

O Novo Marco do Saneamento Básico (NMSB) e as Exigências de seu artigo 11-B: multiplicidade de contratos e de soluções

Gustavo Kaercher Loureiro¹ e Egon Bockmann Moreira²

SUMÁRIO

Introdução.....	1
I.As metas de universalização no NMSB: o art. 11-B da Lei 11.445/2007	5
I.1 O comando fundamental de universalização: o <i>caput</i> do art. 11-B	5
I.2 A universalização dos contratos de programa em curso (válidos e regulares): o § 1º do art. 11-B.....	6
I.3 A universalização dos contratos de concessão: o § 2º do art. 11-B.....	9
I.4 Síntese de quanto visto até aqui	11
II.O complemento necessário do art. 11-B: o art. 10-B	12
II.1 O conteúdo normativo básico do art. 10-B.....	12
II.2 A <i>ratio</i> do art. 10-B.....	14
II.3 O texto do art. 10-B e seu alcance	16
III.O Decreto 10.710/2021 e sua aplicação subsidiária	18
III.1 O teor do Decreto 10.710/2021	18
III.2 A aplicação subsidiária do Decreto 10.710/2021 às concessões licitadas antes do NMSB.....	21
Considerações finais.....	22

INTRODUÇÃO

São muitas as novidades trazidas pelo NMSB para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Ele reconfigurou o instituto da prestação regionalizada (arts. 3º, VI; 8º; 17 etc.) e previu novos conteúdos para os contratos (art. 10-A). Disciplinou de maneira inovadora a figura da subconcessão (art. 11-A) e lançou princípios e exigências pontuais relativamente à prestação dos serviços (art. 2º, dentre outros). Não menos importante, a lei nacional editada em 2020 (Lei 14.026/2020) alterou a Lei 11.445/2007 para trazer metas precisas de universalização dos serviços de água e esgotamento sanitário (art. 11-B).

¹ Pós-Doutor pela Universidade de Turim (IT). Doutor em Direito pela UFRGS. Foi Professor da UnB e da FGV-RJ. Pesquisador do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da FGV. Advogado.

² Doutor em Direito pela UFPR. Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFPR. Foi Professor Visitante nos Programas de Pós-Graduação das Faculdades de Direito de Lisboa, USP e FGV-RJ. Advogado. Árbitro.

Não paira dúvida de que qualquer iniciativa de contratar a prestação dos serviços de saneamento que venha a ser implementada a partir a edição da Lei 14.026/2020 deverá atender rigorosamente a todas as condições estabelecidas na nova legislação. As dificuldades começam quando se trata de calibrar esses impactos nas situações em curso. Todas as novidades devem ser incorporadas em todos os tipos jurídicos de prestação desses serviços, e sempre da mesma forma? O NMSB tratou de forma igual contratos que são, de fato e de direito, diferentes entre si?

O NMSB instalou, sobretudo a partir da Lei 14.026/2020, desafios próprios do Direito Intertemporal, atraindo a incidência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/1942, acrescido da Lei 13.655/2018). Há uma sucessão de leis no tempo, a incidir sobre três ordens de pactos: (i.) contratos administrativos futuros, de concessões de serviço público; (ii.) contratos de concessão perfeitos, válidos e eficazes, em curso; e (iii.) contratos de programa (estruturação *sui generis* de convênios administrativos). O NMSB encontrou um panorama complexo e multifacetado quanto aos tipos jurídicos sob os quais os serviços de saneamento são prestados: a maior parte envolve empresas estaduais dotadas de contratos de programa, mas há também concessões de serviços públicos provenientes de licitações (em que o prestador é uma empresa privada constituída concessionária) e distintas formas de ação direta (autarquias, departamentos, empresas públicas etc.). E há ainda um universo indeterminado e juridicamente nebuloso de outras formas de delegação da prestação dos serviços organizados por instrumentos de cooperação federativa ou gestão associada, ocasionalmente referidos pelo NMSB.³ São diferentes situações fáticas, que deram origem a contratos significativamente diversos entre si, regidos por distintas legislações.

Assim, a questão geral que se coloca é como lidar com essas diferentes figuras - que formam o universo das situações em curso – em relação às novas regras setoriais.

A resposta deve partir da constatação de que se está diante de serviços públicos (de saneamento básico), e não de (meras) atividades econômicas privadas.⁴ E, se assim é, o sujeito competente para reger o tema⁵ dispõe de uma vasta gama de alternativas concebíveis, em tese, para tratar as novidades diante das situações correntes: pode o titular (i.) extinguir os vínculos em curso e “começar do zero”, ou seja, “demitir” os atuais prestadores e configurar novas relações jurídicas que atendam a todas as exigências do NMSB; (ii.) manter os vínculos em curso, mas alterá-los em todos os aspectos relativamente aos quais o NMSB inovou para adequar totalmente as situações em curso às novas normas⁶; (iii.) manter

³ Por exemplo, “convênio”, “termo de parceria” e “outros instrumentos de natureza precária” de que fala o *caput* do art. 10 da Lei 11.445/2007.

⁴ Sobre essa dicotomia, v. Kaercher Loureiro, Gustavo, *Premissas para uma leitura integrada da Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – A propósito dos arts. 173 e 175 da Carta*, em Aragão, Alexandre Santos (coord.), *Direito do petróleo e de outras fontes de energia*, Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2011.

⁵ A União, nas vestes de ente da Federação dotado da competência de estabelecer diretrizes sobre o saneamento *ex vi* art. 21, XX da Constituição; ou os Municípios, enquanto titulares do serviço.

⁶ Desde que preservados os respectivos objetos das contratações originais.

esses vínculos e determinar apenas algumas alterações (aquelas reputadas mais urgentes e/ou relevantes); (iv.) manter absolutamente intactos os vínculos, ou seja, preservar as condições originais, sem nada alterar (“deixar tudo como está”).

Seja reforçada a expressão “em tese”. Nesse plano, todas essas alternativas são juridicamente viáveis e o direito brasileiro já as experimentou todas.⁷ Cada uma tem suas condições de atuação e respectivas consequências institucionais e econômicas. Ainda sem aprofundar as alterações que nos interessam mais de perto – quais sejam: aquelas relativas à internalização das metas nas concessões licitadas antes do NMSB - veja-se que o legislador tomou algumas decisões bastante gerais sobre como endereçar as situações em curso no setor de saneamento: decidiu manter pelo respectivo prazo e sob certas condições, os contratos de programa que sejam regulares e vigentes (art. 10, § 3º da Lei 11.445/2007 e 17 da Lei 14.026/2020); preservou intactos contratos com privados (art. 18 da Lei 14.026/2020) etc.

A decisão acerca de qual opção seguir – entre os extremos de “refazer tudo” e “nada mudar” - é pautada por vários fatores e pode ser forçada segundo o sentido de prioridade e urgência na busca de certos objetivos, obedientes ao tipo jurídico empregado para prover a prestação do serviço. Para calibrar as mudanças, o legislador deverá, em primeiro lugar, identificar os interesses e objetivos de política pública setorial que pretende alcançar (modicidade tarifária, melhora na qualidade da prestação do serviço, universalização etc.) e, em relação a eles, definir prioridades e também dimensionar as consequências de suas escolhas, inclusive em termos de custos. Depois, haverá de compatibilizar seus objetivos (setoriais) com outras exigências e valores a serem preservados e que incidam de maneira diferenciada segundo o tipo jurídico considerado (se concessão licitada, se contrato de programa, se atuação via autarquias etc.). Esses valores são a segurança jurídica, a estabilidade das situações constituídas segundo o direito, o respeito aos pactos e ao patrimônio privados, o princípio da isonomia, dentre outros.

