

REALIZAÇÃO

CONTEÚDO



RADAR **PPP**

# CASOS PRÁTICOS

## FORMAÇÃO EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs)

### 2014

**ESGOTAMENTO SANITÁRIO**  
**Município de Macaé**

# ÍNDICE

1. SÍNTESE DO CASO.....	3
2. PERFIL DO PROJETO E LINHA DO TEMPO.....	4
3. CONTEXTO E GESTÃO DO CONTRATO.....	5
Introdução.....	5
Licitação.....	6
As Principais Metas da Concessionária.....	7
A Composição do Pagamento Público.....	8
A Aplicação dos Indicadores de Desempenho.....	10
A Governança da Prestação do Serviço de Esgotamento Sanitário e Abastecimento de Água.....	10
4. ASPECTOS CONTRATUAIS DE DESTAQUE.....	12
Compartilhamento de Riscos.....	12
O Equilíbrio Econômico Financeiro do Contrato.....	13
Mecanismos de Solução de Conflitos.....	14
Estrutura de Garantia das Contraprestações Públicas.....	14
5. QUESTÕES PARA DEBATE.....	16

# 1. SÍNTESE DO CASO

À exceção da capital fluminense, a Parceria Público Privada do saneamento básico de Macaé representa a segunda PPP municipal do estado do Rio de Janeiro, o que reflete alguma propensão à inovação no formato de contratação do setor público, por parte da Prefeitura de Macaé e da empresa pública que lida com os serviços de saneamento da cidade.

Este contrato propicia discussões interessantes no tema de governança, sobretudo por envolver uma relação tripartite entre a empresa pública estadual que cuida do abastecimento de água e esgoto (Companhia de Água e Esgoto do Estado do Rio de Janeiro - CEDAE), a empresa pública municipal de saneamento (Empresa Pública Municipal de Saneamento - ESANE) e a concessionária.

Além disso, o mecanismo de mensuração de desempenho e o relacionamento desta medição com os impactos na mensuração também incitam uma discussão que pode contribuir para o debate público nos contratos de PPP.

O caso foi escrito com o objetivo de apresentar a melhor informação organizada sobre o contrato de PPP analisado, seu contexto e sua situação atual. Entretanto, pode haver eventuais imprecisões e equívocos que, a despeito do método e recursos empregados, não foram detectados e corrigidos em tempo. Adicionalmente, a despeito da tentativa de harmonizar os enfoques e estilos de cada caso, fatores como a dificuldade de acesso a documentos públicos e informações sobre os projetos acabaram por gerar resultados e enfoques diferentes para cada caso. Incentivamos que os leitores enviem críticas, sugestões e comentários sobre o caso para [info@radarppp.com](mailto:info@radarppp.com).

## 2. PERFIL DO PROJETO E LINHA DO TEMPO

ESGOTAMENTO SANITÁRIO DE MACAÉ	
Objeto	Contratação, por parte do poder concedente, na modalidade de concessão patrocinada, para a prestação dos serviços de esgotamento sanitário, total ou parcial, contemplando a realização dos investimentos necessários para atender às metas previstas no ANEXO III - TERMO DE REFERÊNCIA, que inclui a assunção de todo o sistema operacional existente na área da concessão, compreendendo redes, estações elevatórias, estações de tratamento e demais atividades correlatas à prestação de serviço de coleta e tratamento de esgoto do município, nos termos e condições estabelecidas neste contrato e seus anexos.
Órgão Responsável	Empresa Pública Municipal de Saneamento - ESANE
Valor Teto do Ressarcimento do PMI	
Ressarcimento do PMI	
Recebedor(es) do Ressarcimento dos Estudos	
Segmento do Projeto	Saneamento
Estado, Município, Distrito Federal ou União?	Município
Tipo de Licitação	Menor Preço e Melhor Técnica
Modalidade de Licitação	Concorrência
Modalidade de Concorrência	Concessão Patrocinada
Limite Máximo de Empresas no Consórcio	3
Licitantes	
Empresas que Compõe a Concessionária	Odebrecht Ambiental S.A.
Concessionária	Odebrecht Ambiental - Macaé S.A.
Prazo de Concessão	30 anos
Valor do Contrato	R\$ 634.692.000,00
Investimento Estimado	R\$ 865.200.000,00
Aporte Público de Recursos	N/A
Garantia Inicial do Vencedor para Execução do Contrato	5% do Valor do Contrato
<b>Data de "Priorização" do Projeto:</b>	
<b>Data de Publicação da Consulta Pública</b>	<b>2/24/2012</b>
Data de Publicação do Edital	14/07/2012
<b>Data de Assinatura do Contrato</b>	<b>12/21/2012</b>
Data de Início das Obras	12/20/2012
<b>Data de Início da Operação:</b>	
Data de Assinatura dos Aditivos	
<b>Data Prevista para Encerramento do Contrato</b>	<b>12/21/2042</b>

