

Eventual futura inclusão de municípios não integrantes da região metropolitana em concessão celebrada entre empresa privada e outros entes federativos. Possibilidade desde que atendido determinados requisitos. Análise em tese. Apenas diante de cada caso e modelagem concreta poderá ser definitivamente aferida a legitimidade da inclusão.

## **1. A CONSULTA**

A consulta foi encaminhada à esta Procuradoria Especializada pelo Exmo. Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Marcelo Lopes da Silva, via correio eletrônico, para exame e parecer de alguns desdobramentos da instituição da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ) e do projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto atualmente prestados pela empresa estatal CEDAE.

Especificamente, indaga-se em tese sobre a viabilidade jurídica de adesão de municípios que não pertencem à Região Metropolitana findo o leilão de desestatização. Além disso são questionados pontos caso se concretize essa possibilidade, referentes ao instrumento jurídico pertinente à regulamentação desse ingresso e necessidade de que essa medida seja aventada em decisão do Conselho da Região Metropolitana.

Desta feita, são apresentados os referidos quesitos:

- 1. É possível o ingresso de novos municípios após terminado o leilão de desestatização?*
- 2. Na hipótese de resposta positiva à indagação precedente, como pode ser previsto tal ingresso e que instrumento jurídico seria o adequado à sua regulamentação? É de questionar-se, igualmente, se deveria essa possibilidade ser acenada por decisão do Conselho da Região Metropolitana, propondo-se as redações de artigos e cláusulas pertinentes.*

A presente consulta foi ainda instruída por documentação também enviada por correio eletrônico. Os documentos são relacionados ao projeto de concessão regionalizada do saneamento básico dos municípios atualmente operados pela CEDAE, e encontram-se em elaboração e eventual futura consulta pública.

Os documentos, nem todos relacionados diretamente ao objeto da consulta, foram divididos em 4 blocos: (i) Grupo 1: Minutas de Edital e Anexos; (ii) Grupo 2: Minutas de contrato de concessão e Anexos; (iii) Grupo 3: Instrumentos de gestão associada (Convênio de Cooperação entre ERJ e RM; Convênio de Cooperação entre ERJ e municípios do interior; Contrato de Programa entre ERJ e CEDAE; Contrato entre ERJ e CEDAE sobre indenização de investimentos não amortizados e Termo de rescisão dos contratos atualmente vigentes da CEDAE); e, (iv) Grupo 4: Estudos referenciais (Plano Regional de Saneamento da RM; Planos de Negócio e Planos Municipais de Saneamento dos municípios do interior).

Isto posto, é importante frisar que, nos termos do art. 3º, da Resolução PGE nº 4551, de 28 de abril de 2020, resta suspenso o acesso aos autos dos processos físicos que tramitem no âmbito desta Procuradoria Geral no lapso temporal correspondente a 01.05.2020 a 15.05.2020, de modo que as

tramitações deverão ocorrer por meio do Sistema SEI e de e-mail. Dessa forma, o presente Parecer teve origem na consulta enviada por correio eletrônico, sem a formação de Processo Administrativo físico, razão pela qual ainda não há numeração processual indicada em epígrafe e pela qual está sendo também respondida por correio eletrônico

Por fim, destaca-se que a natureza dos questionamentos em tese propostos na consulta é meramente de Direito, de modo que a análise a seguir é formulada com base em questionamentos hipotéticos. Sobretudo porque não há qualquer indício fático sobre a situação e identificação dos entes municipais, que eventualmente poderiam ingressar posteriormente neste projeto de desestatização, inclusive em relação à legislação municipal de cada um e eventuais declarações de inconstitucionalidade. Sendo assim, ressalta-se que ao final deste Parecer, os quesitos são respondidos limitadamente, apenas em tese, uma vez que não se fazem possíveis maiores divagações específicas acerca do tema.

## 1.2. INTRODUÇÃO

Os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, em regra, no atual modelo, são de competência municipal. Os Municípios detêm a competência para disciplinar os aspectos mais específicos relacionados à prestação dos serviços de saneamento básico, de modo que a atuação da concessionária depende de um instrumento de delegação desses serviços pelo Município à Companhia. Esta delegação resulta de uma estrutura na qual o Município firma um contrato de programa para a prestação dos serviços de saneamento básico, incumbindo à concessionária, se estatal, a prestação dos serviços de captação, tratamento, adução, distribuição das redes de águas, bem como, coleta, transporte, trato e destino final dos esgotos gerados.

Assim, cada Município delega os serviços no âmbito de seus respectivos territórios. Alguns optaram por delegá-los à CEDAE, via contratos de programa, os quais prescindem de licitação (art. 24, XXVI, da Lei nº 8.666/93)<sup>1</sup>. E outros optaram por licitá-los e celebrar contratos de concessão com concessionárias privadas.

Todavia, com a edição da LCE nº 184 de 27 de Dezembro de 2018, que instituiu a Região Metropolitana no âmbito do ERJ, criou - se uma modelagem inovadora, na qual a titularidade dos serviços de saneamento básico no âmbito dos municípios metropolitanos passou a ser da RMRJ, e não mais de cada município metropolitano. Isto porque, diante do interesse comum, a Região Metropolitana poderia, no âmbito de seu território, viabilizar a gestão do serviço de forma mais coordenada e eficiente.

Assim, sendo a adesão dos Municípios à Região Metropolitana compulsória, a titularidade deixa de ser dos Municípios metropolitanos e passa a ser da RMRJ, i.e., o colegiado de Estado e Municípios. Destaca-se que o STF, no julgamento da ADI nº 1.842/RJ, fixou estes entendimentos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Contrato de Programa é uma figura prevista no artigo 13 da Lei de Consórcios Públicos, que permite a delegação de serviço público a entidade da Administração Pública de outro ente federativo sem necessidade de prévia licitação. No âmbito dos serviços de saneamento básico, é utilizado para que os municípios (titulares do serviço) deleguem-no, sem licitação, à empresas estatais estaduais, as quais não possuem outorga *ex lege* para prestá-lo. Muitos municípios preferem celebrar contratos de programa, mas muitos outros optam por licitar os serviços a concessionárias privadas. Está para ser aprovado um PL que prevê a proibição de delegação do serviço de saneamento básico via contrato de programa. A intenção é abrir o setor à concorrência pelo mercado com concessionárias privadas. Por ora, o titular do serviço que decide se irá licitar ou não.

<sup>2</sup> Destaca-se trecho do Acórdão: “O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. (...) nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza

Soma-se ao cenário o fato de que o Estado do Rio de Janeiro aderiu ao Regime de Recuperação Fiscal (RRF) de que trata a Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017. Na composição de seu Plano de Recuperação, o Estado do Rio de Janeiro indicou o conjunto de leis autorizativas relacionadas ao Regime de Recuperação Fiscal e, dentre elas, destaca - se a Lei Estadual nº 7.529, de 7 de março de 2017, que autoriza a privatização de empresas do setor de saneamento, na forma do inciso II do §1º do art. 4º, com vistas à utilização dos recursos para a quitação de passivos<sup>3</sup>.