Do exame coordenado e ponderado desses elementos, o legislador extrai a solução que reputa ótima entre as alternativas acima identificadas como (i.) e (iv.), sempre obediente às respectivas consequências. Pode dar-se que privilegie um objetivo específico, para implementar em maior medida do que outros (modicidade tarifária, por exemplo, em detrimento relativo da excelência no serviço). E pode dar-se que essa escolha de favorecer um objetivo em face de outro ocorra de forma diferenciada, segundo a configuração jurídica do serviço (estabelecendo diferenças entre prestação direta, contratos de programa, concessões etc.). Ciente da diferença que existe entre contratos de programa e concessões licitadas, é-lhe lícito prestigiar em maior grau, para estes últimos, a estabilidade - prevendo-lhes um conjunto mais restrito de adaptações ao NMSB, conjunto esse sujeito a mais estritas condições. Por outro lado, pode decidir ser mais arrojado nas mudanças quando estiver diante de contratos de programa.

⁷ Exemplos encontram-se no art. 19 da Lei 11.107/2005 que manteve intactos ajustes interfederativos realizados antes de sua vigência; arts. 42 e segs. da Lei 8.987/1995, dentre outros.

Como já deixamos consignado em outras ocasiões⁸, essas duas formas de delegação, embora sejam espécies do gênero “prestação indireta” de serviços públicos, são inconfundíveis em seus pressupostos, conteúdo e efeitos; e estão sujeitas a regimes jurídicos diferenciados para incorporar mudanças normativas supervenientes. A doutrina, inclusive, qualifica ajustes como os contratos de programa de “concessões-convênio” (Marçal Justen Filho) e os coloca em “situação radicalmente diversa daquela que se verifica nos contratos entre Administração e particulares, diante da ausência de contraposição de interesses.”⁹

Aplicando-se estas considerações de cunho mais teórico e genérico ao setor do saneamento e ao seu marco, o que se constata é, exatamente, uma estratégia diferenciada adotada pelo legislador para lidar com os impactos do NMSB nas situações em curso: o objetivo de política pública privilegiado sobre os demais foi a universalização, manifestada como princípio (art. 2º, II) e como regra do NMSB (art. 11-B). E este objetivo máximo foi configurado de modo diferenciado, conforme a situação em curso envolva contratos de programa ou concessões licitadas.

Estamos a falar, portanto, de *isonomia* (situações fáticas, sujeitos e regimes jurídicos desiguais, a exigir tratamentos diferenciados) e de *proporcionalidade* (conformidade ou adequação da medida; necessidade ou exigibilidade da específica mudança, e a relação entre os meios empregados, os fins visados e respectiva carga coativa). Afinal, não podemos esquecer de que os concessionários de serviço público são, ao contrário das empresas estatais, pessoas privadas que, no exercício de sua livre iniciativa, confiaram no convite que lhes foi feito pela Administração Pública, efetivaram investimentos e projeções econômico-financeiras de longo prazo, e assim assinaram o contrato administrativo. Existem, por conseguinte, direitos subjetivos públicos a ser prestigiados.

Como passaremos a ver agora, dentre todas as inovações normativas que trouxe, o legislador nacional foi assertivo em determinar que a universalização é o objetivo de **política pública preferencial** e que deve ser ele implementado desde já, em todo o território nacional, qualquer que seja o tipo jurídico de prestação em execução. Para alcançar tal objetivo, **o legislador demandou dos titulares certas providências que, porém, são distintas conforme se esteja diante de contratos de programa ou concessões licitadas** (ou outros tipos). Para os primeiros, as mudanças que viabilizam a universalização são mandatórias e mais amplas; para os segundos, são opcionais e mais contidas, sem que essa atenuação prejudique minimamente o objetivo de universalização.

⁸ Um dos autores já afirmou: “Sopesando semelhanças e diferenças entre os dois negócios jurídicos, não é desarrazoado entender que, nada obstante a semelhança de estrutura e de objeto, o contrato de programa vincula dois poderes públicos que atuam na busca de interesses públicos primários, em condições que não reproduzem *pari passu* aquelas existentes na concessão, em que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é o mais importante, senão único e intocável, direito do concessionário (a causa do negócio, para o prestador do serviço.” Kaercher Loureiro, Gustavo, *Observações sobre os contratos de programa sob o Novo Marco do Saneamento*, Rio de Janeiro, FGV, CERJ, 2021, disponível em <https://ceri.fgv.br/publicacoes/observacoes-sobre-prorrogacao-de-contratos-de-programa-sob-o-marco-do-saneamento>.

⁹ Justen Filho, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo, Dialética, 2003, p. 122.

I. AS METAS DE UNIVERSALIZAÇÃO NO NMSB: O ART. 11-B DA LEI 11.445/2007

A universalização foi formulada como *princípio* e como *regra* no NMSB, esta última positivada no art. 11-B da Lei 11.445/2007. Este dispositivo veio secundado pelo art. 10-B da mesma Lei.

I.1 O comando fundamental de universalização: o *caput* do art. 11-B

Examinemos o que dispõe o *caput* do art. 11-B da Lei 11.445/2007:

Art. 11-B - Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

Tomado em sua generalidade, o texto do *caput* do art. 11-B veicula mensagem muito clara: até o final do ano de 2033, 99% da população brasileira deverá ter abastecimento de água potável e 90% dessa mesma população deverá possuir serviços de coleta e tratamento de esgotos. Para tanto, o art. 11-B determina que “[o]s contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam” esse estado de coisas futuro.

Até aqui, nenhuma dificuldade.

A primeira questão surge relativa ao destinatário (primário) do comando de universalização, visto que “contratos” não são sujeitos de direito e de obrigações. Quem é o responsável por implementar o comando legal? Não se afigura muito difícil concluir que o destinatário primário da norma é o titular do serviço ou quem, em seu lugar, exerce a titularidade (em casos de prestação regionalizada). Existe ordem legislativa imediatamente dirigida àquele que é o titular dos bens e serviços cuja gestão é, contratualmente, delegada a terceiros.

Apenas em caráter secundário, instrumental ou indireto é que se pode conceber que o art. 11-B esteja se dirigindo também aos prestadores dos serviços de água e esgoto (e, como logo veremos: dirigido indiretamente aos prestadores dotados de contratos de programa que receberam certos ônus jurídicos

no Decreto 10.710/2021¹⁰). As razões para que seja o titular o destinatário da norma são claras e não necessitam demasiada elaboração.

Estabelecidas a “mensagem principal” do *caput* do art. 11-B e o sujeito ao qual ela se destina, há que se determinar o alcance temporal do comando. Se parece certo que ele tem aplicação *pro futuro*, o que dizer das situações em curso? Em sua literalidade, a cabeça do artigo não esclarece. A resposta está nos parágrafos sucessivos.

I.2 A universalização dos contratos de programa em curso (válidos e regulares): o § 1º do art. 11-B

Esse é o texto que agora nos interessa:

Art. 11-B (...)

*§ 1º Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o **caput** deste artigo terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão.*

O § 1º mostra que o *caput* do art. 11-B pretende, sim, colher situações em curso. E, ao articular essa pretensão, dirigindo-se aos “contratos em vigor”, o texto se direciona, por elipse, aos titulares do serviço. Como assentado antes, são eles que, primariamente, têm a obrigação de “viabilizar” a inclusão das metas previstas no *caput* do art. 11-B nos contratos, até o prazo assinalado, de 31.03.2022. Essa obrigação não impede, porém, a imputação de ônus jurídico a certos prestadores, como logo se verá.