# 3. CONTEXTO E GESTÃO DO CONTRATO

## Introdução

O Município de Macaé (RJ) possui um IDH de 0,764<sup>1</sup>, considerado alto na avaliação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), sendo o sétimo maior entre os municípios do Rio de Janeiro.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o município de Macaé tem uma população de, aproximadamente, 230 mil habitantes e o sexto maior PIB do estado do Rio de Janeiro<sup>2</sup>.

A cidade, na década de 70, foi escolhida para ser a sede da Petrobrás nas operações petrolíferas da Bacia de Campos. Desde então, passou por um crescimento vertiginoso, tanto do ponto de vista econômico, quanto do ponto de vista demográfico, e não houve um planejamento para que o sistema de esgotamento da cidade pudesse acompanhar este ritmo. Este serviço, portanto, foi se definindo sem nenhuma ordenação urbana.

Por este motivo, parte dos esgotos eram direcionados a fossas sépticas, enquanto outras eram diretamente lançadas em redes de drenagem ou em canais e lagoas.

Portanto, para adequação à legislação vigente e às necessidades de uma população crescente, fazia-se necessária o investimento para tratamento terciário dos efluentes e Macaé optou por se recorrer a uma Parceria Público-Privada para cumprir com parte dos investimentos e gestão dos serviços desta área.

Neste sentido, a Empresa Pública Municipal de Saneamento de Macaé – ESANE, conduziu o processo licitatório para a contratação, na modalidade de concessão patrocinada, para a prestação dos serviços de esgotamento sanitário, compreendendo redes, estações elevatórias, estações de tratamento e demais atividades correlatas à prestação de serviço de coleta e tratamento de esgoto do município.

O contrato da PPP, assinado em 2012 pelo prefeito Riverton Mussi (PMDB), foi amparado pelo marco regulatório que instituiu os Programa de Parcerias Público Privadas no município, por meio da Lei nº 3.106/08, na gestão do mesmo prefeito.

Conforme o Anexo III - Termo de Referência da Concorrência Pública nº 001/2012, que deu origem à PPP, a rede de esgotos do município de Macaé contava com 42 elevatórias, estando a maioria em péssimo estado de conservação e somente 10 sendo adaptadas e reaproveitadas.

A rede de esgoto do município é dividida em 4 subsistemas, que totalizavam 125km antes da concessão: Mutum, Centro, Aeroporto e Lagomar. A municipalidade de Macaé já havia contratado, fora do escopo da PPP, a ampliação das redes Centro, Aeroporto e Lagomar em um total de 91 km.

Competiria à concessionária, por seu turno, a assumir os serviços relacionados ao esgotamento sanitário do município de Macaé (RJ), além de apoiar na gestão comercial dos serviços relacionados à atividade de abastecimento de água, como veremos a seguir.

<sup>1</sup>Fonte: Atlas Brasil 2013 Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

<sup>2</sup>Fonte: IBGE, disponível em <http://cod.ibge.gov.br/23URB>

# Licitação

A PPP do Esgotamento Sanitário de Macaé (RJ) teve a sua consulta pública iniciada em 24 de janeiro de 2012. Concluída esta etapa, em março de 2012 foi publicado o edital, iniciando a contagem do prazo para apresentação das propostas.

Em abril deste mesmo ano, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ) emitiu um relatório<sup>3</sup>, do Conselheiro José Gomes Graciosa, fazendo algumas ponderações na parte técnica do edital, tanto em forma como em conteúdo.