Concebeu-se nessa esteira o Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto, cuja elaboração ficou à cargo do BNDES. Pelo modelo proposto, os serviços que antes eram prestados unicamente pela CEDAE seriam divididos em duas etapas: a etapa *upstream* (serviços de coleta e tratamento de água) e, subsequentemente, a etapa *downstream* (serviços de distribuição de água tratada ao usuário final). Com a CEDAE permaneceria, no âmbito dos municípios metropolitanos, apenas a etapa *upstream*. Já etapa *downstream* seria licitada a concessionária privada.

A modelagem proposta para os municípios não metropolitanos é um pouco distinta: todas as etapas seriam delegadas às concessionárias privadas. Assim, a CEDAE continuaria prestando a etapa *upstream* apenas para a RMRJ.

O referido projeto concebeu uma divisão em 4 blocos de municípios, mesclando, em um mesmo bloco, municípios metropolitanos e não metropolitanos. Cada bloco seria concedido a uma concessionária privada diferente. A ideia seria promover um subsídio cruzado: combinar, num mesmo bloco, municípios mais lucrativos com outros menos. Por essa modelagem, a CEDAE prestaria os serviços *upstream* às concessionárias *downstream*, mediante cobrança de tarifa. A Lei de Saneamento Básico prevê que essa relação deve ser regulada via contrato a ser celebrado entre a CEDAE e as concessionárias, figurando a agência reguladora setorial como interveniente anuente (AGENERSA)<sup>4</sup>.

Ressalta-se que, a princípio, foram deixados de fora dessa divisão de blocos de municípios a serem licitados os municípios metropolitanos de Niterói, Petrópolis e Guapimirim. Isto porque tais municípios possuem contrato de concessão em curso, com outras concessionárias que não a CEDAE. O Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17, de 28/02/2020 concluiu pela manutenção de tais contratos até o advento dos respectivos termos finais ou outra causa extintiva, vedada a prorrogação, por se tratarem de atos jurídicos perfeitos protegidos pelo art. 5º, XXXVI, da CRFB c/c art. 6º, §1º da LINDB e art. 27 da LCE nº 184/2018. Segundo o parecerista, uma vez encerrados tais contratos, os serviços de saneamento básico destes municípios serão absorvidos pela RMRJ, e passarão a ser contratados por ela, e não mais pelos próprios municípios, como ocorria antes.

A fim de contornar os custos de transação envolvidos na coordenação da delegação conjunta de serviços com múltiplos titulares (RMRJ e municípios não RM abrangidos pelo projeto), o Projeto propôs a delegação de diversas funções administrativas ao ERJ. Cada titular do serviço celebraria com o ERJ, um Convênio de Cooperação<sup>5</sup>, delegando à AGENERSA as funções de fiscalização e regulação dos serviços e ao ERJ as funções de organização e promoção da licitação dos serviços e de gestão dos contratos de delegação (contratos de concessão e de programa), mais outros coligados. Isso significa que o ERJ, além de licitar os serviços, assinaria os contratos como mandatário, em nome dos titulares, assumindo para si direitos e obrigações que seriam deles. Com os titulares remanesceriam as funções de planejamento setorial, fiscalização (paralelamente à AGENERSA) e eventual retomada dos serviços.

---

de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas (...). (...) Recolhimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado”. ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. pi Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

<sup>3</sup>C.f.: Parecer nº 02/2017/COREM/SURIN/STN/MF-DF de 14.08.2017. Disponível em: <http://www.transparencia.rj.gov.br/transparencia/content/conn/UCMServer/uuid/dDocName%3AWCC200055>. Acesso em 06 de mai. de 2020.

<sup>4</sup> C.f.: Promoção nº 02/2019 – PGE/PG-17/ARCY

<sup>5</sup> O Convênio de Cooperação trata-se de instrumento de gestão associada previsto no art. 241 da CFBR e regulamentado na Lei de Consórcios Públicos, pelo qual é possível a delegação, entre diferentes entes federativos, de atividades administrativas relativas à prestação de serviços públicos, com fito de promover o Federalismo Cooperativo.

O Parecer nº 03/2020 ARCY/PG-17, ao analisar a viabilidade jurídica desse modelo – de que o ERJ assinasse os contratos de delegação dos serviços de saneamento básico em nome dos titulares dos serviços – entendeu pela possibilidade de delegação desses poderes, via Convênios de Cooperação. Dessa forma, o ERJ assinaria os contratos de delegação dos serviços públicos de saneamento básico e outros contratos coligados em nome dos titulares dos serviços, na qualidade de mandatário. Entretanto, ressaltou para os riscos jurídicos envolvidos na modelagem e aventou a recomendação exarada no Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17, afirmando considerar mais prudente que os próprios titulares figurem como partes nesses contratos, ao invés do ERJ.

Acrescenta-se ainda que, o Parecer nº 03/2020 ARCY/PG-17 também se posicionou pela necessidade de celebração de contrato de programa conexos aos convênios de cooperação com finalidade de estabilização do vínculo convencional, uma vez que o art. 13, *caput* c/c § 7º, da Lei de Consórcios Públicos exige a sua celebração.

Partindo desses pressupostos e diretrizes,<sup>6</sup> passamos diretamente à fundamentação deste parecer e, posteriormente, à resposta da Consulta.

## **2. AUMENTO DO POLO ATIVO DO CONTRATO DE CONCESSÃO APÓS A SUA CELEBRAÇÃO**

Os contratos administrativos podem ser sucintamente definidos como os ajustes comutativos que a Administração Pública, nessa qualidade, celebra com particular ou outra entidade pública. O parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/1993 caracteriza como contratos apenas os ajustes que estipulem “obrigações recíprocas”. Os contratos administrativos se distinguem dos contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública pela existência de cláusulas exorbitantes. Dessa maneira, os contratos administrativos são regidos por normas e princípios próprios do direito público, de forma que o direito privado apenas atua de forma supletiva segundo dispõe o art. 54 da Lei nº 8.666/1993<sup>7</sup>.

Além disso, devido à previsão constitucional prevista no artigo 37, XXI, CRFB, exige-se licitação para aquisição de bens e serviços, somente sendo permitidas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Dessa forma, considera-se que os contratos administrativos possuem, em regra, natureza pessoal – pessoal em relação ao vencedor da licitação.

É em razão desta natureza pessoal que são geradas discussões na doutrina e na jurisprudência quanto à possibilidade de cessão nos contratos administrativos, por exemplo. O Tribunal de Contas da União tradicionalmente opina pela vedação de cessão de posição contratual no contrato público. Entretanto, esse entendimento se destoa da doutrina, que vem admitindo a possibilidade de cessão, dada à aplicação supletiva das normas da teoria geral dos contratos à regulação do contrato administrativo<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Sobre eles ver também o tópico IV.

<sup>7</sup> C. f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 440.