Quanto ao conteúdo da norma em exame, deve-se distinguir dois níveis. Num nível mais evidente e superficial, o § 1º está imputando uma obrigação instrumental relativamente àquela principal estabelecida no *caput*. Preocupado em dar concretude ao comando nuclear de universalização, a norma em análise instaura, para os titulares, um dever de agir imediato que inaugura uma “primeira fase” rumo à universalização. Nesta fase – que deverá ser concluída em 31.03.2022 – o titular, com a colaboração do delegado que estiver no polo passivo dos “contratos em vigor”, tomará atitudes variadas, preparatórias da positivação do compromisso a ser assumido em março do próximo ano. Algumas dessas providências estão balizadas nos próprios §§ do art. 11-B, enquanto que outras acham-se em dispositivos distintos, como o art. 10-B.

Um segundo nível de conteúdo, menos evidente, porém mais denso, diz respeito ao seguinte: o legislador de diretrizes (a União) está a determinar para os titulares e, reflexamente, para os prestadores com

¹⁰ O que se explica por características jurídicas específicas desses contratos e pela situação fática em que se encontram muitos titulares do serviço.

“contratos em vigor”, que *alterem* esses pactos para ajustá-los às novas metas de atendimento estipuladas no *caput* do art. 11-B. Aqui, revela-se o coração do desafio de Direito Intertemporal: a necessidade de os negócios jurídicos pretéritos adaptarem-se às atuais determinações legislativas, sob pena de receberem qualificação jurídica distintiva.

Caso não sejam alterados, os contratos serão tidos por *irregulares*, juntamente com as respectivas “operações”, nos termos da qualificação feita pelos arts. 3º, IX e XIII e 11-B, § 8º¹¹ da Lei 11.445/2007. Ou seja: para além do prazo (obrigação instrumental), **há, no § 1º do art. 11-B, uma determinação de agir num determinado sentido**, qual seja, **o de alterar os “contratos em vigor”** para adequá-los às novas metas. Isso significa que **o NMSB predeterminou, para os titulares dos serviços e para os detentores de “contratos em vigor”, que a alteração unilateral do contrato para a internalização das metas será o mecanismo por meio do qual se chegará à universalização.**

Estabelecido este ponto, surgem duas dúvidas.

A primeira diz respeito ao universo alcançado pelo § 1º do art. 11-B. Numa leitura *prima facie*, a norma parece colher todos os ajustes de delegação (mas não a prestação direta): contratos de programa, concessões, parcerias público-privadas (e quiçá outros). Seu texto é amplíssimo: “contratos em vigor”.

Há, porém, limitações, exigidas pelo cânone da interpretação sistemática e pela coerência normativa.

Uma primeira diz respeito aos contratos de programa. Serão objeto de consideração pelo titular não quaisquer ajustes deste tipo “em vigor” (em execução ou com prazo em curso), mas apenas aqueles que, além de se estarem em vigor, sejam válidos e regulares.¹²

Uma segunda limitação diz respeito à clivagem “contratos de programa/contratos de concessão”. Nada obstante a linguagem ampla do texto do § 1º, somos da opinião de que **o § 1º do art. 11-B colhe apenas os contratos de programa**. Essa figura *sui generis*, que pode ser denominada de “acordo entre pessoas estatais” não deve, sob hipótese alguma, ser confundido com uma concessão, já se viu antes.¹³ São realidades normativas e factuais bastante diversas entre si – o que exige do intérprete especial atenção.

¹¹ “Art. 3º (...) IX - contratos regulares: aqueles que atendem aos dispositivos legais pertinentes à prestação de serviços públicos de saneamento básico; (...); XIII - operação regular: aquela que observa integralmente as disposições constitucionais, legais e contratuais relativas ao exercício da titularidade e à contratação, prestação e regulação dos serviços; (...)”

“Art. 11-B (...). § 8º Os contratos provisórios não formalizados e os vigentes prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos nesta Lei serão considerados irregulares e precários.”

¹² Sobre o tema, v. Guzela, Rafaella e Kaercher Loureiro, Gustavo, *Primeiras observações sobre o Decreto 10.710/2021*, Rio de Janeiro, CERJ Fundação Getúlio Vargas, disponível em <https://ceri.fgv.br/publicacoes/primeiras-observacoes-sobre-o-decreto-107102021>.

¹³ Na definição de Marçal Justen Filho: “Os contratos de programa são um instrumento específico para disciplinar a cooperação entre os entes da federação no tocante à gestão associada de serviços públicos.” (*Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2018, p. 390). Uma vez que não foram precedidos de licitação, não são originários de uma proposta vencedora agregada à minuta de contrato previamente divulgada pelo edital. Logo, não têm a estrutura nem a garantia, legal e contratual, do equilíbrio econômico-financeiro.

Esse entendimento tem como fundamento normativo, em primeiro lugar, o uso dessa expressão, “contratos em vigor”, ao longo do NMSB. Com ela, o legislador pretende indicar, sobretudo, esses ajustes interfederativos de delegação da prestação de serviços públicos. Exemplo cristalino desse sentido restrito encontra-se no art. 10-B, que contrapõe, explicitamente os dois tipos jurídicos: “[o]s **contratos em vigor**, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, **bem como aqueles provenientes de licitação** para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados...” (g.n.). Note-se que a locução conjuntiva aditiva “bem como” significa “da mesma forma que”, a implicar a existência de dois ou mais contratos, legislativamente diferentes entre si. Essa distinção, explícita no texto normativo, presta-se a excluir os negócios oriundos de licitação do grupo “contratos em vigor”, e já seria suficiente para que o intérprete se visse forçado a aplicar a distinção.

Ocorre que existe uma segunda razão, ainda mais forte, ligada à interpretação sistemática. Como se verá na próxima seção dedicada ao exame do § 2º do art. 11-B, **a regra básica para os contratos de concessão licitados é a oposta daquela constante do § 1º: Em princípio, tais negócios jurídicos não serão alterados, isto é, permanecerão como se encontram, sem que isso lhes acarrete a pecha de irregularidade.** Esta condição de “irregular” é privativa dos contratos de programa em vigor.

Por conta dessa opção do legislador relativamente às concessões licitadas – decisão tomada em base às ponderações que antes indicamos - o titular deverá optar por várias estratégias ou alternativas de universalização, para além da mudança do contrato em curso. Ora, se o § 1º do art. 11-B determina de modo mandatório a alteração de “contratos em vigor” (até 31.03.2022) e se o § 2º deste mesmo artigo ordena que as concessões licitadas permanecem como estão, forçoso é concluir que na expressão ampla do § 1º não estão incluídas as concessões licitadas (disciplinadas na norma seguinte).