Deste relatório, destacamos as seguintes solicitações que o TCE/RJ fez à ESANE:

- Apresentar justificativa para a adoção do valor relativo ao BDI na porcentagem de 35% do total estimado para as obras ou retificar o orçamento adotando o BDI de 16% conforme orientação da EMOP;
- Encaminhar as planilhas orçamentárias estimativas das demais obras e serviços previstos no Edital de concessão, de forma a consolidar o valor total estimado de R\$865.200.000,00;
- Excluir a obrigação de apresentar um único atestado que contemple a aptidão técnica de todos os serviços cuja comprovação é exigida pelo edital, por configurar um procedimento inibidor da participação de empresas, vedado pelo § 5º do art. 30 da Lei Nacional nº 8.666/93
- Enviar o fluxo de caixa estimado em função dos demais valores estimados de receitas e despesas, demonstrando a TIR projetada, de forma que seja possível comparar com a TIR alavancada de 16% indicada nos estudos;
- Enviar cálculo da contraprestação total, em função da mensal máxima de R\$4.600.000,00 e do prazo estimado que condiciona os acréscimos do Fator K, de forma que seja possível comparar a projeção da contraprestação máxima aceitável com a projeção indicada nos estudos;
- Esclarecer se a estrutura tarifária estimada no Anexo IX – Estrutura Tarifária manteve a estrutura atual da CEDAE, nos moldes sugeridos nos estudos iniciais;
- Corrigir a descrição do objeto do contrato, vez que a prestação do serviço de abastecimento de água não compõe o rol de encargos da concessionária;
- Excluir a exigência de recolhimento da garantia de proposta três dias úteis antes do procedimento licitatório;
- Apresentar a fundamentação legal ou excluir a exigência de que a licitante deverá comprovar a captação de recursos financeiros em valor correspondente a R\$130.000.000,00 em um só empreendimento de infraestrutura;
- Excluir a exigência de carta de instituição financeira de primeira linha atestando a viabilidade do Plano de Negócios, por constituir medida restritiva à competitividade do certame;
- Retificar a distribuição de pesos entre a proposta técnica e a comercial, deixando de ser peso 70% para a proposta técnica e peso 30% para a proposta comercial, passando a ser peso 60% e 40%, respectivamente, corrigindo uma desproporcionalidade no peso da técnica em detrimento do preço, no entendimento do TCE/RJ;
- Justificar ou retificar atribuição à concessionária de “promover a desapropriação e arcar com os respectivos ônus” uma vez que se trata de prerrogativa indelegável do Poder Público, esclarecendo ainda que o eventual reembolso dos valores deve estar limitado ao preço de mercado dos respectivos imóveis.

<sup>3</sup>TCE-RJ No 204.473-2/12, VOTO GC-2 90066/2012

Dois meses depois da primeira apreciação, o contrato foi novamente objeto de análise pelo TCE/RJ<sup>4</sup> e, posteriormente, “considerando os apontamentos do E. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e, de forma a dotar de maior clareza aos licitantes interessados, a Prefeitura Municipal de Macaé, por meio da Empresa Pública Municipal de Saneamento - ESANE” tornou públicas retificações que fizera no edital, reabrindo a contagem de prazo para apresentação de propostas comerciais.

Em agosto de 2012, a concorrência foi suspensa para adoção de medidas estabelecidas pelo TCE/RJ por meio do Voto GC-2 90328/2012<sup>5</sup>.

Na última avaliação que fez o TCE/RJ<sup>6</sup>, já em setembro de 2012, foram sugeridas últimas alterações no edital e a decisão de arquivamento do processo, liberando a licitação.

Uma particularidade do edital, contida no Anexo III - Termo de Referência, apesar de não estar presentes na análise do TCE/RJ, desperta interesse para um debate mais detido.

Trata-se de uma tentativa de “equalização de propostas”, quando o poder concedente obrigou os licitantes a considerarem, em sua proposta comercial, um núcleo mínimo de equipamentos a serem orçados, como se fossem condicionantes do adimplemento do objeto. Quis o poder concedente, possivelmente para trazer isonomia ao processo concorrencial, limitar a liberdade dos operadores da infraestrutura de trazerem tecnologias diversas que poderiam representar vantagens competitivas para si.

