

PARECER DE VIABILIDADE JURÍDICA

ESTUDOS DE VIABILIDADE TÉCNICA, ECONÔMICO-FINANCEIRA E JURÍDICA DOS SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE MUCURI, ESTADO DA BAHIA (“Projeto”).

Maio/2018

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	1
2.	MARCO REGULATÓRIO	1
3.	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	1
3.1.	Natureza Jurídica dos serviços de Saneamento Básico.....	1
3.2.	Titularidade dos Serviços Públicos de Saneamento Básico.....	2
3.3.	Cenário Jurídico atual no Município de Mucuri-BA	4
4.	PARECER JURÍDICO CONCLUSIVO SOBRE O MODELO.....	4
4.1.	Concessão Patrocinada.....	5
4.2.	Concessão Administrativa	8
4.3.	Execução pelo regime da Lei Federal n.º 8.666/93	10
4.4.	Concessão Comum	12
5.	ESCOLHA DO MELHOR MODELO CONTRATUAL APLICÁVEL AO PROJETO	15
6.	REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO	17
6.1.	Resolução de eventual Convênio de Cooperação firmado entre Município de Mucuri-BA e Estado da Bahia, bem como de eventual Contrato de Programa/Concessão firmado entre Município de Mucuri-BA e EMBASA, relacionados à prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário	20
6.2.	Aprovação de Lei Ordinária autorizando a delegação dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário no Município de Mucuri-BA	21
6.3.	Existência de normas de regulação e designação da entidade de regulação e de fiscalização	22
6.4.	Existência de Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB).....	24
6.5.	A existência de estudo de viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica	26
6.6.	Realização de licitação, precedida de audiência e de consulta pública	26
7.	CONCLUSÃO.....	27

1. Introdução

O **MUNICÍPIO DE MUCURI, ESTADO DA BAHIA**, com fundamento no artigo 21 da Lei Federal n.º 8.987/95, e no Decreto Municipal n.º 2.226/2017, instaurou Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI (Edital de Chamamento Público n.º 001/2017), tendo por objeto a seleção de estudos para a gestão, estruturação de projetos de implantação, expansão, restauração e operação do sistema de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto no Município de Mucuri-BA, que aporem alternativas para ampliação da capacidade de investimentos, para fins de universalização de saneamento básico, possibilitando apoiar na tomada de decisão que seja vantajosa para o Município (“Estudos”).

Por sua vez, a empresa PREFISAN ENGENHARIA LTDA. (“PREFISAN”) apresentou pedido de autorização para elaboração de referidos Estudos, sendo esse concedido pelo Município de Mucuri-BA, por meio do Termo de Autorização, datado de 14 de março de 2018.

O escopo dos Estudos consiste na análise de viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica-regulatória para a estruturação de delegação da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Município de Mucuri-BA, compreendendo a execução das atividades de gestão, elaboração de projeto de implantação, expansão, restauração, construção, manutenção e operação do sistema municipal de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, preferencialmente, no modelo de concessão comum.

O presente Parecer tem por objetivo demonstrar a viabilidade jurídica, bem como o modelo jurídico adequado para viabilizar a delegação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município de Mucuri-BA à iniciativa privada (“Projeto”).

2. Marco Regulatório

A análise jurídica do modelo de contratação mais adequado à viabilização do Projeto, tomou por base o marco regulatório aplicável ao setor de saneamento básico, exposto abaixo:

Assunto	Marco Regulatório	Disposição
Saneamento Básico	Artigo 30, inciso V da Constituição Federal	Estabelece a competência dos Municípios para organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local
	Lei Federal n.º 11.445/07	Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico
	Decreto Federal n.º 7.217/10	Regulamenta a Lei Federal n.º 11.445/07, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico
	Artigo 116, da Lei Orgânica Municipal (LOM) de Mucuri-BA	Estabelece a competência do Município para formular e executar a política e os planos plurianuais de saneamento básico.
Concessão de Serviços Públicos	Artigo 17, inciso XI, da Lei Orgânica Municipal (LOM) de Mucuri-BA	Estabelece a competência do Município para organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local.
	Artigo 175 da Constituição Federal	Prevê a possibilidade de delegação da prestação de serviços públicos.
	Artigo 37, inciso VI, da Lei Orgânica Municipal (LOM) de Mucuri-BA	Estabelece a competência da Câmara Municipal para dispor sobre todas as matérias de competência do Município e, especialmente, autorizar a concessão de serviços públicos.

	Lei Federal n.º 8.987/95	Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.
	Lei Federal n.º 9.074/95	Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.
Licitações	Lei Federal n.º 8.666/93	Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

3. Considerações Iniciais

3.1. Natureza Jurídica dos serviços de Saneamento Básico

Celso Antonio Bandeira de Mello, conceitua serviço público como sendo: *“toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”*¹

A seu turno, a jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que serviço público é *“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”*².

Em síntese, para tais juristas, qualifica-se como serviço público toda a atividade que (i) representa utilidade ou comodidade ao cidadão, (ii) seja passível de individualização, situação esta que permite a cobrança de tarifas; ou (iii) que a lei tenha atribuído ao Estado a competência pela sua execução.

Neste sentido, os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário podem ser considerados como serviço público, uma vez que a sua utilidade pode ser fruída individualmente pelos usuários, em âmbito de regime de direito público, o que permite a cobrança de tarifas, além de ser assim definida por lei.

Nos termos da Lei Federal n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007 (“Lei Federal de Saneamento Básico”), a qual institui as diretrizes nacionais para o saneamento básico, o

¹ In: Curso de Direito Administrativo. 21ª Edição. Editora Malheiros Editores. São Paulo: 2006. Pág. 641.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. P. 98.

saneamento básico compreende o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de:

- Abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;
- Esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;
- Limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;
- Drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

Assim sendo, não restam dúvidas quanto à natureza pública dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, aspecto este de fundamental importância para a definição do modelo contratual do Projeto, conforme se demonstrará mais a seguir.

3.2. Titularidade dos Serviços Públicos de Saneamento Básico

O artigo 30, inciso V da Constituição Federal de 1988³ estabelece que compete aos Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local.