Bem vistas as coisas, o § 1º do art. 11-B estatui uma série de intervenções em negócios jurídico-administrativos em vigor, que vão desde o nível legislativo até o regulamentar e contratual em si mesmo. Cria consequências negativas à sua desobediência, e positiva competências administrativas inéditas até então, determinadoras de interferências contratuais parametrizadas por pessoa não-signatária do pacto. Essa ordem de ações, que se assemelha ao clássico *fato do príncipe*, precisa ser interpretada restritivamente: afinal, não inaugura vantagens aos direitos subjetivos dos contratantes, mas sim gravames extraordinários. Ao instalar competências administrativas excepcionais, permite que sejam postas em prática exatamente do modo previsto em lei: nem mais, nem menos. *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis.*

Como sublinhou o Min. Cezar Peluso, qualquer norma que trate de garantias – como as ora tratadas do ato jurídico perfeito e da segurança jurídica – “é de todo alérgica a interpretação extensiva, capaz de atingir situações que, não se tratasse de norma excepcional restritiva da liberdade pessoal, até

poderiam caber-lhe no âmbito de incidência, quando concorressem fundamentos para a expansão de seu sentido emergente.”¹⁴

Em síntese: o § 1º do art. 11-B determina que os titulares dos serviços de abastecimento de água e tratamento de esgoto tomem as providências necessárias para alterar os contratos de programa até 31.03.2022. Nada diz sobre as concessões licitadas - que serão analisadas no próximo tópico, após a resposta a uma questão que se fez latente na exposição corrente: o que ocorre se o prazo do § 1º do art. 11-B for descumprido?

A resposta exaustiva a essa questão demandaria discorrer sobre o caráter imputável ou não imputável do descumprimento ao titular do serviço ou ao detentor de contrato de programa a que se tenha atribuído algum ônus jurídico de colaboração e iniciativa. E, a depender do exame do caso, a consequência do descumprimento poderá ser a penalização do titular e/ou a irregularidade do contrato de programa. De toda sorte, que isto, ao menos, fique claro: a norma do § 1º do art. 11-B veicula obrigação acessória, instrumental, para o titular, no cenário de seus contratos de programa. Se não a cumprir, não ficará dispensado de atender à exigência fundamental de universalização (*caput* do art. 11-B).

I.3 A universalização dos contratos de concessão: o § 2º do art. 11-B

Confira-se o que dispõe o § 2º do art. 11-B:

Art. 11-B (...)

§ 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no caput deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no caput deste artigo, incluídas as seguintes:

I - prestação direta da parcela remanescente;

II - licitação complementar para atingimento da totalidade da meta; e

III - aditamento de contratos já licitados, incluindo eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que em comum acordo com a contratada. (grifou-se).

¹⁴ E, mais adiante, ao citar o clássico Alípio Silveira e seu *Hermenêutica no Direito Brasileiro*: “o principal critério para determinar se um dispositivo legal é excepcional, é sua inextensibilidade (...) a ‘ratio legis’ de caráter excepcional, há de ficar confinada aos casos que especifica.” (STF, RE 466.343, Plenário, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/12/2008, DJe 04/06/2009).

Além de fazer aflorar, de modo cristalino, que o destinatário dos comandos relacionados à internalização das metas de universalização no âmbito de seu território é o Município titular do serviço, o § 2º é regra específica para um tipo jurídico de prestação dos serviços de água e esgoto. Ele se aplica: (i.) às concessões de serviço público (Lei 8.987/1995); (ii.) oriundas de licitação; (iii.) celebradas antes do advento do NMSB; (iv.) que não tenham já incorporadas as metas do *caput* do art. 11-B. Falhando qualquer uma dessas características, o dispositivo não se incide.

E qual é seu preceito fundamental, relativamente a esse recorte? É este: “[c]ontratos firmados por meio de procedimentos licitatórios ... permanecerão inalterados nos moldes licitados.”¹⁵ Ou seja, todos os contratos que tenham sido resultado de uma licitação (edital + minuta de contrato + proposta vencedora = contrato e respectivo equilíbrio econômico-financeiro), e só esses, prosseguirão existindo tal como licitados. Aqui, decidiu-se prestigiar as garantias do princípio da segurança jurídica, em seu sentido objetivo (ato jurídico perfeito) e objetivo (confiança legítima).

Como se viu, a decisão de manter inalterados os contratos de concessão é uma escolha do legislador, que poderia ter optado por impor a incorporação das metas também ao concessionário (mediante, obviamente, o *due process* e a garantia de concomitante reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos do art. 9º, § 4º da Lei 8.987/1995). Ponderou ele, porém, a exigência de universalização com os valores da estabilidade e segurança jurídica e saiu-se com uma solução que literalmente distingue, nesse ponto, entre contratos de programa (que devem se submeter à alteração de seus contratos e aos procedimentos preparatórios para tanto) e concessões oriundas de licitações. Enquanto os primeiros deverão ser alterados para incorporar as metas (e, portanto, têm obrigações de procedimento e prazos próprios), os segundos estão preservados como vieram ao mundo.

Atenção, porém: a preservação das concessões em curso nos termos em que licitadas não obstaculiza a meta traçada no art. 11-B, apenas amplia o leque de possibilidades de sua realização à disposição do titular do serviço. Aliás, é justamente porque o legislador pretendeu, ao mesmo tempo, exigir a universalização e garantir a estabilidade das concessões licitadas, que dotou o titular - *no âmbito restrito das concessões em curso* - dos instrumentos previstos nos incisos I a III do § 2º desse mesmo art. 11-B. Ou seja: nada obstante o tributo oferecido à estabilidade jurídica, o responsável pelo serviço segue sendo obrigado a universalizar e, para tanto, deverá optar entre (a.) licitação complementar; (b.) prestação direta ou (c.) *acordo com o concessionário para incorporação da parcela residual de metas definidas consensualmente*.

¹⁵ Está-se dando por pacífico que “contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios” é sinônimo de “concessões de serviço público”, inclusive porque uma das notas distintivas de contratos de programa e concessões é justamente a ausência de licitação para os primeiros, como previsto na Lei 11.107/2005; e a exigência de licitação para os segundos, como exige o art. 175 da Constituição.

Se a opção do titular for pela incorporação das metas nas concessões em curso, deverá provocar seu delegado, para que *negocie e, se for caso, acrescente voluntariamente* as novas metas às suas obrigações existentes. Este ponto é da maior importância.

Diferentemente do que se passa com os contratos de programa, o NMSB não exigiu – como em tese poderia ter exigido, cf. supra – que a universalização fosse realizada, necessariamente, por meio dos contratos em curso e mediante uma (compulsória) alteração unilateral do contrato. Preferiu prestigiar outros valores – sem abrir mão da universalização – como a segurança jurídica e a previsibilidade nas relações entre sujeitos privados e poderes públicos. Prestigiou a isonomia e a proporcionalidade. A manifestação concreta dessa preocupação está em dois aspectos: (i.) a exigência de concordância do concessionário com os novos termos, e (ii.) a simultânea recomposição econômico-financeira das concessões, *nos termos originais*, em razão da mudança na configuração das obrigações do contratado.

De modo esquemático: as concessões em curso serão aditadas se (i.) o titular optar por esse mecanismo; (ii.) o concessionário aceitar a incorporação das metas; (iii.) forem mantidas as condições de equilíbrio econômico-financeiro, nos termos em que originalmente concebida a “engenharia econômico-financeira” do contrato. Vê-se, de imediato, que sem a decisão prévia do ente responsável, de trilhar o percurso da negociação com o atual concessionário – e à diferença do que se passa com os contratos de programa – o delegado pouco pode fazer. Em especial, não lhe pode ser imputado um ônus de agir (sobretudo dentro do horizonte temporal estabelecido pelo art. 10 do Decreto 10.710/2021), antecipando-se ao titular. A norma não tem como sujeito passivo a pessoa privada, mas o titular do serviço. Aquela deve aguardar a provocação de quem responde pela universalização - e que decide como a quer realizar.

