez surpreendentemente, avançou inicialmente no governo dos Estados Unidos. Em 1972, o presidente Nixon ordenou que “termos legais” fossem usados no Federal Register. Seis anos depois, o presidente Carter emitiu uma ordem executiva estipulando que os regulamentos governamentais deveriam ser “tão simples e claros quanto possível”. Em 1998, o governo Clinton deu um passo além, obrigando expressamente as agências federais a usar inglês simples. Nesse mesmo ano, a Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos publicou o *Plain English Handbook* (Manual do Inglês Simples) para os responsáveis pela redação de documentos de divulgação de informações de segurança. Ainda é usado hoje. Em 2010, o Congresso dos EUA passou e o presidente Obama assinou o Plain Writing Act (Ato pela Escrita Clara), com o propósito declarado de “promover comunicação clara do governo que o público possa entender e usar”. Como observou o administrador da Agência de Informação e Assuntos Regulatórios de Obama: “Linguagem clara pode fazer uma grande diferença”, pois gera economia de dinheiro e torna “muito mais fácil para as pessoas entender o que lhes é pedido”. A agência, que era responsável pela administração da lei, emitiu uma orientação que ainda está em vigor, sobre clareza na linguagem.” In: BURTON, Shawn. A vantagem de contratos com linguagem clara. *Harvard Business Review*, 01.03.2018. Disponível em: <https://hbrbr.com.br/contratos-com-linguagem-clara/> Acesso em 04.10.2021.

<sup>7</sup> Nesse sentido, ressalta-se o seguinte entendimento: “Na substância do conceito de cláusula irrazoável está um parâmetro de conduta, o da razoabilidade. Standards constituem arquétipos exemplares da experiência social concreta que são chamados a atuar juridicamente, ou através de princípios ou através de cláusulas gerais, proporcionando ao intérprete um critério de aplicabilidade do conjunto normativo. Existe o princípio ou a cláusula geral, o intérprete é reenviado ao *standard*, o qual, por isso, não permite visualização *in abstracto*, sendo de dogmatização inviável. Se poderia afirmar que o padrão da razoabilidade constitui a tradução do ‘senso comum’, vale dizer, do que é tido, em certas circunstâncias, em certo momento e em certa comunidade (seja nacional, cultural, profissional ou outra) como racional, equilibrado, prudente ou sensato. Também é conceito para ser *concretizado*: sua aplicação se faz, como a do princípio da boa-fé objetiva, sempre à vista das circunstâncias concretas do caso e das finalidades da existência da própria relação contratual.” In: MARTINS-COSTA, Judith. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. *Revista de informação legislativa*, v. 32, n. 126, pp. 115-128, abr./jun. 1995, p. 123.

<sup>8</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 145.

Tal como citado acima, houve algumas alterações conforme o entendimento esposado no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, sendo necessário, contudo, o aprimoramento de alguns prazos exíguos trazidos no bojo da minuta em espeque. A título de ilustração, citam-se as subcláusulas 25.4.3, 25.4.5 e 25.4.8.

Pois bem. Feitas essas breves recomendações de ordem geral, os tópicos abaixo serão destinados a tecer comentários e recomendações sobre Cláusulas contratuais dissonantes daquelas que já foram objeto de análise do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

### Índice

Diferentemente do que consta no Contrato de Concessão dos demais blocos da CEDAE, não consta no índice da presente minuta a cláusula 12. Trata-se do “Coletor de Tempo Seco”, cuja redação transcreve-se:

#### 12. COLETOR DE TEMPO SECO

Para a realização de investimentos nos serviços de esgotamento sanitário pela metodologia de construção de coletores de tempo seco nos 5 (cinco) primeiros anos da CONCESSÃO, de acordo com ANEXO IV – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSÃO, a CONCESSIONÁRIA deverá observar o seguinte:

A obrigação prevista na cláusula 0 deverá ocorrer apenas nos MUNICÍPIOS indicados no ANEXO IV – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSÃO;

Nos MUNICÍPIOS em que a CONCESSIONÁRIA se compromete a realizar investimentos em tempo seco, a obrigação da ampliação do sistema de esgotamento sanitário em seu território somente terá seu início após o prazo de 5 (cinco) anos do CONTRATO.

O planejamento, a execução e o acompanhamento dos investimentos em coletores de tempo seco deverá observar o disposto no ANEXO IV – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSÃO.

O anexo IV daquele contrato previa o seguinte:

Nas seguintes localidades se prevê a construção de coletores de tempos seco, a serem implantados nos 05 primeiros anos de concessão e operação a contento durante todo o período de concessão: Belford Roxo, Duque de Caxias, Mesquita, Nilópolis, Nova Iguaçu, Rio de Janeiro, Itaboraí e São Gonçalo e respectivos distritos.

Nesse sentido, considerando que há bairros do Município do Rio de Janeiro inseridos na AP-05, logo, na área desta concessão, sugere-se confirmar com o setor técnico competente a desnecessidade da referida cláusula.

Ademais, verifica-se que, em razão da inexistência do item 12, há erros materiais nas remissões a cláusulas e subcláusulas no decorrer do contrato e nos seus anexos por não terem sido atualizadas.

Identificamos os seguintes erros materiais nesta minuta, sem prejuízo de haver outros, e apresentamos as seguintes sugestões para correção, devendo o setor competente diligenciar para confirmá-las:

- Subcláusula 8.12.2: remissão deve ser corrigida para subcláusula 33.4;
- Subcláusula 12.19.3: remissão deve ser corrigida para cláusula 29;
- Subcláusula 13.7.2: remissão deve ser corrigida para subcláusula 13.7.1;
- Subcláusula 14.3: remissão deve ser corrigida para subcláusula 14.2.2;
- Subcláusula 15.2.3: remissão deve ser corrigida para subcláusula 15.1;
- Subcláusula 17.6.1: remissão deve ser corrigida para subcláusula 17.5;
- Subcláusula 17.8: remissão deve ser corrigida para subcláusula 17.2;
- Subcláusula 19.2.4: remissão deve ser corrigida para subcláusula 19.2.3;
- Subcláusula 19.4.1: remissão deve ser corrigida para subcláusula 19.4;
- Subcláusula 19.5: remissão deve ser corrigida para subcláusula 19.10;
- Subcláusula 19.11: remissão deve ser corrigida para subcláusula 19.10;
- Subcláusula 20.1.4: remissão deve ser corrigida para cláusulas 48 e 49;
- Subcláusula 20.2: remissão deve ser corrigida para cláusula 34;
- Subcláusula 20.3.1 remissão deve ser corrigida para subcláusula 20.3;
- Subcláusula 20.7.11: remissão deve ser corrigida para subcláusula 12.6;
- Subcláusula 22.1.1: remissão deve ser corrigida para subcláusula 22.2.4;
- Subcláusula 22.2.4: remissão deve ser corrigida para as subcláusulas 24.1.8 e 22.2.5, 23.2.8 e 26.9;
- Subcláusula 22.3: remissão deve ser corrigida para subcláusula 24.1.5;
- Subcláusula 4.1.4: remissão deve ser corrigida para cláusula 13;
- Subcláusula 4.1.8: remissão deve ser corrigida para subcláusula 22.2.4;
- Subcláusula 26.2: remissão deve ser corrigida para cláusula 28;
- Subcláusula 28.1: remissão deve ser corrigida para cláusula 25;
- Subcláusula 28.3: remissão deve ser corrigida para 28.1.2;
- Subcláusula 28.12: remissão deve ser corrigida para subcláusula 28.7;
- Subcláusula 29.3: remissão deve ser corrigida para cláusula 30;
- Subcláusula 29.4: remissão deve ser corrigida para subcláusula 29.2.3;
- Subcláusula 31.5: remissão deve ser corrigida para cláusula 34;
- Subcláusula 32.4.1: remissão deve ser corrigida para subcláusula 32.4;
- Subcláusula 32.4.1.1: remissão deve ser corrigida para subcláusula 32.4.1;
- Subcláusula 32.4.4: remissão deve ser corrigida para subcláusulas 32.4.1.2 e 35.1.2;
- Subcláusula 32.8: remissão deve ser corrigida para cláusula 34;
- Subcláusula 32.10: remissão deve ser corrigida para cláusula 34;
- Subcláusula 33.2.2: remissão deve ser corrigida para subcláusula 33.4.11;
- Subcláusula 33.2.7: remissão deve ser corrigida para subcláusula 33.4.25;
- Subcláusula 33.2.21: remissão deve ser corrigida para cláusula 12;
- Subcláusula 33.4.3: remissão deve ser corrigida para cláusula 21;
- Subcláusula 36.1.5: remissão deve ser corrigida para cláusula 41;
- Subcláusula 36.5: remissão deve ser corrigida para subcláusulas 37.9 e 37.13;
- Subcláusula 41.2.5: remissão deve ser corrigida para cláusula 41;
- Subcláusula 41.7: remissão deve ser corrigida para subcláusulas 38.5 e 38.6;
- Subcláusula 42.3: remissão deve ser corrigida para subcláusulas 38.5, 38.6, 40.2;
- Subcláusula 47.5: remissão deve ser corrigida para cláusula 27; e
- Subcláusula 56.1: remissão deve ser corrigida para subcláusula 49.

## **Cláusula 1 – DEFINIÇÕES**

A cláusula 1 do Contrato de Concessão traz as definições dos termos que serão empregados ao longo do contrato.

Na subcláusula 1.1.4, há a definição de “área de concessão”, nos seguintes termos:

1.1.4. **ÁREA DA CONCESSÃO:** área urbana das sedes municipais e respectivos distritos urbanos integrantes do BLOCO 3, delimitada conforme o Anexo 04 do EDITAL e instrumentos de GESTÃO ASSOCIADA, onde os SERVIÇOS serão prestados pela CONCESSIONÁRIA, nos termos do presente CONTRATO. A área urbana a ser considerada abrange toda a macrozona urbana, conforme delimitada nos Planos Diretores de cada MUNICÍPIO e, na ausência deste plano, no definido pela legislação municipal ou, por último, pelo IBGE.

A definição da área de concessão, embora mais ampla, ainda se limita a incluir na área de concessão as áreas urbanizadas. Sobre o ponto, reitera-se a sugestão do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, no sentido de que o conceito de área de concessão se torne mais flexível:

Sobre o tema, o escritório Vernalha Guimarães & Pereira Advogados, em nota técnica referente ao projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto da CEDAE editada em 23/10/2020, informou que: “Outros dois pontos relevantes do contrato foram a redefinição das áreas irregulares, para limitação do investimento àquelas não urbanizadas e, uma vez urbanizadas, sua inclusão na área da concessão, com subsequente necessidade de atendimento das metas e indicadores contratuais”.

Nesse sentido, apesar de o setor técnico sugerir que só sejam incluídas na área de concessão áreas urbanizadas – solução que está no âmbito da discricionariedade do administrador –, remete-se, aqui, à mesma recomendação feita no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG. Sugere-se que o gestor considere deixar o conceito de área de concessão mais flexível, já que, futuramente, pode-se entender pela necessidade de inclusão de áreas rurais. A redação como está impediria essa inclusão – ou, ao menos, pode gerar um contencioso com a concessionária que não desejar cobrir tais áreas.

Ainda que inicialmente a concessão seja realizada apenas para áreas urbanas, há previsão, tanto no edital (item 36.6) como no contrato (subcláusula 33.3) da possibilidade de eventual extensão. Como já mencionado no Parecer conjunto 01/2020 FAG-ARCY, o ponto merece atenção do gestor, para que se evite contencioso futuro com a concessionária, que pode não desejar cobrir novas áreas, a despeito do eventual interesse público. Além disso, há áreas que podem, eventualmente, no futuro, se tornar urbanas, criando-se dúvida para saber se elas passam a integrar a concessão. Assim, considerando possíveis mudanças futuras, sugere-se adaptação da minuta, em harmonia ao que se decidir quanto ao edital. Isso demandará, naturalmente, ajustes a outras cláusulas, como a Cl. 11.

Vale destacar que a minuta do contrato objeto deste Parecer também prevê a possibilidade de extensão da área da concessão na subcláusula 32.4:

32.4. As PARTES desde já reconhecem a possibilidade de expansão da ÁREA DA CONCESSÃO para contemplar a concessão pré-existente do esgotamento sanitário da AP-5 e a Parceria Público-Privada do esgotamento sanitário de Rio das Ostras, com a extensão dos respectivos SERVIÇOS objeto deste CONTRATO à área adicionada, a partir do encerramento do referido contrato de concessão.

A subcláusula 1.1.22. traz a definição de Contrato:

1.1.22. CONTRATO: presente instrumento jurídico e seus ANEXOS, celebrado entre o ESTADO e a CONCESSIONÁRIA, com interveniência anuência da AGÊNCIA REGULADORA”

Embora não tenha sido alterada, diante da possibilidade de ocasionar interpretações equivocadas, entendeu-se necessário trazer à luz essa questão. Remete-se aqui às observações feitas no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG e também no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB quanto à necessidade de aclarar nas cláusulas contratuais **o papel do Estado na concessão: mero representante dos titulares dos serviços, e não de Poder Concedente.**

Reitera-se que, embora tenha sido informado pelo BNDES que, uma vez constante na definição de “Estado” o seu papel de representação (previsão constante na subcláusula 1.1.31 do Contrato de Concessão), não seria necessário fazer essa ressalva ao longo do documento, **recomenda-se que as cláusulas do edital, ao mencionarem o Estado, acrescentem ressalva do seu papel de representante dos titulares dos serviços.**

Sugere-se, como uma das alternativas possíveis, fazer constar uma cláusula que estabeleça que o edital e demais documentos do projeto, sempre que mencionarem o Estado do Rio de Janeiro, o indique, apenas, como regra, como mero representante dos titulares dos serviços. Isto é: o Estado é um *delegatário das funções administrativas de organização e promoção dessa licitação, bem como da função de gestão contratual*, o que deve ser destacado desde o preâmbulo e como cláusula geral.

Em que pese tal sugestão ter sido apresentada naquela oportunidade, verifica-se que várias cláusulas mantêm o mesmo problema, citando-se, à título de exemplo, as cláusulas 16, 24, 32 etc.

Destaca-se que as cláusulas 1.1.2, 1.1.12, 1.1.13 e 1.1.18, 1.1.40 e 1.1.67 foram alteradas e as 1.1.19, 1.1.20, 1.1.60 foram adicionadas, tudo conforme sugestão esposada no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

Esmiuçando o acima afirmado:

A cláusula 1.1.2<sup>9</sup> deixou de prever, na definição de agência reguladora, a ANA (Agência Nacional de Águas). Dessa forma, considerando a existência de cláusulas contratuais em que não há especificação sobre qual a agência reguladora mencionada, a previsão apenas da AGENERSA tem o condão de impedir interpretações equivocadas e dar mais segurança jurídica aos atores contratuais.

---

<sup>9</sup> 1.1.2. AGÊNCIA REGULADORA: Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), criada pela Lei estadual nº 4.556/2005, com competência para regular, controlar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, ou outro órgão ou entidade reguladora estadual que venha a substituí-la nas atribuições de regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

A cláusula 1.1.12<sup>10</sup>, que trata do certificador independente, passou a prever que a pessoa jurídica responsável deverá possuir suficiente capacitação e isenção para a execução das atribuições e que não poderá haver vínculo de qualquer natureza com a concessionária ou empresas do grupo econômico dela, o que poderia comprometer a independência e isenção. Dessa forma, tal como sugestionado no parecer conjunto anterior, a alteração evita questionamentos sobre a neutralidade do certificador.

À cláusula 1.1.13<sup>11</sup>, que versa sobre o Comitê de Monitoramento, foram adicionadas as seguintes atribuições: “propor melhorias, contribuir na definição de diretrizes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços, eventualmente considerando as normas de referência emitidas pelo órgão regulador competente, receber e analisar as críticas, sugestões e reclamações de usuários”. Verifica-se que a modificação atende a sugestão do parecer conjunto anterior e atende aos artigos 11, § 2º, inciso V e 47 da Lei federal nº 11.445/07, aumentando o exercício do controle social sobre a exploração dos serviços públicos a serem concedidos.

A cláusula 1.1.18<sup>12</sup>, que trata do Conselho de Titulares, passou a prever o Estado e a Agência Reguladora, deixando o papel deles de coordenadores e integradores das relações entre os titulares dos serviços públicos concedidos e a concessionária.

A cláusula 1.1.40<sup>13</sup> passou a definir “loteamentos”, onde anteriormente definia-se loteadores. Essa alteração é consentânea com o restante do instrumento contratual, porque em seu corpo há menções aos loteamentos, sendo certo, ainda, que, conforme tratado nos comentários sobre a cláusula 13, a definição de obrigações a terceiros (loteadores) não anuentes neste contrato não possui base legal.

A cláusula 1.1.67<sup>14</sup>, que define termo de reversão de sistema, foi alterada conforme sugestão do parecer conjunto anterior, passando a definir o Estado como representante dos titulares dos serviços. Consoante já mencionado, essa alteração reforça a inexistência de papel do ERJ como parte no contrato.

As cláusulas 1.1.19, 1.1.20 e 1.1.60<sup>15</sup> trazem disposições não analisadas no parecer conjunto anterior. A primeira traz a definição do “Conselho do Sistema de Fornecimento de Água”, órgão

---

<sup>10</sup> 1.1.12.CERTIFICADOR INDEPENDENTE: pessoa jurídica responsável, dentre outras obrigações, pela aferição do cumprimento dos investimentos decorrentes do PLANO DE AÇÃO nas ÁREAS IRREGULARES NÃO URBANIZADAS, a ser contratado pela AGÊNCIA REGULADORA, nos termos do ANEXO V – DISPOSIÇÕES PARA A CONTRATAÇÃO DE VERIFICADOR E CERTIFICADOR INDEPENDENTE, e que possua suficiente capacitação e isenção para a execução das atribuições que lhe forem afetadas e não tenha vínculo de qualquer natureza com a CONCESSIONÁRIA ou com empresas de seu grupo econômico que possa comprometer a sua independência e isenção.