No mesmo sentido, é o artigo 17, inciso XI, da Lei Orgânica do Município (LOM), a seguir transcrito:

“Artigo 17 - Ao Município compete prover a tudo que diz respeito ao seu peculiar interesse e ao bem-estar de sua população, cabendo-lhe, privativamente, dentre outras, as seguintes atribuições:

(...)

XI - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluindo o transporte coletivo, que tem caráter essencial.”

Desta forma, constituindo os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário serviços públicos de interesse local, compete ao Município de Mucuri-BA a sua organização e prestação, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão.

Outrossim, ainda que o Município de Mucuri-BA não faça parte de Região Metropolitana, cumpre-nos tecer breves comentários sobre a diretriz fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI n.º 1.842/RJ.

Ao apreciar a constitucionalidade da Lei Complementar Estadual n.º 87/1997, que instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos, o STF assentou o entendimento de que, em Regiões Metropolitanas, o exercício da competência municipal para organização e prestação dos serviços públicos de interesse local deve se conformar ao interesse comum do Estado e dos Municípios que integram o agrupamento urbano.

³ Art. 30. Compete aos Municípios: (...) “V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.”

Como resultado, nas Regiões Metropolitanas, as decisões quanto a assuntos de interesse comum, como os serviços públicos de saneamento, devem ser tomadas em conjunto com o Estado e com os Municípios que integram o agrupamento urbano.

No caso em apreço, conforme antecipado, tendo em vista que o Município de Mucuri-BA não integra as Regiões Metropolitanas instituídas no Estado da Bahia, tampouco Consórcios Intermunicipais, não há que se falar em competência conjunta para organização e prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, competindo exclusivamente ao Município a organização e prestação de referidos serviços.

3.3. Cenário Jurídico atual no Município de Mucuri-BA

Consoante levantamentos independentes, verificou-se que os serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no âmbito do Município de Mucuri-BA são prestados, atualmente, pela Empresa Baiana de Água e Saneamento S/A – EMBASA.

Não obtivemos conhecimento da (in)existência de eventual Contrato de Programa, ou instrumento similar, firmado entre Município de Mucuri-BA e EMBASA, tendo por objeto a prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, tampouco de Convênio de Cooperação entre o Município de Mucuri-BA e Estado da Bahia, tendo por objeto a gestão, regulação e fiscalização de referidos serviços públicos.

De todo modo, considerando que os serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário são prestados atualmente pela EMBASA, para que o Município de Mucuri-BA possa viabilizar o presente Projeto, faz-se necessário retomar a titularidade pela sua prestação.

As alternativas para retomada da titularidade da prestação dos serviços serão abordadas no presente Parecer em tópico específico.

4. Parecer jurídico conclusivo sobre o modelo

Feitas tais considerações, expõe-se a seguir o parecer jurídico conclusivo sobre o modelo mais adequado ao Projeto.

O primeiro aspecto a ser avaliado sob a ótica jurídica é quanto aos modelos de contratos administrativos existentes e sua aplicabilidade ao Projeto. Neste ponto, serão apresentados quatro modelos possíveis de contratação, para, ao final do presente capítulo, avaliar o melhor modelo aplicável ao Projeto.

As quatro modalidades de contratação a serem apresentadas são: Concessão Patrocinada, Concessão Administrativa, Concessão Comum e Execução sob a Égide da Lei 8.666/93.

4.1. Concessão Patrocinada

A Concessão Patrocinada é uma das modalidades de Parceria Público-Privada (PPP). As PPPs, regidas pela Lei Federal n.º 11.079/04 (e demais normas correlatas), consistem em contratos de concessão, na modalidade Patrocinada ou Administrativa, que objetivam a mútua colaboração entre a Administração Pública e entes privados.

Na modalidade Concessão Patrocinada, o concessionário fica encarregado pela prestação dos serviços, execução das atividades, operação e gestão de infraestruturas, estabelecimentos ou empreendimentos de interesse público, dentre outras situações, sendo remunerado de acordo com o seu desempenho.

A Concessão Patrocinada consiste em modelo que, conforme a própria denominação sugere, depende de subsídio financeiro, por parte da Administração Pública, em relação à parcela do serviço a ser prestado e/ou da obra pública a ser executada, cabendo ao particular arcar com o restante dos custos, mediante a cobrança de tarifa dos usuários desses serviços/obras. É o que ocorre, por exemplo, em um contrato de concessão rodoviária em que o pedágio não é suficiente para cobrir os custos e a amortização dos investimentos despendidos pelo concessionário, de modo que se faz necessário o pagamento de contraprestação pecuniária mensal ao privado pelo parceiro público para viabilizar o projeto.

A Concessão Patrocinada, cujo fundamento legal decorre do artigo 175, da Constituição Federal, encontra-se definida no artigo 2.º, § 1.º, da Lei Federal n.º 11.079/04, que assim dispõe:

“Art. 2.º. Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1.º. Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

Tal qual ocorre na Concessão Comum, como será detalhado no tópico específico, um dos conceitos centrais da Concessão Patrocinada está justamente na expressão “serviços públicos”, composta de dois principais elementos, a saber: (i) prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados, e (ii) prestação em regime de Direito Público.

Importante repetir que, para a caracterização de uma PPP Patrocinada, é imprescindível que os investimentos relacionados à execução das obras e/ou dos serviços públicos não sejam financiáveis exclusivamente por meio da cobrança de tarifas dos usuários, dada a necessidade de envolvimento de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Para a celebração de um contrato de Concessão Patrocinada, o seu objeto deverá ser licitado por meio de uma concorrência, a ser realizada nos termos das Leis Federais n.º 8.666/93 e n.º 11.079/04, podendo-se adotar como critério para a seleção do futuro concessionário, além daqueles previstos no artigo 15, incisos I e V⁴, da Lei Federal n.º 8.987/95, os seguintes: (i) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública (artigo 12, inciso II, alínea “a”, da Lei Federal n.º 11.079/04), ou (ii) combinação do critério da menor contraprestação da

⁴Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (...) V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica.”

Administração Pública com o critério de análise técnica (artigo 12, inciso II, alínea “b”, da Lei Federal n.º 11.079/04).

Nas Concessões Patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública, a Lei Federal n.º 11.079/04 traz, como requisito prévio à licitação, a necessidade de obtenção de autorização legislativa específica para a contratação.