## As Principais Metas da Concessionária

A concessionária da PPP de esgotamento sanitário de Macaé (RJ) tornou-se responsável pela realização dos investimentos necessários para atender às metas previstas estipuladas em contrato, que inclui a assunção de todo o sistema operacional existente na área da concessão, compreendendo redes, estações elevatórias, estações de tratamento e demais atividades correlatas à prestação de serviço de coleta e tratamento de esgoto do município.

Além disso, o parceiro privado da PPP teria que apoiar a CEDAE, prestando apoio nos serviços assessoriais relacionados à atividade de abastecimento de água no município.

Constituíam obrigações da concessionária, para terem sido concluídas no primeiro ano de vigência do contrato, como condicionante para início do recebimento de 30% das contraprestações públicas:

- Implantação do Programa de Operação e Manutenção do Sistema de Esgotamento Sanitário existente e projetado;
- Implantação do Programa de Gestão do Sistema de Esgotamento Sanitário existente e projetado;
- Implantação do Programa de Cadastro e Mapeamento Georreferenciado da rede de esgotos existente;
- Funcionamento da Estação de Tratamento de Esgoto Lagomar existente;

<sup>4</sup> TCE-RJ No 204.473-2/12, VOTO GC-2 90313/2012

<sup>5</sup> Não foi possível ter acesso ao teor deste voto, sabe-se apenas que se trata de “Voto Sucinto, nos termos do art. 131, inciso VII, do Regimento Interno do TCE-RJ, aprovado pela Deliberação 167/92.”

<sup>6</sup> TCE-RJ No 204.473-2/12, VOTO GC-2 90357/2012

- Funcionamento da Estação de Tratamento de Esgoto Mutum existente;
- Implantação do Programa de obras necessárias à complementação, readequação e modernização do sistema de esgotamento sanitário.
- Operação e Manutenção do sistema de esgotamento sanitário existente;
- Implantação do Subsistema Mutum:
  - A concessionária teria também, como encargo a ser adimplido dentro dos primeiros 05 anos do contrato para recebimento de mais 40% da parcela dos pagamentos públicos:
  - Implantação das obras do subsistema Centro, mormente a ETE Central
  - Por fim, a concessionária deveria, nos 08 primeiros anos de vigência do contrato, como condição para o recebimento do restante dos pagamentos públicos:
  - Implantar as obras do subsistema Aeroporto, mormente a ETE Aeroporto

## A Composição do Pagamento Público

Nas concessões patrocinadas, o objeto é um serviço público no sentido da Lei Nacional n.º 8.987/95. Contudo, por inovação trazida pela Lei nº 11.079/04, deverá incidir uma contraprestação pública adicional à tarifa cobrada do usuário. Ou seja, trata-se de uma modalidade de PPP na qual os pagamentos por parte do ente concedente em favor da concessionária existem e são combinados com tarifas cobradas dos usuários.

As tarifas cobradas dos usuários, no contexto da PPP de esgotamento sanitário de Macaé (RJ), foram estabelecidas no edital, em seu Anexo IX – Estrutura Tarifária, sendo classificadas entre (i) domiciliar, (ii) comercial, (iii) industrial e (iv) pública, cabendo a cada uma delas um respectivo valor.

O contrato permite uma cobrança mínima de valor mesmo nos casos em que não haja nenhum consumo por qualquer período ou na hipótese de disponibilização do serviço sem a efetiva ligação do imóvel ao sistema. Essa tarifa é referente ao consumo mensal de 15m<sup>3</sup> para usuários domiciliares ou públicos e 20 m<sup>3</sup> para usuários comerciais e industriais, conforme tabela abaixo, em valores correspondentes à época da licitação:

TARIFA MÍNIMA DE ESGOTO			
CATEGORIA	MULTIPLICADOR	TARIFA R\$/m <sup>3</sup>	VALOR R\$
DOMICILIAR	1,00	1,625364	24,38
PÚBLICO	1,32	2,145480	32,18
COMERCIAL	3,90	6,083280	121,66
INDUSTRIAL	5,38	8,409240	168,18

A tabela abaixo demonstra o valor de cobrança para os imóveis com coleta, afastamento e tratamento de esgoto, a preços da época da licitação<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Para as economias somente com coleta e afastamento, são cobrados 10% da tarifa de esgoto.