<sup>8</sup> Destaca-se o seguinte excerto: “(...) não é possível afirmar que a cessão da posição contratual ou – muito menos – os casos de reorganização empresarial importariam uma espécie de contratação direta, sem licitação. Licitação houve e a Administração selecionou a proposta mais vantajosa, a qual deverá ser fielmente executada. Aliás, lembre-se que a Lei permite inclusive a substituição de responsáveis técnicos, cuja identidade foi reputada essencial para a habilitação do licitante (art. 30, § 10). No âmbito de concessão de serviço público, em que as características pessoais do concessionário são – presume-se muito mais relevantes do que numa contratação mais simples, é perfeitamente possível a cessão do contrato, tal como se vê do art. 27 da Lei n. 8987. Por todos os argumentos, não se pode concordar com a orientação que vem sendo consagrada na jurisprudência do Colendo TCU.” In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 841 - 842

Sobre a questão, a PGE/RJ no Parecer nº 22/10-FAG, da lavra do Ilmo. Procurador do Estado Dr. Flávio Amaral Garcia, se manifestou no seguinte sentido:

É fato que a Lei n. 8.666/93 não autorizou expressamente a cessão no pólo ativo nos contratos administrativos. Mas isso não quer dizer seja vedado fazê-lo.

Como se sabe, aplicam-se aos contratos administrativos supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, conforme expressamente determinado no art. 54 da Lei n. 8.666/93.

Assim, seriam aplicáveis supletivamente aos contratos administrativos as normas de direito privado, que admitem, via interpretação analógica, a cessão da posição contratual utilizando como fundamento, naquilo que couber, as regras que disciplinam a cessão de crédito.

Não há por que afastar essa possibilidade no campo do direito público, momento quando não mais se compreende a ação do administrador sob o ângulo da legalidade e estrita.

Ora, aplicando analogicamente os raciocínios empregados, se é possível admitir a cessão no pólo ativo nos contratos administrativos<sup>9</sup>, mesmo sem autorização expressa da lei, pode *a fortiori* se considerar possível a ampliação desse mesmo pólo ativo nos contratos públicos, ainda que não haja previsão legal para tanto.

A Lei nº 8.666/1993, que institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública, não chegou a tratar expressamente do acréscimo ao pólo ativo contratual nos contratos administrativos. De igual sorte, a Lei nº 8.987/1995 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, ao tratar sobre os contratos de concessão, não fez nenhuma menção à possibilidade de ampliação do número de contratantes. No entanto, semelhantemente à hipótese da cessão, não significa que seja vedado fazê-lo. Primeiro porque os contratantes iniciais continuariam na relação jurídica; segundo porque, na hipótese cogitada, o pólo acrescido seria o dos contratantes públicos, e a grande preocupação do ordenamento jurídico na matéria é de que alterações contratuais subjetivas não afetem as características do contratado privado aferidas em licitação, para que o resultado de sta não seja desvirtuado via cessão contratual do pólo passivo.

Veja-se *a latere* que Lei nº 8.987/1995, quando trata da Administração Pública contratante, considera o conceito de poder concedente, atrelando-o aos entes federativos, segundo a dicção do art. 2º, I. Logo, o requisito para figurar no pólo ativo do contrato, trazido pela lei, perpassa a ideia deste possuir poder concedente. Nessa conjuntura, admite-se que poderia ocorrer a ampliação do pólo contratante, na medida que a parte ingressante também de têm poder concedente. Na hipótese consular, esse poder concedente estaria presente, dado que seriam entes municipais que ingressariam ao pólo ativo do contrato de concessão.

---

<sup>9</sup> Importa ressaltar que embora a cessão de posição nos contratos administrados seja no geral admitida, sua realização só é possível desde que observados alguns requisitos, a saber: “Destacam-se os seguintes requisitos para que seja possível a cessão da posição dos contratos administrativos entre entes públicos: a) seja a via mais adequada para concretização dos direitos fundamentais; b) que o bem do contrato a ser transferido seja competência imposta pelo ordenamento ao ente cessionário, c) que o cessionário possua condições técnicas de assumir as obrigações pactuais; d) demonstração de recursos suficientes à consecução do objeto por parte do novo contratante; e) e a concordância do contratado. Partindo da premissa de que o regime jurídico-administrativo não permitiu expressamente a cessão da posição contratual entre entes públicos e, ainda, que a leitura constitucional da legalidade significa, necessariamente, a persecução da concretização dos direitos fundamentais, é imprescindível a demonstração que a cessão dos contratos é a via mais adequada para o atingimento das finalidades constitucionais.” In: SANTOS, R. A cessão da posição contratual entre entes públicos nos contratos administrativos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 7, n. 1, p. 152 - 174, 29 jan. 2020.

Ademais, destaca-se que, ainda que a natureza do contrato de concessão possa sugerir que as características pessoais dos contratantes são relevantes – sobretudo as da concessionária – o art. 27 da Lei nº 8.987/1995 traduz uma possibilidade de cessão no polo contratual<sup>10</sup>. Disso decorre que há uma abertura a possíveis flexibilizações quanto ao caráter pessoal do contrato de concessão. Ora, se essa medida pode ser admitida em relação à parte concessionária, ainda mais se poderia em relação à parte que detém o poder concedente. Novamente aqui se aplica o raciocínio: sendo admitida a hipótese de cessão do polo contratual, também pode ser admitida a hipótese de ampliação do polo contratual, em relação à Administração contratante (*quem pode o mais, pode o menos*).

Entretanto, ainda que essa ampliação do polo contratual ativo seja teórica e formalmente possível, se faz necessário o cumprimento de alguns requisitos para que seja plenamente verificada sua compatibilidade com as regras vigentes.

### **3. REQUISITOS PARA OS MUNICÍPIOS NÃO INTEGRANTES DA REGIÃO METROPOLITANA**

Conforme visto anteriormente, no caso de municípios não metropolitanos, lhes é atribuída a tarefa de “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local”, segundo os ditames do art. 30, V, CRFB. Nesse sentido, ao contrário daqueles integrantes da Região Metropolitana, mantém-se com eles a titularidade do serviço, cabendo aos mesmos prestá-los diretamente ou utilizando-se de instrumentos de delegação.

Entretanto, a Constituição também prevê, em seu art. 23, IX, que: “a melhoria das condições de saneamento básico” é competência comum entre os entes da federação. Dessa forma, admite-se uma ideia de que há um dever de colaboração intergovernamental neste setor de serviços públicos. Essa colaboração pode ocorrer por meios distintos: como consórcios públicos, transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou bens essenciais, bem como pela participação em projetos de interesse comum que compõe a área, tal qual se deu na ocasião do Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANASA<sup>11</sup>.

O Parecer nº 03/2019 ARCY/PG-17, analisou questão similar a que é objeto do presente Parecer, ao verificar, dentre outros questionamentos, a possibilidade de que algum Município não integrante da Região Metropolitana ingressar nos serviços de natureza metropolitana e sob quais condições isso poderia ser possível. Em suas conclusões, aplicáveis *rebus in rebus in casu* (cf. tópico IV), o parecerista entendeu que a prestação de serviços de natureza comum poderia envolver municípios não integrantes da Região Metropolitana justamente devido à lógica cooperativa que permeia o modelo federativo instituído pela Constituição da República.

Contudo, recomendou que, para tanto, fossem observados os seguintes requisitos: (i) como regra, o serviço deve ser remunerado, ou, no mínimo, deverá ser estabelecido mecanismo de compensação, ou contrapartida; (ii) a prestação deve ser aprovada pelo Conselho Deliberativo da RM, com base no Art. 11. § 4º da LCE nº 184/2018<sup>12</sup>; (iii) a prestação do serviço não pode, em hipótese alguma, implicar prejuízo à prestação do serviço em questão a Município integrante da RM.