<sup>11</sup> 1.1.13. COMITÊ DE MONITORAMENTO: órgão colegiado que tem a finalidade de acompanhar a execução dos contratos de delegação da prestação dos serviços de saneamento básico pela CONCESSIONÁRIA, pelas concessionárias das demais concessões, oriundas da Concorrência Internacional nº 01/2020, e pela CEDAE, propor melhorias, contribuir na definição de diretrizes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços, eventualmente considerando as normas de referência emitidas pelo órgão regulador competente, receber e analisar as críticas, sugestões e reclamações de usuários, de forma a proporcionar transparência nas informações quanto aos benefícios socioambientais e efetuar o controle social da prestação dos serviços, cujas diretrizes para o seu funcionamento constam do ANEXO XII – COMITÊ DE MONITORAMENTO.

<sup>12</sup> 1.1.18. CONSELHO DE TITULARES: órgão colegiado instituído com a finalidade de coordenar e integrar as relações entre os titulares da PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário da ÁREA DA CONCESSÃO, o ESTADO e a AGÊNCIA REGULADORA, visando a assegurar a participação consultiva dos titulares em decisões atinentes à execução do CONTRATO, nos termos do ANEXO IX - CONSELHO DE TITULARES e das cláusulas do presente instrumento.

<sup>13</sup> Na minuta analisada pelo parecer conjunto anterior, essa cláusula correspondia a 1.1.38.

1.1.40. LOTEAMENTOS: empreendimentos cujos responsáveis devem obter as aprovações junto às autoridades públicas para a realização de loteamentos e desmembramentos em imóveis, responsabilizando-se também pela implantação de infraestrutura de saneamento nos referidos imóveis, nos termos da legislação e deste CONTRATO.

<sup>14</sup> 1.1.67. TERMO DE REVERSÃO DO SISTEMA: documento formal de aceite e recebimento do SISTEMA pelo ESTADO, na qualidade de representante dos titulares dos SERVIÇOS, após a reversão dos BENS REVERSÍVEIS.

<sup>15</sup> 1.1.19. CONSELHO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA: órgão composto por representantes da CONCESSIONÁRIA e das concessionárias das demais concessões, oriundas da Concorrência Internacional nº 01/2020,



formado por representantes da concessionária que se sagrará vencedora nesta licitação, das demais concessionárias oriundas da concorrência internacional nº 01/2020, do Instituto Rio Metrópole, da CEDAE, do Estado e da Agência Reguladora. Esse conselho está previsto no capítulo IV do anexo X deste contrato. Embora presente no referido anexo, a sua definição no bojo do contrato de concessão é salutar, pois dá ampla publicidade à existência de órgão onde será realizada a interlocução entre os agentes citados sobre as necessárias intervenções para a melhoria do Sistema de Fornecimento de Água.

A segunda dispõe sobre a “conta centralizadora”. Novamente, embora presente no anexo XI desse contrato, a sua definição nesta minuta é interessante, considerando a publicidade decorrente.

Por fim, a terceira traz a definição de “Regramento do Sistema de Fornecimento de Água”. Diante da recorrência do termo em outras oportunidades no decorrer do contrato, optou-se por definir o inteiro teor do anexo X, cujo título confunde-se o excerto que ora se definiu. Entretanto, a leitura do inteiro teor do referido anexo permite concluir que, embora a definição trazida na subcláusula 1.1.60 seja um resumo, é necessário seja ressalvada que o conceito em tela não prescinde da análise sistemática da integralidade do anexo.

#### **Cláusula 4 – ANEXOS**

Em relação à minuta analisada pelo Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, visualiza-se que os anexos X e XIV tiveram seus nomes alterados, sem qualquer prejuízo ao entendimento, restando as alterações no âmbito de discricionariedade do gestor.

De: ANEXO X – DISPOSIÇÕES SOBRE A GOVERNANÇA ENTRE BLOCOS DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA.

Para: ANEXO X – REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA

De: ANEXO XIV - ESTUDO DE VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA REFERENCIAL – EVTE

Para: ANEXO XIV - DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS DO ESTUDO DE VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA REFERENCIAL – EVTE

#### **Cláusula 5 – OBJETO DA CONCESSÃO**

Conforme suggestionado no parecer conjunto mencionado e já presente na minuta final do contrato referente à concorrência internacional nº 01/2020, a subcláusula 5.1 ressalta o caráter exclusivo da concessão. Essa alteração era necessária, tendo em vista o caráter excepcional de outorga em exclusividade. Tendo em vista ser exceção, a expressa previsão impede a existência de qualquer questionamento.

Destaca-se, ainda, a subcláusula 5.2, a qual se adaptou à realização prévia do leilão referente aos blocos 01, 02 e 04. Tal previsão é salutar, tendo em vista ter o condão de resguardar a boa-fé contratual, tornando explícita a inter-relação entre a concessionária relativa a esse contrato e aquelas

---

associadas a cada um dos BLOCOS que compõem a prestação regionalizada do saneamento no ESTADO, do INSTITUTO RIO METRÓPOLE, da CEDAE, do ESTADO e da AGÊNCIA REGULADORA, cuja atribuição será propiciar a interlocução e a interação entre todas as partes integrantes do Sistema de Fornecimento de Água, com vistas a promover ações e medidas convenientes ou necessárias à melhoria desse sistema, assim como a produzir deliberações, observados os limites estabelecidos no ANEXO X - REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA;

que lograram êxito anteriormente na concorrência internacional citada. A título de ilustração, colaciona-se o teor dela:

A CONCESSIONÁRIA declara ter ciência das concessões de serviços de água e esgotamento sanitário vigentes e pré-existentes à assinatura deste CONTRATO, cujo objeto é a prestação destes serviços dentro de áreas urbanas dos MUNICÍPIOS, ainda que fora da ÁREA DA CONCESSÃO, as quais não serão alteradas em face do advento da CONCESSÃO e do CONTRATO, bem como da interface existente entre a CONCESSIONÁRIAS e as demais concessionárias dos BLOCOS 1, 2 e 4, reguladas especialmente pelo REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA e pelo COMITÊ DE MONITORAMENTO. (trecho adicionado em destaque)

Também deve ser reiterado que deveriam constar como objeto do contrato e como obrigações da concessionária a prestação dos serviços de saneamento também nas áreas irregulares. Com efeito, o máximo valor hermenêutico do novo marco regulatório do saneamento é a sua universalização e os maiores desafios para tanto são justamente as áreas irregulares. Excluir as **áreas irregulares de qualquer natureza** do objeto contratual e das obrigações da concessionária, muito provavelmente tornará a universalização efetiva dos serviços mera quimera.

#### **Cláusula 6 – VALOR ESTIMADO DO CONTRATO**

Essa cláusula versa sobre o valor estimado do contrato de concessão em análise, porém inexistente a indicação de qualquer quantia. Dessa forma, é necessário que o setor técnico diligencie seu preenchimento ou para sua definição, caso isto não tenha sido realizado anteriormente.

Além disso, destaca-se que a subcláusula 6.1<sup>16</sup> passou a excluir, do período da vigência do contrato para fins de somatório das receitas estimadas, o período de operação assistida do sistema. Essa alteração encontra consonância com a subcláusula 8.7 da presente minuta, uma vez que dispõe que as receitas auferidas nesse intervalo pertencerão exclusivamente à CEDAE. Mostra-se, portanto, útil, uma vez que antecipa e sana possíveis discussões administrativas ou, mesmo, judiciais, sobre inclusão ou não dessas receitas no valor do contrato.

#### **Cláusula 7 – VIGÊNCIA DA CONCESSÃO**

Alterou-se, apenas, a cláusula 7.2<sup>17</sup>, conforme sugestão do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB para substituir a expressão “prorrogado” pela palavra “estendido”.

Essa alteração decorre da necessidade de precisão técnica, uma vez que o termo estendido envolve, obrigatoriamente, o objetivo de reequilibrar o sinalagma original, diante de novos investimentos impostos à concessionária.

---

<sup>16</sup> 6.1. O valor do presente CONTRATO, para todos os fins e efeitos de direito, é de R\$ [●] ([●]), correspondente ao valor presente do somatório das receitas de TARIFAS estimadas para toda a vigência do CONTRATO, excluindo-se o período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, o qual será reajustado a partir dos mesmos índices aplicados no reajuste das TARIFAS.

<sup>17</sup> 7.2. O prazo de vigência deste CONTRATO, previsto na subcláusula 7.1, somente poderá ser estendido guardando direta relação com o motivo que o justifica e sendo verificado, em cada caso, se o objeto original do CONTRATO não fora desfigurado, vedada a prorrogação discricionária da CONCESSÃO.

## **Cláusula 8 – OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA**

Houve alteração nas cláusulas 8.2 e 8.4<sup>18</sup>, porém se trata de mera modificação redacional. Buscou-se aclarar a responsabilidade do Estado pela adequada prestação de informações pela CEDAE durante a operação assistida do sistema; e pela constituição do Comitê de Transição.

Por sua vez, os itens 8.5 e 8.14<sup>19</sup> foram alterados conforme orientação do já citado parecer, retirando as obrigações impostas à CEDAE, uma vez que, conforme o princípio da relatividade contratual, não se mostra possível a imposição de deveres a quem não contratou. Destaca-se que a CEDAE é parte no contrato de produção de água.

Além disso, à cláusula 8.9<sup>20</sup> foi adicionada uma remissão à cláusula 8.5, o que imprimiu mais segurança e previsibilidade.

No mais, reiteram-se as sugestões apresentadas por ocasião do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, mormente no que toca à necessidade de padronização entre as disposições constantes nessa cláusula e aquelas dispostas no CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA. Isso porque, considerando que a CEDAE não é parte no presente contrato, eventuais obrigações a ela impostas, sem correspondência no instrumento em que figura como parte contratante, não poderiam ser exigidas.

Além disso, mostra-se importante que as cláusulas presentes no CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA sejam expressamente inseridas no bojo do instrumento contratual em análise com o fito de imprimir maior segurança e transparência.

---

<sup>18</sup> 8.2. O ESTADO se responsabilizará, durante o período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, pela adequada prestação de informações pela CEDAE com vistas a garantir o fluxo de informações necessário para que a CONCESSIONÁRIA inicie a OPERAÇÃO DO SISTEMA.

8.4. Em até 7 (sete) dias úteis após a celebração do CONTRATO, o ESTADO constituirá COMITÊ DE TRANSIÇÃO, obedecidos os critérios estabelecidos na subcláusula 51.2.

<sup>19</sup> 8.5. Durante o período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, o ESTADO compromete-se a assegurar, nos termos da cláusula 8 do CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA, o cumprimento das seguintes obrigações pela CEDAE: 8.5.1. Franquear à CONCESSIONÁRIA livre acesso às informações necessárias acerca do SISTEMA e de todos os SERVIÇOS, incluindo, mas não se limitando, a:

8.5.1.1. Registros da prestação dos SERVIÇOS e quaisquer outras atividades eventualmente prestadas, relativos aos 5 (cinco) anos anteriores; 8.5.1.2. Arquivos técnicos, cadastros, plantas, desenhos e demais documentos e informações acerca das instalações integrantes do SISTEMA existente que serão operados pela CONCESSIONÁRIA; 8.5.1.3. Licenças ambientais em vigor e demais documentos relativos ao cumprimento da legislação ambiental, inclusive quanto a procedimentos de eventual licenciamento ambiental em curso; 8.5.1.4. Registros imobiliários dos BENS REVERSÍVEIS imóveis. 8.5.2. Disponibilizar, em favor da CONCESSIONÁRIA, quaisquer outras informações relevantes ao planejamento e à adoção das providências necessárias à adequada transferência do SISTEMA existente e de todos os SERVIÇOS; 8.5.3. Franquear à CONCESSIONÁRIA o livre e desimpedido acesso aos bens do SISTEMA existente. 8.5.4. Franquear à CONCESSIONÁRIA, durante o período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA e pelo período de até 90 (noventa) dias após o término da OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, livre acesso a todas e quaisquer informações, de forma completa e integral, do sistema(s) informatizado(s) de cadastro, sistema de gestão comercial, banco de dados, cobrança, leitura, emissão, corte, religação, inadimplência, recebimento e controle dos SERVIÇOS e quaisquer outros serviços prestados pela CEDAE na ÁREA DA CONCESSÃO, mediante a disponibilização de senhas, códigos-fonte e demais permissões de acesso aos funcionários da CONCESSIONÁRIA designados para tal fim, bem como ao menos um terminal específico para acesso ao sistema de gestão comercial na sede da CONCESSIONÁRIA. 8.5.5. Disponibilizar, em favor da CONCESSIONÁRIA, no edifício sede da CEDAE, infraestrutura física para que as equipes da CONCESSIONÁRIA, encarregadas da transição dos SERVIÇOS, possam realizar as atividades necessárias à assunção dos SERVIÇOS. 8.5.6. Disponibilizar informação acerca de suas obrigações no âmbito dos contratos de interdependências existentes que serão assumidos pela CONCESSIONÁRIA.

8.14. Encerrada a vigência da prorrogação da OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, nos termos da subcláusula 8.12, sem que os óbices ao início da OPERAÇÃO DO SISTEMA tenham sido superados ou eliminados, poderá a CONCESSIONÁRIA rescindir o CONTRATO, na forma da Cláusula 43.1 e do art. 39, da Lei federal nº 8.987/1995.

<sup>20</sup> 8.9. Ao final do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA e atendidas as obrigações prévias, listadas na Cláusula 8.5, a CEDAE e as PARTES celebrarão o TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA, por meio do qual se procederá à transferência da OPERAÇÃO DO SISTEMA à CONCESSIONÁRIA.

## **Cláusula 9 – INVENTÁRIO DOS BENS REVERSÍVEIS À CONCESSÃO**

A presente minuta deixou de prever qualquer remissão à existência de uma lista prévia de bens reversíveis, tal como era citado o “Anexo 6 do Edital”<sup>21</sup> na minuta analisada pelo parecer conjunto. Dessa forma, reitera-se aqui a necessidade da formulação de uma lista prévia desses bens, preferencialmente anterior à licitação, de modo a evitar divergências.

Na minuta analisada pelo multicitado parecer, a subcláusula 9.7 possuía a seguinte redação: “*A não aprovação do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS pela AGÊNCIA REGULADORA deverá ser devidamente justificada e poderá ensejar reequilíbrio econômico-financeiro em favor da CONCESSIONÁRIA*”.

Na oportunidade, sugeriu-se que fosse retirada a possibilidade de que a não aprovação ensejasse o reequilíbrio econômico-financeiro em favor da concessionária. Ocorre que na presente minuta não há qualquer previsão semelhante. É notório que todo ato administrativo com conteúdo decisório deve ser devidamente fundamentado, conforme dispõe implicitamente a Constituição Federal e explicitamente o art. 48 da Lei estadual nº 5.427/09.

Assim, sugere-se que as subcláusulas 9.7 e 9.7.1 tenham a seguinte redação final:

9.7 A não aprovação do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS pela AGÊNCIA REGULADORA deverá ser devidamente justificada.

9.7.1 A inércia do ESTADO ou da AGÊNCIA REGULADORA quanto à aprovação ou deliberação acerca do INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS, ou sua não-aprovação imotivada, que atrase o início da OPERAÇÃO DO SISTEMA ou que acarrete prejuízos à CONCESSIONÁRIA poderá ensejar reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO a favor da CONCESSIONÁRIA, desde que efetivamente demonstrados e comprovados os prejuízos diretos decorrentes.

## **Cláusula 10 – BENS VINCULADOS**

As cláusulas 10.6<sup>22</sup> e 10.8<sup>23</sup> foram alteradas conforme sugestões do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB. Nesse sentido, a primeira passou a prever a necessidade de prévia autorização da agência reguladora para que a concessionária desative ou aliene bens móveis e equipamentos relativos aos bens vinculados que se tornem desnecessários à operação do sistema. Assim, ressaltou-se o poder fiscalizatório da agência reguladora necessário à prestação de qualidade do serviço público concedido.

Já a segunda reforçou o papel do Estado como representante dos titulares do serviço concedido, o que não se verificava na oportunidade do primeiro parecer conjunto.

## **Cláusula 12 – OBRAS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA**

Houve a inclusão da subcláusula 13.13.1 com a seguinte redação:

---

<sup>21</sup> Naquela oportunidade, asseverou-se a inexistência de anexo 6 no Edital.

<sup>22</sup> 10.6. A CONCESSIONÁRIA somente poderá desativar e/ou alienar bens móveis e equipamentos referentes aos BENS VINCULADOS que deixem de ser necessários à OPERAÇÃO DO SISTEMA, cabendo-lhe, previamente, proceder à sua imediata substituição por outros em condições de operacionalidade e funcionamento semelhantes, com prévia autorização da AGÊNCIA REGULADORA.

<sup>23</sup> 10.8. As instalações de BENS REVERSÍVEIS que forem desativadas pela CONCESSIONÁRIA serão revertidas aos titulares dos SERVIÇOS por intermédio do ESTADO, que, na qualidade de representante dos titulares dos SERVIÇOS, tomará as medidas necessárias, para em nome dos titulares, garantir a continuidade da prestação do serviço público, por meio de TERMO DE REVERSÃO.