Ademais, independentemente da modalidade adotada, a contratação de uma PPP exige a observância de requisitos mínimos no que tange ao seu prazo, valor e objeto, consoante disposições da Lei Federal n.º 11.079/04.

Nesse sentido, a lei supramencionada estabelece que as PPPs devem ser contratadas por prazo compatível com a amortização dos investimentos previstos, sendo o seu termo mínimo de vigência de 05 (cinco) anos, e o respectivo prazo máximo não superior a 35 (trinta e cinco) anos (incluindo eventual prorrogação).

Adicionalmente, a Lei Federal n.º 11.079/04 traz como valor mínimo do contrato de PPP o montante de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de Reais), sendo vedada a formalização de PPP que tenha por objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Além da necessidade de contraprestação pecuniária por parte da Administração Pública, bem assim da observância do prazo e dos valores mínimos de contratação, as PPPs afastam-se da Concessão Comum, na medida em que o parceiro privado não presta o serviço ou executa a obra pública por sua conta e risco, havendo uma repartição objetiva dos riscos com a Administração Pública.

Considerando o vulto dos investimentos necessários para a implantação de uma PPP, a Lei Federal n.º 11.079/04 previu, em seu artigo 8.º, além das garantias de execução do contrato pelo parceiro privado, um forte mecanismo de garantias a serem prestadas pelo parceiro público, incluindo a possibilidade de (i) vinculação de receitas em garantia pela Administração Pública; (ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (iii) contratação de

seguro-garantia de entidades não controladas pela Administração Pública; (iv) prestação de garantias por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pela Administração Pública; (v) prestação de garantias por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; bem como (vi) outros mecanismos admitidos em lei, tudo com vistas a assegurar a solidez financeira e atratividade da PPP.

A adoção da Concessão Patrocinada apresenta como vantagens, por exemplo, (i) a possibilidade de repartição objetiva de riscos entre o parceiro público e o privado; (ii) a existência de pagamento de contraprestação pecuniária pelo parceiro público, em adição às tarifas cobradas pelo privado diretamente dos usuários; bem como (iii) a previsão de mecanismos de garantia com relação à fiel execução do contrato, tanto por parte do concessionário como pela Administração Pública, permitindo-se a aplicação de recursos em áreas de atuação estatal pouco atrativas e que demandariam o aporte de vultosos recursos públicos.

4.2. Concessão Administrativa

A seu turno, a PPP na modalidade Concessão Administrativa, igualmente regida pela Lei Federal n.º 11.079/04, consiste no modelo em que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta do serviço público ou de utilidade pública delegada, ainda que o contrato envolva a execução de obra ou o fornecimento e a instalação de bens. É o que ocorre, por exemplo, em um contrato que tenha por objeto a construção, manutenção e gestão de presídios, posto que, neste caso, o usuário (Administração Pública) arca integralmente com a remuneração do concessionário.

A conceituação da Concessão Administrativa vem expressa no artigo 2.º, § 2.º, da Lei Federal n.º 11.079/04, que assim dispõe:

“Art. 2.º. Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

(...)

§ 2.º. Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. (...).”

Em linhas gerais, a Concessão Administrativa distingue-se da Concessão Comum e da Concessão Patrocinada, na medida em que (i) não exige a prestação, em seu âmbito, de um serviço público, mas sim, de um serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, (ii) a remuneração do privado é composta unicamente por uma contraprestação paga pelo parceiro público (não há cobrança de tarifa pelo concessionário), sendo permitido eventual complemento por meio de receitas acessórias/complementares.

Assim como na Concessão Patrocinada, para a celebração de um contrato de Concessão Administrativa o seu objeto deverá ser licitado por meio de uma concorrência, a ser realizada nos termos das Leis Federais n.º 8.666/93 e n.º 11.079/04, podendo-se adotar, como critério para a seleção do futuro concessionário, além daqueles previstos no artigo 15, incisos I e V, da Lei Federal n.º 8.987/95 (menor valor da tarifa do serviço público e combinação do menor valor da tarifa do serviço público com a melhor técnica), os seguintes: (i) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública (artigo 12, inciso II, alínea “a”, da Lei Federal n.º 11.079/04), ou (ii) combinação do critério da menor contraprestação pecuniária da Administração Pública com o critério de análise técnica (artigo 12, inciso II, alínea “b”, da Lei Federal n.º 11.079/04).

Na contratação de Concessão Administrativa, diferentemente do que ocorre na Concessão Patrocinada, não há obrigatoriedade de prévia autorização legislativa nos casos em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública.

Não obstante, conforme mencionado no tópico precedente, a Concessão Administrativa, tal qual ocorre na Patrocinada, deve ser formalizada por prazo compatível com a amortização dos investimentos previstos, sendo o seu termo mínimo de vigência de 05 (cinco) anos e o seu prazo máximo não superior a 35 (trinta e cinco) anos (incluindo eventual prorrogação).

Também como na Concessão Patrocinada, faz-se necessário que a contratação apresente valor mínimo de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), vedando-se a formalização de PPP que tenha por objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Diante da necessidade de vultosos investimentos do parceiro privado para a execução da Concessão Administrativa, aliada à ausência de cobrança de tarifas dos usuários, verifica-se ainda de maior relevo a constituição de garantias pela Administração Pública, na forma do artigo 8.º, da Lei Federal n.º 11.079/04, já que o parceiro público arcará com a totalidade da contraprestação devida ao concessionário.

Além da repartição objetiva de riscos entre parceiros público e privado no âmbito de uma Concessão Administrativa, a adoção dessa modalidade traz como vantagem, também, a possibilidade de redução dos custos da Administração Pública com a aplicação de investimentos vultosos em infraestrutura e serviços de que esta seja usuária direta ou indireta, permitindo-se uma gestão mais eficiente, pelo concessionário, em áreas de atuação estatal pouco atrativas.

4.3. Execução pelo regime da Lei Federal n.º 8.666/93

Especificamente em relação à possibilidade de formalização, com base na Lei Federal n.º 8.666/93, de contratos envolvendo escopo similar ao do presente Projeto, existem algumas situações a serem ponderadas.