Além de tais recomendações, destaca - se o seguinte excerto do Parecer:

---

<sup>10</sup> Coaduna-se ao entendimento de Marçal Justen Filho destacado na nota de rodapé nº 7.

<sup>11</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. O saneamento básico e sua execução por empresa estadual. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, v. I, n. 5m ago. 2001.

<sup>12</sup> Art. 11. § 4º. O Conselho Deliberativo poderá decidir pela celebração de convênios ou outros instrumentos com pessoas jurídicas de direito público e com empresas públicas ou sociedades de economia mista, universidades e suas fundações, tendo como objeto a execução conjunta, ou por delegação, de atividades específicas e determinadas que sejam de competência da Região Metropolitana, os quais deverão ser remetidos ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

*(...) parece-me recomendável que, na hipótese de delegação de serviço público de interesse comum pela RM, haja a previsão da possibilidade da prestação a Município estranho à região como modalidade de recebimento de receita alternativa. Aliás, neste caso, a tarifa paga pelos usuários do serviço que habitem outro Município será, justamente, o mecanismo de contraprestação.*

Os quesitos propostos na presente consulta, menciona um critério temporal como parte do questionamento, indagando quanto a possibilidade desta adesão se dar após a desestatização dos serviços. Acreditamos que, em face deste marco temporal da desestatização, seriam necessários novos requisitos, além daqueles constantes do Parecer nº 03/2019 ARCY/PG-17, para ser verificada a viabilidade jurídica da adesão destes municípios.

Seriam eles: legitimidade da necessidade de contratação direta, respeito ao princípio do paralelismo das formas, manutenção do equilíbrio econômico financeiro contratual, bem como, o cumprimento dos limites para a alteração contratual, especialmente no que diz respeito aos reflexos da ampliação do polo ativo no aumento da área geográfica objeto da concessão.

À título de argumentação, passaremos a tratar de cada um deles, especificamente, nos subtópicos abaixo.

### **3.1. AFERIÇÃO DA LEGITIMIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA DA CONCESSIONÁRIA PRIVADA PELO MUNICÍPIO ENTRANTE**

Sendo o Estado um dos maiores adquirentes de bens e serviços e considerando que a celebração de seus contratos, demanda-se um procedimento de licitação, a fim de garantir um destino idôneo aos recursos do Erário, por meio da escolha da melhor proposta para determinado contrato. Como os recursos são públicos, o Estado não pode escolher as empresas a serem contratadas ao seu bel-prazer. É seu dever não apenas escolher a melhor proposta, dando as mesmas oportunidades para todos os potenciais interessados que se encontrarem na mesma situação, como também ter mecanismos para demonstrar que essa era a melhor proposta e de possibilitar o controle sobre tal decisão<sup>13</sup>.

Entretanto, nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade de a obrigatoriedade de licitações ser excepcionada por lei (art. 37, XXI, CRFB). Assim, nos termos adotados pela Lei nº 8.666/93, é possível a realização de as contratações diretas, ou seja, sem a prévia realização de licitação, em razão de dispensa (art. 24) ou de inexigibilidade (art. 25).

Nas hipóteses de dispensa, a competição é viável, porém, por razões de conveniência e oportunidade, fica a cargo do juízo discricionário da Administração Pública a realização ou não da licitação. Nesse sentido, haja vista este traço fundamental, entende-se que a dispensa não é obrigatória e os casos previstos no art. 24 são taxativos.

Por outro lado, a inexigibilidade de licitação corresponde a situações de natureza fática, sobretudo. Nesta hipótese, a própria competição é inviável, fazendo com que seja desnecessária ou impossível a licitação. Dessa forma, a enumeração dos casos de inexigibilidade é meramente exemplificativa, conforme se depreende da redação do art. 25. Tal conceito possui uma zona de certeza negativa, que se submete ao crivo do órgão jurídico. A inexigibilidade é, portanto, um conceito jurídico

---

<sup>13</sup> C. f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit., p. 364.

indeterminado, a ser avaliado pelo administrador <sup>14</sup>.

Nesse sentido, o art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 estabelece algumas formalidades para que as contratações diretas sejam válidas – inclusive a motivação da dispensa ou inexigibilidade de licitação – com o enquadramento do caso concreto a uma das hipóteses legais de contratação direta<sup>15</sup>. Sobre o tema, destacam-se os ensinamentos de Odete Medauar:

Fora os casos de dispensa por valores abaixo do limite legal, os demais em que se contratam sem licitação devem ser justificados e comunicados, dentro de três dias, à autoridade superior, para homologação (a lei denomina ratificação) e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição de eficácia dos atos. Os autos de dispensa e inexigibilidade serão instruídos com os seguintes elementos: a) caracterização da situação que justifica a não realização de licitação; b) razão da escolha do executante ou fornecedor indicado; c) justificativa do preço; d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa nos quais os bens serão alocados (art. 26, *caput* e parágrafo único, com alterações posteriores)<sup>16</sup>.

A mesma linha de entendimento é adotada há muito pela Procuradoria do Estado, como já indicava o saudoso Procurador do Estado Marcos Juruena Vilela Souto, no Parecer nº 17/99. Neste parecer foi destacada a necessidade de que a interpretação do administrador acerca do que caracteriza uma situação de inviabilidade de competição, por razões técnicas, fosse orientada pelo princípio da razoabilidade e de que decisão pela contratação direta dali decorrente fosse justificada e motivada de forma suficiente.

Ao órgão jurídico cabe resguardar a observância do formalismo necessário para garantir a regularidade do procedimento de contratação direta, inclusive, quanto às exigências constantes do art. 26, da Lei nº 8.666/93, que buscam garantir a economicidade na contratação. Entende-se, portanto, que a importância de serem cumpridas tais exigências constantes decorre do fato de serem tais comandos orientados à busca da economicidade na contratação direta, consubstanciada na seleção da melhor proposta por parte da Administração Pública.

Destaca-se ainda que o Procurador do Estado Marcos Juruena observou, no Parecer nº 06/2000-MJVS, que o não atendimento dos requisitos previstos no art. 26, da Lei nº 8.666/93, quais sejam, a caracterização da situação com base em avaliação feita pelo administrador, as razões da escolha do fornecedor ou prestador do serviço e a justificativa do preço, acarreta a nulidade da contratação e a possibilidade de responsabilidade penal do administrador, com base no art. 89, da Lei nº 8.666/93.

Ressalva-se que, a possibilidade de dispensa ou inexigibilidade de licitação nas concessões de serviços públicos não é – em face dos termos peremptórios do art. 175 da Constituição, em relação à necessidade de licitação, e do silêncio da Lei nº 8.987/1995 – pacífica. Entretanto, como já manifestamos em sede doutrinária,<sup>17</sup> entendemos que, quanto à inexigibilidade, sendo matéria fática inviabilizadora da competição, a sua possibilidade não pode ser afastada. Em relação às dispensas, que pressupõem a possibilidade de licitação, por sua própria natureza, não se aplicam as hipóteses enumeradas no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, salvo nos casos de extrema urgência (art. 24, IV) ou no caso, bastante improvável, de baixo valor econômico do serviço a ser concedido (art. 24, I). Nesse mesmo viés, destaca-se:

---

<sup>14</sup> Id. Ibid. p. 380.