A solicitação pelo ESTADO de revisão do conteúdo do projeto ou de parcelas deste, quando se verificar erro técnico ou desatendimento às disposições do ESTADO, do CONTRATO ou de seus ANEXOS, não será objeto de revisão extraordinária do CONTRATO.

O teor dessa cláusula mostra-se importante para assegurar a segurança jurídica do contrato, pois prevê, expressamente, a impossibilidade de que a concessionária pleiteie a revisão extraordinária do contrato quando existente erro técnico ou desatendimento às disposições do Estado ou contratuais relativos às obras de aperfeiçoamento do sistema.

Além disso, conforme sugestão do parecer conjunto anterior, foi inserida a subcláusula 12.14.1, dispondo sobre a necessidade de manifestação da autoridade administrativa superior para avaliação do ato de anuência tácita. Nesse sentido, o citado mencionava que: “[...] recomenda-se que a não manifestação no prazo designado implique a imediata submissão do ato tácito de deferimento à instância superior, com o que se geram incentivos ao agente responsável para que se manifeste efetivamente. Trata-se do que a literatura designou de eficácia translativa do silêncio administrativo”.

A cláusula 12.19.3<sup>24</sup> incorporou alteração realizada na ocasião da minuta final do contrato licitado na concorrência internacional nº 01/2020, prevendo que a concessionária, ao incorporar ao sistema obras realizadas pelo Estado ou Municípios, deverá indenizar o ente público que realizou o investimento. Essa medida é consentânea com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

No mais, reiteram-se as sugestões lançadas no parecer conjunto mencionado e que não tenham sido acatadas.

### **Cláusula 13 – LOTEAMENTO**

Quando comparada à versão analisada pelo Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, houve apenas a alteração proposta para a cláusula 13.6, a qual passou a ter a seguinte redação:

**13.6. A CONCESSIONÁRIA poderá estabelecer padrões construtivos mínimos, a serem observados pelos loteadores para LOTEAMENTOS autorizados após a celebração do presente CONTRATO, *respeitada as normas e competências municipais sobre o assunto.***

Essa modificação atende à necessidade de salvaguarda das normas legais do ente federativo constitucionalmente competente para legislar sobre interesse local, não cabendo à concessionária estabelecer regramentos dissonantes.

Considerando a não observância das demais sugestões lançadas naquela oportunidade, transcreve-se o seguinte excerto do referido parecer, sem prescindir da fundamentação lançada no seu corpo:

---

<sup>24</sup> 12.19.3. Quando da incorporação ao SISTEMA de obras executadas pelo ESTADO e/ou pelo MUNICÍPIO, a AGÊNCIA REGULADORA deverá promover o reequilíbrio do CONTRATO no âmbito da revisão ordinária prevista na cláusula 30, considerando a necessidade de indenizar o ente público que realizou o investimento.

Em relação à Cláusula 14, recomenda-se, em relação a competências urbanas, que (i) sejam suprimidas quaisquer obrigações previstas a terceiros que não fazem parte deste complexo contratual; (ii) seja o contrato reanalisado à luz das competências constitucionais atribuídas aos Municípios<sup>25</sup>; (iii) a supressão da subcláusula 14.2.1; e (iv) a reanálise das subcláusulas 14.6 e 14.7, ante a aparente atribuição de competências urbanísticas à Concessionária; em relação a loteamentos irregulares, (iv) seja analisada e formulada disciplina quanto aos loteamentos irregulares, visando, principalmente que estes não comprometam o cumprimento das metas legais de universalização, não podendo, portanto, ficar excluídos das obrigações da concessionária; e, em relação a obras irregulares nos loteamentos, que (v) sejam definidas balizas específicas para os casos em que, mesmo com a existência de obras irregulares, a Concessionária deva assumir a operação das redes de coleta e distribuição localizadas nos loteamentos, à luz da subcláusula 14.7.2;

#### **Cláusula 14 – DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS À CONCESSIONÁRIA**

A Cláusula 14 do Contrato de Concessão traz a disciplina quanto às disposições aplicáveis à concessionária.

O art. 37, XXI, da Constituição, ao impor a licitação como regra antecedente à celebração dos contratos públicos, determina que serão permitidas, nos respectivos editais, somente “*as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”.

Tendo isso em vista, as regras do edital objeto de análise deverão ser orientadas de modo a se garantir a maior competitividade possível, com ampliação do universo de licitantes, sem deixar de exigir, ao mesmo tempo, a comprovação da capacidade do futuro contratado em realizar todos os investimentos necessários ao cumprimento das metas do contrato.

Com efeito, o princípio da competitividade constitui elemento nuclear de toda e qualquer licitação pública<sup>26</sup>. Pode-se dizer que aumentar o número de potenciais interessados é dever ínsito a qualquer gestor público responsável por modelar uma licitação, designadamente quando se trata de licitação no campo da infraestrutura.

A competitividade é, em certa medida, princípio que instrumentaliza e torna viável concretizar outros princípios e valores constitucionais. Explica-se: quanto maior a competição, maior a chance de viabilizar o atendimento dos **princípios da eficiência, da economicidade e do próprio atendimento ao interesse público.**

A preocupação centrada no incremento da competitividade converge com a edição da Lei nº 14.026/20 (novo marco legal de saneamento), que tem como um dos seus pilares o fomento a entrada de novos atores, abrindo-se ao máximo o setor para novos entrantes.

Nesse sentido, não se mostra razoável a exigência da subcláusula 14.1, ao prever que a Concessionária deva ter sede no Rio de Janeiro, requisito que não se justifica à luz do princípio da competitividade.

Vale destacar que o Bloco 03, a ser licitado, é composto não somente por parte do Município do Rio de Janeiro (AP-5), mas também pelos Municípios de Bom Jardim, Bom Jesus do Itabapoana,

---

<sup>25</sup> A alteração realizada corresponde a este item.

<sup>26</sup> O Supremo Tribunal Federal já assentou a competitividade como o princípio nuclear das licitações em vários julgados: ADI 3670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 02/04/2007; AI 628383/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/11/2011; ADI 3735, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 08/09/2016.

Carapebus, Carmo, Itaguaí, Itaperuna, Macuco, Natividade, Paracambi, Pinheral, Piraí, Rio Claro, Rio das Ostras, São Fidélis, São José de Ubá, Seropédica, Trajano de Moraes e Vassouras.

Por isso, sugere-se retirar a exigência de que a concessionária tenha sede no Município do Rio de Janeiro da subcláusula 14.1.

Ademais, houve a inserção de um trecho da subcláusula 14.2.1, cuja redação transcreve-se:

14.2.1. É dispensada a anuência prévia do ESTADO para qualquer alteração nos atos constitutivos da CONCESSIONÁRIA, ou na sua composição societária, que não configure alteração do seu controle societário ou transferência da CONCESSÃO, ou quaisquer reorganizações societárias e/ou alterações de controle entre empresas do mesmo grupo econômico da CONCESSIONÁRIA, desde que tais reorganizações e/ou alterações de controle também não configurem alteração do controle societário da CONCESSIONÁRIA ou transferência da CONCESSÃO. (trecho adicionado em destaque).

O trecho inserido é um exemplo da anteriormente mencionada dificuldade redacional apresentada por algumas cláusulas. Recomenda-se que o setor técnico esclareça o seu teor, com o fito de evitar futuro problema de interpretação.

### **Cláusula 15 – CAPITAL SOCIAL DA CONCESSIONÁRIA**

O Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB não teceu comentários sobre essa cláusula. Entretanto, comparando a minuta em que ele se baseou com a presente, verifica-se que nesta não há previsão quanto aos valores relativos ao capital social da concessionária. Assim, recomenda-se que o setor competente diligencie para solucionar essa ausência.

Ademais, a cláusula 15.2.1 passou a prever, tal como a versão final do contrato de concessão dos demais blocos, que a concessionária não poderá reduzir seu capital social até o 12º ano do contrato (na minuta analisada pelo outro parecer, a vedação estendia-se até o 18º ano). Tal alteração pressupõe a análise técnica e discricionária do setor competente a fim de salvaguardar a prestação do serviço público concedido ante a diminuição do capital social da concessionária.

### **Cláusula 17 – SEGUROS**

A sugestão esposada no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB foi acatada, tendo a cláusula 17.2 a seguinte redação (trecho alterado em destaque):

17.2. A CONCESSIONÁRIA deverá contratar Seguro de Riscos de Engenharia para a cobertura de danos materiais que possam ser causados em razão das OBRAS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA e demais obras civis e/ou instalação e montagem necessárias ao cumprimento do objeto do CONTRATO, que também tenham caráter de manutenção e conservação.

Verifica-se que a modificação realizada corrobora com a segurança jurídica que deve ser buscada em todos os contratos administrativos, explicitando a alocação de riscos e os sinistros cobertos pelo seguro contratado.

## **Cláusula 18 – CONTRATOS COM TERCEIROS**

Em comparação com a minuta em que se baseou o Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, há duas alterações que serão listadas abaixo. A subcláusula 18.6 passou a ter a seguinte redação:

18.6. A CONCESSIONÁRIA deverá elaborar política de transações com partes relacionadas, a qual deverá ser apresentada para conhecimento do ESTADO e AGÊNCIA REGULADORA, apresentando-a até o término do prazo da OPERAÇÃO ASSISTIDA.

Verifica-se que o presente contrato impõe a necessidade de que a política de transações com partes relacionadas seja apresentada em até 180 dias (prazo previsto na subcláusula 1.1.44). Considerando a inexistência de previsão nos contratos dos demais blocos, entende-se necessário que o setor competente ratifique a viabilidade de cumprimento desse prazo, sob pena de provocar reflexos indesejados às partes.

Considerando o caráter incompleto dos contratos de concessão, a política de transações com partes relacionadas apresenta caráter contingente, sendo certo que, havendo motivo para tanto, poderá ser alterada, com as comunicações de praxe, sob pena de engessar a prestação do serviço público.

Ademais, inseriu-se a subcláusula 18.6.1.5, em conformidade com o referido parecer, passando a prever a “incorporação de políticas anticorrupção e programa de integridade” como cláusula necessária nos contratos em tela. Nesse sentido, escreveu-se no parecer conjunto anterior: “a previsão específica de incorporação de políticas anticorrupção no item destinado à regulação contratual sobre as contratações com terceiros é essencial para reforçar a importância da integridade nestes tipos de relações privadas firmadas pelo parceiro privado”.

## **Cláusula 19 – FINANCIAMENTOS**

Na minuta em análise, houve a inclusão da subcláusula 19.4.1.2. Considerando a existência de relação direta com outras subcláusulas, transcreve-se o necessário para a compreensão (conforme explicitado anteriormente, as remissões trazidas no teor da cláusula possuem erro material: versam sobre a cláusula 20, quando, de fato, tratam da cláusula 19):

19.4. A CONCESSIONÁRIA deverá apresentar ao ESTADO cópia dos contratos de financiamento e de garantia que venha a celebrar, bem como de documentos representativos dos títulos e valores mobiliários que venha a emitir, e quaisquer alterações a esses instrumentos, no prazo de 10 (dez) dias úteis da data de sua assinatura e emissão, conforme o caso e nos termos do artigo 28 da Lei federal nº 8.987/95.

19.4.1. A entidade que celebrar contrato com a CONCESSIONÁRIA para fornecimento de materiais, equipamentos ou serviços na forma de venda parcelada ou financiada poderá ser reconhecida como FINANCIADOR, caso o contrato de fornecimento contenha, de forma clara, a descrição de uma operação de financiamento à CONCESSIONÁRIA por parte deste fornecedor, com as datas previstas para liquidação, taxas de juros e demais parâmetros, cabendo a CONCESSIONÁRIA, nestes casos, realizar a comunicação prevista na subcláusula 20.4 .



19.4.2. Para fins deste CONTRATO, não se aplicam à hipótese prevista na subcláusula 20.4.1, as disposições contidas nas subcláusulas 20.5 e 20.8.

19.5. Os financiamentos e suas respectivas garantias poderão, observada a legislação civil e comercial aplicável, conferir aos respectivos financiadores o direito de assumir o controle ou a administração temporária da CONCESSIONÁRIA, ou a própria CONCESSÃO, em caso de inadimplemento não remediado dos respectivos contratos de financiamento ou garantia, ou, ainda, para a regularização dos SERVIÇOS em caso de inadimplência da CONCESSIONÁRIA no âmbito deste CONTRATO que inviabilize ou ameace a CONCESSÃO, observadas as condições da subcláusula 20.10 (...)

19.8. A CONCESSIONÁRIA poderá dar em garantia dos financiamentos contratados, nos termos desta Cláusula, os direitos emergentes da CONCESSÃO, conforme indicado na subcláusula 20.2, desde que não comprometa a operacionalização e a continuidade da execução dos investimentos e dos SERVIÇOS objeto da CONCESSÃO.

A leitura do Parecer Conjunto citado permite compreender que a inclusão da subcláusula em destaque ocorreu em razão de sugestão realizada, cujo teor transcreve-se:

A subcláusula 20.4 da minuta estabelece que os contratos de financiamento e de garantia devem ser apresentados ao Estado. É estipulado, ainda, por meio da subcláusula 20.4.1, que a entidade que celebrar contrato com a Concessionária para fornecimento de materiais, equipamentos ou serviços na forma de venda parcelada ou financiada poderá ser reconhecida como Financiador, caso o contrato de fornecimento contenha, de forma clara, a descrição de uma operação de financiamento à Concessionária por parte desse fornecedor, com datas previstas para liquidação, taxas de juros e demais parâmetros. Recomenda-se seja explicitada a referência ao artigo 28 da Lei nº 8.987/95.

Não está claro, pela redação da minuta, se a equiparação de terceiros com a figura do Financiador do Contrato é limitada para os fins da obrigação prevista na subcláusula 20.4 (que exige a apresentação da cópia dos contratos ao Poder Concedente) ou se tal equiparação é ampla, conferindo a estes fornecedores as mesmas prerrogativas que são atribuídas aos agentes financiadores em todo o Contrato. Tal preocupação é relevante na medida em que o ordenamento reconhece a possibilidade que o Estado autorize a transferência do controle ou da administração temporária da Concessionária pelos financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto (step in right).

Assim sendo, o estabelecimento de uma regra contratual mais clara poderá conferir maior previsibilidade e segurança jurídica ao parceiro privado em suas políticas de contratação de terceiros com meios de financiamento. Nesse tópico, sugere-se que, caso a intenção da regra contratual seja a de conferir equiparação ampla entre fornecedores e financiadores, que se limitem as prerrogativas de fornecedores cujos contratos representem menor relevância econômico-financeira para a operação e a promoção de investimentos do contrato de concessão.

## **Cláusula 20 – DA REGULACÃO E FISCALIZACÃO DOS SERVIÇOS**

Destaca-se, inicialmente, a seguinte sugestão lançada no parecer conjunto supramencionado:

Além disso, considerando demandas de eficiência organizacional, é relevante que o contrato se aproveite, ainda, da capacidade institucional da AGENERSA. Nessa toada, recomenda-se a inserção de cláusula, em local pertinente, que estabeleça que compete à AGENERSA “apurar a responsabilidade dos proprietários ou possuidores dos imóveis que não estejam cumprindo obrigação legal de conexão às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis”.

Essa sugestão fora acatada por ocasião da versão final da minuta do Contrato de Concessão dos demais blocos, sendo certo que as subcláusulas 21.1.10 e 21.1.11 assim dispunham:

21.1.10. Apurar a responsabilidade dos proprietários ou possuidores dos imóveis que não estejam cumprindo obrigação legal de conexão às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis;

21.1.11. Exercer a função fiscalizatória e sancionatória sobre os usuários do serviço público;

Entretanto, essas disposições foram suprimidas na minuta ora analisada, razão por que se recomenda sua reinserção.

A nova redação da cláusula 20.1.8 vai ao encontro da sugestão esposada no referido parecer, destacando-se que as normas baixadas pela Agência Nacional de Águas aplicam-se à presente concessão no que couber. Transcreve-se sua redação:

20.1.8. Observar as normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico que venham a ser editadas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, em especial normas sobre eficiência da operação e definição de indicadores de desempenho em áreas de favelas e aglomerados subnormais, desde que aplicáveis aos SERVIÇOS;

Entende-se, contudo, necessária a previsão de que a não observância da normativa exarada pela ANA seja objeto de decisão robustamente motivada, de modo a evitar incentivos contrários aos objetivos institucionais do novo marco regulatório inaugurado pela Lei nº 14.026/2020.

Por sua vez, a subcláusula 20.8. possui a seguinte redação:

20.8. Durante todo o prazo de CONCESSÃO, a CONCESSIONÁRIA recolherá mensalmente à AGÊNCIA REGULADORA a Taxa de Fiscalização sobre os Serviços Públicos Delegados pelo Estado do Rio de Janeiro, em valor correspondente a 0,5% (meio por cento) das receitas faturadas mensalmente, excluídos os tributos sobre elas incidente, pelo exercício das

atividades de regulação e fiscalização, nos termos do art. 18, da Lei estadual nº 4.556/2005.

No entanto, o dispositivo a que se refere é o artigo 19 da Lei Estadual<sup>27</sup>, recomendando-se a alteração.

### **Cláusula 21 – DESAPROPRIAÇÃO, SERVIDÕES E LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS**

Não há menção a essa cláusula no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB. Entretanto, destaca-se que, quando comparada a minuta do contrato dos demais blocos, houve o aperfeiçoamento de algumas cláusulas.

O item 21.2 passou a prever, conforme sugestionado no item 1, o Estado como representante dos titulares do serviço público concedido. Já as subcláusulas 21.3.1 e 21.3.3 incluíram, corretamente, os municípios no que toca às disposições referentes a desapropriações ou servidões administrativas, tendo em vista que são os entes legitimados para tais ações administrativas, conforme Decreto-Lei nº 3.365/41.