Primeiramente, importa destacar que, consoante previsto no inciso II do artigo 57 da Lei Federal n.º 8.666/93, os contratos sob a sua égide têm duração de 01 (um) ano, prorrogáveis por iguais e sucessivos períodos, até o limite de 05 (cinco) anos. Em alguns casos específicos, admite-se que a contratação seja formalizada diretamente pelo prazo de 05 (cinco) anos, mormente por questões de interesse público.

Neste sentido, justamente em razão dos custos envolvidos em projetos que tenham como objetivo a implantação, ampliação, manutenção e operação dos Sistemas de Abastecimento de água e de Esgotamento Sanitário, tal qual o presente, é pouco provável que,

em 60 (sessenta) meses, o ente privado consiga amortizar os investimentos realizados no Projeto.

Ainda, considerando o volume de recursos envolvidos, a contraprestação a ser paga pela Administração Pública fica demasiadamente elevado e, ante a impossibilidade de outorga de garantia ao privado, o projeto torna-se inviável.

Prosseguindo, quando do encerramento do contrato realizado com base na Lei Federal n.º 8.666/93, a Administração Pública tem a opção (i) de assumir os serviços; (ii) de realizar nova licitação, para que outra empresa os execute; ou, então, (iii) de não mais dar continuidade às atividades.

A adoção de qualquer uma das alternativas resultará em custos para a Administração Pública, pois, na primeira situação, esta terá dispêndios para assumir os serviços; na segunda, gastará para proceder à nova licitação/contratação; e, na terceira, todos os recursos investidos ao longo do contrato terão sido “desperdiçados”.

Ademais, é de se ressaltar que, no caso de nova contratação com base na Lei Federal n.º 8.666/93, a fim de que outro particular dê prosseguimento às atividades, decorridos os 05 (cinco) anos dessa nova contratação, a Administração Pública, mais uma vez, deparar-se-á com as situações supranarradas.

Além disso, nos contratos realizados com base na Lei Federal n.º 8.666/93, a Administração Pública é obrigada a desenvolver um projeto básico prévio, situação esta que impede que o privado faça um projeto próprio – o qual poderia absolver novas tecnologias e eficiências. Com isso, todos os riscos de projeto são assumidos pelo próprio ente licitante.

Especificamente com relação aos riscos, importante ressaltar que, na contratação tradicional, todos eles são suportados pelo ente público, não havendo possibilidade clara na legislação de se proceder ao respectivo compartilhamento.

Neste passo, justamente em razão (i) do termo de vigência reduzido; (ii) dos custos envolvidos; (iii) da impossibilidade de o ente público se apropriar das tecnologias e eficiências

do setor privado; e, (iv) da impossibilidade de compartilhamento de riscos; a adoção de modelagem com fundamento na Lei Federal n.º 8.666/93 se mostra inadequada para este tipo de Projeto.

4.4. Concessão Comum

A Concessão Comum, regida pela Lei Federal n.º 8.987/95 (e demais normas correlatas), consiste no contrato pelo qual a Administração Pública delega a uma pessoa jurídica de direito privado, ou, então, a um consórcio de empresas, a execução remunerada de serviços públicos, de forma que o eventual concessionário os explore por sua conta e risco, por prazo e condições contratualmente determinadas.

A Concessão Comum também tem como fundamento legal o artigo 175 da Constituição Federal, que atribui à Administração Pública, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos. O dispositivo constitucional deixa claro que a Concessão Comum corresponde à delegação da execução de serviço cuja incumbência original é da Administração Pública.

A lei prevê duas modalidades de concessão: a concessão de serviços públicos e a concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública. Na primeira modalidade de contratação são delegados apenas os serviços públicos relacionados a uma infraestrutura já existente. Na segunda modalidade, além da delegação dos serviços, atribui-se ao concessionário a obrigação de realização de investimentos, os quais devem ser amortizados mediante a exploração do serviço ou da obra por um prazo determinado.

A concessão de serviços públicos precedida da realização das obras necessárias a sua implementação encontra guarida no artigo 2.º, inciso III, da Lei Federal n.º 8.987/95, que assim determina:

“Art. 2.º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma,

ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

(...).”

Assim, fica clara a possibilidade de contratação de empresas privadas para a prestação de serviços públicos, ainda que haja a necessidade de execução de obra para viabilizar referida prestação. A obra deve ser integralmente realizada pela(s) empresa(s) contratada(s), sendo-lhe(s) assegurada a exploração dos serviços inerentes, de tal forma que o privado possa arcar com os custos operacionais e, conseqüentemente, obter a amortização dos investimentos e a geração de resultado econômico com a exploração da concessão.

Um dos conceitos centrais da concessão instituída e regulamentada pela Lei Federal n.º 8.987/95 está justamente na expressão “serviços públicos”. Referido conceito não se encontra definido na lei, mas sim no bojo da interpretação da própria legislação.

Conforme exposto em tópico precedente, para que um serviço seja qualificado como “serviço público”, é necessário que este (i) represente uma utilidade ou comodidade para o cidadão, (ii) seja passível de individualização, situação esta que permite a cobrança de tarifas, ou (iii) seja definido por meio de lei. Tal qual demonstrado, o serviço em estudo enquadra-se em todas essas características.

Para a celebração de um contrato de Concessão Comum, o seu objeto deverá ser licitado por meio de uma concorrência, a ser realizada nos termos das Leis Federais n.º 8.666/93 e n.º 8.987/95, podendo-se adotar, como critério para a seleção do futuro concessionário, (i) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado (artigo 15, inciso I, da Lei Federal n.º 8.987/95), ou (ii) o maior valor oferecido à Administração Pública em pagamento de ônus da outorga (artigo 15, inciso II, da Lei Federal n.º 8.987/95).

Ambas as modalidades poderão, mediante decisão do poder concedente, ser combinadas com o critério de análise técnica das propostas ofertadas pelos licitantes (artigo 15, incisos V e VI, da Lei Federal n.º 8.987/95). Pode-se adotar, ainda, o critério de análise técnica (exclusivamente) com a fixação do preço no edital (artigo 15, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.987/95), ou, então, o maior valor oferecido à Administração Pública, após a qualificação das propostas técnicas dos licitantes (artigo 15, inciso VII, da Lei Federal n.º 8.987/95).