Uma vez instalado o processo por meio do qual os deveres do titular serão encaminhados, o concessionário tem o dever de cooperar ativamente (i.) no estudo e definição das metas a serem concretizadas (necessárias, adequadas e proporcionais em sentido estrito) e (ii.) na definição do reequilíbrio concomitante. Mas não lhe cabe a iniciativa, eis que não pode se substituir nem derrogar as competências privativas do titular do serviço.

I.4 Síntese de quanto visto até aqui

Antes de passar adiante, vejamos os principais resultados obtidos até aqui:

- O NMSB trouxe consigo uma série de novidades normativas, relativas à prestação dos serviços públicos de saneamento básico e, em particular, às atividades de abastecimento de água e tratamento de esgotamento sanitário.
- Em se tratando do universo de serviços públicos, o legislador competente (União federal, ex vi art. 21, XX), possui discricionariedade quanto à implantação dessas mudanças às

situações em curso. Entre os extremos de as refazer *ex novo* e de nada mudar, existem possibilidades e alternativas. A escolha dá-se por meio da combinação entre a ponderação de diferentes valores e objetivos públicos setoriais (universalização, modicidade tarifária, atualidade das técnicas etc.), e, por outro lado, respeito a exigências gerais do ordenamento (segurança jurídica, estabilidade das relações constituídas etc.) e do regime jurídico dos diferentes tipos de prestação dos serviços (contratos de programa, prestações diretas, contratos de concessão, dentre outros).

- Especificamente no caso do saneamento básico, o legislador tomou por objetivo fundamental a universalização dos serviços. Aos titulares, impôs obrigação fundamental (*caput* do art. 11-B) e várias outras instrumentais (prazos e procedimentos). E também distinguiu, quanto à implantação desse objetivo, entre contratos de programa, concessões e prestação direta – como lhe permite o ordenamento, dada a distinta configuração desses tipos.
- Quanto aos primeiros, *devem ser alterados* para a incorporação das metas e para tanto há um prazo específico, 31.03.2022 (§ 1º do art. 11-B); se não o forem, serão tidos por *irregulares*.
- Por outro lado, estão as concessões licitadas e instrumentalizadas em contratos administrativos qualificados pelo respectivo equilíbrio econômico-financeiros. Para estas, o legislador optou por preservá-las nos moldes em que licitadas e deu ao titular do serviço a opção de utilizar outros mecanismos de universalização (art. 11-B, § 2º e incisos), de tal sorte que, antes de qualquer outra providência, é necessário que ele manifeste como pretende cumprir sua obrigação de universalizar o serviço.

Com essa recapitulação, pode-se passar para o complemento do art. 11-B.

II. O COMPLEMENTO NECESSÁRIO DO ART. 11-B: O ART. 10-B

As normas jurídicas positivadas num mesmo diploma normativo explicam-se umas às outras. Não podem ser interpretadas nem aplicadas como se autônomas fossem, mas demandam integração sistemática. Daí porque a inteligência do art. 11-B se enriquece e revela sua plenitude ao ser harmonizada com o art. 10-B do NMSB.

II.1 O conteúdo normativo básico do art. 10-B

Esse o texto que agora interessa examinar:

Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei.

Parágrafo único. A metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada será regulamentada por decreto do Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias.

O art. 10-B possui três elementos normativos básicos, a par de outros complementares.¹⁶ Ele:

1. Reitera o compromisso do NMSB com as metas de universalização.
2. Exige que o sujeito delas encarregado tenha capacidade econômico-financeira para atendê-las.
3. Dispõe que a metodologia de comprovação de tal capacidade será estabelecida em regulamento nacional.

Vistos sob perspectiva bem genérica, esses três elementos são bastante razoáveis e até juridicamente óbvios. A exigência de cumprimento das metas de universalização já está dada (art. 11-B); o requisito de comprovação de capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos, ao menos no caso de concessões, é necessidade que decorre das normas gerais de contratos administrativos, comuns e concessionais (adiante). Por fim, a regulamentação nacional, uniforme, da determinação e comprovação de capacidade econômico-financeira de concessionários é também algo que decorre de nosso ordenamento jurídico (art. 22, XXVII, da Constituição)¹⁷. Por que, então, a norma? Qual o seu conteúdo juridicamente útil? A que fim se destina a norma deste art. 10-B do NMSB? Para estruturar a resposta, adotemos a distinção clássica entre *texto* e *ratio* de uma norma.

¹⁶ No que respeita ao *caput*, repete-se a pergunta antes feita ao art. 11-B, sobre quem é o destinatário da norma. Isto porque, mais uma vez, a técnica legislativa dirigiu-se aos negócios jurídicos (“contratos em vigor” etc.), antes que aos sujeitos sobre os quais podem ser carregadas obrigações. Mas aqui também não pode surgir dúvida de que o destinatário primário do dispositivo é o titular dos serviços (e, secundariamente, seu delegado para a execução da prestação e seu regulador para respectiva produção normativa). Também sem muito esforço percebe-se que o texto do *caput* reforça a conclusão de que por “contratos em vigor” o NMSB entende “contratos de programa”, dada a contraposição ali presente, marcada pela expressão “bem como” que aparta os dois grupos que a norma tem em vista (contratos de programa e concessões licitadas). Mais uma vez ficam de fora as prestações diretas – que não interessam para a presente análise.

¹⁷ Dúvida pode haver quanto à figura do *Decreto nacional*. Sobre isso, v. Egon Bockmann MOREIRA. Serviços de água e esgotamento: notas sobre o Decreto 10.710/2021 e a “comprovação da capacidade econômico-financeira”. In: *Direito do Estado*, n. 482, 2021. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/servicos-de-agua-e-esgotamento-notas-sobre-o-decreto-10710-2021-e-comprovacao-da-capacidade-economico-financeira>

II.2 A *ratio* do art. 10-B

Somos da opinião de que o art. 10-B tem em mira **as situações em curso que se desenvolvem sob a figura dos contratos de programa**. Nada obstante a literalidade de seu texto, não lhe interessam primariamente as concessões. As razões para tal afirmação são várias.

Não é segredo que contratos de programa, celebrados ao abrigo da dispensa de licitação e sob o manto facilitador da “cooperação federativa”, não exigem, como requisito de validade, a comprovação de capacidade do ente estatal que prestará o serviço. Tampouco fazia qualquer sentido, até recentemente, se falar em exigências de capacidade econômico-financeira relativamente às empresas estatais. A ausência de licitação (*locus* próprio para que tais verificações ocorram), somada à característica de ajustes interfederativos desses contratos e a natureza estatal do prestador não apenas afastaram de fato preocupações de viabilidade e capacidade econômico-financeira, como não demandaram, *de direito* (até 2020), esses elementos. O máximo a que se chegou sob esse aspecto foi exigir “procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares” (art. 13, § 1º, I da Lei 11.107/2005¹⁸).

Ao contrário, portanto, dos contratos de concessão, a contratação dos “de programa” se baseava em premissas flexíveis – tanto jurídicas quanto factuais. São situações distintas, regidas por normas jurídicas bastante diferentes entre si. A sua comparação deve-se dar, sempre e de modo indeclinável, em termos, guardadas as devidas proporções.