### **Cláusula 22 – DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS USUÁRIOS**

A Cláusula 22 do Contrato de Concessão trata dos direitos e obrigações dos usuários.

Conforme mencionado no Parecer Conjunto supracitado, recomenda-se a inclusão de subcláusula que assegure, de forma expressa, todos os direitos assegurados aos usuários dos serviços de saneamento básico, delimitados nos arts. 5º e 6º da Lei nº 13.460/2017, que disciplina a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública. Apesar de o Marco Regulatório do Saneamento Básico integrar a interpretação contratual, fato é que a previsão de tal disciplina de forma expressa no conteúdo do Contrato lhe confere maior segurança jurídica.

Ademais, ao se comparar a presente minuta em face daquela em que se baseou o multicitado parecer, verifica-se a inclusão de quatro subcláusulas, incluindo disposições sobre a Lei nº 13.460/17 e Lei nº 13.709/18, nos seguintes termos:

22.1.10. Receber carta de serviços aos USUÁRIOS, nos termos do art. 7º, da Lei federal nº 13.460/2017;

22.1.11. Implantação e funcionamento de ouvidoria, nos termos dos arts. 13 a 16 da Lei federal nº 13.460/2017;

22.1.12. Criação de procedimentos para avaliação continuada dos SERVIÇOS, nos termos do art. 23 da Lei federal nº 13.460/2017;

---

<sup>27</sup> Art. 19 da Lei Estadual nº 4.556/2005: A Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos será recolhida diretamente pelo Concessionário ou Permissionário aos cofres do Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, criado pela Lei de Criação da AGETRANSP, na área de energia ou saneamento básico, cuja alíquota será 0,5% (meio por cento) sobre o somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente pelo Concessionário ou Permissionário, nas atividades sujeitas à regulação da AGENERSA, nos termos do art. 2º desta Lei, excluídos os tributos sobre elas incidentes.

§ 1º - A taxa a que se refere o caput deste artigo deverá ser recolhida até o décimo dia útil do mês subsequente ao do ingresso da receita correspondente às tarifas cobradas pelo Concessionário ou Permissionário.

§ 2º - O não recolhimento da taxa no prazo fixado no parágrafo anterior implicará em multa de 10% (dez por cento), e juros moratórios de 1% (um por cento) a cada 30 (trinta) dias de atraso, bem assim na incidência de correção monetária, na forma da legislação em vigor.

22.1.13. A observância pela CONCESSIONÁRIA, pela AGÊNCIA REGULADORA e pelo ESTADO, das normas relativas ao tratamento de dados pessoais, nos termos da Lei federal nº 13.709/2018;

Embora as disposições e leis mencionadas nessas subcláusulas integrem o bloco de regras impostas aos atores contratuais, a expressa previsão reforça a segurança jurídica e evita questionamentos futuros.

Por fim, destaca-se que a subcláusula 22.4 fora alterada conforme sugestão exarada no referido parecer para ajustar a disposição sobre as regras sobre interrupção do serviço prestado:

22.4. A falta de pagamento dos valores devidos pelos USUÁRIOS à CONCESSIONÁRIA, na data de seu vencimento, acarretará a incidência de encargos de mora e demais sanções cabíveis, nos termos do art. 6º, §§3º e 4º da Lei federal nº 8.987/1995 e do art. 40 da Lei federal nº 11.445/2007, bem como na forma do presente CONTRATO e das normas regulamentares da AGÊNCIA REGULADORA. (trecho adicionado em destaque).

### **Cláusula 23 – DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO ESTADO**

Conforme sugestões exaradas no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, houve a alteração das subcláusulas 23.2.7 e 23.2.8, consoante se infere das seguintes colações:

De: 24.2.7. Ceder à CONCESSIONÁRIA, a título gratuito e devidamente regularizadas, as servidões de passagem existentes, bem como o uso dos BENS REVERSÍVEIS integrantes do SISTEMA;

Para: 23.2.7. Na qualidade de representante dos titulares dos SERVIÇOS, ceder à CONCESSIONÁRIA as servidões de passagem existentes, bem como o uso dos BENS REVERSÍVEIS integrantes do SISTEMA;

De: 24.2.8. Aplicar as penalidades administrativas cabíveis, no âmbito de sua competência, aos proprietários ou possuidores dos imóveis que não estejam ligados às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, inclusive no sentido de coibir poços e fontes alternativas de água em locais onde houver disponibilidade de sistema público de abastecimento de água e/ou que estejam em desacordo com a legislação aplicável, de acordo com as normas estabelecidas pela AGÊNCIA REGULADORA;

Para: 23.2.8. Apurar, no âmbito de sua competência, a responsabilidade dos proprietários ou possuidores dos imóveis que estejam se utilizando de soluções individuais de abastecimento de água fora das hipóteses admitidas pela legislação ambiental e de recursos hídricos;

A primeira alteração retirou a previsão de cessão à concessionária a título gratuito e devidamente regularizadas as servidões de passagem existentes. Conforme mencionado no parecer anterior, essa modificação é relevante pois impede a ocorrência de obrigação imprevisível a ser atribuída ao Estado. A segunda alteração é consentânea com o poder fiscalizatório e estrutura organizacional da AGENERSA, a qual exerce o poder de polícia nas situações afins.

Além disso, há duas subcláusulas que não constavam na minuta analisada no parecer conjunto:

23.2.21. Cumprir integralmente as disposições do ANEXO X - REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA e se comprometer a adotar a arbitragem como mecanismo de solução de todos os litígios oriundos das relações decorrentes do Sistema de Fornecimento de Água (SFA) ou com ele relacionados, de acordo com a Lei Federal nº 9.307/1996 e com o Decreto nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro.

23.2.22. Envidar os melhores os esforços voltados a facilitar a interação entre a CONCESSIONÁRIA e a operadora dos serviços de esgotamento sanitário da AP-5, em caso de eventuais aprimoramentos dos ajustes e acordos relativos à gestão comercial daquela área.

Em relação à cláusula 23.2.21, a leitura do Anexo X – Regramento do Sistema de Fornecimento de Água permite inferir que a adoção da arbitragem como mecanismo de solução de conflitos decorrentes do referido sistema é um dos princípios, conforme previsto no art. 3º, II. Ocorre que essa cláusula obriga o Estado a adotar tal meio de resolução de conflito em todos os litígios oriundos do SFA<sup>28</sup>. Assim, recomenda-se a alteração da redação para que, caso se esteja decidindo realmente pela adoção da arbitragem, que sejam especificadas as situações que a ensejarão, e que tenhamos uma cláusula cheia, com todos os pré-regramentos necessários para a instalação das eventuais arbitragens, evitando-se as ditas “cláusulas arbitrais patológicas”.

No que tange à cláusula 23.2.22, lembra-se de que o serviço de esgotamento sanitário da AP-5, área pertencente ao bloco 3, objeto deste contrato, já fora concedido anteriormente. Dessa forma, é possível inferir uma inevitável relação entre a concessionária contratante e a operadora do serviço de esgotamento sanitário.

A presente cláusula visa a evitar futuros litígios ao determinar ao Estado que facilite a interação entre as partes envolvidas. No entanto, entendemos ser necessário que essa relação entre concessionária e operadora seja minuciada oportunamente a fim de estabelecer uma modelagem contratual mais segura para elas. Destaca-se que a subcláusula 24.1.11, que será comentada abaixo, também versa sobre essa relação.

Por fim, recomenda-se a inclusão, na subcláusula 23.1 da minuta do Contrato de Concessão, de disposição que preveja o direito de regresso do Estado em face dos Municípios no caso de responsabilização por condutas ilícitas de entes municipais que porventura venham a ser imputadas ao Estado do Rio de Janeiro.

#### **Cláusula 24 – DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA**

A cláusula 24 do Contrato de Concessão disciplina os direitos e obrigações da concessionária. Trata-se cláusula essencial nos termos do art. 23, V, da Lei 8.987/95 e aplicável aos contratos de delegação de serviço público de saneamento básico, conforme art. 10-A da Lei nº 11.455/07.

Reitera-se a recomendação exarada no Parecer Conjunto mencionado para, em linha com a orientação do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, estabelecer cláusula estipulando o efetivo prazo em que se dará o pagamento da outorga variável aos Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, bem como as respectivas cláusulas relativas a penalização e compensação financeira por atraso de pagamento.

---

<sup>28</sup> Sistema de Fornecimento de Água.

Destaca-se, ainda, que a cláusula 24.1.11 foi alterada e que os itens 24.2.49 e 24.2.50 não tinha previsão na minuta do contrato de concessão dos outros blocos:

24.1.11. Interagir com a operadora dos serviços de esgotamento sanitário da AP-5 com vistas a eventuais aprimoramentos dos ajustes e acordos relativos à gestão comercial.

24.2.49. Responsabilizar-se por todos os custos e despesas de conservação e manutenção das infraestruturas do Sistema de Macro Adução de Água Tratada (SMA) localizadas em sua área de atuação (ÁREA DA CONCESSÃO), respondendo pelos danos e prejuízos que a falta de manutenção, conservação e reparo nestas infraestruturas eventualmente gere a terceiros, nos termos do ANEXO X - REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA .

24.2.50. Cumprir integralmente as disposições do ANEXO X - REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA e se comprometer a adotar a arbitragem como mecanismo de solução de todos os litígios oriundos das relações decorrentes do Sistema de Fornecimento de Água (SFA) ou com ele relacionados, de acordo com a Lei Federal nº 9.307/1996 e com o Decreto nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro.

Conforme trazido anteriormente, a exploração do serviço de esgotamento sanitário da AP-5 fora concedida anteriormente, razão pela qual a concessionária vencedora deverá, ocupando a posição atualmente exercida pela CEDAE, necessariamente, relacionar-se com a operadora daquele serviço, razão por que se alterou a cláusula 24.1.11.

A subcláusula 24.2.49<sup>29</sup> encontra-se em consonância com o disposto no art. 31 do Anexo X – Regramento do Sistema de Fornecimento de Água. A inserção no bojo do presente instrumento contratual reforça a publicidade e segurança jurídica.

À subcláusula 24.2.50<sup>30</sup> aplicam-se as considerações realizadas sobre a subcláusula 23.2.21, tendo em vista que tal disposição seja homogênea para todas as partes contratuais.

## **Cláusula 25 – VERIFICADOR INDEPENDENTE E INDICADORES DE DESEMPENHO**

A cláusula 25 do Contrato de Concessão disciplina a matéria relativa ao “Verificador independente e indicadores de desempenho”.

Inicialmente, ressalta-se que a cláusula 26.1.1 da minuta submetida à análise do Parecer Conjunto mencionado fora suprimida na minuta em esboço. Colaciona-se sua redação:

26.1.1. O cumprimento das metas de universalização e não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de

<sup>29</sup> 24.2.49. responsabilizar-se por todos os custos e despesas de conservação e manutenção das infraestruturas do Sistema de Macro Adução de Água Tratada (SMA) localizadas em sua área de atuação (ÁREA DA CONCESSÃO), respondendo pelos danos e prejuízos que a falta de manutenção, conservação e reparo nestas infraestruturas eventualmente gere a terceiros, nos termos do ANEXO X - REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA.

<sup>30</sup> 24.2.50. cumprir integralmente as disposições do ANEXO X - REGRAMENTO DO SISTEMA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA e se comprometer a adotar a arbitragem como mecanismo de solução de todos os litígios oriundos das relações decorrentes do Sistema de Fornecimento de Água (SFA) ou com ele relacionados, de acordo com a Lei Federal nº 9.307/1996 e com o Decreto nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro.

tratamento deverá ser verificado anualmente pela AGÊNCIA REGULADORA, observando-se um intervalo dos últimos 5 (cinco) anos, nos quais as metas deverão ter sido cumpridas em, pelo menos, 3 (três), e a primeira fiscalização deverá ser realizada apenas ao término do quinto ano de vigência do CONTRATO, de acordo com as normas definidas pela AGÊNCIA REGULADORA.

Embora o seu teor tenha sido objeto de ressalva em razão da má-técnica redacional<sup>31</sup>, recomenda-se que seja reinserida e a redação reescrita com vistas a emprestar clareza e, por consequência, segurança jurídica.

Em relação à razoabilidade dos prazos estabelecidos, entende-se que algumas subcláusulas, tais quais, 25.5.2, 25.5.3 e 25.5.4 estabelecem prazos muito curtos, de 10 (dez) dias, para apreciações que são, absolutamente, relevantes e complexas, muitas vezes inclusive com a necessidade de aferições e laudos in loco.

Destaca-se que, considerando a sugestão de alteração redacional pelo parecer conjunto anterior acerca das subcláusulas em análise, elas foram alteradas na redação final do contrato submetido à concorrência internacional nº 01/20 e ora se repetem. A nova redação logrou êxito em aclarar o procedimento a ser observado para fins de aferição do desempenho da concessionária.

Por fim, ressalta-se que, diferentemente das considerações realizadas no parecer conjunto anterior sobre a incompatibilidade entre as metas de desempenho previstas em contrato e aquelas definidas nas metas do Marco Legal do Saneamento, o Anexo III – Indicadores de Desempenho e Metas de Atendimento encontra-se consonante com os prazos e percentagens de cobertura do serviço público concedido.

A título de ilustração, no que tange aos índices de atendimento urbano de água e de atendimento urbano de esgoto, prevê-se o atingimento das respectivas metas legais a partir do 12º ano da concessão, sendo certo que o art. 11-B da Lei 11.455/07 prevê a data limite de 31 de dezembro de 2033 para tanto.

Entretanto, diante das ousadas metas de ampliação de fornecimento dos serviços públicos concedidos, faz-se necessário que a agência reguladora acompanhe minuciosamente a execução da expansão a fim de evitar descumprimentos contratuais e legais.

### **Cláusula 26 - REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA**

As subcláusulas 26.12 e 26.13 foram alteradas de acordo com as sugestões exaradas no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB<sup>32</sup>. As referidas alterações possibilitam leitura mais coesa e contundente sobre o tema,

Ressalta-se a subcláusula 26.15.1.1, cuja redação fora alterada para:

26.15.1.1. Os valores de que trata a subcláusula anterior e que sejam compartilhados com o ESTADO, deverão ser segregados pela CONCESSIONÁRIA na CONTA VINCULADA e utilizados pelo ESTADO

<sup>31</sup> Destaca-se que o art. 11-B, §5º da Lei nº 11.455/07, inserido pela Lei nº 14.026/20, possui idêntica redação.

<sup>32</sup> Houve a inclusão dos trechos destacados:

27.12. A exploração de fontes de RECEITAS ADICIONAIS que não estejam expressamente indicadas de forma específica na cláusula acima dependerá de prévia anuência do ESTADO.

27.13. A exploração de fontes de receitas alternativas, acessórias ou de projetos associados não poderá comprometer os padrões de qualidade dos SERVIÇOS, conforme previsto inclusive nas normas e procedimentos integrantes do EDITAL e deste CONTRATO.

exclusivamente para os fins previstos no ANEXO XI – CONTRATO DE CONSTITUIÇÃO DE CONTA VINCULADA.

A redação analisada pelo Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB destinava exclusivamente os valores mencionados para a manutenção da modicidade tarifária. Ocorre que o Anexo XI – Contrato de Constituição de Conta Vinculada traz outros fins para as quantias arrecadadas paralelamente:

#### CLÁUSULA TERCEIRA - DA CONTA VINCULADA

1.1. A Conta Vinculada estará atrelada à conta corrente de nº. ..., de titularidade da CONCESSIONÁRIA, tendo-se como único beneficiário o ESTADO, e deverá ser aberta especialmente para esta finalidade na agência de nº. .... do Agente Financeiro, sendo de natureza restrita, na qual serão depositados os recursos mencionados nas Cláusulas **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, alínea “b”.

1.2. Os recursos decorrentes da diferença entre a Receita Tarifária e a Tarifa Efetiva deverão ser transferidos mensalmente pelo Agente Financeiro para a Conta Vinculada.

1.3. Caso a CONCESSIONÁRIA opte por explorar receitas adicionais nos termos das cláusulas 27.11 e 27.12 do Contrato de Concessão, deverá informar o agente financeiro e o ESTADO para fins de compartilhamento da receita bruta, hipótese em que o valor destinado ao ESTADO deverá ser depositado na Conta Vinculada, obedecendo-se a subcláusula 27.15.1 do Contrato de Concessão.

1.4. O saldo da Conta Vinculada deverá ser destinado exclusivamente ao:

a) abatimento do valor da tarifa ao longo do prazo de vigência do Contrato de Concessão, como medida a garantir a modicidade tarifária; ou

b) eventual pagamento de passivos do ESTADO devido à CONCESSIONÁRIA, tais como, mas não se limitando, reequilíbrios econômico-financeiros do Contrato de Concessão e indenizações, quando cabível, de acordo com a cláusula 39 e seguintes do Contrato De Concessão.

1.5. Além dos valores descritos na cláusula **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, alínea “b”, deste CONTRATO, a critério do ESTADO e desde que solicitado por este, poderão ser destinados à Conta Vinculada os recursos provenientes da aplicação de penalidades pecuniárias que não estejam vinculadas ao ressarcimento de outra concessão em razão da governança entre Blocos.

Verifica-se, dessa forma, que a previsão constante da cláusula 26.15.1.1 extrapola a previsão legal ao prever outras destinações às receitas complementares. Recomenda-se, portanto, sua adequação ao regramento legal.

Além disso, reitera-se a sugestão de que os serviços complementares, em referência na subcláusula 26.15.3, também deveriam ser considerados a título de cálculo de modicidade tarifária.