A Lei Federal n.º 8.987/95 é silente quanto ao prazo máximo de duração das concessões comuns, importando destacar que os termos fixados no artigo 57, *caput* e inciso II, ambos da Lei Federal n.º 8.666/93, não se aplicam a esta modalidade de contratação.

Isto porque o prazo fixado no artigo 57, *caput*, da Lei Federal n.º 8.666/93 – no sentido de que a duração máxima do contrato estará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários – não adere à lógica das concessões comuns, tendo em vista que a remuneração do concessionário é paga diretamente pelas tarifas arrecadas dos usuários, as quais não estão vinculadas à existência de créditos orçamentários.

A seu turno, o prazo fixado no artigo 57, inciso II, da lei supramencionada – sessenta meses, no tocante à prestação de serviços de forma contínua – mostra-se igualmente inaplicável, na medida em que, na concessão, faz-se necessário prazo alongado para que o privado tenha os investimentos amortizados, especialmente quando se tratar de delegação de serviço público precedida da execução de obra pública.

Por consequência, devido à ausência de disposição legal específica em relação à delimitação do prazo máximo para a Concessão Comum, este deverá ser fixado por novo dispositivo legal, ou, então, pelo próprio edital da licitação (caso não haja norma anterior vigente).

Para viabilizar a modelagem econômico-financeira de uma Concessão Comum, faz-se necessária a adoção de uma tarifa, a qual deve ser suficiente para garantir, ao longo do período contratual, remuneração satisfatória ao concessionário, evitando-se, assim, o comprometimento da atratividade do Projeto.

Como se vê, as principais características desse modelo de contratação administrativa são: (i) a adoção de tarifa compatível com a amortização dos investimentos a serem executados pelo concessionário, observada a necessidade de modicidade tarifária, e (ii) a prestação de serviço público pelo privado (assim caracterizado por meio de lei), por sua conta e risco, desde que garantidos parâmetros mínimos de qualidade na respectiva execução.

O modelo proposto tem como principal vantagem a ausência de qualquer contraprestação por parte da Administração Pública, ficando o concessionário responsável não somente pela viabilização total do Projeto, mas, também, eventualmente, pela obrigação de pagamento de ônus referente à outorga da concessão ao poder concedente.

5. Escolha do melhor modelo contratual aplicável ao Projeto

Uma vez que para o Projeto em tela é permitida a adoção de todas as modalidades de contratação descritas acima, quais sejam, Concessão Patrocinada, Concessão Administrativa, Execução Direta (sob a égide da Lei Federal n.º 8.666/93) e Concessão Comum, cumpre-nos demonstrar qual modelo de contratação melhor se adequa ao Projeto.

Em razão das características da Concessão Comum destacadas no tópico anterior, combinada à análise da natureza dos serviços, entendemos que este é o modelo que melhor se encaixa às necessidades do Projeto.

Para chegar a tal conclusão, foi realizada uma análise comparativa demonstrando as vantagens e limites de cada modalidade de negócio para a implantação do Projeto a partir de uma concessão comum *vis a vis* à possibilidade de outros arranjos contratuais possíveis.

A escolha por uma ou outra forma de contratação é resultado da análise de uma série de informações relativas ao Projeto que se almeja implementar, além de estar diretamente atrelada ao ente que pretende realizar a contratação, como é o caso dos contratos de Concessão Comum que só podem ser celebrados para a delegação de um serviço público passível de cobrança de tarifa – como é o caso em tela.

Ademais, a definição do melhor modelo de contratação a ser proposto levou em consideração, também, a compreensão do resultado dos estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira.

O resultado destes estudos demonstrou que é viável amortizar os investimentos necessários e o custo operacional somente com a cobrança de tarifa dos usuários e com a eventual exploração de receitas acessórias.

Desta forma, o modelo contratual da Concessão Comum se mostra viável para o presente Projeto, uma vez que este tipo de contrato não admite a remuneração do concessionário com recursos públicos, sendo apenas possível a cobrança tarifária e a exploração de receitas alternativas e acessórias. O modelo da Concessão Comum se mostra o mais vantajoso também para a Administração Pública Municipal que não necessita de dispêndios de recursos para a consecução do Projeto.

Outrossim, cumpre explicar o porquê a Concessão Patrocinada não seria o modelo adequado. Neste modelo, conforme mencionado, além da tarifa, o concessionário poderia contar com recursos advindos do poder concedente. Contudo, conforme estudos econômico-financeiros não há necessidade de aporte de recursos públicos para garantir a viabilidade do Projeto, haja vista que o recebimento das tarifas é suficiente.

Pelo mesmo motivo, a Concessão Administrativa se mostra inadequada para a execução do Projeto, pois, repita-se, não há necessidade de aporte de recursos públicos para garantir a viabilidade econômico-financeira do Projeto, a qual é assegurada, exclusivamente, com a percepção de tarifa e receitas acessórias.

Por fim, em razão *(i)* do termo de vigência reduzido; *(ii)* dos custos envolvidos para execução do Projeto; *(iii)* da impossibilidade de o ente público se apropriar das tecnologias e eficiências do setor privado; e, *(iv)* da impossibilidade de compartilhamento de riscos; a adoção do modelo de Execução Direta, com fundamento na Lei Federal n.º 8.666/93 se mostra, igualmente, inadequada para este tipo de Projeto.

Assim, diante das razões acima elencadas, entendemos que a melhor forma de atender às demandas existentes seria por meio de realização de uma Concessão Comum que se constitui em uma grande oportunidade para melhorar a eficiência na operação de diversos processos e serviços correlatos.

Uma vez assentada a melhor adequação da Concessão Comum como modelo contratual aplicável para a execução do Projeto, cumpre-nos analisar o marco regulatório do modelo da concessão comum, com vistas a verificar os requisitos e ações necessários à delegação de tais serviços no âmbito do Município.

6. Requisitos Legais para a Concessão

Conforme destacado em capítulo anterior relacionado ao atual cenário jurídico do Município de Mucuri-BA, a EMBASA é a atual prestadora dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município.

Neste passo, para que seja viabilizada a delegação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, faz-se necessária a prévia extinção de eventual relação contratual existente com o Estado da Bahia, bem assim de eventual relação contratual existente com a EMBASA, e a retomada das instalações pelo Município de Mucuri-BA.