<sup>15</sup> Id. Ibid. p. 381.

<sup>16</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 195

<sup>17</sup> C.f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 436



A regra constitucional da licitação é colocada em termos peremptórios para delegação de serviços públicos (art. 175 da CRFB). Não obstante a literalidade da norma supracitada, a possibilidade, excepcional, de delegação direta de serviços públicos, sem a realização prévia da licitação tem sido reconhecida pela doutrina. Em primeiro lugar, a concessão direta será possível nas hipóteses de inviabilidade de competição, quando a licitação será declarada inexigível.

Registre-se que a inexigibilidade relaciona-se com a impossibilidade de competição prévia, e o rol de situações elencadas no art. 25 da Lei 8.666/1993 tem caráter meramente exemplificativo.

Em segundo lugar, é possível vislumbrar casos de concessão direta por meio de dispensa de licitação. Todavia, não é possível aplicar todas as hipóteses de dispensa, previstas no art. 24 da Lei 8.666/1993, às concessões de serviços públicos. As hipóteses de dispensa, além de taxativas, relacionam-se, normalmente, às contratações de bens e serviços particulares pelo Poder Público, o que não ocorre nas concessões, quando o Poder Público transfere o serviço público de sua titularidade aos particulares para exploração por sua conta e risco. Entendemos que a aplicação da dispensa de licitação às concessões de serviços públicos só será possível nas hipóteses de urgência ou necessidade da contratação direta (art. 24, III, IV e IX, da Lei 8.666/1993), quando a licitação seria um obstáculo à promoção célere do interesse público, bem como na hipótese de licitação deserta (art. 24, V, da Lei 8.666/1993), sempre com a devida motivação por parte do Poder Público<sup>18</sup>.

Dessa forma, aplicando tais diretrizes ao específico questionamento proposto na presente consulta, entende-se que caberia ao município que pretende aderir ao projeto de saneamento, após o momento de desestatização, justificar a razão de sua intenção de contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, diante de suas circunstâncias fáticas. Isto porque, sendo este Município não integrante da Região Metropolitana, possui plena titularidade do serviço de saneamento básico, podendo realizar a própria concessão de serviço público.

Ao aderir ao projeto em tela, sendo findo o leilão de desestatização, o Município deve justificar a contratação direta, porque haverá, evidentemente, uma adquirente vencedora, que passará a ser denominada concessionária. Logo, mister se faz a avaliação criteriosa pelo Município de sua situação fática, bem como seu devido enquadramento legal, perante a Lei nº 8.666/1993, a fim de justificar a medida pretendida.

A isto decorre que se torna ônus do ente municipal demonstrar o cumprimento dos requisitos do art. 26 da Lei nº 8.666/1993 para justificar eventual inexigibilidade de licitação. Ou seja, o suposto município deve evidenciar a situação fática que justifica a não realização de licitação própria, expor a razão da escolha da aderência ao plano, e, conseqüentemente, à concessionária executante, bem como, deve justificar economicamente e documentalmente sua escolha.

### **3.2. PRINCÍPIO DO PARALELISMO DAS FORMAS**

A modificação da relação jurídica deve seguir as mesmas formas dos atos (unilaterais ou negociais) que a ela deram origem, o que é expressado no princípio do paralelismo das formas. O conceito está atrelado intrinsecamente à ideia de simetria das formas, de modo que eventual

---

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo* – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 226 – 227.

modificação de determinado ato ou contrato administrativo, seja por razões de conveniência ou de oportunidade, deverá corresponder à forma utilizada na edição deste mesmo ato.

Tal princípio, que é um dos preceitos que regem a atuação do Poder Público, resulta, nas palavras de Paulo Bonavides: “que um ato jurídico só se modifica mediante o emprego de formas idênticas àquelas adotadas para elaborá-lo”<sup>19</sup>. Nesse mesmo sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

(...) a forma utilizada na edição do ato deve ser a mesma usada para sua alteração ou revogação (ex.: decreto que declara a utilidade pública do imóvel para fins de desapropriação somente pode ser revogado por outro decreto)<sup>20</sup>.

Diante de tal perspectiva, é que, por exemplo, entende -se ser a lei o instrumento jurídico necessário para a extinção de uma autarquia, já que para sua criação a mesma é necessária, sendo certo que: “a forma de nascimento dos institutos jurídicos deve ser a mesma para sua extinção”<sup>21</sup>. Outro exemplo que pode ser destacado é o caso da extinção de cargos, que, deve ser feita por lei, já que a sua criação também o é<sup>22</sup>.

O princípio também encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Segundo o informativo 943 do STF, a Corte, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 5624/ DF, decidiu no sentido de que, em razão do paralelismo (simetria) das formas, como a criação das empresas estatais necessita de uma lei prévia autorizando, a extinção destas também deve ser precedida de autorização legislativa. De igual sorte, como não se exige lei específica para autorizar a criação de subsidiária, também pelo princípio do paralelismo das formas, não se exige lei específica para a sua alienação<sup>23</sup>.

Nesse viés, o Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto envolve a manifestação de vontade de diversos entes estatais. Sendo assim, para sua alteração, com a inclusão de mais um sujeito no polo contratante e de sua respectiva área geográfica, seria necessária a ação conjugada desses mesmos entes, de acordo com a forma dos instrumentos originários em uma cadeia complexa de atos unilaterais, negociais, planos e leis, em respeito ao princípio do paralelismo das formas.

Para qualquer alteração subjetiva nessa relação jurídica complexa e plurilateral é necessário que esta seja realizada por meio dos mesmos instrumentos que lhe deram origem. Logo, o ingresso de novos Municípios após a desestatização, corresponde a um ato novo, que altera todo o feixe de negócios jurídicos coligados constantes desta modelagem, porquanto ele deverá ser plenamente considerado.

Dessa maneira, para concretizar a nova adesão municipal hipoteticamente cogitada, seria necessária a celebração de novos atos ou termos aditivos em todos os documentos realizados neste Projeto. Isto porque, o ingresso de Município alheio ao marco zero da celebração de todos esses negócios jurídicos altera a manifestação de vontade das partes prestada anteriormente, razão pela qual deverá ser realizada mais uma vez e deverá ser manifesta a anuência e concordância de todos os participantes deste feixe de negócios coligados, **inclusive dos requisitos seguidos por cada um dos entes para a sua celebração.**

Assim, entendemos que, por exemplo, devam ser aditivados os seguintes documentos: contrato de concessão e anexos; instrumentos de gestão associada; convênio de cooperação entre ERJ e RM; convênio de cooperação entre ERJ e municípios do interior; contrato de Programa entre ERJ e CEDAE;

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18<sup>a</sup> edição – Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 206.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. Cit., p. 307.

<sup>21</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 505.

<sup>22</sup> C. f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit., p. 629.

<sup>23</sup> STF – MC ADI 5624 DF – Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 25/04/2019. Data de Publicação: DJe 089 30/04/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo943.htm>> Acesso em: 08 mai. 2020

contrato entre ERJ e CEDAE sobre indenização de investimentos não amortizados; termo de rescisão dos contratos atualmente vigentes da CEDAE; estudos referenciais (plano regional de saneamento da RM; planos de negócio e planos municipais de saneamento dos municípios do interior; eventuais leis autorizativas etc.).

Ademais, é importante atentar para o fato de que os municípios do interior celebraram Convênio de Cooperação junto com o ERJ, razão pela qual, o Município que pretende ingressar no projeto, também deverá celebrar o mesmo instrumento. Ressalta-se que os municípios do interior também apresentaram seus planos municipais de saneamento e, dessa mesma maneira, o Município que visa aderir à modelagem, também deverá elaborar seu Plano de Saneamento, na forma de sua lei, e apresentá-lo junto aos estudos referenciais que acompanham o projeto.

Frisa-se mais uma vez que não satisfaz ao princípio do paralelismo a mera aditivação ou celebração do instrumento em si. Mister se faz que os requisitos que compunham a origem desses instrumentos também sejam respeitados. Como por exemplo, caso tenha sido necessária alguma autorização, como no caso da necessidade de autorização do Conselho Deliberativo da RM ou de poder legislativo, isso deverá ser repetido, anteriormente à celebração de convênios ou outros instrumentos, tal qual disposto nos termos do Art. 11. § 4º da LCE nº 184/2018<sup>24</sup>.

### 3.3. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Sempre que, por ação ou omissão, material ou jurídica, do Estado, ou por fatos imprevisíveis em geral, a estrutura econômica inicial da relação contratual for alterada, ela deve retornar à sua situação original, estabelecida quando da apresentação da proposta<sup>25</sup>. Nessa mesma perspectiva, sublinham-se as palavras de Marçal Justen Filho: “O equilíbrio econômico -financeiro do contrato administrativo significa a relação ( de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente.<sup>26</sup>”. Desse modo:

A garantia da intangibilidade da inicial equação econômico-financeira importa, assim, a manutenção da relação entre os encargos assumidos pelo contratado e a contraprestação assegurada pela administração, ou, dito de outro modo, a preservação da relação entre encargos e receitas. Por se tratar de garantia constitucional, nem a lei, nem o contrato poderiam afastá-la<sup>27</sup>.

Assim, observa-se uma “especial aplicação da Teoria da Imprevisão”, segundo a qual se desponta como instrumento a proteção da equação econômico-financeira do contrato – este protegido e assegurado como um direito ao equilíbrio contratual. José dos Santos Carvalho Filho traz a seguinte definição:

---

<sup>24</sup> Art. 11. § 4º. O Conselho Deliberativo poderá decidir pela celebração de convênios ou outros instrumentos com pessoas jurídicas de direito público e com empresas públicas ou sociedades de economia mista, universidades e suas fundações, tendo como objeto a execução conjunta, ou por delegação, de atividades específicas e determinadas que sejam de competência da Região Metropolitana, os quais deverão ser remetidos ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>25</sup> C.f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit., p. 361.

<sup>26</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. rev. atual. e ampl. 3ª t i r. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1179

<sup>27</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41 - 54, jan./ mar. 2018, p. 47.

Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste<sup>28</sup>.

Nesse sentido, durante o cálculo da equação econômico-financeira, devem ser considerados todos os fatores favoráveis e desfavoráveis a ambas as partes, com vistas a se chegar ao restabelecimento do equilíbrio contratual. Isto é: se em um contrato de concessão as áleas extraordinárias em questão ocorrerem desonerando o concessionário, o contrato deve ser revisto em benefício do poder concedente ou dos usuários. De igual forma ocorreria caso se verificasse que a álea extraordinária estivesse onerando o concessionário. Não se trata de sanção ou gravame, mas sim da necessidade da manutenção do contrato em seus termos econômicos iniciais, a fim de evitar o enriquecimento injustificado de qualquer das partes. Entende-se, portanto, que o equilíbrio econômico-financeiro comporta um caráter de garantia de mão dupla<sup>29</sup>.

Acerca da equação econômico-financeira aplicada aos contratos de concessão, destacam-se os ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld e de Jacintho Arruda Câmara:

Os valores a serem recebidos pela concessionária devem assegurar os termos econômicos que as partes assumiram ao compor o ajuste da equação econômico-financeira, ajuste esse traduzido na proposta aceita na licitação, em função das condições contratuais previstas no edital. A receita potencial projetada é tida, por ambas as partes, como idônea para suportar os custos em que incorrerá a concessionária, proporcionando-lhe adequada margem de remuneração. (...) A inicial equação econômico-financeira – isto é, a relação entre encargos e contraprestações – não é noção abstrata. Tem base na realidade jurídica, é positivada e moldada pelo contrato de concessão. É o contrato que fixa a matriz de riscos (estipulando as responsabilidades das partes e o conjunto de encargos e benefícios de cada uma delas), os indicadores de serviços (que podem impactar positiva ou negativamente na remuneração da concessionária) e o sistema de pagamentos – fatores essenciais à conformação das condições econômico-financeiras da proposta<sup>30</sup>.

Ressalta-se que a intangibilidade é apenas da equação econômico-financeira, não das cláusulas que tenham expressão econômica em si. Alguns importantes aspectos econômicos do contrato de concessão estão na esfera unilateral do poder público, ao passo que constam de cláusulas de serviço, como por exemplo, a fixação da tarifa. Essas cláusulas podem ser alteradas, desde que o delegatário seja de alguma forma recompensado, segundo a previsão do art. 9º, § 4º, Lei no 8.987/1995<sup>31</sup>. Caso haja a diminuição da tarifa, por exemplo, o equilíbrio econômico-financeiro há de ser recomposto

<sup>28</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. Ed. rev. ampl. e atual. até 31 - 12 - 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 199.

<sup>29</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 263, maio/ ago. 2013. Disponível em: <[http://www.bidforum.com.br/bid/PDI\\_0006.aspx?pdiCntd=96955](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI_0006.aspx?pdiCntd=96955)>. Acesso em: 7 maio 2020.

<sup>30</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>31</sup> Art. 9º § 4º. Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

mediante a minoração dos investimentos, a não reversibilidade de parte dos bens, o aumento do prazo da delegação, etc. Ou seja a Administração deverá sempre observar o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado, recompondo-o se for o caso<sup>32</sup>.

Em outras palavras, o ato que, alterando o contrato, onerar ou desonerar o concessionário, deve conter, em si próprio ou em ato paralelo emitido na mesma oportunidade, a forma de recomposição da equação econômico-financeira inicial.

Por definição, o objeto da presente consulta representaria uma **alteração na estrutura inicial da relação contratual; além de subjetivamente, também no objeto, já que a inclusão de um município altera também a área geográfica coberta pelo concessionário**. Logo, para ser efetivado o ingresso de novos Municípios após o leilão de desestatização, impende-se que seja mantida a equação econômico-financeira inicial do contrato de concessão e eventuais formas de recomposição desta.

A entrada de novos municípios pode ocasionar duas diferentes hipóteses que poderiam desequilibrar a relação de adequação entre encargos e contraprestações: a primeira delas seria a entrada de um Município economicamente muito rentável, gerando receitas extras para a concessionária; e a segunda, por outro lado, seria o ingresso de um Município que poderia gerar mais custos do que lucros à concessionária, o que tornaria o contrato mais oneroso. Em ambos os casos se observaria o enriquecimento injustificado de qualquer uma das partes, de forma que, os termos do contrato precisariam de revisão, com vistas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Assim sendo, provavelmente o estabelecimento de mecanismos necessários à garantia da proteção ao que será acordado em termos da equação econômico-financeira do marco zero da avença. Destaca-se a importância de que estes sejam baseados em estudos técnicos formulados segundo critérios de economicidade.

#### **3.4. POSSIBILIDADE E LIMITES PARA A EXORBITÂNCIA DA ALTERAÇÃO NO POLO ATIVO E NA ÁREA GEOGRÁFICA OBJETO DA CONCESSÃO**

Uma das cláusulas exorbitantes características dos contratos administrativos é a possibilidade de alteração unilateral. No entanto, essa prerrogativa não é tão ampla quanto se poderia supor, uma vez que só pode ser realizada nos limites admitidos pela lei. Devem ser sempre observados a variação objetivamente fundamentada e especificada do interesse público, o contraditório e a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, segundo arts. 58, § 2º, e 65, §6º da Lei nº 8.666/1993.<sup>33</sup>

Nesse viés, destaca-se a diferenciação existente entre as alterações de caráter quantitativo e as alterações classificadas como qualitativas. Enquanto as alterações quantitativas correspondem ao acréscimo ou redução do objeto contratual, as qualitativas se relacionam com a necessidade de uma execução mais adequada ao interesse público envolvido no objeto contratual. Observa-se, porém, que, nem sempre, essa distinção entre alterações quantitativas e qualitativas será absoluta. Isto porque, no caso concreto pode ocorrer que alterações qualitativas importem também em acréscimo do objeto contratual, na medida em que isto seja necessário para a melhor adequação técnica aos objetivos do contrato. Mediante estes casos, é possível classificar as alterações em qualitativas com repercussões quantitativas<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> C.f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. Op. Cit

<sup>33</sup> C.f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 363

<sup>34</sup> Sobre o tema, salienta-se: *“Incluem-se na classe as alterações qualitativas acréscimos e supressões cerca de quantitativos que se fizerem necessários no curso da execução do contrato, desde que não afetem a dimensão do objeto (caso em que se teria uma alteração quantitativa). Trata -- se de reconhecer que as alterações qualitativas podem versar sobre aumento ou redução do escopo do contrato, desde que não se mire a alteração na dimensão do objeto do contrato.”* In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo: exegese de dispositivos da Lei*

Esses limites referem-se sobretudo ao disposto no art. 65, §1º da Lei nº 8.666/93, cuja literalidade exprime o seguinte:

*Art. 65. § 1º. O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.*

Partindo desses pressupostos, impõe-se o problema chave à questão deste tópico: é possível aplicar tal regime normativo aos contratos de concessão de serviços públicos, principalmente os limites do art. 65, § 1º? Em estudo similar, Luís Roberto Barroso, ao analisar as concessões de rodovias, no artigo acadêmico “*Alteração dos contratos de concessão rodoviária*” questiona, justamente, se as limitações da Lei nº 8.666/1993 se aplicariam às concessões de serviços públicos e quais seriam os parâmetros, gerais e específicos, que se relacionam diretamente do assunto.

Segundo a concepção do eminente autor, as disposições da Lei Geral de Licitações e Contratos que possuem parâmetros gerais decorrem do sistema constitucional e legal e são aplicáveis a todos os contratos administrativos. O autor os exemplifica com os parâmetros gerais da lei, tais quais: a preservação do equilíbrio econômico-financeiro, a necessidade de expressa justificação para o ato e a demonstração de que não é viável licitar de forma autônoma a alteração que se pretende introduzir no ajuste.

Por outro lado, o autor considera que os parâmetros específicos, tais quais os percentuais limitadores do art. 65, §1º devem ser considerados somente como parâmetros sem força cogente, ou seja, como diretrizes. Sobretudo, devido a acentuada mutabilidade de um contrato de concessão, que se prolonga durante grande lastro temporal, diferentemente do que acontece com a matéria contratual regulada na Lei nº 8.666/1993. Veja -se:

(...) cabe fazer algumas observações sobre os parâmetros específicos contidos no art. 65 da Lei nº 8.666/93. A tese de que os percentuais referidos pelo dispositivo não se aplicam aos contratos de concessão é bastante consistente, pelos argumentos expostos acima. Nada obstante, parece prudente, pelo proveito de se operar com um parâmetro objetivo, que tais percentuais sejam utilizados, não como regras cogentes, mas como diretrizes, também no âmbito das alterações quantitativas dos contratos de concessão. Isto é: o administrador deve considerar esses limites como marcos a serem respeitados no geral e cuja superação, ainda que possível, deve ser acompanhada de motivação mais analítica, que demonstre a conveniência da alteração para o interesse público e sua compatibilidade com os princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública.

Assim, no âmbito dos contratos de concessão, é possível afirmar que e às alterações qualitativas e às qualitativas com repercussões quantitativas aplicam-se todas as exigências acima – **preservação do equilíbrio econômico-financeiro, motivação e demonstração de inexigibilidade de licitação autônoma da alteração**. No caso das alterações quantitativas, além dessas exigências, aplica-se, como **diretriz geral, o respeito aos percentuais**

---

8.666/93. *Revista dos Tribunais*, n. 814, p. 85 - 86, 2003. Apud BARROSO, Luís Roberto. *Alteração dos contratos de concessão rodoviária*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 99 - 129, jul./set. 2006

**previstos pela Lei nº 8.666/93, art. 65, ainda que esses limites possam ser superados se, no caso concreto, demonstrar-se a necessidade da alteração por conveniência do interesse público, bem como sua compatibilidade com os princípios constitucionais, sobretudo os da igualdade e da impessoalidade<sup>35</sup>.**

Tais raciocínios podem ser perfeitamente aplicados ao caso proposto na consulta. Explica-se. A alteração pretendida corresponde a uma alteração de natureza qualitativa com repercussões quantitativas, na medida que, o ingresso de mais um ente municipal no projeto de saneamento, também tem consequências direcionadas à ampliação do objeto contratual, por ampliar a área geográfica da concessão.

Ora, seguindo essa linha de raciocínio e aplicando os ensinamentos trazidos por Luís Roberto Barroso, entende-se que, ao ingresso de um novo Município, enquanto alteração de natureza qualitativa com repercussões quantitativas, aplicam-se os parâmetros gerais por ele referidas. Tais quais: preservação do equilíbrio econômico-financeiro, justificação e demonstração de inexigibilidade de licitação (já recomendados nos tópicos acima, frisa-se).

Em que pese, não lhes sejam diretamente aplicados os limites constantes do art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993, posto que não são disposições obrigatoriamente incidentes ao caso, compartilhamos da ideia que, estes percentuais limitadores podem ser adotados de alguma forma como diretrizes, tal qual sugerido por Barroso, uma vez que a Lei de Licitações e Contratos possui aplicação subsidiária à Lei de Concessões – Lei nº 8.987 /1995.

Entretanto, assim como observado pelo autor, vislumbramos que há uma evidente dificuldade quanto à mensuração dos limites da Lei nº 8.666/1993, quando projetados em contratos de concessão de serviço público, dada a reconhecida especialidade do objeto destes últimos. Por esta razão, entendemos que os limites percentuais devem servir como diretrizes, **mas que apenas diante do caso concreto que eventualmente venha a ocorrer poderá ter o seu cumprimento aferido.**

#### **4. DIRETRIZES DECORRENTES DO PRECEDENTE PARECER Nº 1ª/2020 ARCY/PG-17**

Como já introduzido no tópico 1.2, o Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17, quando analisou a situação dos Municípios da RMRJ com contratos de concessão em curso (Niterói, Petrópolis e Guapimirim), que a princípio foram deixados de fora do projeto, previu que com o término dos referidos contratos, as concessões em tais municípios passariam a ser celebradas pela RMRJ. Desta previsão, restaram duas opções: que em relação a tais Municípios se realizassem delegações apartadas ou que fossem absorvidos nos contratos metropolitanos já existentes.

No caso da primeira hipótese, entendeu-se que não precisaria se repartir a outorga com eles, conforme recomendado pelo Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 em resposta ao quesito 1.6 da consulta. No segundo cenário, estipulou-se que a futura absorção desses municípios deveria estar prevista no edital e no contrato, sendo que, para incluí-los seria necessária a aprovação de novo regulamento pelo CDRM, em nova deliberação.

O Parecer asseverou também que seria necessário incluí-los na repartição das outorgas fixa e variável, já que a Resolução 05/2020 CDRM só prevê a repartição para “municípios metropolitanos que fizerem parte do escopo do projeto”. Quanto à outorga variável, entendeu-se que esta só seria paga a partir do momento da absorção.

---

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 111, grifos nossos

Já quanto à outorga fixa, concluiu-se que haveria duas alternativas: (i) incluí-los desde já na repartição da outorga; (ii) prever pagamento da outorga para esses municípios só no futuro na ocasião da absorção, com critérios próprios de repartição. Outra recomendação assinalada, foi no sentido de que deveriam ser ressalvados nominalmente nas minutas quais os municípios metropolitanos que não fariam parte da delegação de serviços de saneamento básico pelo ERJ.

Acreditamos que algumas dessas exigências possam incidir em casos concretos que venham a ocorrer, a depender de suas características, observada a diferença entre os casos: o do precedente trata de Municípios metropolitanos, enquanto o caso presente versa, justamente, acerca de Municípios não metropolitanos. Há, no entanto, o relevante ponto em comum, que é a hipótese de futura absorção de entes municipais nos contratos em curso.

Sendo assim, tal qual indicado no precedente, estipula-se que futura absorção, de eventuais Municípios que visem ingressar pós desestatização, deve estar expressamente prevista nas minutas de edital e dos negócios jurídicos coligados (todos eles, bem como em seus atos prévios, administrativos ou legislativos), vez que, conforme visto acima, uma das cláusulas exorbitantes características dos contratos administrativos é a possibilidade de alteração unilateral. Ressaltando-se aqui, a necessidade do estabelecimento de mecanismos necessários à garantia da proteção ao que será acordado em termos da equação econômico-financeira neste marco zero da avença, com vistas à recomposição do equilíbrio contratual, conforme fundamentação constante do tópico 3.3.

Deste modo, uma das opções a se considerar é prever no edital e nos negócios jurídicos coligados cláusula que possibilite ao ERJ ou a RMRJ decidir, após a desestatização, quanto à possibilidade de absorção de eventuais novos Municípios que objetivem ingressar no projeto e que o possam fazê-lo. Prevendo ainda que, em todos os casos, caso haja a absorção ou não, que resta preservado o direito ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato, mediante mecanismos aprovados segundo os estudos técnicos de economicidade.

Entretanto, ressalva-se que, por óbvio, não seria possível recomendar que os Municípios sejam assinalados nominalmente nas minutas. Dado que, não se sabe quais Municípios, por ventura, desejarão ingressar ao modelo proposto e quais cumprirão os requisitos necessários para tanto. Pela mesma razão, não haverá como incluí-los na repartição das outorgas fixa e variável referidas pelo citado Parecer. Em todo caso, quanto a questão seria necessário novo regulamento a ser estipulado pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana.

**De toda sorte, aqueles atos e negócios jurídicos, com a mera previsão da possibilidade hipotética de inclusão de novos municípios, não podem ser considerados como pré-autorizações das eventuais inclusões futuras de novos municípios, já que não há como, hoje, minimamente se prever as bases com as quais tais inclusões possam vir a ocorrer.**

## 5. CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto, passamos sucinta e objetivamente a responder aos quesitos que nos foram apresentados, sem que isso prescindia, naturalmente, do conjunto integral do restante do parecer:

### **1) *É possível o ingresso de novos municípios após terminado o leilão de desestatização?***

Sim, conforme consta da fundamentação deste Parecer, atendendo, por exemplo, (a) a necessidade de previsão genérica dessa possibilidade nos editais, negociais jurídicos e atos administrativos ou legislativos da concessão originária, inclusive como cláusula exorbitando impositivo 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 e eventual implementação do reequilíbrio econômico-financeiro em razão da entrada de um novo município, seja favorável ou



contrariamente à concessionária; **(e)** diretriz geral, o respeito aos percentuais previstos pela Lei nº 8.666/93, art. 65; **(f)** como regra, o serviço deve ser remunerado, ou, no mínimo, deverá ser estabelecido mecanismo de compensação, ou contrapartida; **(g)** a prestação deve ser aprovada pelo Conselho Deliberativo da RM, com base no Art. 11. § 4º da LCE nº 184/2018; e **(h)** a prestação do serviço não pode, em hipótese alguma, implicar prejuízo à prestação do serviço em questão a Entes já integrantes do polo ativo da concessão.

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

***2) Na hipótese de resposta positiva à indagação precedente, como pode ser previsto tal ingresso e que instrumento jurídico seria o adequado à sua regulamentação? É de questionar-se, igualmente, se deveria essa possibilidade ser acenada por decisão do Conselho da Região Metropolitana, propondo -se as redações de artigos e cláusulas pertinentes.***

Em relação à primeira pergunta integrante deste quesito, remetemos ao item **(a)** da resposta anterior.

Quanto à segunda pergunta, a resposta é positiva, nos termos dos itens **(a)** e **(g)**, devendo a previsão contemplar os elementos enumeradas nos itens **(b)** a **(h)** da resposta anterior.

É o que, salvo melhor juízo, nos parece, mais uma vez reiterando tratar-se de análise meramente hipotética e que apenas cada caso e modelagem concreta de inclusão de novo município pode ter a sua juridicidade efetivamente aferida.

Rio de Janeiro, 14 de maio de 2020.

**ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO**  
**Procurador do Estado**