#### Cláusula 27 – REAJUSTE



A cláusula 27 do Contrato de Concessão trata da remuneração da concessionária.

Inicialmente, destaca-se que as considerações lançadas no parecer conjunto anterior sobre a necessidade de verificação sobre existência de nova deliberação da AGENERSA sobre o reajuste das tarifas. Isso porque, da mesma forma que relativo a minuta da concorrência internacional 01/2020, no Anexo VII do presente contrato o último reajuste realizado ocorrera em 2019 (Deliberação AGENERSA nº 3.898/19).

Compulsando o sítio eletrônico da AGENERSA, logrou-se êxito em identificar a homologação do novo reajuste<sup>33</sup>. Dessa forma, deverá o referido anexo ser alterado para que nele constem as informações atualizadas.

No que tange às demais sugestões espostas no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, sobretudo a possibilidade de interpretações ambíguas quanto ao critério e aos cálculos do primeiro reajuste, a minuta em espeque apresenta nova redação, havendo, ainda, a inclusão da subcláusula 27.1.2. Transcrevem-se as cláusulas alteradas:

27.1. Os valores das TARIFAS cobradas em virtude da prestação dos SERVIÇOS serão reajustados a cada 12 (doze) meses, contados a partir da data da apresentação da PROPOSTA COMERCIAL na LICITAÇÃO. O reajuste obedecerá à seguinte fórmula paramétrica:

$$TARIFAS_b = TARIFAS_{b-1} * IRC$$

Onde:

**TARIFA<sub>b</sub>**: TARIFA BASE a ser calculada;

**TARIFAS<sub>b-1</sub>**: TARIFA BASE vigente no ano anterior;

**IRC**: Índice de Reajuste Contratual.

27.1.1. O primeiro reajuste será realizado em janeiro, ainda que seja por um prazo maior do que 12 (doze) meses, sendo nele considerada a variação inflacionária compreendida entre a data-base mencionada na subcláusula 0 até a data do primeiro reajuste, bem como a fórmula da subcláusula anterior.

27.1.2. A referência à data do reajuste tarifário, para os indicadores Bi e Di, e a referência à data do último reajuste tarifário, para os indicadores Bo e Do, devem ser compreendidas como a data de apresentação da proposta de reajuste tarifário pela Concessionária. O reajuste se dará no 12º mês subsequente ao reajuste anterior, ou seja, considera os 12 (doze) meses anteriores à apresentação da proposta de correção, desde que respeitado o prazo de 12 meses entre os reajustes.

A subcláusula 27.1.1 passou a prever expressamente a data em que será realizado o primeiro reajuste, bem como a incidência tanto da variação inflacionária como da fórmula constante na subcláusula anterior. Dessa forma, traz-se segurança jurídica, sobretudo previsibilidade, às relações travadas pelas partes contratuais.

---

<sup>33</sup> Disponível em: <http://www.agenersa.rj.gov.br/documentos/deliberacoes/proc/DELIBERACAO4317.pdf>.

## **Cláusula 28 – APLICAÇÃO DOS INDICADORES DE DESEMPENHO NAS TARIFAS**

Inicialmente, Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB destaca-se a nova redação da cláusula 28.4, que, levando em conta consideração elencada no parecer conjunto anterior e reforçando o princípio da publicidade, passou a ter a seguinte redação:

28.4. O reajuste das TARIFAS e o cálculo das TARIFAS EFETIVAS serão homologados pela AGÊNCIA REGULADORA por meio de procedimento administrativo público, amplamente divulgado e único, com o apoio do VERIFICADOR INDEPENDENTE.

Além disso, a subcláusula 28.7 passou a estipular o prazo de 30 (trinta) dias para que a agência reguladora analise e se manifeste sobre as memórias de cálculo – essa alteração vai ao encontro das recomendações tecidas. Destaca-se que os demais prazos constantes na cláusula restaram inalterados, o que se sugere seja modificado, sob pena de sucessivos descumprimentos e as eventuais consequências de medidas intempestivas.

No mais, reitera-se, com a devida remissão ao parecer mencionado, as seguintes sugestões: a) delimitação de teto percentual máximo para a subcláusula 28.2; b) inclua-se o regime de cálculo de ITS destinado a áreas de favelas e aglomerados subnormais; c) sejam previstas formas de solucionar situações nas quais os usuários não possam realizar o pagamento de cobranças de forma integral, a exemplo de hipóteses de parcelamento; e d) seja previsto procedimento para ressarcimento em relação às cobranças já realizadas em valores reajustados a partir do cálculo apresentado pela Concessionária.

## **Cláusula 29 – REVISÕES ORDINÁRIAS**

Inicialmente, destaca-se que as sugestões lançadas no parecer conjunto anterior não foram acatadas. Dessa forma, reitera-se a recomendação para que: a) a subcláusula 29.2.4 seja reescrita, afastando-se a possibilidade de que fosse utilizada como carta-branca para indefinidas inovações no contrato licitado; b) a adequação da subcláusula 29.5 para observar que o cumprimento das metas de universalização deveria ser considerado responsabilidade integral da concessionária, devendo seu cumprimento ser verificado pelo agência reguladora; e para retirar a ideia de que o Estado participará ao lado da concessionária da implantação das metas referidas.

Sem prejuízo, remete-se às considerações lançadas naquela oportunidade.

## **Cláusula 30 – PROCESSAMENTO DAS REVISÕES ORDINÁRIAS**

Comparando as minutas utilizadas ao longo do presente, verifica-se que as sugestões exaradas no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB foram parcialmente acatadas nas cláusulas 30.1.1 e na 30.3.1<sup>34</sup>. Naquela, deu-se maior publicidade às informações em razão da previsão de divulgação no sítio eletrônico da agência, o que se mostra consentâneo com os princípios que regem a Administração Pública e nesta aumentou-se o prazo para a agência reguladora analisar e deliberar sobre a aprovação do plano de ação, dando azo à possibilidade de exame mais minucioso.

---

<sup>34</sup> 31.1.1 Por ocasião da assinatura do CONTRATO, a AGÊNCIA REGULADORA divulgará a agenda da primeira revisão ordinária a ser realizada após o decurso de 5 (cinco) anos contados do início da OPERAÇÃO DO SISTEMA, sendo que, ao final do processamento de cada revisão ordinária, será divulgada a agenda da próxima revisão ordinária, publicizando-se essas informações por meio da divulgação na página oficial da AGÊNCIA REGULADORA.

30.3.1. Caberá à AGÊNCIA REGULADORA analisar o PLANO DE AÇÃO, decidindo sobre sua aprovação num prazo máximo de 60 (sessenta) dias contados de sua apresentação pela CONCESSIONÁRIA.

Dessa forma, reitera-se, no que couber, as sugestões lançadas naquela ocasião.

### **Cláusula 31 – REVISÃO EXTRAORDINÁRIA**

Embora não tenham sido tecidos comentários sobre essa cláusula no Parecer, destaca-se apenas uma mudança de redação entre a minuta por ele analisada e a ora examinada. Nesse sentido, transcrevem-se as referidas cláusulas:

De: 32.4. Caso não haja prejuízo relevante que enseje a promoção do reequilíbrio econômico-financeiro por ocasião da revisão ordinária, mas ainda assim restem necessárias medidas e providências urgentes a serem adotadas com vistas a minorar impacto do risco na esfera do CONTRATO, tais poderão ser discutidas e implementadas no âmbito da revisão extraordinária.

Para: 31.4. Caso não haja urgência na promoção do reequilíbrio econômico-financeiro, mas ainda assim restem necessárias medidas e providências urgentes a serem adotadas com vistas a minorar impacto do risco na esfera do CONTRATO, tais poderão ser discutidas e implementadas no âmbito da revisão extraordinária.

Mister se faz a reformulação da presente cláusula para que seu sentido fique mais claro e para que sejam densificadas os excessivamente numerosos conceitos indeterminados que possui (relevante, urgência, minorar, necessárias etc.)

### **Cláusula 32 – ALTERAÇÃO DO CONTRATO**

Em relação à cláusula 32, são indicadas as hipóteses em que o contrato poderá ser alterado. Os comentários a seguir serão relacionados, sumariamente, à redação das cláusulas e à adequação destas aos entendimentos prévios desta especializada.

Uma sugestão constante do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB fora acolhida, tendo a subcláusula 32.2 passado a prever expressamente que as hipóteses de alteração nela previstas dar-se-ão por meio de acordo entre as partes, o que reforça a segurança jurídica.

Já a subcláusula 32.4 prevê a possibilidade de expansão da área da concessão para contemplar a concessão pré-existente do esgotamento sanitário da AP-5 e a Parceria Público-Privada do esgotamento sanitário de Rio das Ostras, sem, contudo, estabelecer parâmetros objetivos sobre como se dará referida expansão.

No Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, menciona-se a ausência de requisitos para adesão de outros Municípios ao contrato, conforme enunciado no Parecer nº 05/20 - ASA, os quais também estão ausentes na minuta ora analisada. A título de ilustração, colacionam-se os pressupostos que deverão constar na subcláusula 32.4:

(a) a necessidade de previsão genérica dessa possibilidade nos editais, negociais jurídicos e atos administrativos ou legislativos da concessão originária, inclusive como cláusula exorbitante impositiva unilateralmente à concessionária;

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

Além disso, houve a inclusão da subcláusula 32.3, a qual destaca que a alteração das metas de universalização constantes no Anexo III deverá observar o disposto no art. 11-B da Lei Federal nº 11.445/07. A inclusão traz no bojo do instrumento contratual a necessidade de observância do prazo e dos percentuais de universalização previstos no citado artigo de lei e em conformidade com outras disposições contratuais, tal como a cláusula 25.

Por fim, reiteram-se, no que couber, as sugestões lançadas no Parecer Conjunto 01/20 ASA/ARCY/FAG/GUB.

### **Cláusula 33 – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ALOCAÇÃO DE RISCOS**

A cláusula 33 do Contrato de Concessão disciplina o equilíbrio econômico-financeiro e a alocação de riscos do contrato.

A minuta em tela, tal como a versão final submetida à concorrência internacional nº 01/20, possui a seguintes subcláusula não verificada na minuta submetida à avaliação do parecer conjunto anterior: 33.2.22<sup>35</sup>. Trata-se de alocação de risco abarcada pela discricionariedade do gestor, que, certamente, deve ter sido objeto de análise pelo setor competente para definição dos percentuais e prazos estipulados.

Decotadas as alterações acima mencionada, reiteram-se as sugestões lançadas no parecer conjunto anterior e condensadas no item 28<sup>36</sup> de sua conclusão.

---

<sup>35</sup> 33.2.22. variação identificada pela CONCESSIONÁRIA até 18,5% (dezoito inteiros e cinco décimos por cento), constatada até o vigésimo quarto mês após o término da OPERAÇÃO ASSISTIDA, entre o nível efetivamente existente de atendimento do sistema de distribuição de água e o nível de atendimento do sistema de distribuição de água informado no ANEXO III, e entre o nível efetivamente existente de atendimento do sistema de coleta de esgotamento sanitário e o nível de atendimento de sistema de coleta de esgotamento sanitário informado no ANEXO III.

<sup>36</sup> Em relação à Cláusula 34, recomenda-se (i) o ajuste de sua redação para complementações e eliminação de incertezas jurídicas quanto à sua interpretação e para complementar certos aspectos, inclusive especificando e quantificando o que entende por equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato; (i) que a Minuta de Contrato de Concessão especifique como será perquirida a tangibilidade do equilíbrio contratual, ante a complexidade e a dinâmica da regulação contratual; (iii) que os riscos atribuídos às partes sejam disciplinados de forma mais específica, evitando cláusulas com termos

### **Cláusula 34 – PROCESSAMENTO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO**

A cláusula correspondente ao item 34.1 da minuta em esboço no contrato analisado pelo Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB previa o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que uma parte notificasse a outra e a agência reguladora a partir do conhecimento dos eventos de desequilíbrio. O parecer mencionado recomendou que fosse explicitada a natureza de tal prazo – decadencial ou não – e a consequência do descumprimento.

Entretanto, na cláusula 34.1 houve a supressão do referido prazo, tendo a seguinte redação: “Sempre que se verificar eventos de desequilíbrio, a PARTE interessada deverá notificar a outra e a AGÊNCIA REGULADORA de sua ocorrência”.

Considerando que a estipulação de prazo tende a dar segurança jurídica à interpretação do contrato, sobretudo evitando discussões sobre a existência ou não de boa-fé na conduta das partes, recomenda-se que seja reinserido o intervalo mencionado, bem como a estipulação de sua natureza e das consequências do descumprimento, tal como disposto no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

### **Cláusula 35 – VALOR DA OUTORGA DA CONCESSÃO**

Em relação ao Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, verificou-se que somente uma sugestão fora acatada, motivo pelo qual a redação da cláusula 35.2 fora alterada, passando a constar a especificação do prazo de pagamento da terceira parcela da outorga fixa, dando contornos definidos à subcláusula.

Além disso, a subcláusula 35.5 passou a prever que a obrigação de criação de uma conta centralizadora, conforme Anexo XI, “com vistas a garantir que o processo de pagamento e rateio dos valores de OUTORGA VARIÁVEL aos MUNICÍPIOS e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana seja automático, assim como dos valores relativos à diferença entre a RECEITA TARIFÁRIA e a receita devida à CONCESSIONÁRIA após a incidência dos INDICADORES DE DESEMPENHO”. Anteriormente, havia a previsão da criação de conta vinculada. Conforme se infere das definições constantes nas subcláusulas 1.1.20 e 1.1.21, a alteração redacional passou a prever corretamente a conta indicada pelo Anexo XI para os fins ora previstos.

No mais, reiteram-se as sugestões elencadas no referido parecer quanto às subcláusulas 35.2.3 e 35.4.2.

---

abertos e dúbios, e que os riscos de hipóteses de caso fortuito e força maior, quando o montante desses ultrapassarem o valor da apólice de seguro, sejam compartilhados entre as partes em decorrência do Parecer n. 07/2020 PGE/PG-17/JVSM, com adaptações consequentes também em outras cláusulas; (iv) sejam excluídas expressamente as questões ambientais atribuídas ao Estado do Rio de Janeiro, visto que ambientes devem ser de responsabilidade da Concessionária; (v) seja ajustada a nomenclatura de “ato da Administração” para “fato da Administração”; (vi) sejam excluídas as questões consumeristas do conceito de “fato da Administração”; (vii) sejam previstas regras e procedimentos para reequilíbrios em favor do Poder Concedente; (viii) que, em qualquer revisão, sejam sempre apurados eventuais desequilíbrios favoráveis ao Poder Público ou aos usuários; (ix) sejam previstas regras de divisão de ganhos de eficiência no decorrer da execução contratual; (x) sejam previstas regras que condicionem a implementação da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, ao cumprimento das metas de universalização, conforme art. 11-B, da Lei Federal nº 11.445/07; (xi) a regulamentação futura do contrato não pode gerar direito a reequilíbrios; (xii) variações de insumos, de câmbio e fatos decorrentes de possíveis inspeções prévias por parte da concessionária devem ser de sua exclusiva responsabilidade; (xiii) incluir mecanismos de compartilhamento dos ganhos de eficiência da concessionária; (xiv) condicionamentos ao cumprimento das metas; (xv) sejam esclarecidos, principalmente, quanto ao porquê de suas escolhas, sobretudo diante da dicção da Súmula nº 289 do TCU, os mecanismos contábeis e índices previstos nas subcláusulas 34.6., 34.6.1 e 34.7; e (xvi) sejam incorporadas as metodologias previstas pelo TCU (Acórdão 2611/2020) para avaliação dos bens reversíveis não amortizados ou depreciados (valores de mercado atuais, não custos históricos etc.), com reflexos também em outras cláusulas do contrato.

## **Clausula 36 – PENALIDADES CONTRATUAIS**

Inicialmente, transcreve-se o excerto do Parecer Conjunto n° 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB que traz as premissas utilizadas para a análise dessa cláusula:

Assim, a cláusula de penalidades guarda direta relação com as obrigações assumidas pela Concessionária no Contrato de Concessão e que estão concentradas (não de forma exaustiva) na Cláusula 25 da minuta, que disciplina sobre os direitos e obrigações da Concessionária.

Além disso, a tipicidade das infrações e a correlação com as sanções se desvela como providência que incrementa a segurança jurídica na aplicação das sanções, limitando a discricionariedade do Concedente. Claro que não se imagina que a tipicidade administrativa seja exauriente e capaz de esgotar todas as infrações possíveis. O que se afirma é coisa distinta. É a necessidade de que o contrato disponha de modo mais detalhado acerca desta relação entre infração e sanção.

Outro aspecto importante consiste na necessidade de a cláusula de penalidade definir elementos essenciais da aplicação das sanções. Indispensável, por exemplo, que (i) sejam explicitados os conceitos do que se compreende por circunstâncias agravantes, atenuantes e reincidência; (ii) o traço distintivo entre multa administrativa, moratória e compensatória, bem como as suas distintas hipóteses de cabimento; (iii) a previsão contratual de acordos substitutivos que permitam substituir multas por novos investimentos, estimulando a consensualidade em benefício do interesse público; (iv) hipóteses de cabimento da suspensão da participação em licitações e da declaração de inidoneidade.

Quanto melhor for a regulação contratual ex ante menor serão os problemas e controvérsias que surgiram ex post. Essa é uma premissa que deve nortear não apenas a elaboração da cláusula de penalidade, mas toda a essência de um contrato de concessão.<sup>37</sup>

Considerando o método utilizado até o momento, apresentam-se, primeiramente, as modificações visualizadas do confronto entre a minuta analisada pelo parecer conjunto anterior e a minuta ora em esboço.