Adicionalmente, conforme observado nos capítulos anteriores, independentemente do modelo a ser adotado, para a concessão ou permissão de serviços público é necessária lei prévia autorizando a concessão e fixando seus termos.

Isto porque, a despeito da exceção feita aos serviços de saneamento básico quanto a desnecessidade de lei autorizativa prévia para a concessão de serviços públicos de saneamento básico, prevista no art. 2º da Lei Federal n.º 9.074/95⁵, a Lei Orgânica do Município (LOM) de

⁵Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, **dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico** e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.”

Mucuri-BA prevê que a concessão ou permissão do serviço público somente será efetiva com autorização da Câmara Municipal.

É o que se depreende da análise do artigo 37, inciso VI, da LOM de Mucuri-BA, a seguir transcrito:

“Artigo 37 - Compete à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito Municipal, dispor sobre todas as matérias de competência do Município e especialmente:

(...)

VI - autorizar a concessão de serviços públicos.”

Outrossim, a LOM de Mucuri-BA não prevê no rol de Leis Complementares, a matéria de concessão ou permissão de serviços públicos. Assim, interpretando-se referida norma a *contrario sensu*, depreende-se que a concessão dos serviços públicos locais pode ser aprovada pela Câmara Municipal por meio de Lei Ordinária.

Desta forma, ante as disposições constantes da LOM de Mucuri-BA se faz necessária, para fins de evitar qualquer questionamento legal futuro, Lei Ordinária prévia autorizando a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município.

Observada a necessidade de lei prévia autorizando a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, cumpre-nos analisar os demais requisitos previstos na Lei Federal de Concessões e na Lei Federal de Saneamento Básico para a concessão dos serviços públicos de saneamento básico.

Da análise conjunta do cenário atual de Mucuri-BA; da Lei Orgânica Municipal; dos artigos 2.º, inciso II e 14 da Lei Federal n.º 8.987/95⁶; e, do artigo 11 da Lei Federal n.º

⁶ Lei Federal n.º 8.987/95:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

(...)

11.445/07⁷, tem-se os seguintes requisitos para a concessão de serviços públicos de saneamento básico:

- (i) Resolução do eventual convênio de cooperação existente entre Município de Mucuri-BA e Estado da Bahia, bem como de eventual contrato de programa firmado entre Município de Mucuri-BA e EMBASA, relacionados à prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário;
- (ii) Aprovação de Lei Ordinária pela Câmara Municipal de Mucuri-BA autorizando a delegação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Município;
- (iii) Existência de normas de regulação da concessão dos serviços públicos e designação da entidade de regulação e de fiscalização.
- (iv) A existência de Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB) e aprovação deste pela Câmara Municipal de Mucuri-BA;
- (v) A existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços;
- (vi) Realização de licitação, na modalidade concorrência, precedida de publicação de ato justificando a conveniência da concessão, bem como precedida de audiência e de consulta pública sobre a minuta de edital, contrato e anexos de licitação;

Passamos abaixo a expor os procedimentos que se farão necessários para o regular

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

⁷ Lei Federal n.º 11.445/07:

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: I - a existência de plano de saneamento básico; II - a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico; III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização; IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

atendimento dos itens expostos acima.

6.1. Resolução de eventual Convênio de Cooperação firmado entre Município de Mucuri-BA e Estado da Bahia, bem como de eventual Contrato de Programa/Concessão firmado entre Município de Mucuri-BA e EMBASA, relacionados à prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário

Conforme já destacado, verifica-se que atualmente os serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário são prestados pela EMBASA. Para que o Município de Mucuri-BA viabilize a delegação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário à iniciativa privada, faz-se necessária a retomada da titularidade da prestação de tais serviços. Não obtivemos acesso a qualquer instrumento formalizando eventual relação entre o Município de Mucuri-BA e Estado da Bahia, tampouco entre Município de Mucuri-BA e EMBASA.

Neste passo, considerando a hipótese de o Município de Mucuri-BA possuir um Contrato de Programa/Concessão vigente com a EMBASA, para viabilizar a concessão dos serviços em estudos, o Município de Mucuri-BA precisará, observados eventuais requisitos previstos no respectivo instrumento, comunicar a EMBASA sobre o seu interesse de extinguir a concessão, com base nas prerrogativas legais previstas na Lei Federal n.º 8.987/95, quais sejam, encampação ou caducidade.

Na hipótese de o Município de Mucuri-BA possuir um Contrato de Programa/Concessão vencido com a EMBASA, neste caso, bastará ao Município, simplesmente, retomar a prestação de referidos serviços públicos, para fins de executá-los, diretamente ou indiretamente, mediante delegação à terceiros, nos termos do art. 42, parágrafo 1.º da Lei Federal n.º 8.987/95, a seguir transcrito:

“Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei.

1.º. Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato.

(...)." (Destacado)

Em ambas as hipóteses, contudo, importante observar que o Município de Mucuri-BA poderia ser responsável pelo pagamento de eventual indenização devida à EMBASA, mormente em razão de bens e investimentos não amortizados ao longo da relação contratual, caso estes tenham sido efetiva e comprovadamente realizados pela EMBASA, além de eventual multa.

Assim, justamente em razão da impossibilidade de se prever, no âmbito deste PMI, a existência de Contrato de Programa/Concessão com a EMBASA, e se esta, de fato, faria jus ao recebimento de valores, e, ainda que fizesse, qual seria o montante devido, sugere-se a inclusão de regra na minuta do Edital determinando que, se necessário, eventuais valores serão pagos à estatal diretamente pelo Município de Mucuri-BA.

Com isso, estaria mitigado o risco de inviabilidade da licitação, já que, na hipótese de os direitos (ou expectativas de direito) da EMBASA não serem resguardados ao longo do processo, esta pode questionar judicialmente a licitação, ainda que eventual indenização devida não constitua qualquer impedimento para realização do certame, conforme amplo e consolidado entendimento jurisprudencial.