TARIFAS DE ESGOTO			
CATEGORIA	FAIXA	MULTIPLICADOR	TARIFA R\$/m <sup>3</sup>
DOMICILIAR	0-15	1,00	1,789200
	15-30	2,20	3,936240
	30-45	3,00	5,367600
	45-60	6,00	10,735200
	>60	8,00	14,313600
COMERCIAL	0-20	3,40	6,083280
	20-30	5,99	10,717308
	>30	6,40	11,450880
INDUSTRIAL	0-20	4,70	8,409240
	20-30	4,70	8,409240
	30-130	5,40	9,661680
	>130	5,70	10,198440
PÚBLICA	0-15	1,32	2,361744
	>15	2,92	5,224464

Como dito anteriormente, por se tratar de uma concessão patrocinada, além da cobrança de tarifas diretamente do usuário, a concessionária faz jus a uma contraprestação a ser paga pelo Poder Concedente.

O cálculo desta contraprestação pública obedece a seguinte equação:

$$\text{CPM} = K \times \text{VCPM}$$

Onde

**CPM:** Contraprestação Pública Mensal

**K:** Fator em função da meta já concluída e funcional

**VCPM:** Valor da Contraprestação Mensal Ofertada

O valor teto de CPM, estabelecido no edital, era de R\$4.600.000,00. O licitante vencedor, a Odebrecht Ambiental S/A (então denominada Foz do Brasil S/A), deu o lance de R\$4.508.000,00, com deságio de 2%, passando a ser este o valor do VCPM.

Em relação ao “coeficiente” K, ao assumir o sistema, a concessionária aplicou o Fator K = 0,30 sobre o valor da Contraprestação Mensal Ofertada. A concessionária passará a aplicar K=0,7 após a conclusão das intervenções previstas para o Subsistema Centro. Por fim, a concessionária aplicará K=1,0 quando concluídas as obras do Subsistema Aeroporto<sup>8</sup>.

<sup>8</sup>Nem a ESANE, tampouco o Poder Concedente, se disponibilizaram a indicar um interlocutor que pudesse informar qual o valor do Fator K está sendo aplicado atualmente.

# A Aplicação dos Indicadores de Desempenho

O edital da Concorrência Pública nº 001/2012, em seu Anexo X - Indicadores de Desempenho, prevê 10 indicadores, distribuídos em 4 grupos: Operação, Construção, Ambiental e Social.

Os indicadores de Operação (IDO), Construção (IDC) e Ambiental (IDA) têm, cada um, o peso de 30%, enquanto que o indicador Social (ISC) tem peso de 10%.

O contrato não trouxe a metodologia de aferição de desempenho destes indicadores. Adicionalmente a isso, preferiu atribuir à concessionária<sup>9</sup>, no prazo de 4 meses após a assunção dos serviços, a obrigação de apresentar este estudo, com 2 meses a mais para implementá-lo.

Do ponto de vista coercitivo, o contrato, no item 35.4.7<sup>10</sup>, estabelece como uma hipótese de multa no valor de 0,01% da CPM, em função de descumprimento dos critérios de qualidade previstos no Anexo X do edital - Indicadores de Desempenho. Contudo, é importante esclarecer que, por se tratar de uma sanção, esta dedução do pagamento público não parece poder estar submetida à lógica própria das PPPs de redução de pagamento público em função de desempenho. Pela interpretação literal do contrato, dever-se-ia haver um processo administrativo punitivo, com direito à ampla defesa técnica e ao contraditório, na forma da lei, para proceder esta sanção pecuniária<sup>11</sup>.

Uma peculiaridade digna de nota deste contrato é que, como a ESANE é a responsável pela fiscalização e regulação, inclusive a observação do adimplemento dos indicadores de desempenho, está previsto o pagamento de um valor a seu favor, pela concessionária, para remunerar esta atividade. Este valor corresponde a 2% da receita bruta da concessionária nos primeiros 5 anos da concessão, depois decai para 1,5% até o 10º ano e se mantém em 1% até o final da concessão. Esta opção, apesar de interessante do ponto de vista de regulação, pode gerar algumas ineficiências tributárias.

## A Governança da Prestação do Serviço de Esgotamento Sanitário e Abastecimento de Água

Como forma de garantir maior comodidade aos usuários e mais clareza nas responsabilidades e operacionalização dos serviços públicos relacionados ao esgotamento sanitário e abastecimento de água do município, coube à concessionária da PPP herdar os serviços relacionados à gestão comercial de abastecimento de água prestados, até então, pela Companhia Estadual de Águas e Esgoto do Rio de Janeiro - CEDAE. Foi assinado, para tanto, um “contrato de interdependência” entre as partes, que contou com a interveniência do Estado do Rio de Janeiro e do Município de Macaé (RJ).

Restou à CEDAE a prestação dos serviços de água propriamente ditos, enquanto a concessionária cuidaria da gestão comercial relativa aos serviços acessórios a esta atividade, que compreendem, por exemplo:

<sup>9</sup> “A Concessionária fica obrigada, no caso dos dados internos, a: (i) propor a metodologia de registro e controle adequado dos dados, bem como propor a metodologia para sua apuração e divulgação no prazo de até 04 (quatro) meses da assunção dos serviços pela SPE; (ii) Implantar o sistema de informações e metodologia de apuração propostos no prazo de até 02 (dois) meses contados da aprovação das referidas metodologias pela SPE.” - Anexo III - Termo de Referência

<sup>10</sup> 35.4.7. pelo descumprimento dos critérios de qualidade dos SERVIÇOS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO previstos no ANEXO X - INDICADORES DE DESEMPENHO, multa, por infração, de 0,01% (um centésimo por cento) da CONTRAPRESTAÇÃO PÚBLICA da CONCESSIONÁRIA no MÊS de ocorrência da infração;

<sup>11</sup> Na fórmula que calcula a CPM, não existe nenhuma menção à dedução em função de desempenho.

- Gestão do cadastro dos usuários do município
- Medição do consumo de água dos usuários;
- Cálculo dos valores devidos pelos usuários em razão da prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário;
- Faturamento no local e entrega imediata das faturas aos usuários, observando as regras de faturamento da CEDAE referente aos serviços de abastecimento de água e seus serviços correlatos;
- Arrecadação das tarifas de abastecimento de água e esgotamento sanitário;
- Aquisição, instalação, manutenção e troca de hidrômetros, atendendo todas as normas técnicas

Passa a integrar o rol de responsabilidade da concessionária, portanto, a emissão das faturas que contemplarão as tarifas relativas aos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário com os valores indicados separadamente.

A lógica é que a parcela que coubesse aos serviços de abastecimento de água ficaria para a CEDAE e a de esgotamento sanitário para concessionária. Adicionalmente, a CEDAE, então, ressarciria a concessionária pelos serviços complementares originalmente de sua competência, mas que foram prestados pelo parceiro privado da PPP.

Os pagamentos das cobranças são destinados a uma conta centralizadora, gerida por um “banco administrador de contas”, que cuida de fazer o repasse às partes, na proporção que lhes couber em função dos contratos celebrados.

# 4. Aspectos contratuais de destaque

## Compartilhamento de Riscos

A concessionária tem por objeto neste contrato a realização de todos os investimentos necessários para atender às metas previstas estipuladas em contrato, assumindo a operação de todo o sistema de esgotamento sanitário existente na área da concessão, compreendendo redes, estações elevatórias, estações de tratamento e demais atividades correlatas à prestação de serviço de coleta e tratamento de esgoto do município. Além disso, a concessionária também precisa fazer todo o esforço, no limite dos riscos inerentes à álea empresarial, para cumprir com a gestão comercial dos serviços assessoriais à atividade de abastecimento de água conduzida pela CEDAE.

Diante deste escopo, o contrato tenta elencar uma distribuição de riscos que torne mais transparente e justa as responsabilidades das partes em relação ao objeto. Este esforço ficou especialmente materializado nos itens que se seguem na Cláusula 21.3.

Destacamos as seguintes possibilidades de situações que poderiam gerar um desequilíbrio na relação contratual:

- Descumprimento, pelo poder concedente ou pela ESANE, de suas obrigações contratuais ou regulamentares, das declarações ou garantias concedidas no contrato, incluindo, mas não se limitando, ao descumprimento da garantia de implantação das ligações de água previstas sobre sua responsabilidade;
- Modificação unilateral do contrato que importe variação dos custos e/ou receitas da concessionária, tanto para mais quanto para menos;
- Excetuado o imposto de renda, sempre que forem criados, alterados ou extintos tributos ou encargos legais ou sobrevierem novas disposições legais, desde que acarretem repercussão nos custos e/ou na receita da concessionária, tanto para mais quanto para menos;
- Em razão de qualquer fato do príncipe ou ato da Administração – inclusive aqueles decorrentes de autoridades ambientais – que resulte, comprovadamente, em variações dos custos e/ou receitas da concessionária, bem como no incremento do risco sobre a concessão, com a redução da liquidez da garantia prestada pelo fundo garantidor dos pagamentos públicos;
- Em caso de determinações judiciais ou administrativas decorrentes de fatos ocorridos antes da assunção dos serviços pela concessionária ou que não tenham sido causados por ação ou omissão desta;
- Em caso de alteração legislativa que produza impacto direto sobre as receitas da concessionária, tais como as que concedam isenção, redução, desconto ou qualquer outro privilégio tributário ou tarifário, bem como alterações na legislação consumerista que onerem os custos de atendimento;
- Quando ocorrerem circunstâncias supervenientes, em razão de caso fortuito ou força maior, que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua contratação;
- Na hipótese de o poder concedente não entregar à concessionária os bens afetos provenientes das obras contratadas pelo poder concedente que possuam relação com o objeto da PPP.

É importante destacar, sobretudo em função da natureza do objeto de que trata esta concessão, a preocupação do poder concedente em reter para si os riscos relacionados a determinações de autoridades ambientais que possam onerar demasiadamente os custos do projeto. Considerando o histórico ativo dos organismos de controle e dos órgãos licenciadores neste aspecto, entendeu o poder

concedente que poderia se tornar excessivamente oneroso e ineficiente exigir que a concessionária, na largada, incorporasse este risco na sua proposta comercial.

Da mesma forma, o contrato foi explícito em excluir os custos que a concessionária, eventualmente, poderia incorrer caso tivesse de promover desapropriações nas áreas contidas no limite da concessão, de modo que pudesse cumprir com os objetivos e metas estabelecidos em contrato.

Por outro lado, insta salientar que, em favor do poder concedente, nos termos da Cláusula 27.1, existe a hipótese de alterar a equação financeira do contrato por conta de eventual redução dos riscos de crédito do financiamento. Caso esta hipótese se materialize, os benefícios devem ser compartilhados entre concessionária e poder concedente.

Ademais, no Anexo III - Termo de Referência, é explícita a determinação de que a cada licitante deveria incorporar no valor de sua proposta comercial os custos para o atendimento das situações de emergências e contingências, não sendo esses eventos aptos a gerarem reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato. Por “situações de emergências e contingências”, o edital se referia a:

- Inundação das instalações com danificação de equipamentos;
- Interrupção prolongada no fornecimento de energia elétrica às instalações;
- Danos a equipamentos e estruturas;
- Ações de vandalismo e/ou sinistros.
- Plano de ação nos casos de incêndio;

Por fim, é importante notar também que, como existem obras que foram contratadas pelo Poder Concedente e pela ESANE com outros fornecedores, sob a égide da Lei nº 8.666/93 e que guardam correlação com o objeto desta PPP, a concessionária fica excluída a das responsabilidades relacionadas ao eventual descumprimento do objeto contratual em função de enteveros que possam ter ocorrido nestas iniciativas paralelas, nas quais não possuía ingerência.

## O Equilíbrio Econômico Financeiro do Contrato

A Cláusula 22ª do contrato da PPP, intitulada “Revisão Extraordinária e Procedimento” tem por objetivo estabelecer as linhas mestras e o fluxo de solicitação de reequilíbrio econômico financeiro do contrato, quando uma parte se enxerga diante de uma das hipóteses aptas a acionar este procedimento.