As cláusulas 36.1.3 e 36.1.4<sup>38</sup> passaram a prever os efeitos das sanções de suspensão temporária de participação em licitação e de declaração de inidoneidade. Conforme entendimento fixado pela PGE no Parecer n° 98/18, aquela restringe-se à Administração Pública estadual, enquanto esta estende-se a todos os entes da federação. Destaca-se, também, que a cláusula 36.1.4 agora prevê, conforme sugestão realizada, que os lucros cessantes e multas aplicadas deverão ser considerados para fins de reabilitação.

---

<sup>37</sup> Parecer Conjunto n° 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

<sup>38</sup> 36.1.3. suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública Estadual do Rio de Janeiro, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

36.1.4. declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública de todas as esferas da federação enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação da CONCESSIONÁRIA perante o ESTADO, que será concedida sempre que a CONCESSIONÁRIA ressarcir o ESTADO pelos prejuízos resultantes, considerando-se além do dano, os lucros cessantes e as multas que lhe forem aplicadas e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base na subcláusula anterior;

No que tange ao item 36.2 e seus subitens, nos quais se trata a gradação das penalidades e os parâmetros observáveis, verifica-se que as alterações realizadas afastaram-se das sugestões realizadas no referido parecer. A título de exemplo, retirou-se da gradação grave a conduta reincidente da concessionária. Dessa forma, reitera-se a necessidade de reformulação dessas cláusulas, consoante orientação esposada no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

Houve a previsão em cláusula independente (36.3) de que a aplicação de qualquer penalidade não exime a concessionária de regularizar as obrigações em que esteja inadimplente. Veja-se que, embora tal dever decorra do próprio contrato, a disposição expressa reafirma a transparência e boa-fé contratual.

Quanto às condutas sancionadas por advertência, reitera-se a sugestão de que mais ações e omissões sejam tipificadas a fim de assegurar a segurança jurídica.

A penalidade de multa encontra-se disposta na cláusula 36.5 e subitens, tendo sofrido alterações dos percentuais previstos<sup>39</sup>. Sobre o tema remete-se às considerações lançadas no parecer conjunto anterior, sem prejuízo do seguinte excerto transcrito:

Reitere-se as observações anteriormente feitas: (i) necessidade de avaliar ou mesmo atestar se os percentuais definidos conferem o enforcement e os incentivos ao cumprimento das obrigações contratuais, bem como se os indicadores de desempenho cumprem essa função e em que medida; (ii) estabelecer a distinção e as hipóteses de cabimento entre multa moratória, multa compensatória e multa administrativa, porquanto as suas premissas e finalidades são substancialmente distintas; (iii) explicitar outras condutas, em especial à luz da cláusula 25 que estipula as obrigações da Concessionária, que podem ensejar a aplicação da pena de multa, excetuadas aquelas já previstas no Anexo de Indicadores de Desempenho.

Tal como na minuta do contrato licitada na concorrência internacional nº 01/20, a minuta em tela prevê:

36.6. para fins de apuração de infrações administrativas, nos termos da legislação aplicável, as metas de universalização, de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento serão verificadas anualmente pela AGÊNCIA REGULADORA, observando-se o intervalo dos últimos 5 (cinco) anos, nos quais as metas deverão ter sido cumpridas em, pelo menos, 3 (três) anos de maneira ininterrupta ou intervalada.

36.6.1. A primeira verificação de que trata a subcláusula acima deverá ser realizada ao término do quinto ano de vigência do CONTRATO.

36.6.2. Na hipótese de não atendimento das metas previstas nos termos da subcláusula 35.6 a AGÊNCIA REGULADORA instaurará procedimento administrativo com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas relativas às medidas sancionatórias, com eventual comunicação ao ESTADO para declaração de caducidade da CONCESSÃO, quando for o caso, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa pela CONCESSIONÁRIA.

---

<sup>39</sup> Em alguns casos, houve a diminuição do percentual, tal como na cláusula 36.5.6 e, em outros a estipulação de patamares mínimo e máximo (cláusula 36.5.1).

36.6.3. A apuração das infrações administrativas previstas na subcláusula 36.6 será feita por meio da análise dos INDICADORES DE DESEMPENHO previstos no ANEXO III, especificamente por meio da verificação de correlação entre as metas descritas na referida subcláusula com o Índice de Atendimento Urbano de Água-IAA, Índice de Atendimento Urbano de Esgoto-IAE, Índice de Descontinuidade do Abastecimento de Água-IDA, Índice de Perdas na Distribuição-IPD e o Índice de Eficiência e Melhoria do Tratamento de Esgoto-IQE, respectivamente, em cada Município.

As cláusulas acima transcritas informam o procedimento a ser adotado para apuração das metas de universalização e afins constantes tanto nesse contrato como no anexo III. Trata-se de disposição salutar, eis que representa reforço no *enforcement* para o atingimento das metas contratuais e legais, as quais já se encontram no limite do prazo estabelecido.

Quanto à cláusula 36.7, reitera-se: “Não nos parece conflitante a incidência da multa com a aplicação do redutor da receita tarifária, razão pela qual sugere-se a adequação, já que as metas e indicadores de desempenho são o principal objeto da concessão, devendo ser duplamente reforçado o seu *enforcement*.”

As subcláusulas 36.11 a 36.16 tratam do procedimento para aplicação das penalidades. Trata-se de regramento de extrema relevância e que deve estar conectado aos princípios que informam o Direito Administrativo Sancionador, notadamente a motivação, proporcionalidade, ampla defesa e contraditório. Nesse sentido, sem prejuízo da modificação a seguir elencada, remete-se às considerações teóricas e sugestões lançadas no parecer conjunto anterior.

Devem ser lembradas as preocupações já manifestadas por esta PGE no sentido do possível baixo *enforcement* das sanções aplicáveis. Normalmente as sanções são criticadas por serem desproporcionais no sentido de excessivamente rigorosas; porém, no caso, talvez elas sejam desproporcionais por serem excessivamente suaves: por exemplo, ao prever que as infrações não dolosas não podem ser consideradas graves, de maneira que, ilustrativamente, a suspensão do fornecimento de água em toda a área da concessão por dias, se não tiver sido proposital, não poderá ser considerado um fato grave.

Em relação à minuta analisada naquela oportunidade, a cláusula 36.13.1 e 36.13.2 trazem os percentuais de redução dos valores auferidos quando, respectivamente, não houver discussão administrativa ou não for interposto recurso. Considerando que a margem de redução foi elevada (40% para 10%; 25% para 5%), recomenda-se que seja avaliado pelo setor técnico competente a compatibilidade com os fatores contingentes (prazo, receita, energia dispensada, etc).

Por fim, considerando as sugestões lançadas no parecer multimencionado, houve a inserção das subcláusulas 36.19, 36.20 e 36.21, com respectivos subitens, oportunidade em que foram tratadas as circunstâncias atenuantes, agravantes e especificada a sanção de declaração de inidoneidade. Tais alterações trouxeram maior tipicidade às previsões sancionatórias, emprestando maior segurança jurídica aos contratantes. Nesse sentido e a título de ilustração, transcreve-se o teor das cláusulas em tela:

36.19. Para fins de dosimetria das penalidades são consideradas circunstâncias atenuantes, quando devidamente comprovado:

36.19.1. O reconhecimento pela CONCESSIONÁRIA, no prazo para apresentação da defesa, do descumprimento da obrigação contratual objeto da apuração, devendo reduzir em 5% (cinco por cento) o valor da multa;



36.19.2. O concurso de agentes externos para o descumprimento, que tenha influência no resultado produzido, devendo reduzir em 3% (quinze por cento) o valor da multa;

36.19.3. A execução de medidas espontâneas pela CONCESSIONÁRIA, resultando na cessação da infração e recomposição dos danos cometidos, no prazo para apresentação da defesa, devendo reduzir em 10% (dez por cento) o valor da multa; e,

36.19.4. A inexistência de infrações, definitivamente julgadas, praticadas nos últimos 05 (cinco) anos, devendo reduzir em 5% (cinco por cento) o valor da multa.

36.20. Para fins de dosimetria das penalidades são consideradas circunstâncias agravantes, quando devidamente comprovado:

36.20.1. Ter a infração sido cometida mediante fraude ou má-fé da CONCESSIONÁRIA, devendo incidir em 30% (trinta por cento) sobre o valor da multa;

36.20.2. Não adoção de medidas alternativas e/ou mitigadoras, no prazo e nos termos recomendados pela AGÊNCIA REGULADORA, devendo incidir em 20% (vinte por cento) sobre o valor da multa;

36.20.3. Praticar infração para facilitar ou assegurar proveito econômico à CONCESSIONÁRIA ou a terceiros por ela indicados;

36.20.4. A reincidência específica da CONCESSIONÁRIA no cometimento da infração nos últimos 05 (cinco) anos, devendo incidir em 5% (cinco por cento) sobre o valor da multa.

36.21. A declaração de inidoneidade deve ser aplicada, cumulativamente com a sanção de multa, a quem tenha praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos desse CONTRATO.

36.21.1. O prazo de vigência da declaração de inidoneidade não deve ser superior a 5 (cinco) anos, contado do recebimento da intimação da decisão administrativa da qual não caiba mais recurso.

36.21.2. A sanção de declaração de inidoneidade aplica-se também aos administradores e aos sócios controladores da CONCESSIONÁRIA, quando praticarem atos com excesso de poder, abuso de direito ou infração à lei, contrato social ou estatutos, bem como na dissolução irregular da sociedade de propósito específico.

Parecer Conjunto n° 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB Nada obstante os comentários acima, reiteram-se as demais recomendações realizadas pelo Parecer Conjunto n° 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

### **Cláusula 37 – INTERVENÇÃO**

Conforme sugestões exaradas no Parecer Conjunto n° 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, houve a previsão de rol exemplificativo de hipóteses que ensejam a intervenção da concessão, bem como a previsão de prazo para a Concessionária sanar as regularidades indicadas antes da intervenção, como se destaca, *in verbis*:

37.2. A intervenção será instituída mediante edição de Decreto pelo Chefe do Poder Executivo Estadual, devendo haver a consulta prévia ao CONSELHO DE TITULARES, desde que ocorrida uma das seguintes hipóteses:

37.2.1. Interrupção, total ou parcial, da prestação dos SERVIÇOS objeto deste CONTRATO pela CONCESSIONÁRIA, pelo prazo superior a 30 (trinta) dias e desde que não se trate de interrupções programadas ou justificadas;

37.2.2. Falhas no cumprimento das obrigações da CONCESSÃO pela CONCESSIONÁRIA que ofereçam riscos à saúde e à segurança dos USUÁRIOS, ou que ofereçam risco iminente ao meio ambiente;

37.2.3. Reiterados descumprimentos das obrigações relevantes deste CONTRATO pela CONCESSIONÁRIA que afetem a prestação dos SERVIÇOS; ou

37.2.4. Utilização da infraestrutura da CONCESSÃO pela CONCESSIONÁRIA para fins ilícitos.

37.3. O descumprimento pela CONCESSIONÁRIA de obrigações contratuais de caráter meramente financeiro e que não comprometam a segurança, a regularidade, e a adequação técnica da prestação dos SERVIÇOS não ensejam intervenção.

37.4. Verificando-se qualquer situação que possa ensejar a intervenção na CONCESSÃO, a AGÊNCIA REGULADORA deverá notificar a CONCESSIONÁRIA para, no prazo que lhe for fixado, sanar as irregularidades indicadas, sem prejuízo da aplicação das penalidades incidentes.

Tais alterações, embora não afastem a discricionariedade administrativa, emprestam um patamar de mínimo de condutas consideradas graves e aptas a ensejar a medida drástica em tela. Todavia, não se mostra apropriada a exclusão prévia tout court feita pela cláusula 37.3 da minuta de infrações financeiras como possíveis ensejadoras da intervenção, já que, a depender do caso concreto, pode ser configurada gravidade suficiente para tanto.

Destaca-se, por fim, que a cláusula foi alterada para constar a necessidade de consulta prévia do Conselho dos Titulares. Essa previsão é salutar diante do papel que o Estado exerce de representante dos titulares do serviço, conforme amplamente tratado anteriormente.

### **Cláusula 38 – CASOS DE EXTINÇÃO DA CONCESSÃO**

A cláusula 38 trata das hipóteses de extinção da concessão.

Houve a inclusão da subcláusula 38.1.2, que se refere à hipótese de “caso fortuito ou força maior”, atendendo à recomendação do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB. Isso porque, embora não previsto no art. 35 da Lei nº 8.987/95, o caso fortuito e a força maior têm o condão de extinguir relações contratuais, conforme se infere do art. 78, XVII, da Lei nº 8.666/93 e do art. 393 do Código Civil.

Também foi atendida a sugestão do Parecer supramencionado, no que se refere aos poderes do Estado, como delegatário do Poder Concedente, em virtude da consequência da extinção, constante na subcláusula 38.7:

38.7. Extinta a CONCESSÃO, o ESTADO poderá:

38.7.1. assumir direta ou indiretamente a prestação do SERVIÇO, na qualidade de representante dos titulares;

38.7.2. ocupar e utilizar os locais, instalações equipamentos e materiais e valer-se de pessoal empregado na prestação dos SERVIÇOS necessário à continuidade;

38.7.3. aplicar as penalidades cabíveis, a depender da modalidade de extinção;

38.7.4. reter e executar a garantia de execução, para fins de recebimento de multas administrativas e ressarcimento de prejuízo causados pela CONCESSIONÁRIA;

38.7.5. manter, sempre que possível, os contratos firmados pela CONCESSIONÁRIA com terceiros pelo prazo e nas condições inicialmente ajustadas, respondendo os terceiros pelos prejuízos decorrentes do não cumprimento das obrigações assumidas.

38.8. Em qualquer hipótese de extinção do CONTRATO e havendo viabilidade jurídica para tanto, à luz da legislação vigente à época, o ESTADO poderá demandar que a CONCESSIONÁRIA continue realizando a prestação dos SERVIÇOS até que finalizada a licitação para contratação de nova concessionária e a nova concessionária esteja apta a assumir os SERVIÇOS, preservado o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

**Nesse ponto, sugere-se alterar a redação da subcláusula 38.7, deixando claro que o Estado, além de ser representante dos titulares dos serviços exerce o papel de organização e gerenciamento da prestação do serviço, não se tratando de Poder Concedente, uma vez que não é titular do serviço.**

Quanto às demais subcláusulas, em razão de serem idênticas às que foram objeto de análise do Parecer Conjunto n° 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, reiteram-se as sugestões lançadas naquela ocasião.

### **Cláusula 39 – ADVENTO DO TERMO CONTRATUAL**

Conforme sugestão lançada no referido parecer, retirou-se a menção à cláusula 15.2 da redação da subcláusula 39.5, eis que não havia relação válida entre elas.

Comparando-se à minuta analisada pelo parecer mencionado, houve a inserção das seguintes cláusulas:

39.8. A CONCESSIONÁRIA deverá, com antecedência de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias antes do advento contratual, apresentar Programa de Desmobilização Operacional com a proposta de procedimentos para a assunção da operação pelos titulares dos SERVIÇOS ou por uma nova concessionária.

39.9. No curso do procedimento de advento do termo contratual, a CONCESSIONÁRIA obriga-se a cooperar com o ESTADO, para manter a prestação do SERVIÇO adequada e ininterrupta até a transferência do SISTEMA aos titulares dos SERVIÇOS.

Essas cláusulas lidam com as obrigações que a concessionária deve observar por ocasião do advento do prazo contratual. A primeira mostra-se consentânea com a boa-fé objetiva e com o princípio da transparência, arrefecendo a possibilidade de que os usuários sejam prejudicados nesse interim. A segundo refere-se à obrigação assumida pela concessionária, com o mesmo fim identificado acima. Todavia, a adequada preocupação da cláusula 39.9 deve ser acompanhada também dos instrumentos, precauções e medidas concretas para que seu objetivo seja alcançado para além de uma mera previsão genérica principiológica de cooperação.

#### **Cláusula 40 – ENCAMPACÃO**

A cláusula 40, ao disciplinar a encampação da concessão, traz duas novas previsões, que não constavam na redação original do Contrato de Concessão de todos os blocos:

40.2.2. Valores contabilizados pelo recebimento da OUTORGA FIXA, ainda não amortizados.

40.2.2.1. Estes valores de que trata a subcláusula 40.2.2 deverão ser amortizados de forma linear considerando o prazo residual de CONTRATO, em observância às regras de atualização monetária referentes aos reajustes tarifários previstas neste CONTRATO;

#### **Cláusula 42 - RESCISÃO**

Ao disciplinar a rescisão, as subcláusulas 42.1 e 42.2, respectivamente, trazem expressa referência ao disposto no artigo 39 da Lei nº 8.987/95 e à possibilidade de rescisão bilateral por distrato, seguindo sugestões realizadas no Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

A subcláusula 42.3.1 não encontra correspondente na minuta do Contrato de Concessão de todos os blocos, mas encontra correspondência em sua versão final:

42.3.1. Valores contabilizados pelo recebimento da OUTORGA FIXA ainda não amortizados somente deverão ser considerados no cálculo da indenização quando a rescisão ocorrer por responsabilidade exclusiva do ESTADO.

#### **Cláusula 43 – ANULAÇÃO**

A subcláusula 43.4, ao tratar a indenização decorrente de anulação da concessão, traz previsão que não constava na minuta originária do Contrato de Concessão de todos os blocos:

43.4. A indenização a que se refere a subcláusula 43.3 acima será paga previamente à retomada dos SERVIÇOS e da assunção dos BENS REVERSÍVEIS, desde que não haja comprovada má-fé ou dolo da CONCESSIONÁRIA.