Por fim, cumpre dizer que também não verificamos a existência de qualquer Lei ratificando qualquer convênio de cooperação celebrado com o Estado da Bahia, tendo por objeto a gestão associada para a delegação da regulação, fiscalização e prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgoto no Município. Não obstante, verificando a existência de instrumento de Convênio de Cooperação entre Município de Mucuri-BA e Estado da Bahia, tendo tal objeto, far-se-á necessário, igualmente, para fins de viabilização da concessão, a sua resolução, observados os requisitos nesse existentes.

6.2. Aprovação de Lei Ordinária autorizando a delegação dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário no Município de Mucuri-BA

Conforme exposto acima, um dos requisitos para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário é a prévia autorização da concessão dos serviços públicos por meio de Lei Ordinária aprovada pela Câmara Municipal de Mucuri-BA.

Para atendimento de tal exigência, segue anexa ao presente parecer minuta de Lei Municipal, a qual deverá ser submetida à Câmara Municipal para aprovação.

Uma vez sancionada e publicada, restará cumprido o requisito da lei autorizativa prévia para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário pelo Município.

6.3. Existência de normas de regulação e designação da entidade de regulação e de fiscalização

O artigo 11, inciso III da Lei Federal n.º 11.445/07⁸ traz como requisito para a concessão dos serviços públicos de saneamento básico a existência de normas de regulação. De igual forma, o artigo 29, inciso I da Lei Federal n.º 8.987/95⁹ atribui ao Poder Concedente a responsabilidade por instituir normas de regulamentação do serviço público concedido.

Desta forma, para cumprimento da disposição contida no artigo 11, inciso III da Lei Federal n.º 11.445/07 e no artigo 29, inciso I da Lei Federal n.º 8.987/95, o Município de Mucuri-BA deverá aprovar, por meio de Decreto Municipal, o Regulamento da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, tendo em vista que não existe referida norma no Município. Segue anexa ao presente Parecer, minuta de Decreto aprovando o Regulamento.

⁸ Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: (...) III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização.

⁹ Lei Federal n.º 8.987/95: “Art. 29. Incumbe ao poder concedente: I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; (...)”

Ase turno, prevê ainda o artigo 11, inciso III, da Lei Federal n.º 11.445/07 que, para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, faz-se necessária a designação da entidade de regulação e fiscalização dos serviços públicos.

Considerando a inexistência de autarquia municipal incumbida da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, recomenda-se ao Município de Mucuri-BA que designe uma de suas secretarias municipais para exercer as atividades de regulação e fiscalização dos serviços públicos concedidos ou que crie autarquia especificamente designada para tal desiderato.

Por outro lado, considerando que os serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário são prestados, atualmente, pela EMBASA, as atividades de regulação e fiscalização são exercidas pela Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia – AGERSA/BA¹⁰, caso seja de seu interesse, pode o Município de Mucuri-BA manter a autarquia estadual responsável pelo exercício da regulamentação/fiscalização dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Em ambos os casos, porém, o Município de Mucuri-BA deve designar a referida entidade por meio de Lei.

A minuta de Lei Ordinária autorizando a concessão, que acompanha o presente Parecer, já contempla tal requisito, sendo indicado, na ocasião, por se apresentar como melhor opção para o Projeto, a AGERSA/BA, como a entidade reguladora e fiscalizadora dos serviços públicos objeto da concessão.

Por fim, apesar da recomendação acima apontada, em atenção às previsões constantes do Termo de Referência anexo ao Edital de Chamamento Público n.º 001/2017, apresentamos em anexo ao presente Parecer, a minuta de projeto de lei para criação de autarquia municipal que poderia igualmente ser incumbida da regulação e fiscalização dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

¹⁰ Confirma tal informação o “Relatório de Fiscalização. Sistema de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Município de Mucuri.”, de janeiro de 2016, disponibilizado no seguinte link: <http://www.agersa.ba.gov.br/wp-content/uploads/2014/01/relatorio-mucuri.pdf>.

6.4. Existência de Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB)

Reforçando a preocupação com as condições de planejamento que devem ser observadas para otimizar a gestão dos serviços públicos de saneamento básico, o artigo 11, inciso I da Lei Federal n.º 11.445/07¹¹, traz como condição de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, a existência de Plano de Saneamento Básico.

Verifica-se que o Município de Mucuri-BA não possui Plano Municipal de Saneamento Básico - PMSB, destinado à execução dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário na sede do Município.

Neste sentido, tendo em vista que a existência de Plano de Saneamento Básico constitui pré-requisito para a concessão dos serviços públicos, a PREFISAN apresenta, juntamente com os estudos técnicos, uma proposta de PMSB do Município de Mucuri-BA, elaborado de acordo com a Lei Federal n.º 11.445/2007, e conforme particularidades do sistema de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Município.

A rigor, o processo de desenvolvimento do Plano de Saneamento Básico segue as seguintes Etapas:

- 1) Formação de Grupo de Trabalho;
- 2) Diagnóstico Técnico-Participativo;
- 3) Prospectiva e Planejamento Estratégico;
- 4) Programas, Projetos e Ações para Alcance do Cenário de Referência;
- 5) Plano de Execução;
- 6) Submissão do PMSB e do Projeto de Lei que o aprova à audiência e consulta pública;
- 7) Incorporação das sugestões/recomendações obtidas em âmbito de consulta pública;
- 8) Aprovação do PMSB pela Câmara Municipal; e,

¹¹ “Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:
I - a existência de plano de saneamento básico.”

Como se vê, em virtude de o Plano ter sido elaborado pelo ente privado, em atenção às necessidades do Edital de Chamamento Público, as Etapas de 1 a 5 supramencionadas, encontram-se cumpridas, restando ao Município de Mucuri-BA avaliar o PMSB ora entregue (item 6), submetê-lo à audiência e consulta pública (item 7) e, por fim, submetê-lo a Câmara Municipal para aprovação (item 8).

Para viabilizar a ampla participação popular no processo de aprovação do PMSB, devem os estudos que o fundamentaram ser disponibilizados a todos os interessados, inclusive por meio de internet, conforme preceitua o artigo 51, Parágrafo Único da Lei Federal n.º 11.445/07.

Considerando a conexão existente entre o PMSB e as minutas de edital e contrato de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, uma alternativa seria realizar a audiência e consulta públicas do Plano, concomitantemente, com a audiência e consulta públicas dos documentos do PMI, facilitando a compreensão da sociedade quanto ao planejamento dos serviços em tela.