Em função do fato de a remuneração da concessionária se dar por meio de múltiplas alternativas, também são diversas as hipóteses de recompor eventuais desequilíbrios do contrato, conforme Cláusula 22.6:

- Alteração das metas de cumprimento do contrato;
- Alteração dos prazos e das condições para cumprimento das metas do contrato;
- Aumento ou diminuição do valor da tarifa;
- Aumento ou diminuição dos valores da contraprestação pública;
- Supressão ou aumento de encargos para a concessionária;
- Alteração do prazo da concessão; ou
- Outras alternativas admitidas legalmente ou ajustadas pelas partes no processo de revisão.

Entretanto, o contrato não especifica, por exemplo, qual a metodologia do ponto

de vista financeiro que será utilizada para a definição do valor do reequilíbrio, qual a taxa de desconto a ser atribuída no cálculo, tampouco quais as referências poderão sustentar a composição dos preços de serviços e insumos extraordinários que a parte solicitante tenha incorrido, dentro outros elementos.

## Mecanismos de Solução de Conflitos

Além de prever a hipótese de solução de conflitos por meio da arbitragem, a PPP do esgotamento sanitário de Macaé (RJ) apresenta, explicitamente, a possibilidade de solução amigável de litígios, trazendo sempre a ESANE como interveniente da relação jurídica entre concessionária e poder concedente.

No que se refere à arbitragem, trata-se, nos termos da Cláusula 51ª, da única via possível para a solução dos conflitos relacionados ao contrato (evidentemente, aqueles cuja a arbitragem é uma solução aplicável).

O contrato já apresenta o regulamento da Corte de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas/RJ como o parâmetro para nortear as atividades do tribunal arbitral, cabendo a administração e desenvolvimento do processo arbitral à Corte de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas/RJ.

Não obstante, nos termos da Cláusula 52ª, as partes poderão promover ações judiciais (i) para obter medidas cautelares de proteção de direitos, previamente à instauração do procedimento de arbitragem; (ii) para acionar todas as garantias constantes do fundo constituído pelo poder concedente para garantir as contraprestações públicas e, finalmente, (iv) para executar as decisões arbitrais.

## Estrutura de Garantia das Contraprestações Públicas

A garantia das contraprestações públicas está lastreada no fundo criado pela Lei Municipal nº 3.665/11, o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas de Serviços de Saneamento do Município de Macaé – FGPSB.

Esta entidade é garantidora, pagadora e devedora solidária de todas as obrigações assumidas pelo poder concedente na PPP do esgotamento sanitário de Macaé, inclusive quanto ao pagamento das contraprestações públicas, indenizações ou demais pagamentos devidos.

Este fundo tem natureza jurídica de direito privado, com patrimônio próprio, separado de seu único cotista (o Município de Macaé) e é sujeito a direitos e obrigações próprias.

O fundo tem finalidade específica, sendo vedado por lei a sua utilização para outra atividade que não a de adimplemento das obrigações pecuniárias contraídas no âmbito de contratos de PPP no segmento de saneamento básico.

O fundo é constituído por:

- Doações consignadas no orçamento e os créditos adicionais;
- Parcela dos royalties e participações especiais;
- Operações de crédito;
- Rendimentos e aplicações financeiras;
- Outras receitas destinadas ao fundo

Portanto, é notória e manifesta a intenção e o esforço do poder concedente em oferecer liquidez a estas contraprestações, como forma de diminuir os riscos inerentes ao retorno de investimento neste contrato, aumentando a atratividade deste projeto à iniciativa privada.

# 5. QUESTÕES PARA DEBATE

- O que você pensa da atuação do Tribunal de Contas neste contrato, sobretudo em relação à questão do percentual atribuído à parte técnica e ao que caberia ao preço, na avaliação das propostas apresentadas pelos licitantes?
- Como você enxerga a posição do Poder Concedente em não prever em contrato a metodologia de impacto na contraprestação em função do desempenho aferido?
- Você acha que a mensuração de desempenho para posterior aplicação de sanção é uma forma eficiente de fiscalizar concessionárias?
- Quais os prejuízos um edital que não prevê a metodologia de recomposição de equilíbrio econômico financeiro pode carregar para a gestão do contrato?
- Qual a sua opinião acerca da cobrança da taxa de fiscalização do contrato em favor do poder concedente?
- Na perspectiva do gasto público, quais seriam os benefícios da incorporação, pela concessionária, das responsabilidades relacionadas aos serviços assessoriais prestados pela CEDAE, no âmbito do abastecimento de água?