Embora não haja previsão legal quanto ao momento do pagamento da indenização no caso de anulação, nada obsta que seja definido consensualmente. A única ressalva é a trazida no bojo da cláusula supra, uma vez que a concessionária estaria se beneficiando da própria torpeza caso fosse indenizada em situação afim.

Acrescenta-se que a minuta deste parecer excluiu as previsões que constavam nas subcláusulas 44.5 e 44.7 do Contrato de Concessão supramencionado, seguindo orientação do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB:

A subcláusula 44.5 dispõe que até que seja efetuado o pagamento integral da indenização devida pelo Estado e até que seja finalizada a licitação para nova contratação, a Concessionária deverá continuar a prestar os serviços, preservado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Não obstante o objetivo seja a continuidade do serviço, a hipótese parece ensejar a prestação do serviço sem cobertura contratual válida, vulnerando o princípio da licitação. O ponto deve ser melhor esclarecido e justificado (cf, também supra).

A subcláusula 44.7 estabelece que eventuais conflitos decorrentes da aplicação do disposto na cláusula poderão ser dirimidos por meio do mecanismo de solução de controvérsia previsto na Cláusula 49 e 50, valendo aqui os mesmos comentários apresentados por ocasião da subcláusula 40.8, com a recomendação da sua supressão.

Quanto às demais subcláusulas, em razão de serem idênticas às que foram objeto de análise do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, reiteram-se as sugestões lançadas naquela ocasião.

#### **Cláusula 44 – FALÊNCIA OU EXTINÇÃO DA CONCESSIONÁRIA**

Na minuta em análise, houve a inclusão da parte final (grifada) da subcláusula 44.1 e da subcláusula 44.2.1:

44.1. A CONCESSÃO poderá ser extinta caso a CONCESSIONÁRIA tenha a sua falência decretada, ou no caso de extinção da CONCESSIONÁRIA ou, ainda, em caso de recuperação judicial que comprovadamente prejudique a execução do CONTRATO.

44.2.1. Na hipótese de extinção da CONCESSIONÁRIA ou de qualquer de seus acionistas por decretação de falência fraudulenta ou dissolução por deliberação de seus acionistas, aplicar-se-ão as mesmas disposições referentes à caducidade da CONCESSÃO, com a instauração do devido processo administrativo para apuração do efetivo prejuízo e determinação das sanções aplicáveis.

A previsão constante na primeira cláusula transcrita mostra-se importantíssima diante da crise econômica ora vivenciada, cujos efeitos já foram sentidos em outras delegações de serviços públicos, tal como o caso da SUPERVIA.

Já a segunda cláusula colacionada encontra seu fundamento na boa-fé objetiva, não sendo possível privilegiar ações contrárias aos princípios administrativos.

## **Cláusula 45 – REVERSÃO DOS BENS REVERSÍVEIS**

A cláusula 45 traz a disciplina da reversão dos bens reversíveis, sem mencionar nesse ponto a reversão de bens vinculados. Parece, assim, atender à sugestão feita pelo referido parecer de que devem ser excluídos da reversão os bens privados da concessionária.

Vale ressaltar que referida cláusula deve ser lida em conjunto com a subcláusula 1.1.8 da minuta de contrato:

1.1.8. BENS REVERSÍVEIS: conjunto de bens móveis e imóveis, englobando instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios integrantes dos sistemas de água e esgoto existentes, objeto da CONCESSÃO, essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, que será transferido à CONCESSIONÁRIA, bem como os demais bens essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA que vierem a ser adquiridos e/ou construídos pela CONCESSIONÁRIA, e que reverterão aos titulares dos SERVIÇOS, por intermédio do ESTADO, quando da extinção da CONCESSÃO;

A parte final da subcláusula 45.2 (grifado) e as subcláusulas 45.5, 45.10.1, 45.11 e 45.12 não encontram correspondente na versão original do Contrato de Concessão de todos os Blocos:

45.2. Para os fins previstos nesta cláusula, obriga-se a CONCESSIONÁRIA a reverter ao ESTADO os BENS REVERSÍVEIS, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos, devendo estar em condições normais de operacionalidade, utilização e manutenção, ressalvado o normal desgaste resultante do seu uso e operação, de forma a permitir a continuidade da prestação dos SERVIÇOS pelo prazo mínimo adicional de 24 (vinte e quatro) meses, salvo nos casos excepcionais quando tiverem vida útil menor.

45.5. Na hipótese de omissão da AGÊNCIA REGULADORA em relação à realização da vistoria e/ou à emissão do TERMO DE REVERSÃO DO SISTEMA acima citado, caberá à CONCESSIONÁRIA notificar diretamente o ESTADO para realização da vistoria, a ser realizada em até 30 (trinta) dias contados do recebimento da notificação enviada pela CONCESSIONÁRIA.

45.10.1. O PLANO DE TRANSIÇÃO deverá conter a lista atualizada dos BENS REVERSÍVEIS com identificação de sua localização, estado de conservação, eventual licença ambiental correlata e georreferenciamento, dentre outras informações que as PARTES em conjunto com a AGÊNCIA REGULADORA entenderem importantes.

45.11. Comitê com funções semelhantes às previstas nas subcláusulas 1.1.14 e 8.4.1 será constituído, nos termos da subcláusula 50.2 pelas PARTES e pela AGÊNCIA REGULADORA, com vistas a planejar e conduzir o processo de reversão dos BENS REVERSÍVEIS e SISTEMA.

45.12. O ESTADO deverá cientificar o CONSELHO DE TITULARES acerca do PLANO DE TRANSIÇÃO encaminhando ao referido órgão cópia do PLANO DE TRANSIÇÃO, bem como apresentando, mensalmente, relatório sobre a evolução dos trabalhos de transferência dos BENS REVERSÍVEIS e da condução do processo de reversão dos BENS REVERSÍVEIS.

O conteúdo da subcláusula 45.10.1 buscou atender à recomendação do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, estabelecendo parâmetros mínimos do Plano de Transição. No entanto, considerando que o Plano é instrumento bastante relevante (tem por objetivo facilitar a reversão ao Estado dos bens reversíveis), se sugere ainda que sejam definidos outros aspectos operacionais, bem como algumas obrigações entre as partes.

Houve, ainda, modificação dos prazos previstos nas subcláusulas 45.3 (de 180 para 365 dias), 45.4 (de 10 para 60 dias) e 45.10 (de 180 para 300 dias) no entanto, o conteúdo dessas e das demais subcláusulas é idêntico às que foram objeto de análise do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, razão pela qual reiteram-se as sugestões lançadas naquela ocasião.

#### **Cláusula 46 – DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL**

A cláusula 46 disciplina os direitos de propriedade industrial e intelectual. O Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB assim tratou do tema:

Dentro de uma sistemática de dever de informação e boa-fé contratual que, ao fim e ao cabo, tem por objetivo a melhor prestação do serviço público concedido, a subcláusula 47.2 determina que a propriedade intelectual detida pelo Estado, parte integrante do Edital e do contrato, será cedida gratuitamente à concessionária para uso exclusivo na concessão durante o seu prazo de vigência. Recomenda-se a previsão de sanção para caso de violação da cláusula.

Cabe anotar que a Cláusula 47 não disciplina acerca da transmissão dos direitos de propriedade intelectual da CEDAE, fazendo referência apenas ao Estado, à Região Metropolitana e aos Municípios. O ponto deve ser avaliado.

A subcláusula 47.3 menciona que o cadastro de usuários utilizado pelo Estado deverá ser cedido gratuitamente à Concessionária, no início da operação do sistema. Esse cadastro será revertido atualizado para o Estado, ao final da concessão.

A disposição contratual está submetida à Lei nº 13.709/2018 – LGPD. Segundo a definição legal do inciso I, do artigo 5º, da Lei nº 13.709/2018, dados pessoais são informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, no caso do Contrato, cita-se como exemplo, nome completo, vinculado ao endereço, CPF, telefone, perfil e horários de consumo. O Estado está autorizado a transferir tais dados com base no inciso III, do artigo 7º, da Lei nº 13.709/2018, sem a necessidade de consentimento pessoal. Com a cessão, é dever do novo controlador - a Concessionária - agir segundo os fundamentos e princípios do referido marco legal, devendo tomar medidas de prevenção de danos, sob pena de responsabilização civil, com base nos artigos 42 e seguintes, da Lei nº 13.709/2018, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil e de sanções administrativas, previstas nos artigos 52 e seguintes da Lei nº 13.709/2018.

Deve também figurar entre as obrigações da Concessionária, a utilização dos dados dos usuários apenas para as finalidades diretas da própria Concessão, vedada a transferência ou permissão de acesso à terceiros e qualquer tipo de utilização dos dados após finda a concessão.

Recomenda-se seja feita referência expressa à LGPD neste tópico porquanto o referido diploma legal define: (i) uma série de direitos para os titulares dos dados pessoais, inclusive, o acesso às informações sobre o tratamento de seus dados e correção dos mesmos, direito de peticionar, entre outros, conforme dispõe o artigo 17 e seguintes, da Lei nº 13.709/2018; (ii) as hipóteses de responsabilização civil e administrativa dos agentes de tratamento de dados; e (iii) boas práticas no tratamento de dados, previstas nos artigos 49 e seguintes, do referido diploma legal.

A minuta do contrato ora analisado, por sua vez, inovou ao trazer duas disposições:

46.2.1. Eventual recusa ou atraso na cessão da propriedade intelectual de que trata a subcláusula anterior que ensejar comprovado dano à OPERAÇÃO DO SISTEMA, poderá ser objeto de reequilíbrio econômico-financeiro.

46.3. O cadastro dos USUÁRIOS utilizado pelo ESTADO, e a ele cedido pela CEDAE, deverá ser cedido gratuitamente à CONCESSIONÁRIA quando do início da OPERAÇÃO DO SISTEMA, sendo posteriormente revertido em sua versão mais atual, ao final da CONCESSÃO, para a ESTADO, observadas as regras previstas na Lei federal nº 13.709/2018.

Assim, atendeu à recomendação do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB quanto à menção da LGPD (Lei nº 13.709/2018). No entanto, não menciona a obrigação da Concessionária em usar os dados dos usuários apenas para as finalidades diretas da própria Concessão, sugerindo-se inserir previsão nesse sentido.

Além disso, ao disciplinar o não cumprimento do dever de cessão da propriedade intelectual, suscita reequilíbrio econômico-financeiro. Seria mais adequada a previsão de sanção para caso de violação desta cláusula, sendo o reequilíbrio econômico-financeiro outra potencial consequência decorrente do descumprimento.

#### **Cláusula 48 – COMITÊ TÉCNICO**

Conforme sugestão lançada no parecer conjunto anterior, houve a retirada da previsão sobre o mandato dos membros do comitê em tela. Essa alteração vai ao encontro da natureza do *Dispute Board*, o qual deve ser formado por membros que acompanhem a execução do contrato desde a origem, garantindo soluções mais técnicas, céleres e eficientes, ajustadas ao caso concreto.

Reiteram-se as demais recomendações exaradas naquela oportunidade.

#### **Cláusula 49 – ARBITRAGEM**

Houve a inserção da cláusula 49.14, conforme sugestão do parecer anterior, condicionando a escolha pelo Estado da arbitragem à informação e à elaboração do Conselho de Titulares. Considerando que o Estado é o representante dos titulares do serviço concedido, a previsão em tela reafirma essa condição, sobretudo ante a possibilidade de atingimento daqueles.

#### **Cláusula 52 – CONTAGEM DE PRAZOS**



A minuta em esboço incluiu a previsão na subcláusula 52.2 de que “os prazos com termo inicial e final em dias de feriado, ponto facultativo estadual e finais de semana, recairão no primeiro dia útil subsequente”. Essa previsão reverbera a disciplina emprestada pelo Código de Processo Civil, inexistindo qualquer óbice a tanto.

#### **4. CONCLUSÃO.**

Ante o exposto, concluímos a análise da viabilidade jurídica da Minuta de Contrato de Concessão do denominado “Bloco 03” com as proposições acima expostas, bem como com as constantes do precedente Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB.

É o que, salvo melhor juízo, nos parece.

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 2021.

**ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO**

**Procurador do Estado**

**GUSTAVO BINENBOJM**

**Procurador do Estado**

**P.A. nº SEI-150001/008936/2021**

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado,

Na qualidade de membros integrantes do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020<sup>1</sup>, encaminhamos o Parecer Conjunto nº 01/2021 – ASA/GUB (SEI 23629884), da lavra dos i. Procuradores do Estado **ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO** e **GUSTAVO BINENBOJM**, que examinaram, a partir da consulta encaminhada pela Secretaria de Estado da Casa Civil (SEI 22458096), a minuta do Contrato de Concessão dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares prestados nos municípios localizados no Bloco 3 (SEI 23008863).

A minuta de contrato é anexo obrigatório do edital de licitação, cuja exame foi empreendido por meio do Parecer Conjunto 01-2021/ARCY-FAG (SEI 23698172) oportunidade na qual foram apresentados, assim como no presente opinamento, diversos alertas, recomendações e condicionantes para apreciação pelas instâncias técnicas e políticas estaduais e, como não poderia deixar de ser, pelo BNDES, responsável pela complexa modelagem do empreendimento.

Destaca-se que o Parecer Conjunto nº 01/2021 – ASA/GUB foi submetido à análise e, portanto, amplamente debatido pelo Grupo de Trabalho. De todo modo, a partir dos debates realizados, houve especial consenso quanto a necessidade de se destacar, ainda que de forma objetiva, alguns pontos sensíveis do Parecer Conjunto nº 01/2021-ASA/GUB, notadamente aqueles em que há sugestão de alteração.

Delineados esses esclarecimentos iniciais, passamos objetivamente aos pontos em relação aos quais vislumbramos especial necessidade de destaque, de modo que o presente encaminhamento será dividido em duas partes: (i) **recomendações gerais**, como premissas que devem informar a compreensão do contrato como um todo; e (ii) **recomendações específicas** sobre temas e cláusulas previstas no contrato de concessão.

**RECOMENDAÇÕES GERAIS**

De plano, destacamos que as **recomendações gerais** trazidas na manifestação deste Grupo de Trabalho referente ao Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB são plenamente aplicáveis ao presente opinamento. Naquela oportunidade, foi analisada a Minuta de Contrato de Concessão constante do anexo I do Edital de Concorrência Internacional nº 01/20, o qual foi exitoso em relação ao leilão dos blocos 1, 2 e 4, e deserto quanto à licitação do bloco 03. Foram fixadas premissas relevantes ao exame do contrato de concessão, as quais reiteramos integralmente.

Também se destaca, como premissa fundamental, o alerta apresentado pelos pareceristas referente à redação das cláusulas. Nesse sentido, é necessário apontar que a linguagem contratual deve ser objetiva, clara e sem formulações truncadas, considerado que aquilo que está escrito deve corresponder exatamente aos objetivos pretendidos. Por isso, recomendou-se uma revisão geral para que o conteúdo das cláusulas seja adaptado à boa redação contratual.

De forma genérica, também é necessário que os prazos contratualmente previstos sejam viáveis para a realização completa e efetiva daquilo que se pretende, sob pena de sucessivos descumprimentos e as eventuais consequências de medidas intempestivas.

---

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

## RECOMENDAÇÕES ESPECÍFICAS

Como adiantado, todos os pontos a seguir serão destacados sem prejuízo das demais considerações veiculadas no Parecer Conjunto, às quais, na oportunidade, se reporta na integralidade. Destacam-se, sobretudo, as recomendações do Parecer supracitado quanto às cláusulas 8, 12, 13, 27, 29, 30, 32, 33, 35, 36, 48 da minuta do contrato de concessão do Bloco 03, conforme anotado pelos nobres pareceristas.

Para fins didáticos, as considerações serão apresentadas, de forma objetiva, em itens específicos. Vejamos.

1. É necessário que o setor técnico ratifique a exclusão da Cláusula de “Coletor de Tempo Seco”. Diante da inexistência do item 12 do contrato, é preciso adaptar a remissão de cláusulas e subcláusulas no decorrer do contrato e nos seus anexos (subcláusulas 8.12.2, 12.19.3., 13.7.2, 14.3, 15.2.3, 17.6.1, 17.8, 19.2.4, 19.4.1, 1.5, 19.11, 20.1.4, 20.2, 20.3.1, 20.7.11, 22.1.1, 22.2.4, 22.3, 4.1.4, 4.1.8, 26.2, 28.1, 28.3, 28.12, 29.3, 29.4, 31.5, 32.41., 32.4.1.1, 32.4.4, 32.8, 32.10, 33.2.2, 33.2.7, 33.4.3, 36.1.5, 36.5, 41.2.5, 41.7, 42.3, 47.5, 56.1).

2. No que tange às **definições** (cláusula 1) relativas a:

- (i) Área de concessão (subcláusula 1.1.4): é preciso que o setor técnico avalie a limitação da área de concessão às áreas urbanizadas. O opinamento sugere, ainda, maior flexibilidade quanto ao conceito de área de concessão;
- (ii) Contrato (subcláusula 1.1.22): é necessário explicitar o papel do Estado no ajuste, qual seja, o de mero representante dos titulares dos serviços, não de Poder Concedente. Embora algumas cláusulas tenham acolhido tal sugestão, várias cláusulas mantêm o mesmo problema.

3. Em relação ao **objeto da concessão** (cláusula 5), recomendou-se que a prestação dos serviços de saneamento também seja realizada nas áreas irregulares. Caso contrário, a meta de universalização do serviço, trazida pelo novo marco regulatório do saneamento, se tornará mera quimera.