De qualquer forma, dada a ausência de prazo específico para a realização de audiência e consulta públicas na LOM do Município de Mucuri-BA, necessário ter em mente que o termo adotado deve ser suficiente para viabilizar a ampla participação e discussão do Plano junto à sociedade, podendo, para tanto, ser aplicado prazo já utilizado pelo Município em outras audiências e consultas públicas realizadas junto à sociedade de Mucuri-BA.

Por fim, cumpre lembrar que após observados esses trâmites, deve o PMSB ser aprovado por meio de Lei Ordinária pela Câmara Municipal de Mucuri-BA.

De fato, a LOM do Município de Mucuri-BA não exige que a aprovação de planos e programas municipais ocorra por meio de Lei. Entretanto, considerando as melhores práticas, recomenda-se que a aprovação do PMSB seja feita por meio de Lei, a fim de dar ampla publicidade e, assim, garantir maior participação popular, dada a importância do Plano para o Município.

Para facilitar o atendimento de tais exigências, segue anexo ao presente parecer um Fluxograma com as Etapas descritas acima, bem como uma minuta de Projeto de Lei aprovando o PMBS do Município.

6.5. A existência de estudo de viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica

Os estudos ora apresentados no âmbito do presente Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI já comprovam a viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica-regulatória da prestação universal e integral dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, por meio da sua delegação, na modalidade de concessão comum.

De fato, restando demonstrado nos tópicos precedentes que há viabilidade técnica para a universalização dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e que os investimentos necessários para a universalização e remuneração do capital investidos podem ser obtidos apenas com a cobrança de tarifa de água e esgoto dos munícipes de Mucuri-BA, resta cumprido o requisito previsto no artigo 11, inciso II da Lei Federal n.º 11.445/07¹².

6.6. Realização de licitação, precedida de audiência e de consulta pública

Conforme previsto na Lei Federal n.º 8.987/95 (Lei Federal de Concessões de Serviços Públicos), na Lei Federal n.º 11.445/07 e na própria LOM do Município de Mucuri-BA, a concessão de serviços públicos de saneamento básico depende de prévia licitação, na modalidade concorrência.

Contudo, para viabilizar a realização da licitação se faz necessário o cumprimento da disposição contida no artigo 11, inciso IV da Lei Federal de Saneamento Básico¹³, com a

¹² Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: (...) II - a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico.

¹³ Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: (...) IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

realização de audiência e consulta pública sobre as minutas de edital, contrato e anexo relativos à concessão do escopo do Projeto.

Adicionalmente, em observância ao artigo 5.º, da Lei Federal n.º 8.987/95¹⁴, o poder concedente deverá, previamente a licitação, publicar ato justificando a concessão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Em atenção a tais exigências, encaminha-se anexas ao presente Parecer as minutas de Edital, Contrato e Anexos consubstanciadas nos estudos técnicos, econômico-financeiro e jurídico-regulatório, ora entregues, necessária a realização do processo licitatório, bem assim a minuta de ato de justificativa da concessão.

Atente-se ao fato de que as minutas de Edital, Contrato e Anexos deverão ser submetidas à audiência e consulta pública, nos termos do artigo 11, inciso IV da Lei Federal n.º 11.445/2007, e o ato de justificativa da concessão ser publicado pelo Prefeito Municipal de Mucuri-BA no Diário Oficial do Município (DOM), nos termos do artigo 5.º da Lei Federal n.º 8.987/95, preferencialmente, em conjunto com a Lei que autoriza a concessão dos serviços públicos.

7. Conclusão

Pela análise jurídica realizada no Município de Mucuri-BA, conclui-se pela plena viabilidade jurídica da concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, na modalidade concessão comum, sendo tal modelo o mais indicado para atendimento ao interesse público dos munícipes de Mucuri-BA, devendo ser observados os requisitos listados abaixo, que consolidam os já apontados no presente Parecer:

- (i) Promova a resolução de eventuais instrumentos existente com o Estado da Bahia (como por exemplo: Convenio de Cooperação, tendo por objeto a gestão associada para a delegação da regulação, fiscalização e prestação dos serviços públicos de

¹⁴ Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

abastecimento de água e esgoto no Município), e com a EMBASA (como por exemplo: Contrato de Programa/Concessão, tendo por objeto a delegação da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário);

- (ii) Aprovação pela Câmara Municipal de Lei Ordinária autorizando a delegação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Município de Mucuri-BA e designando a entidade de regulação e de fiscalização dos serviços concedidos;
- (iii) Publicação do ato justificativa da concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município, preferencialmente, em conjunto com a Lei Ordinária mencionada no item (ii) acima;
- (iv) Aprovação do Plano Municipal de Saneamento Básico – PMSB (anexo ao presente Parecer) pela Câmara Municipal por meio de Lei Ordinária, após esse, bem como os estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica, serem submetidos à audiência e consulta pública;
- (v) Aprovação do Regulamento dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município de Mucuri-BA pelo Prefeito Municipal por meio de Decreto Municipal;
- (vi) Realização de licitação, na modalidade concorrência, precedida de publicação de ato justificando a conveniência da concessão, bem como precedida de audiência e de consulta pública da minuta de Edital, Contrato e Anexos de licitação;

Seguem anexos ao presente Parecer:

- (a) Minuta de Projeto de Lei Ordinária autorizando a delegação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município e designando a ente regulador e fiscalizador da concessão;
- (b) Minuta de ato justificando a concessão, caracterizando seu objeto, área e prazo;

- (c) Proposta de PMSB referente aos serviços de Água e Esgoto Sanitário no âmbito do Município de Mucuri-BA e Fluxograma de aprovação;
- (d) Minuta de Projeto de Lei Ordinária aprovando o PMSB do Município de Mucuri-BA;
- (e) Minuta de Decreto Municipal aprovando o Regulamento dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município de Mucuri-BA;
- (f) Minuta de Edital, Contrato de Concessão e respectivos Anexos dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Município de Mucuri-BA, sendo que a divisão de riscos está devidamente contemplada na minuta do contrato de concessão;
- (g) Minuta de projeto de lei que cria a autarquia municipal responsável pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.