Dado, porém, o resultado empírico absolutamente insatisfatório que esta ausência de comprovação de capacidade para fazer frente à adequada prestação dos serviços públicos de saneamento provocou – resultado que está na base da eleição da universalização como a ideia-força do NMSB - em boa hora a legislação especificamente setorial resolveu atentar para este ponto sensível e crucial, introduzindo a exigência de comprovação de capacidade para estes contratos de programa. Sob o manto bem intencionado da cooperação federativa foram constituídas situações jurídicas que pouco ou nada levavam em conta a capacidade dos prestadores de, efetivamente, oferecer aos usuários o serviço público adequado. A rigor, a comprovação de capacidade econômico-financeira dos detentores de contratos de programa deveria se estender – como já ocorre no caso das concessões licitadas, por força da legislação pertinente – a *toda a contratação*, e não apenas à parte incremental das metas (eventualmente adicionais) do art. 11-B.

¹⁸ Veja-se, também, o art. 33, incs. V e XV do Decreto 6.017/2007: “Art. 33 (...): V - procedimentos que garantam transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares, especialmente de apuração de quanto foi arrecadado e investido nos territórios de cada um deles, em relação a cada serviço sob regime de gestão associada de serviço público; (...); XV - a exigência de publicação periódica das demonstrações financeiras relativas à gestão associada, a qual deverá ser específica e segregada das demais demonstrações do consórcio público ou do prestador de serviços; (...).”

Por outro lado, concessões nascidas de procedimentos licitatórios têm como requisito de validade a comprovação da aptidão do licitante (candidato a futuro concessionário) para fazer frente à realização do objeto do contrato (art. 18, V da Lei 8.987/1995¹⁹), aptidão essa que chega a ser um elemento definidor do próprio conceito legal de *concessão de serviço público* (art. 2º, II da Lei 8.987/1995²⁰). É dizer: a comprovação de capacidade é elemento constitutivo desses negócios – e não se pode presumir que tenha sido mal ou insuficientemente aferida no momento da licitação. Aliás, e em termos mais gerais, a capacidade do prestador (já não mais “licitante”, mas agora “contratado”), deve ser mantida ao longo de todo o prazo contratual, *proporcionalmente aos termos em que originalmente estabelecidos “na licitação”*.

Ainda sobre a capacidade econômico-financeira, é de se ver que está ela intimamente ligada a elemento anterior o qual, por sua vez, tem direta relação com a equação econômico-financeira do contrato de concessão: trata-se do *prévio estudo de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental (EVTEA)*. Os dois elementos não se confundem, mas se relacionam. O primeiro é uma qualidade subjetiva, inerente a determinado sujeito. O segundo, uma propriedade objetiva da atividade, aferida antes mesmo de se saber quem será o sujeito contratado e dele independente²¹. Ou seja, o contrato de concessão demanda investimentos privados em infraestruturas públicas, a ser remunerado pelas tarifas pagas pelos usuários. Ao contrário dos regidos pelas Leis 8.666/1993 e 14.133/2021, que exigem desembolsos orçamentários em exata contrapartida aos encargos executados, os contratos de concessão são projetos de investimento de longa maturação: requerem aportes maciços de capital por parte do concessionário, a serem amortizados e remunerados ao longo do prazo contratual. Daí a importância de o EVTEA ser compreendido não só como a avaliação dos benefícios, diretos e indiretos, potencialmente advindos do contrato, mas também de ser respeitado pelas partes contratantes (e terceiros), sob pena de subverter os custos, projetos, obras e serviços previstos no próprio contrato de concessão.

Em resumo: o NMSB distinguiu fortemente as duas ordens de negócios jurídico-administrativos, com acentuada preocupação nos últimos dias dos contratos de programa. Se nos fosse permitido, poder-se-ia sustentar que estes têm critérios e metas político-econômicas, ao passo que os contratos de concessão são marcados por critérios e metas jurídico-econômicas, estatuídas desde o edital com vistas a ser obedecidas em todo o transcurso contratual (por isso que, caso se pretenda qualquer alteração, ela haverá de ser precedida do devido processo legal que apure o concomitante reequilíbrio contratual). Em suma,

¹⁹ “Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: (...); V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal; (...).”

²⁰ “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 concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que **demonstre capacidade para seu desempenho**, por sua conta e risco e por prazo determinado; (...).” (grifou-se).

²¹ Não há que se confundir *comprovação de capacidade econômico-financeira do prestador do serviço com viabilidade econômico-financeira do serviço*. Sobre isso, já discorreremos em outra sede, cf. Kaercher Loureiro, Gustavo, *Apontamentos sobre o art. 10-B da Lei 11.445/2007 e seu regulamento*, Rio de Janeiro, FGV, CERJ, disponível em <https://ceri.fgv.br/publicacoes/apontamentos-sobre-o-art-10-b-da-lei-114452007-e-seu-regulamento>.

o que o NMSB pretende é conferir aos contratos de programa a consistência jurídica análoga à das concessões, por meio da simultânea aferição da efetiva capacidade de prestar combinada com as metas de universalização positivadas de modo extracontratual. Esses dados, estranhos aos contratos de programa, são conaturais às concessões de serviço público.

Reitere-se, portanto, que a *ratio* do art. 10-B dirige-o, sobretudo, aos contratos de programa. Essa é a sua razão de existir. Mas, e quanto a seu texto?

II.3 O texto do art. 10-B e seu alcance

Não há como ignorar que, em sua literalidade, o art. 10-B refere expressamente os contratos “provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico”. A rigor, como se viu, a necessidade de “dizer” que concessões devem ser licitadas com prévia comprovação de capacidade econômico-financeira do prestador para bem executar o objeto do contrato é despicienda, pois isso já decorre da legislação de regência desses negócios jurídicos administrativos. É possível, assim, que o interesse maior do legislador tenha sido o de introduzir uma disciplina *nacional* e ao mesmo tempo *setorial* (serviços de saneamento) para tanto.

Como quer que seja, a leitura juridicamente mais adequada a se fazer do dispositivo é aquela que o coloca em linha com o art. 11-B, do qual o art. 10-B depende. Quando do exame da primeira norma, vimos que ela: (i.) aplica-se às concessões futuras, sem restrições (contratos de programa futuros, e suas prorrogações, não são mais admitidos²²); (ii.) aplica-se aos contratos de programa de um modo tal que os submete *integral* e *mandatoriamente* às alterações para incorporação de metas (§ 1º do art. 11-B) e (iii.) aplica-se às concessões em curso de um modo tal que *não é mandatório*, mas dependente, dentre outras coisas, de iniciativa do concedente, negociação consensual e adesão do concessionário.

Tripartição semelhante se deve observar diante do art. 10-B: (i.) será aplicável às concessões futuras, inclusive aquelas que vierem a ser licitadas para os fins do § 2º do art. 11-B (o que explica a referência a esta norma pelo *caput* do art. 10-B); (ii.) é obrigatoriamente aplicável aos contratos de programa (que não foram realizados mediante comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador); (iii.) não é aplicável, ou, apenas excepcionalmente, poderá sê-lo, sob certas e estritas condições, às concessões em curso. Vejamos as razões para esta última afirmação.

Em primeiro lugar, relembre-se que todos os contratos de concessão em curso permanecerão como estão, “nos moldes licitados”, e só serão utilizados para atendimento das metas do *caput* do art. 11-B se este

²² Sobre a impossibilidade de novos contratos de programa e de prorrogação dos existentes, v. Moreira, Egon Bockmann, *O Novo Marco Legal do Saneamento e a impossibilidade de prorrogação de contratos de programa*, disponível em <https://zenite.blog.br/o-novo-marco-legal-do-saneamento-e-a-impossibilidade-de-prorrogaao-de-contratos-de-programa/>; Kaercher Loureiro, Gustavo, *Observações sobre os contratos de programa sob o Novo Marco do Saneamento*, Rio de Janeiro, FGV, CERJ, 2021, disponível em <https://cerj.fgv.br/publicacoes/observacoes-sobre-prorrogaao-de-contratos-de-programa-sob-o-marco-do-saneamento>.

for o instrumento formalmente eleito pelo titular; se o concessionário concordar com tal mudança; se as bases econômico-financeiras originais forem restabelecidas. Sem estas premissas sequer se põe a questão que nos interessa agora, de aplicabilidade da *metodologia* de aferição de capacidade para operacionalizar esta estratégia de universalização.

Em segundo lugar, se eleita esta via, cabe uma nota de cautela que deverá pautar qualquer exame jurídico que se debruce sobre a aplicação da nova metodologia. Caso se a entenda *incidente*, ela só o poderá ser para a específica parcela incremental das metas. Se, por qualquer motivo, pretender enveredar para exame pretérito de todo o contrato, estará “refazendo” as condições da licitação original (o que é vedado) e, possivelmente, estará modificando as condições originais de equilíbrio do ajuste. A norma superveniente não pode modificar os editais pretéritos, tampouco as propostas e os contratos – perfeitos, válidos e eficazes – que deles decorreram. Muito menos o poderia fazer desatenta às premissas e consequências práticas de sua incidência e respectivo regime de transição (LINDB, art. 6º, § 1º, c/c arts. 20 e 23).

Ocorre que essa pretensão, circunscrita ao incremento marginal das metas, é concebível, mas não parece ser juridicamente correta, ao menos *prima facie*. O exame de capacidade do concessionário – e ninguém nega que tal análise se faz necessária²³ – segue as regras estabelecidas em sua licitação e está vinculado a quanto disposto no respectivo Edital. Mais: demanda estudo de suas consequências práticas, atento à respectiva proporcionalidade e ao indispensável regime de transição.

A razão para tanto está, antes de mais nada, na circunstância de que a eventual incorporação de novas metas nos contratos de concessão correntes não provocará radical mudança qualitativa dessas avenças, para cuja boa execução passem a ser presumidos, de um dia para o outro, inservíveis os critérios de aferição de capacidade que balizaram a conformação original da licitação e a parte principal do objeto da prestação do serviço público. Aliás, este tipo de (futura e possível) alteração de objeto já poderia estar, inclusive, regrada na contratação original, a teor do que dispõe o art. 23, V da Lei 8.987/1995, que fala de cláusulas contratuais que disciplinem as “previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações”. À luz desse contexto, as regras originais de aferição de capacidade do contratado devem “suportar”, a incorporação das metas e não há razão jurídica, sobretudo em abstrato (*ex lege*), para entender o contrário.²⁴ Porém, isso não pode se dar sem o indeclinável respeito ao pactuado e concomitante reequilíbrio econômico-financeiro.

²³ E assim se entende a manifestação proferida pelo Supremo Tribunal Federal na decisão que indeferiu a medida cautelar no MS 38.226.

²⁴ Veja-se, inclusive, que mesmo no caso de transferência da concessão ou do controle societário do concessionário – hipótese mais radical do que a ora em exame – a aferição de capacidade do novo concessionário ou controlador será pautada pelas regras editalícias e não por disposições novas: “Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. § 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; (...).”

Seria, então, passível de cogitação a aplicação *subsidiária* do regulamento referido no parágrafo único do art. 10-B?

III. O DECRETO 10.710/2021 E SUA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA

III.1 O teor do Decreto 10.710/2021

Não é nosso propósito passar em revista o inteiro conteúdo do regulamento editado pelo Chefe do Poder Executivo em 31 de maio do corrente ano, mas apenas salientar alguns tópicos.

Antes de mais nada, é necessário reconhecer que o Decreto pretende, sim, colher concessões. Está lá no art. 1º, § 1º, II e § 2º. O ato administrativo foi expresso nesse sentido. Isso, porém, não resolve tudo.

Em primeiro lugar, pelo fato de que o Decreto 10.710 se baseou no art. 84, inc. IV, da Constituição. Isto é, pretende dar fiel execução à Lei 11.445/2017. Logo, a interpretação do ato regulamentar é subserviente à hermenêutica da lei que visa a dar aplicação. Ele não pode ser compreendido como se aplicasse apenas um artigo do NMSB, como se outros não existissem. O que acima foi dito a propósito dos arts. 10-B e 11-B parametriza a leitura do Decreto: é o seu ponto de partida.

Em segundo lugar, porque resta evidente que a preocupação central do Decreto 10.710/2021 (assim como a do art. 10-B, de onde emana), está nos contratos de programa. Já na redação do *caput* de seu artigo inaugural encontra-se uma espécie de “ato falho”, eis que o art. 1º vale-se de uma expressão que é normalmente usada pelo NMSB para se referir a essa espécie de negócios (“contratos regulares em vigor”²⁵). Depois, valendo-se já de rigor conceitual e jurídico, prevê a cominação expressa de irregularidade apenas para os contratos de programa, em seu fundamental art. 20. Mas a maior demonstração de que tem em mira esses ajustes interfederativos está na própria lógica do procedimento que instaurou. Ela é toda calcada na atribuição, a esses sujeitos, de ônus de ação de variado tipo, inclusive com prazos. O Decreto, em seu desenvolvimento, (e também especificamente²⁶) não trabalha com a iniciativa do titular – o que é o caso, como vimos, para as concessões licitadas, cf. § 2º do art. 11-B. Ele trabalha com a lógica do § 1º do art. 11-B. Já se viu que a atribuição de ônus jurídico ao prestador (em sentido técnico), não elide a obrigação primária do titular, mas determina, certamente, diferenças importantes de procedimento e “legitimação para agir”.

O procedimento estabelecido para comprovação de capacidade econômico-financeira do prestador está estruturado em duas grandes fases, discriminadas no art. 4º. Como ali se encontra, “na primeira

²⁵ V. art. 10, § 3º da Lei 11.445/2007 (“regulares vigentes”); o próprio art. 10-B, dentre outros.

²⁶ V. art. 11, II do Decreto 10.710/2021.

etapa, será analisado o cumprimento de índices referenciais mínimos dos indicadores econômico-financeiros; e na segunda etapa, será analisada a adequação dos estudos de viabilidade e do plano de captação.” Esclarece o parágrafo único deste artigo que a “não aprovação do prestador na primeira etapa dispensa a análise referente à etapa seguinte”.

Declinando de qualquer manifestação prévia do titular do serviço, o art. 10 do regulamento estabelece, que “[o] prestador deverá apresentar requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira junto a cada entidade reguladora responsável pela fiscalização de seus contratos até 31 de dezembro de 2021”, de tal sorte que “[a] falta de apresentação de requerimento pelo prestador, nos termos do disposto no art. 10, e, quando aplicável, por seu controlador, nos termos do disposto no art. 22, implicará a ausência de comprovação de capacidade econômico-financeira do prestador.” Fechando o arco temporal de duração do procedimento, o art. 14 faz uso do mesmíssimo prazo do § 1º do art. 11-B, que já vimos ser aplicável no universo dos contratos de programa: “Art. 14. O processo de comprovação de capacidade econômico-financeira deverá estar concluído, com a inclusão de decisões sobre eventuais recursos administrativos, até 31 de março de 2022.” E o art. 20 encerra a conclusão, peremptória: “[s]erão considerados irregulares os contratos de programa de prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário caso o prestador não comprove sua capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto.”

À toda evidência, esses prazos e respectivas consequências não colhem as concessões em curso. Mas há mais coisas.

Deixando o plano do procedimento e ingressando naquele material, há dispositivos de grande densidade normativa e com consequências importantes. Dentre eles, dois são de particular relevo. Espera-se que o prestador aspirante a realizar as metas do art. 11-B elabore, por si próprio, um estudo de viabilidade do serviço, e um tal estudo que observe certas premissas substanciais:

Art. 6º. Para a aprovação na segunda etapa de que trata o inciso II do caput do art. 4º, o prestador deverá comprovar, nos termos do disposto neste Decreto:

I - que os estudos de viabilidade resultam em fluxo de caixa global com valor presente líquido igual ou superior a zero; e

II - que o plano de captação está compatível com os estudos de viabilidade.

Art. 7º. Os estudos de viabilidade de que trata o art. 6º deverão:

I - apresentar a estimativa de: a) investimentos necessários ao atingimento das metas de universalização para cada contrato regular em vigor de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário do prestador; e b) investimento global;

II - demonstrar o fluxo de caixa global esperado para o prestador e o fluxo de caixa para cada contrato regular em vigor de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário do prestador, já adaptados às metas de universalização de serviços; e

III - ser compatíveis com os demais documentos a serem apresentados pelo prestador, inclusive com as condições previstas em minuta de termo aditivo que conte com a anuência do titular do serviço.

§ 1º Os estudos de viabilidade deverão adotar as seguintes premissas:

I - a estimativa de receitas tarifárias futuras deverá adotar como base as receitas reais auferidas no ano mais recente, ajustada para eventual repactuação tarifária de que trata o inciso I do § 2º, sobre ela incidindo o crescimento anual proporcional ao crescimento das ligações ativas de água e esgoto, até o atingimento das metas de universalização;

II - margem LAJIDA equivalente à mediana dos últimos cinco anos, que poderá incorporar ganhos futuros de eficiência operacional e comercial, desde que compatíveis com a tendência histórica;

III - taxa de desconto dos fluxos futuros de entradas e saídas de caixa que reflita, no mínimo, a taxa de longo prazo - TLP divulgada pelo Banco Central do Brasil; e

IV - índice de cobertura do serviço da dívida, definido como a razão entre a margem LAJIDA e a soma dos pagamentos de juros e amortização dos recursos de terceiros, igual ou maior que um inteiro e dois décimos, admitido o prazo de carência de até quatro anos.

§ 2º Os estudos de viabilidade poderão prever:

I - repactuação tarifária, desde que já haja manifestação oficial favorável do titular do serviço e que o prestador tenha protocolado o pedido de repactuação junto à entidade reguladora competente, em conformidade com as normas aplicáveis; e

II - aporte, contraprestação pecuniária ou subsídio de ente público, desde que compatíveis com os respectivos Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, vedada a previsão de prestações em valor crescente, se plurianual.

§ 3º Os estudos de viabilidade não poderão prever:

I - no caso de contrato de programa, ampliação de seu prazo de vigência;

II - amortização de recursos de capital de terceiros ulterior ao prazo do contrato;

III - amortização de investimentos em bens reversíveis ulterior ao prazo do contrato; ou

IV - indenização por valor residual de investimentos em bens reversíveis ao final do contrato, exceto se já prevista no contrato vigente até a data de publicação deste Decreto.

O que dizer dessas exigências, quando feitas às concessões em curso? Isso nos leva ao termo final deste estudo.

III.2 A aplicação subsidiária do Decreto 10.710/2021 às concessões licitadas antes do NMSB

Conforme já demonstrado, as concessões licitadas – e assim tornadas concretas por meio de contratos administrativos com prazo certo, premissas e consequências exatas – exigem obediência ao respectivo regime jurídico. As especificidades dos contratos de concessão lhes conferem a correlata blindagem, impeditiva de alterações unilaterais que não obedeçam ao art. 10 da Lei 8.987/1995.²⁷ As “condições do contrato”, a sua base objetiva, são de atendimento obrigatório. Em decorrência, para qualquer alteração unilateral do contrato “que afete o seu inicial equilíbrio econômico, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”. Essa premissa da Lei Geral de Concessões é mandatória para a interpretação dos arts. 10-B e 11-B da Lei 11.445/2017, orientando a aplicação do respectivo Decreto 10.710/2021.

Por outro lado, os contratos de concessão possuem estrutura executiva distinta dos contratos de programa. Contam com metas predefinidas, estampadas nas obrigações contratuais do concessionário. Este, assim como o poder concedente, deve obediência ao pactuado.

Ocorre que o Decreto 10.710 inova e estatui preceitos dirigidos precipuamente aos contratos de programa em supletivamente, às concessões licitadas. Como aplicar tais preceitos?

Em primeiro lugar, necessário se faz o exame concreto de cada um dos contratos de concessão. Individualmente, eles revelarão o que existe em termos de capacidade econômico-financeira e metas de universalização. A partir daí – e não de uma incidência horizontal, irrefletida, dos preceitos regulamentares – é que se poderá cogitar da aplicação do Decreto. Esse é parâmetro indeclinável, em respeito à lei e ao contrato administrativo.

Em segundo lugar, haverá se se proceder ao contraste entre o que foi detectado no contrato de concessão e ao positivado no Decreto 10.710. Ao contrário dos contratos de programa, aqui existirão

²⁷ “Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

dados pretéritos que definem a real universalização e a capacidade econômico-financeira para sua aplicação. Muita atenção merece ser dada ao princípio da proporcionalidade e os já referidos três subprincípios: conformidade (adequação), exigibilidade (necessidade) e proporcionalidade em sentido estrito, a fim de estruturar o passo seguinte.

Caso o poder concedente efetivamente comprove efetiva discrepância entre o positivado no Decreto 10.710 e o estatuído no contrato administrativo, haverá de, motivadamente, adotar uma destas atitudes: (i.) altera unilateralmente o contrato, obediente ao devido processo legal e ao concomitante equilíbrio, ou (ii.) translada os deveres de universalização à prestação direta ou a outro contrato a ser licitado. No primeiro caso, apenas e tão-somente no que faltar, naquilo que ausente estiver no pacto original e que hoje possa ser exigido sem que implique rompimento do originalmente contratado.

A aplicação supletiva ocorre diante da constatação – e prova – da lacuna normativa (contratual), não antes disso. Em outras palavras, o Decreto federal não tem poder derogatório de cláusulas de contratos de concessão municipais, estaduais ou consorciais. Ele não pode se prestar a incidir horizontalmente, ignorando as diferenças – de fato e de direito – entre os contratos de concessão e os de programa.

Com essas considerações, está-se em condições de encerrar o presente estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como tantas vezes mencionado, o NMSB não prima pela excelência redacional, nem de técnica legislativa. Ele instala o esforço extraordinário do intérprete, a fim de que a sua aplicabilidade não gere ainda maiores desgastes e ineficiências. Por isso, necessário se faz estabelecer quatro fundamentos, indeclináveis, para sua hermenêutica: (i.) a essencial diferença entre os pactos interadministrativos denominados de “contratos de programa”; (ii.) o respeito à segurança jurídica, em seus aspectos subjetivo (ato jurídico perfeito) e objetivo (princípio da confiança), quanto aos contratos de concessão; (iii.) o respeito ao princípio da isonomia, a fim de que contratos de concessão não sejam tratados como se “contratos de programa fossem”, e (iv) o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, oriundo da respectiva estruturação e critérios originais, autovinculantes para a Administração Pública.



CENTRO DE ESTUDOS
EM REGULAÇÃO E
INFRAESTRUTURA