4. Quanto ao **valor estimado do contrato** (cláusula 6), é preciso que o setor técnico diligencie o preenchimento ou a definição do valor estimado do contrato, caso isto não tenha sido realizado anteriormente;

5. Na cláusula 9, relativa ao **inventário dos bens reversíveis à concessão**, é recomendável que seja formulada lista prévia de bens reversíveis, preferencialmente anterior à licitação, de modo a evitar divergências. Caso a opção seja pela inexistência de lista prévia de bens reversíveis, deve haver justificativa fundamentada.

6. Em relação às **disposições aplicáveis à concessionária** (cláusula 14), não se justifica a introdução da subcláusula 14.1, que prevê a necessidade de a Concessionária ter sede no município do Rio de Janeiro, à luz do princípio da competitividade. Assim, é recomendável seja suprimida essa exigência. Acrescemos que, caso a opção seja pela manutenção da exigência, que esta seja justificada.

7. A parte final da subcláusula 14.2.1, que versa sobre a **dispensa de anuência prévia do Estado quanto a quaisquer reorganizações societárias e/ou alterações de controle**, deve ter seu teor devidamente esclarecido, bem como seja a redação adaptada nesse sentido, a fim de evitar futuro problema de interpretação.

8. A cláusula 15 trata do **capital social da concessionária**, mas nesta não há previsão quanto aos valores relativos ao capital social da concessionária. Diante disso, o opinamento recomendou que o setor competente diligencie para solucionar sua ausência.

9. Na cláusula 18, que trata dos **contratos com terceiros**, foi introduzida a subcláusula 18.6, que impõe a necessidade de que a política de transações com partes relacionadas seja apresentada em até 180 dias, cuja viabilidade de cumprimento desse prazo deve ser ratificada pelo setor competente.

10. No que tange à **regulação e fiscalização dos serviços** (cláusula 20), recomenda-se a reinserção de cláusula que estabeleça a competência da AGENERSA para *“apurar a responsabilidade dos proprietários ou possuidores dos imóveis que não estejam cumprindo obrigação legal de conexão às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis”*.

- (i) Em relação à subcláusula 20.1.8, entende-se necessária a previsão de que a não observância da normativa exarada pela Agência Nacional de Águas (ANA) seja objeto de decisão robustamente motivada.
- (ii) A remissão realizada na subcláusula 20.8 à Lei Estadual está equivocada, recomendando-se sua retificação para o artigo 19 da Lei Estadual.

11. Quanto aos **direitos e obrigações dos usuários** (cláusula 22), é recomendável a inserção de cláusula que assegure, de forma expressa, todos os direitos aos usuários dos serviços de saneamento básico, tal como apontado nos artigos 5º e 6º da Lei nº. 13.460/2017, com o fim de conferir maior segurança jurídica.

12. No que diz respeito aos **direitos e obrigações do Estado** (cláusula 23), foi inserida a subcláusula 23.2.21, que obriga o Estado a adotar a arbitragem para resolução de conflito de todos os litígios oriundos do Sistema de Fornecimento de Água. É recomendável seja alterada a cláusula para que tenhamos uma cláusula cheia, com todos os pré-regramentos necessários para a instalação das eventuais arbitragens.

- (i) No que tange à subcláusula 23.2.22, que visa a evitar litígios ao determinar ao Estado que facilite a interação entre as partes envolvidas, é necessário que a relação entre concessionária e operadora seja minuciada oportunamente a fim de estabelecer uma modelagem contratual mais segura.
- (ii) Recomenda-se a inserção, na subcláusula 23.1, de disposição prevendo o direito de regresso do Estado em face dos Municípios no caso de responsabilização por condutas ilícitas de entes municipais que porventura venham a ser imputadas ao Estado do Rio de Janeiro.

13. Quanto aos **direitos e obrigações da concessionária** (cláusula 24), é recomendável a inclusão de cláusula com a estipulação do prazo em que se dará o pagamento da outorga variável aos Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, bem como as respectivas cláusulas relativas à penalização e à compensação financeira por atraso de pagamento.

- (i) No que tange ao **verificador independente e indicadores de desempenho** (cláusula 25), recomenda-se a reinserção da subcláusula 26.1.1 da minuta submetida à análise do Parecer Conjunto mencionado. Diante das ousadas metas de ampliação de fornecimento dos serviços públicos concedidos, faz-se

necessário que a agência reguladora acompanhe minuciosamente a execução da expansão a fim de evitar descumprimentos contratuais e legais.

14. Relativamente à **remuneração da concessionária** (cláusula 26), recomenda-se a adequação da subcláusula 26.15.1.1 ao regramento legal, isto é, que sejam suprimidas outras destinações às receitas complementares que extrapolam a previsão legal. Ainda, os serviços complementares previstos na subcláusula 26.15.3 devem ser considerados no cálculo da modicidade tarifária.

15. No que tange à **aplicação dos indicadores de desempenho nas tarifas** (cláusula 28), a subcláusula 28.7 passou a estipular o prazo de 30 (trinta) dias para que a agência reguladora examine e se manifeste sobre as memórias de cálculo. Como os demais prazos constantes na cláusula restaram inalterados, sugere-se sua modificação, sob pena de sucessivos descumprimentos e as eventuais consequências de medidas intempestivas.

16. Sobre a **revisão extraordinária** (cláusula 31), sugere-se a reformulação da cláusula 31.4 para que seu sentido fique mais claro e para que sejam densificadas os excessivamente numerosos conceitos indeterminados que possui.

17. Ponto especialmente relevante é o que trata do **processamento do reequilíbrio econômico-financeiro**, recomendando-se que seja reinserido, na cláusula 34.1, o prazo de 180 (cento e oitenta dias) para que uma parte notificasse a outra e a agência reguladora a partir do conhecimento dos eventos de desequilíbrio, bem como a estipulação de sua natureza e das consequências do descumprimento. É que a estipulação de prazo tende a dar segurança jurídica à interpretação do contrato.

18. É preciso que o Anexo VII seja alterado para constar informações atualizadas.

19. Sobre a **intervenção** (cláusula 37), a subcláusula 37.3 promove a exclusão prévia das infrações financeiras como possíveis ensejadoras da intervenção, a qual não se mostra apropriada, já que, a depender do caso concreto, pode ser configurada gravidade suficiente para tanto.

20. No que tange aos **casos de extinção da concessão** (cláusula 38), sugere-se alterar a redação da subcláusula 38.7, deixando claro que o Estado, além de ser representante dos titulares dos serviços exerce o papel de organização e gerenciamento da prestação do serviço, não se tratando de Poder Concedente, uma vez que não é titular do serviço.

21. Sobre o **advento do termo contratual** (cláusula 39), entende-se que a adequada preocupação da cláusula 39.9 deve ser acompanhada também dos instrumentos, precauções e medidas concretas para que seu objetivo seja alcançado para além de uma mera previsão genérica principiológica de cooperação.

22. Relativamente à **anulação** do contrato de concessão (cláusula 43), nada obsta que seja definido consensualmente o momento do pagamento da indenização no caso de anulação, a despeito da ausência de previsão legal acerca da matéria.

23. No que tange à **reversão dos bens reversíveis** (cláusula 45), a referida cláusula deve ser lida em conjunto com a subcláusula 1.1.8 da minuta de contrato, que elenca a definição de bens reversíveis.

- (i) A subcláusula 45.10.1 estabeleceu parâmetros mínimos do Plano de Transição, atendendo à recomendação do Parecer supracitado. No entanto, sugere-se que

ainda que sejam definidos outros aspectos operacionais, bem como algumas obrigações entre as partes, diante da relevância do dito instrumento.

24. No campo dos direitos de propriedade industrial e intelectual (cláusula 46), é recomendável que seja incluída obrigação da Concessionária em usar dados dos usuários apenas para as finalidades diretas da própria Concessão.

- (i) A despeito da disciplina contratual do não cumprimento do dever de cessão da propriedade intelectual, recomenda-se que o referido descumprimento implique sanção, sendo o reequilíbrio econômico-financeiro outra potencial consequência decorrente do descumprimento.

**Três últimos apontamentos** se fazem necessários.

O **primeiro apontamento** trata-se de uma **ressalva** quanto à recomendação para supressão da sede da concessionária no Município do Rio de Janeiro, previsto na cláusula 14.1 da minuta do contrato. Segundo os pareceristas, a exigência contratual não se justificaria à luz do princípio da competitividade.

Entretanto, no Parecer conjunto nº 01-21/ARCY-FAG, que examinou a minuta do Edital do Bloco 3, concluiu-se que não havia óbice jurídico para a exigência, sendo inclusive recomendável que a SPE tenha sede no Município do Rio de Janeiro, de modo a favorecer a verificação de regularidade do seu status societário perante a Junta Comercial. **Nesse sentido, deve prevalecer o entendimento adotado no Parecer conjunto nº 01-21/ARCY-FAG**, não se vislumbrando que a exigência, no momento da celebração do contrato e com o conhecimento prévio de todos os licitantes, viole o princípio da competitividade.

O **segundo apontamento** refere-se à coordenação, articulação e governação entre o novo contrato a ser celebrado após a licitação do Bloco 03 com as concessões pré-existentes do serviço de esgotamento sanitário na AP-5 e no Município de Rio das Ostras, **a justificar uma explicitação do papel e da competência da AGENERSA na regulação das distintas concessões, tudo com vistas a aumentar a segurança jurídica ex post na execução dos contratos.**

Essa competência da AGENERSA pode ser destacada, por exemplo, ao final da cláusula 24.1.11<sup>2</sup>. A referida cláusula estabelece como direito de a concessionária interagir com a operadora dos serviços de esgotamento sanitário da AP-5 com vistas a eventuais aprimoramentos dos ajustes e acordos relativos à gestão comercial. Em consonância com essa disposição contratual, seria possível incluir a possibilidade de a concessionária recorrer à AGENERSA para compor eventuais conflitos decorrentes da relação com a concessionária de esgotamento sanitário da AP-5.

O **terceiro apontamento** diz respeito à ausência de lista de bens reversíveis, tema extremamente sensível e que deve ser objeto de averiguação antes da publicação do edital. A cláusula 9.1 do Contrato não faz remissão a qualquer lista prévia de tais bens reversíveis. Como bem destacado pelos pareceristas, é necessária uma lista prévia desses bens, preferencialmente anterior à licitação, o que, certamente, incrementará a segurança jurídica e evitará controvérsias ex post.

---

<sup>2</sup> **24. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA**

(...)

24.1.11. Interagir com a operadora dos serviços de esgotamento sanitário da AP-5 com vistas a eventuais aprimoramentos dos ajustes e acordos relativos à gestão comercial.

Feitos os apontamentos acima, o Grupo de Trabalho reitera todas as demais conclusões e recomendações formalizadas no pronunciamento.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 28 de outubro de 2021

**ANDRÉ RODRIGUES CYRINO**

**Procurador do Estado**

**AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK**

**Procurador do Estado**

**FLÁVIO AMARAL GARCIA**

**Procurador do Estado**

**HENRIQUE BASTOS ROCHA**

**Procurador do Estado**

**JOSÉ CARLOS TAVARES DE MORAES SARMENTO**

**Procurador do Estado**

**NATHALIE CARVALHO GIORDANO MACEDO**

**Procurador do Estado**

**RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS**

**Procurador do Estado**

**THIAGO CARDOSO ARAÚJO**

**Procurador do Estado**

## VISTO

### SEI -150001/008936/2021

Visto. **APROVO** o *Parecer Conjunto nº 01/2021-ARCY-FAG*, de autoria dos ii. Procuradores do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO e FLÁVIO AMARAL GARCIA (23698172), bem como o *Parecer Conjunto nº 01/2021-ASA/GUB*, da lavra dos ii. Procuradores do Estado ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO e GUSTAVO BINENBOJM (23629884), da d. Procuradoria-Administrativa (PG-17), **acrescidos das considerações do i. Grupo de Trabalho** instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020(24400443e 24281479, respectivamente), que examinam, respectivamente, a minuta do Edital de Concorrência Internacional para concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares e a minuta do Contrato de Concessão, relativamente aos Municípios localizados no Bloco 3.

Chancelam-se, pois, as conclusões do *Parecer Conjunto nº 01/2021-ARCY-FAG* (23698172), cujos pontos mercedores de destaque foram assim sintetizados pelo d. Grupo de Trabalho (24400443):

1. Cuida-se de desdobramento da Concorrência Internacional nº 01/20, que visava a implementar o projeto de desestatização do serviço de saneamento básico dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro, que se deu por meio de prestação regionalizada dividida em quatro blocos. Conquanto deserta, na oportunidade, a licitação relativamente ao Bloco 3, restou amplamente exitoso o certame quanto aos demais.
2. Em virtude de tamanho êxito, está justificada a reprodução, com as necessárias adaptações, do modelo anteriormente utilizado, de modo que se mantêm pertinentes e aplicáveis as considerações do *Parecer Conjunto nº 01/2020-ARCY-FAG*, sendo recomendada a leitura conjunta deste com os Pareceres que ora se aprovam.
3. Reitera-se o entendimento consolidado desta Procuradoria Geral do Estado no sentido de que a titularidade do serviço em a preço pertence à Região Metropolitana e aos Municípios não metropolitanos.
4. A inclusão, no Bloco 3, dos Municípios de Bom Jardim, Bom Jesus de Itabapoana, Carapebus, Carmo, Itaperuna, Macacu, Natividade, Rio das Ostras, São Fidélis, São José de Ubá, Seropédica, Trajano de Moraes e Vassouras – mantidos os Municípios de Itaguaí, Paracambi, Pinheiral, Rio Claro, Seropédica e os bairros do Município do Rio de Janeiro integrantes da Área de Planejamento 5 (“AP-5”) – adiciona complexidade ao projeto, que deve ser refletida na modelagem do Edital e do Contrato, sempre juízo da reavaliação dos mecanismos de incentivos e de cumprimento de metas contratuais eventualmente decorrentes da anterior licitação deserta. Nessa ordem de ideias, tais inovações trazidas na minuta devem ser objeto das necessárias justificativas e de motivação técnica no respectivo processo administrativo.
  - o Ainda nesse tópico, impõe-se considerar a convivência entre o leilão e as concessões pré-existentes do serviço de esgotamento sanitário no Município de Rio das Ostras e na AP-5 – esta última contratada com base no Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações previamente analisado por esta PGE. Como observado pelos nobres pareceristas, exige a segurança jurídica que tais instrumentos sejam preservados, o que demanda serem esclarecidos os serviços que serão efetivamente prestados pela CEDAE e quais serão imediatamente assumidos pela licitante vencedora na área da concessão. Recomenda-se, ainda, a uniformização dos termos utilizados no Edital e no Anexo IV.
5. O processo administrativo reclama reforço da instrução, justificativas e esclarecimentos necessários que iluminem as principais modificações em relação à licitação anterior e os aspectos substanciais da alteração da modelagem econômico-financeira (esta ainda não



concluída), assinalando-se que a minuta ainda não reflete considerações ou modificações decorrentes das audiências e consultas públicas.

6. A sistemática da estrutura da remuneração, modificada em relação ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/20, apresentou justificativa em Notas Técnicas constantes deste processo SEI. No entanto, ainda permanece necessário esclarecer quanto ao valor da remuneração fixa indicado, além da incompatibilidade entre as alíquotas presentes na minuta do Edital e no Contrato BNDES em relação ao cálculo da remuneração variável.

Por seu turno, também são aprovados os termos do *Parecer Conjunto nº 01/2021-ASA/GUB* (23629884), cujos pontos de maior relevo foram sintetizados pelo Grupo de Trabalho nos seguintes termos (24281479):

1. Como recomendações gerais, reiteram-se aquelas já feitas pelo d. Grupo de Trabalho relativamente ao *Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB*, inclusive quanto a uma revisão geral da redação das cláusulas contratuais – em favor da clareza e da objetividade –, bem como quanto à viabilidade dos prazos contratuais.
2. Como recomendações específicas, orienta-se que sejam observadas todas as considerações dos nobres pareceristas relativamente às cláusulas 8, 12, 13, 27, 29, 30, 32, 33, 35, 36, 48 da minuta do contrato de concessão do Bloco 03 e, ainda, aquelas explicitamente assinaladas pelo Grupo de Trabalho.
3. Finalmente, ficam igualmente placitados os apontamentos feitos pelo d. Grupo de Trabalho ao final de sua manifestação, quais sejam:
  - Como **ressalva** ao *Parecer Conjunto nº 01/2021-ASA/GUB*, deve prevalecer o entendimento consignado no *Parecer Conjunto nº 01/2021-ARCY-FAG*, no sentido da **inexistência de óbice jurídico para que se exija a sede da concessionária no Município do Rio de Janeiro** (tal como previsto na cláusula 14.1 da minuta do contrato). Ao revés, tal exigência não viola o princípio da competitividade – porquanto impositivo apenas no momento da celebração do contrato e previamente conhecida de todos os licitantes, favorecendo, ademais, a verificação da regularidade da SPE perante a Junta Comercial.
  - A necessidade de coordenação, articulação e governação entre o novo contrato e as concessões pré-existentes na AP-5 e no Município de Rio das Ostras justificam a explicitação do papel e da competência da AGENERSA na regulação das distintas concessões, admitindo-se que se inclua a previsão da possibilidade de a concessionária recorrer à Agência Reguladora para a composição de eventuais conflitos decorrentes da relação com a concessionária da AP-5.
  - Com vistas ao incremento da segurança jurídica, deve ser verificada a questão dos bens reversíveis antes da publicação do edital, porquanto ausente da cláusula 9.1 da minuta do contrato qualquer remissão a uma lista prévia. Recomenda-se a elaboração de tal lista, preferencialmente antes da licitação.

À Secretaria de Estado da Casa Civil, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 05 de novembro de 2021

**BRUNO DUBEUX**

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO