

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

José Roberto Manesco, Eduardo Augusto de Oliveira Ramires, Marcos Augusto Perez, Floriano de Azevedo Marques Neto, Ane Elisa Perez, Tatiana Matiello Cymbalista, Fábio Barbalho Leite, Luís Justiniano Haiek Fernandes, Wladimir Antonio Ribeiro, Adalberto Pimentel Diniz de Souza, Raul Felipe Borelli, Lucas Cherem de Camargo Rodrigues, Mais Moreno, Licínio dos Santos Silva Filho, Flávia Chiquito dos Santos, Mariana Chiesa Gouveia Nascimento, Milene Louise Renée Coscione, Carlos Eduardo Bergamini Cunha, Marina Fontão Zago, Eduardo Stênio Silva Sousa, Carlos Alberto Laurino, Fernanda Esbizaro Rodrigues Rudnik, Nicole Katarivas, Carolina Smirnovas Quattrocchi, Elisa Martinez Giannella, Hendrick Pinheiro, Mariana Magalhães Avelar, Bruna Silveira Sahadi, Isabela Morbach Machado e Silva, Anna Beatriz Savioli, Tiago Francisco da Silva, Alexandre Rodrigues de Sousa, Raquel Lamboglia Guimarães, Rafael Pereira Fernandes, Luis Ricardo Bernardo Ramos da Silva, Natalia de Sousa da Silva, Kamile Medeiros do Valle, Rafaella Bahia Spach, Lara de Coutinho Pinto, Maria Laura Felix de Souza, Alexandre Fontenelle-Weber, Maria Gabriela Freitas Cruz, João Falcão Dias, Carlos Henrique Benigno Pazetto, Giuliana Ribeiro Alfredo, Roberta Helena Ramires Chiminazzo, Alessandra Jeronimo Ungría, Rafael Meng Nóbrega, Tamara Cukiert, Nina Nobrega Martins Rodrigues, Vinicius Alvarenga e Veiga, Brunna Terroso Holmes, Caio Abreu Dias de Moura, Bernardo Assef Pacola, Fernanda Alves Rosa, Julia Duprat Ruggeri, João Henrique de Moraes Goulart, Lucas Tófoli Lopes, Carine de Oliveira Dantas, Luisa Marcelino Bono, Carla Fernandes Siécola, Helena Gouvêa de Paula Hocayen, Júlia Braceiro Daneluzzi, Thaina de Paula Carvalho, Marina Xavier de Camargo Rabello, Rodrigo Mota Rodi, Joyce Lima Santos, Pedro Bandeira Lins Lunardelli, Juliana Araújo Terra

PARECER

Inclusão de metas e de conteúdo mínimo em contrato de prestação regionalizada de serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Termo de Atualização contratual.

1. Consulta

Consulta-nos a Companhia de Saneamento do Paraná (“Sanepar”), doravante Consulente, acerca a inclusão de obrigações, previstas no Novo Marco do Saneamento Básico (“NMSB”) – Lei 14.026, de 15 de julho de 2020, que alterou a redação da Lei Nacional de Saneamento Básico (“LNSB”) – Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, em contratos celebrados com os Municípios do Estado do Paraná, para prestação regionalizada de serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, e formas de recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro.

2. Histórico dos contratos celebrados

Mediante informações fornecidas pela Sanepar, foi possível identificar a prestação de serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em 345 Municípios do Estado do Paraná e 1 do Estado de Santa Catarina.

São Paulo SP Av. Paulista, 287, 7º and., 01311-000, tel. (11)3068-4700 / Brasília DF SAUS, Quadra 1, Bloco N, sala 509, 5º and., 70070-941, tel. (61) 32237895 / Belo Horizonte MG Rua Sergipe, 925 salas 801 e 802, 8º and., 30130-171, tel. (31) 3261-1128 / Rio de Janeiro RJ Avenida Rio Branco, 01, sala 2006, 20º and., 20090-003, tel. (21) 2263-6041
www.manesco.com.br

Desses, em Municípios a operação se dá por meio de instrumento de contrato de concessão de serviços públicos – contratação anterior à publicação da Lei de Concessões – Lei 8.987/1995, ou, ainda que posterior, nos moldes da gestão associada de serviços públicos, prevista no art. 241 da Constituição Federal. Outros, têm sua operação por instrumento de contrato de programa. E, por fim, em alguns Municípios há prestação de serviços com substrato em contratos vencidos.

Com relação ao prazo de vigência, boa parte desses contratos têm previsão de vencimento nos os próximos trinta anos.

3. Determinações do Novo Marco do Saneamento Básico

O Novo Marco do Saneamento Básico (“NMSB”), Lei 14.026, de 15 de julho de 2020, inseriu na Lei 11.445/2007 determinações aos titulares dos serviços e prestadores, futuros e atuais.

Destacam-se de sua redação:

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.**

§ 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.

Fica, portanto, claro, que, mesmo os contratos já em vigor no momento de publicação do NMSB devem se adequar aos objetivos de universalização do acesso aos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário até o final de 2033.

Essas inclusões resultarão, inevitavelmente, em impactos nos contratos firmados, principalmente em seu equilíbrio econômico-financeiro. Será necessária, por consequência, sua recomposição, que será tratada adiante, como bem esclarece Fernando Vernalha:

A inclusão destas metas nos contratos vigentes, como é lógico supor, importa a assunção, pelos atuais prestadores, de novas obrigações de investimento, além de repercutir no **provável encarecimento dos custos de operação**. Este impacto na estrutura de custos dos contratos acarreta **o rompimento do seu equilíbrio econômico-financeiro**. Por mais que, em muitos casos, dadas as peculiaridades de algumas contratações que prevalecem no âmbito da operação do saneamento, seja difícil decifrar com precisão a sua equação econômico-financeira originária, ante a ausência de matrizes de risco e de obrigações detalhadas e bem definidas, **é inegável que a introdução de novos encargos e investimentos provoca um desequilíbrio contratual**. Assim sendo, exsurtem **direitos e deveres das partes voltados a assegurar a intangibilidade desta equação**. Os prestadores, neste contexto, detêm um direito a obter as respectivas compensações econômicas e financeiras pelos ônus gerados¹.

Trata-se do caso em questão. Assim, é evidente a aplicabilidade da equação econômico-financeira a esses contratos.

4. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato

O equilíbrio econômico-financeiro é a manutenção da proporção entre encargos e receitas contratados pelas partes, que deve ser mantido ao longo do contrato. Ou seja, uma vez acrescidos os encargos, deve haver incremento de receita que lhe seja proporcional. Como leciona Bandeira de Mello:

¹ Fernando Vernalha GUIMARÃES. **Apontamentos sobre o Decreto nº 10.710/2021 e a comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviço de saneamento básico para viabilizar a sua universalização**. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 121-146, jul./set. 2021.

A equação econômico-financeira constitui-se no objeto contratual imutável unilateralmente. A expressão econômica de valor fruível pelo concessionário como resultado da exploração do serviço ao longo da concessão segundo os termos constituídos à época do ato concessivo é direito fundamental da contraparte do Poder Público².

Importante se ter em conta que o equilíbrio econômico-financeiro é uma garantia constitucional. Diversos são os aspectos que interferem na remuneração do contratado, ou ainda, na equação ônus-remuneração. É ao conjunto desses fatores que se refere a expressão *equilíbrio econômico-financeiro*.

O equilíbrio econômico-financeiro é uma garantia *constitucional* dos contratados da Administração Pública:

Art. 37. (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Como se vê, a Administração Pública tem a obrigação de recompor a equação econômico-financeira, consubstanciada nas *condições efetivas da proposta*, quer quando esse equilíbrio é alterado unilateralmente pela própria Administração Pública, quer quando alterado por

² Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Serviço público e concessão de serviço público**. Malheiros. São Paulo: 2017. p. 100.

situações alheias à vontade das partes, neste último caso, quando o risco por tal evento não for expressamente atribuído ao contratado. Segundo julgado do Supremo Tribunal Federal:

“[a] preservação da equação econômica possui estatura constitucional, por estar expressamente prevista na expressão 'mantidas as condições efetivas da proposta' (art. 37, XXI). O dispositivo, que remete à lei específica, trata de toda a contratação pública. É uma inovação da Constituição Federal de 1988, que, assim, estende o reequilíbrio econômico-financeiro a todos os contratos administrativos (WALD, Arnaldo. O Direito da Regulação, os Contratos de Longo Prazo e o Equilíbrio Econômico-Financeiro Direito Público nº 8 – Abr-Maio/Jun/2005 p.120). A manutenção da equação proposta durante toda a vigência do pactuado decorre também dos postulados constitucionais da garantia da justa remuneração do capital do contratado e da proibição do confisco da propriedade. Os termos contratuais obrigam as partes nos limites do avençado. Por essa razão, a superveniência de fatos extraordinários, não previstos ou imprevisíveis, faculta à parte onerada rescindir o contrato, caso não seja restituído o equilíbrio econômico-financeiro original. É como determina a teoria da imprevisão, que, com esteio na cláusula rebus sic stantibus, informa tanto os contratos privados quanto os públicos³. (O STF reconhece isso especificamente nos contratos com companhias estaduais de saneamento, como na STP 111, relativo ao contrato entre a Embasa e o Município de Itaju do Côlônia)

Importante se observar que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal se refere justamente a um contrato celebrado entre uma Companhia estadual e um Município, evidenciando que o princípio da manutenção da equação econômico-financeira também se aplica a essas formas de contratação.

³ MS nº 35.196/DF. Rel. Min. Luis Fux. j. 03.08.2018.

Observe-se que o dever de a Administração Pública reequilibrar a equação econômico-financeira, além de possuir sede constitucional, é disciplinado pela legislação federal. Por exemplo:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei **poderão ser alterados**, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

.....

II - por acordo das partes:

.....

d) para **restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato**, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou **fato do príncipe**, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Imagine-se que não houvesse o direito do contratado em obter o reequilíbrio econômico-financeiro. A consequência seria a de o contratado precificar e inserir na proposta todos os incidentes possíveis que poderiam afetar em seu desfavor a equação econômica. Com isso, a Administração pagaria a eventualidade de tais riscos, onerando os seus custos mesmo nas hipóteses em que o fator de risco não se confirme. Como evidente, melhor para a Administração arcar com tais riscos e ser onerada apenas nas hipóteses em que o evento de risco ocorrer e, ainda, nos limites dos impactos efetivos de tal evento.

Por outro lado, na hipótese de o contratado, por imprudência ou inviabilidade de prever todos os eventos futuros, deixar de prever na sua proposta econômica os valores correspondentes, se

o fator de risco se efetivar, haverá a inviabilidade do contrato, ou um desinteresse em executá-lo, colocando em risco o interesse público e, ainda, trazendo os custos de transação dos inconvenientes dos procedimentos de ruptura contratual, de recomposição de danos e de nova contratação.

Colocadas, portanto, as razões que legitimam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato não apenas como um direito do contratado em face aos poderes da Administração Pública, **mas também como salvaguarda do próprio interesse público**, passamos a considerar os motivos que legitimam o reequilíbrio contratual.

Não são todas as ocorrências que geram direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Alguns casos são previstos inclusive no contrato, sob a condicionante de, havendo sua efetivação, a parte que os assumiu contratualmente por eles se responsabilize financeiramente. É importante, portanto, conhecer a natureza dos fatos, para que caracterizando-os como um ou outro tipo de risco, seja possível determinar a parte que com suas consequências arcar.

Um dos tipos de ocorrência que pode gerar o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, em favor do prestador de serviços, é o que Maria Sylvia Zanella Di Pietro denomina por *álea administrativa*:

Álea administrativa, que abrange três modalidades:

- a) Uma decorrente do poder de **alteração unilateral** do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido;
- b) A outra corresponde ao chamado **fato do príncipe**, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido.

c) A terceira constitui o **fato da Administração**, entendido como “toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução⁴.

A álea administrativa pressupõe um certo grau de responsabilidade da Administração Pública, seja por sua atuação direta ou indireta sobre os efeitos do contrato.

Nos casos de **fato do príncipe**, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é impactado, por motivos de uma ação da Administração ou do Estado, mas que sobre ele incide indiretamente. Ou seja, o fato do príncipe se define como um ato externo, por decisão de autoridade, que sobre o contrato incide e o impacta, mas que não teve por destinatário um contrato ou relação específicos. É um ato genérico que acaba influenciando na execução do contrato, mas que não ocorre destinado àquele contrato, ou com objetivos de promover nele impactos. Porém, acaba sobre ele incidindo, o que determina, nos ditames legais vigentes, a recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro. Na definição de Hely Lopes Meirelles:

Fato do príncipe é toda determinação estatal, geral, imprevista e imprevisível, positiva ou negativa, que **onera substancialmente a execução do contrato administrativo**. Essa oneração constituindo uma álea administrativa extraordinária e extracontratual, **obriga o Poder Público contratante compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução do ajuste⁵**.

Nota-se, portanto, que as obrigações determinadas pelo NMSB, inclusive aos contratos vigentes, são um caso de **fato do príncipe**, ainda que indireto, uma vez que a norma determina

⁴ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. **Direito administrativo**. 31ª ed. Forense. São Paulo: 2018. p. 313.

⁵ Hely Lopes MEIRELLES. **Estudos e pareceres de direito público**. Vol. 10. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1988.

a inclusão de obrigações mediante celebração de termos aditivos – atos bilaterais – mas, que condiciona a “*regularidade*” dos contratos, no sentido conferido à regularidade pela Política Pública instaurada, à essa atualização contratual⁶.

A inclusão dessas metas e a obrigatoriedade de universalização dos serviços até 2033, mesmo em contratos em vigor, obriga às partes a realizarem alterações em seus contratos, fluxos de caixa e expectativas de retorno, impactando diretamente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de prestação regionalizada de serviços públicos, que é contrato celebrado com a Administração Pública e, por consequência, têm seu equilíbrio econômico-financeiro garantido constitucionalmente.

Contudo, é um fato de príncipe de **natureza particular**. Em regra, o fato do príncipe incide sobre os contratos, promovendo de imediato um desequilíbrio econômico-financeiro contratual, que deve ser recomposto. Porém, no caso do NMSB, seu artigo 11-B determina que a inclusão das obrigações seja efetivada por meio de **aditivo contratual**.

Isto é, embora uma determinação genérica de autoridade cause impacto no contrato, de forma a ser caracterizada como fato do príncipe, ela o faz de forma indireta, determinando que seja celebrado aditivo ao instrumento de contrato, de forma a inserir as obrigações determinadas.

Ainda assim, não é desconfigurada sua natureza jurídica de fato do príncipe. E, portanto, serão aqui referidas essas inclusões determinadas pelo NMSB como fato do príncipe *indireto*.

Uma vez desequilibrada a equação econômico-financeira dos contratos, em razão do fato do príncipe, importa analisar algumas das possíveis formas de recomposição.

⁶ O uso do termo *regularidade* diz respeito àquilo que a Política Pública de Saneamento Básico denomina por regular, que, nos termos do art. 3º, IX, da Lei 11.445/2007, são contratos que atendem aos dispositivos legais de saneamento básico. Ou seja, os contratos pela Política Pública considerados *irregulares* não são *irregulares* perante o direito – visto que são atos jurídicos perfeitos – mas *irregulares* perante a Política Pública, assumindo as consequências por ela determinadas, como a dificuldade de acesso a recursos federais, nos termos do art. 50 da mesma lei.

4.1. Formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos

Identificado o desequilíbrio do contrato, cabe às partes a definição da forma de recomposição desse equilíbrio. Algumas possibilidades são admitidas em lei e consagradas pela doutrina:

No que se refere aos mecanismos para sua recomposição, não há qualquer indicação de quais sejam no plano legal. Normalmente as normas contratuais preveem a revisão do valor da tarifa, a alteração do cronograma de investimentos, o ressarcimento em pecúnia e a extensão do prazo da concessão – a qual não se confunde com a prorrogação por motivos de conveniência e oportunidade, pois tem a finalidade específica de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro sem impacto no valor da tarifa⁷.

A Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 - Lei de Concessões, prevê como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a **revisão tarifária**⁸, o que leva alguns autores, como Floriano de Azevedo Marques Neto a considerá-la como meio preferencial de recomposição⁹.

Analisando a forma de contratação administrativa e considerando o pagamento de tarifas como única ou principal fonte de receita do prestador do serviço, o aumento tarifário se oferece como forma mais lógica de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro prejudicado.

Contudo, nem sempre é possível, ou razoável, a partir da lógica do interesse público, a aplicação dessa forma de recomposição. Em primeiro lugar, é importante lembrar o princípio da modicidade tarifária, inscrito na Lei 8.987/1995, em seu artigo 6º, § 1º. Além disso, em

⁷ Letícia Queiroz de ANDRADE. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. Malheiros. São Paulo: 2015. p. 215.

⁸ Art. 9º da Lei 8.987/1995.

⁹ Floriano de Azevedo MARQUES NETO. **Concessões**. Fórum. Belo Horizonte: 2015. p. 195.

determinadas situações essa forma de recomposição não é adequada e não se faz útil, como demonstra Jacintho Câmara:

Situações de fato, todavia, podem limitar esta discricionariedade administrativa, tornando inviável o aumento tarifário como mecanismo de restabelecimento do equilíbrio contratual afetado. Isto ocorrerá sempre que o aumento de tarifa não corresponda um proporcional aumento de receita da concessionária. Seriam situações em que, devido à condição socioeconômica dos usuários do serviço a elevação do valor das tarifas traria uma queda na demanda pelo serviço e, conseqüentemente, a receita geral da empresa concessionária não seria beneficiada¹⁰.

Como, no caso do saneamento básico, a tarifa é um componente sensível ao usuário, mais que em outros serviços públicos, entendemos que a modicidade tarifária deve ser preservada ao máximo. Ainda que seja possível a majoração de valores tarifários, a modicidade deve ser um objetivo comum dos prestadores e reguladores, condicionando essa majoração a uma combinação com outras formas de recomposição, para que o usuário não seja excessivamente onerado. Segundo Letícia Queiroz, a modicidade tarifária deve ser um objetivo comum.

Desde que haja consenso entre as partes, alternativas que evitem a majoração da tarifa parecem-nos ser, em princípio, sempre cabíveis, ainda que não previstas originalmente no edital – como, por exemplo, a possibilidade de que a concessionária possa se valer de nova fonte de receita paralela à concessão, não prevista anteriormente¹¹.

¹⁰ Jacintho ARRUDA CÂMARA. **Tarifa nas concessões**. Malheiros. São Paulo: 2009. p. 188.

¹¹ ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Teorias das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. Malheiros São Paulo: 2015. p. 216.

Além disso, em muitos casos o aumento tarifário pode significar queda de demanda, prejudicando o volume de tarifas recebido e, conseqüentemente a própria receita que se tentou garantir ao concessionário como forma de recomposição do equilíbrio contratual.

No caso do saneamento básico, esse impacto na demanda pode impactar seriamente sobre direitos de saúde pública e deve ser ao máximo evitado.

Partindo, portanto, dessas premissas, analisemos as demais formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

A possibilidade de **indenização pelo Erário Público** ao prestador de serviços públicos pela realização de investimentos, apesar de ser a forma mais simples e rápida de solução de um desequilíbrio, constitui um desafio à Administração Pública, e, no caso do saneamento básico, aos Municípios, uma vez que os recursos que poderiam ser vertidos a outros serviços públicos acabam direcionados a um único serviço e, quando prestado por terceiro, também remunerando esse particular prestador do serviço. Inclusive, grande parte dos recursos públicos é de natureza vinculada, o que pode comprometer essa possibilidade de indenização¹².

Além disso, claro está que o momento econômico presente, considerando as dificuldades econômicas somadas às conseqüências da pandemia de COVID-19, não é favorável ao dispêndio de receita pública.

¹² Segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei complementar 101/2000: Art. 16 – “A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. § 1o Para os fins desta Lei Complementar, considera-se: I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício; II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

A indenização também contribui para uma oneração horizontal dos contribuintes, desrespeitando os princípios que regem a delegação de serviço, como a individualização do pagamento pelo consumo. Assim, o erário público, como representação de todas as contribuições dos munícipes, acaba vertido ao prestador de um serviço público, independentemente do consumo de cada usuário, que, na verdade, é também contribuinte. Foge, portanto, à própria lógica do contrato de concessão.

Se o poder concedente optar pela indenização estará agindo na conformidade da lei, mas a rigor essa alternativa diverge conceitualmente do esquema remuneratório da concessão. Isto porque todos os demais investimentos decorrentes da concessão são remunerados pelo usuário, ao pagar a tarifa.¹³

Além dessa dificuldade, é importante que a indenização como forma de recomposição do equilíbrio contratual de fato aconteça, e em prazo adequado, para que não seja impactado o fluxo de caixa do contrato.

Por sua vez, as **alterações nas obrigações e de cronogramas de investimentos** têm por objetivo promover uma compensação ao parceiro privado, ao lhe favorecer o fluxo de caixa pela remoção ou pela postergação de um investimento originalmente previsto. No caso de mera postergação, o prazo adicional tem de ser tal que compense, pelo rendimento financeiro dos recursos, o valor do novo investimento.

Inclusive, ao postergar um determinado gasto, o Poder Concedente confere espaço financeiro ao concessionário, para viabilizar o novo investimento.

Nas hipóteses em que os investimentos possam ser postergados e que o prazo restante do contrato seja extenso o suficiente para que essa postergação tenha efeitos sobre o fluxo de caixa

¹³ Antônio Carlos Cintra do AMARAL. **Concessão de serviços públicos**. Quartier Latin do Brasil. São Paulo: 2012. p. 28.

contratual, é uma forma razoável de garantir a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Mas, essas alterações nem sempre se fazem suficientes, uma vez que, a depender do momento do contrato, não resta espaço no fluxo de caixa para postergações de cronograma.

Nesse caso, como o desequilíbrio contratual foi causado por um fato do príncipe, determinando mais investimentos aos contratos, não seria razoável falar em adiamento dos prazos e do cronograma de investimentos.

Outra possibilidade, prevista na Lei de Concessões e na LNSB, é a **indenização a cargo da futura concessionária**. Nesse caso específico, a indenização devida pela não amortização dos bens e investimentos ficaria a cargo do vencedor de certame licitatório responsável pelo novo contrato de prestação dos serviços naquela localidade. Desonera-se, assim, a Administração Pública, sem prejuízo de ressarcimento do prestador de serviço cujos investimentos não tenham sido amortizados.

Porém, alguns autores e, dentre eles, Pedro Gonçalves, chamam atenção para a possibilidade dessa forma de recomposição conferir ao atual prestador vantagem no certame licitatório, configurando o instituto civil da confusão entre o crédito e a dívida e permitindo uma perpetuação do prestador na execução do serviço público. Além disso, é transferência de responsabilidade da Administração à iniciativa privada. Ademais, nem sempre essa forma de recomposição se faz adequada com relação aos objetivos do serviço e do interesse público¹⁴.

Outra forma de compensação do equilíbrio econômico-financeiro é a **redução do pagamento direto devido ao Poder Concedente**, nos casos em que exista cobrança de valor pela outorga da prestação de serviço. Como não é o caso, nos contratos de prestação de serviços de públicos de saneamento básico, não entraremos nessa seara.

¹⁴ Pedro GONÇALVES. **A concessão de serviços públicos**. Almedina. Coimbra: 1999. p. 329.

Isso posto, resta claro que, muitas vezes, a extensão de prazo se mostra o meio de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro mais adequado, ou o único viável, referente ao interesse público. Segundo Bandeira de Mello:

Ora, o caso “sub examine” [extensão] demanda, como é claro a todas as luzes, entendimento capaz de atender aos reclamos do fundamental princípio da “modicidade das tarifas”, tanto mais porque fazê-lo só traz benefícios, não acarreta prejuízo a quem quer que seja, não contravém qualquer cânone vetor da atividade administrativa e antes neles encontra respaldo. Assim, adotar inteligência que abica em tão prezáveis resultados, ao invés de adotar intelecção que, inversamente, só aporta inconvenientes, é ato do mais elementar bom-senso¹⁵.

A essa fala endossa Maçal Justen Filho:

A prorrogação é compatível com a Constituição especialmente quando todas as outras alternativas para produzir a recomposição acarretariam sacrifícios ou lesões irreparáveis às finanças públicas ou aos interesses dos usuários. Essa é a alternativa que realiza, do modo mais intenso possível, todos os valores e princípios constitucionais. Compõem-se os diferentes princípios e obtém-se a realização harmônica de todos eles¹⁶.

¹⁵ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro**. In: André Castro de CARVALHO. (Org.) **Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos**. ABCR. MP Editora. São Paulo: 2009. p. 62.

¹⁶ Marçal JUSTEN FILHO. **Teoria geral das concessões de serviço público**. Dialética. São Paulo: 2003. p. 406.

Considerando o caso em tela, em que se tem a imposição, por fato do príncipe, de obrigações novas em contratos em vigor, impactando diretamente seu fluxo de caixa que não previu essas obrigações originalmente, e que, dentre as possibilidades de recomposição, a extensão de prazo coaduna com princípios da Administração Pública, por não onerar os cofres públicos com indenizações dos novos investimentos, não acarretar significativo custo social com o aumento de tarifas, e em razão da inexistência de investimentos cujos cronogramas possam ser remanejados.

Estender os prazos confere ao prestador a segurança de receitas suficiente à amortização de seus novos investimentos, a possibilidade de captação de recursos mediante garantia de retorno aos investidores e maior segurança perante a inclusão das obrigações que se façam necessárias à universalização dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em sua área de prestação.

Parte da doutrina defende, inclusive, que em uma relação contratual, as prestações sejam devidas preferencialmente *in natura*, a menos que haja motivo justo para a substituição. Razão pela qual, em um cenário ideal, o melhor para a recomposição do contrato é admitir que o prestador siga explorando o serviço, em detrimento de uma indenização em dinheiro.

Negar ou omitir o reequilíbrio, quando devido, é sempre um ilícito contratual do concedente. E o ilícito tem de ser corrigido *in natura*, com o deferimento de prestações compensatórias diretas e internas à concessão e, assumindo-se as adaptações contratuais indispensáveis (como a dilação compensatória do prazo). A perspectiva de reparação posterior de danos por indenização judicial não é suficiente¹⁷

¹⁷ Carlos Ari SUNDFELD. **O direito à fruição in natura da concessão pública e sua exploração indireta abusiva**. In: WALD, Arnaldo. JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, César Augusto Guimarães. (Org) O direito administrativo na atualidade. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. Malheiros. 2017. p. 255.

Outros autores se posicionam a respeito da extensão de prazo como melhor forma de recomposição em alguns casos. Sem descartar ou deslegitimar a indenização, mas considerando a coerência da prestação do serviço:

Se o poder concedente optar pela indenização estará agindo na conformidade da lei, mas a rigor essa alternativa diverge conceitualmente do esquema remuneratório da concessão. Isto porque todos os demais investimentos decorrentes da concessão são remunerados pelo usuário, ao pagar a tarifa. É possível, portanto, sustentar que a prorrogação do prazo é mais condizente que a concessão, porque nesta todos os investimentos são amortizados pelos efetivos usuários do serviço, nenhum deles pela comunidade difusamente considerada¹⁸.

Portanto, no caso da Sanepar, em que há intenção de atualização dos contratos para incluir as obrigações, a extensão de prazo contratual é a medida recomendada pelo ordenamento jurídico, e seus valores, para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

A Lei Complementar 237, de 9 de julho de 2021, do Estado do Paraná, a respeito da prestação regionalizada dos serviços e das atribuições das Microrregiões, previu:

Art. 9º São atribuições do Colegiado Microrregional:

VIII - **manifestar-se em nome dos titulares** em matérias regulares e contratuais, inclusive previstas no Decreto Federal nº 10.710, de 31 de maio de 2021, bem como **celebrar aditamentos contratuais para preservar o ato jurídico perfeito**

¹⁸ Antônio Carlos Cintra do AMARAL. **Concessão de serviços públicos**. Quartier Latin do Brasil. São Paulo: 2012. p. 28.

mediante reequilíbrio econômico-financeiro, quando o reequilíbrio se realizar mediante dilação ou diminuição de prazo contratual;

Além disso, vale reiterar que o próprio Regimento Interno das autarquias microrregionais admite a extensão de prazo como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro prejudicado pela inclusão das obrigações previstas no NMSB.

Art. 19. São atribuições do Colegiado Microrregional:

XII – manifestar-se em nome dos titulares sobre matérias regulatórias ou contratuais, inclusive as previstas no Decreto federal nº 10.710, de 31 de maio de 2021, bem como homologar deliberações da entidade reguladora ou **autorizar o aditamento de contratos para preservar o ato jurídico perfeito mediante reequilíbrio econômico-financeiro, especialmente quando o reequilíbrio se realizar mediante extensão ou diminuição de prazo**¹⁹;

Evidente, portanto, que a legislação paranaense prevê a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos mediante extensão de prazo, por meio de termo aditivo.

Quanto ao prazo especificamente, é importante considerar dois aspectos relevantes.

O primeiro deles é relativo aos estudos econômico-financeiros elaborados pela FIA – Fundação Instituto de Administração, que demonstram que o acréscimo do prazo de todos os contratos até 2048 é suficiente para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, ao mesmo tempo que permite a manutenção de uma tarifa módica na prestação de serviços. O ano de 2048 foi considerado por ser o término do contrato celebrado com o Município de Curitiba, que, por ser a capital do Estado e um Município de porte relevante, corresponde a uma parte considerável do faturamento da Companhia, com impacto direto na prestação regionalizada dos serviços.

¹⁹ Decreto 8.924, do Estado do Paraná, publicado em 1 de outubro de 2021.

Ou seja, a operação da Sanepar em todos os Municípios depende, em grande parte, do faturamento obtido no Município de Curitiba, e perde sentido quando esta se extingue.

Os mencionados estudos cumprem, inclusive, previsão dos Regimentos Internos das Microrregiões:

Art. 19. São atribuições do Colegiado Microrregional:

(...)

§ 8º O **reequilíbrio** previsto no inc. XII **poderá ocorrer inclusive se demonstrado em estudo de viabilidade econômica e financeira, mediante estimativa, que o impacto tarifário global ocasionado pela inserção das metas previstas no art. 11-B da nova redação da Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, nos contratos atualmente executados pela SANEPAR, é incompatível com a capacidade de pagamento dos usuários e com o princípio da modicidade tarifária** ou nos casos de aumento relevante, que existe impacto na matriz de risco do pacto original, isto levado em consideração a prestação regionalizada e o regime de tarifa uniforme.

§ 9º Os estudos de viabilidade disciplinados pelo Decreto federal nº 10.710, de 31 de maio de 2021, **deverão considerar os prazos previstos nos instrumentos contratuais e seus aditamentos, inclusive os que venham a estendê-los para atender ao previsto no § 8º, a fim de comprovar a capacidade econômica e financeira do prestador de serviços para atingir as metas mencionadas no art. 11-B da nova redação da Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007²⁰.**

O segundo aspecto que deve ser considerado, no que diz respeito ao prazo de extensão dos contratos, é um reflexo da própria noção de Justiça. Como a prestação dos serviços realizada pela Sanepar é regionalizada, e é cobrada uma tarifa única, independentemente da localidade,

²⁰ Decreto 8.924, do Estado do Paraná, publicado em 1 de outubro de 2021.

a disparidade de prazos impacta de forma desigual os usuários dos serviços. Usuários que residem em Municípios cujos prazos de vigência contratual são maiores pagarão mais, em razão da amortização dos investimentos no tempo, quando comparados aos usuários residentes em Municípios com prazos de vigência contratual menores. Essa ofensa ao princípio da isonomia em relação aos serviços públicos precisa ser resolvida, ou ao menos mitigada, adotando-se, tanto quanto possível, mediante os termos de atualização contratual, a uniformidade dos prazos nos instrumentos de adesão à prestação regionalizada, em regime de tarifa uniforme.

Assim, a manutenção do encerramento de todos os contratos em 2048 garante que não seja necessário, em prol da isonomia, que os usuários dos Municípios cujo contrato tenha encerramento mais próximo tenham o impacto de um aumento tarifário, ou acréscimo específico, nos moldes da contratação da Sabesp, no Estado de São Paulo²¹.

No caso de não ser possível a extensão de prazo de determinado Município, em tese, seria imprescindível aumento do valor das tarifas na localidade, para fazer frente aos demais contratos de prestação regionalizada, de forma que haja uma proporcionalidade de arrecadação e, como já dito, o atendimento ao princípio da isonomia.

4.2. Distinção entre prorrogação discricionária e extensão de prazo recompositória

Demonstradas as particularidades da prorrogação de prazo para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, aqui denominada extensão ou extensão de prazo, para fins de mera compreensão, cabe fazer uma distinção com a prorrogação para fins de conveniência e oportunidade da Administração, ou prorrogação discricionária.

²¹ Minuta de contrato de prestação de serviços de saneamento da Sabesp:

Cláusula 40. Comporão parcela tarifária a ser aplicada localmente: a) as alterações do Plano Municipal de Saneamento; b) as exigências que venham a ser impostas pelo MUNICÍPIO ou quaisquer outras autoridades administrativas ou ainda por decisões judiciais que alterem o equilíbrio original deste CONTRATO, no âmbito local.

Essa forma de prorrogação de contratos pressupõe (i) vontade da Administração e do contratado em prorrogar o contrato, simplesmente pelo interesse em prorrogar – ou seja, razões de conveniência e oportunidade; (ii) possibilidade jurídica de fazê-lo. Como define Carlos Ari Sunfeld:

A prorrogação ou renovação da concessão é medida consensual, aceita pelo Estado com base em poder discricionário que lhe é conferido constitucionalmente. Destina-se a manter o serviço público em mãos de quem tenha demonstrado capacidade e idoneidade para dele cuidar, evitando os riscos de uma transição desastrosa para um novo prestador. Sua justificativa é, portanto, o interesse público, não o direito de o concessionário completar a amortização do capital investido. Embora se devam respeitar os termos e condições oriundos da licitação e do contrato original, a prorrogação é quase um contrato derivado, com relativa autonomia²².

Sua racionalidade é o próprio interesse público que orientou a contratação original e que, conseqüentemente, orienta a manutenção do prestador na execução do serviço. Inclusive, para que se perfaça é imprescindível que haja autorização do contrato originalmente celebrado entre as partes²³. O que não significa que qualquer contrato com cláusula de prorrogação o deva ser. Cabe à Administração Pública a realização do juízo discricionário que lhe compete.

Diferentemente da *extensão de prazo recompositória*, que tem por objetivo recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a *prorrogação discricionária* pode ensejar o desequilíbrio.

²² SUNDFELD, Carlos Ari, ARRUDA CÂMARA, Jacintho. SOUZA, Rodrigo Pagani de. Concessão de serviço público: limites, condições e conseqüências da ampliação dos encargos da concessionária. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (coord). Direito Administrativo Brasil – Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo. Belo Horizonte: 2007. p. 43.

²³ Floriano de Azevedo MARQUES NETO. **Concessões**. Fórum. Belo Horizonte: 2016. p. 170.

Ela [prorrogação] é, em si, um fator de desequilíbrio contratual, e não de reequilíbrio. Explico. A presunção subjacente à concessão é que o particular satisfaça sua perspectiva de ganho explorando o objeto concedido pelo prazo originalmente pactuado. [...] Presumindo, porém, que a exploração se deu de modo suficiente a atingir a perspectiva original do particular, a prorrogação traz para ele a possibilidade de prosseguimento na exploração da utilidade concedida, o que certamente acarreta a necessidade de novos dispêndios (custos operacionais, custos de reposição, custos de formação de excedentes para atendimento de demanda acrescida), mas também o alargamento do seu potencial de ganhos²⁴.

A *prorrogação discricionária* não é objeto de análise deste estudo. Porém, é indispensável distingui-la da extensão de prazo com fins de reequilíbrio, justamente para evitar que eventual confusão entre os conceitos impacte nas conclusões que serão apresentadas adiante. Assim, é importante sua caracterização para que a extensão de prazo não seja obstada por uma vedação à *prorrogação discricionária* dos contratos.

Como o NMSB, ao proibir a celebração de novos contratos de programa, pode ser entendido que a norma proibiu a prorrogação discricionária desses contratos, por razões de conveniência e oportunidade, o que não se iguala à extensão de prazo para fins de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, um direito garantido constitucionalmente.

A extensão de prazo para fins de reequilíbrio pode ter lugar mesmo em contratos que não projetam a prorrogação ou que a vedem, pois com ela não se confunde²⁵.

²⁴ Floriano de Azevedo MARQUES NETO. **Concessões**. Fórum. Belo Horizonte: 2015. p. 168.

²⁵ CANTO, Mariana Dall'agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. **Prorrogações contratuais em contratos de concessão**. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-**

E, como adverte Floriano de Azevedo Marques Neto:

Extensão de prazo para fins de reequilíbrio é o inverso da prorrogação. Aqui ocorre que, por qualquer circunstância, o balanço contratual não pôde ser atingido, exigindo sua recomposição. Nesse caso, uma das hipóteses de reposição do equilíbrio original é a extensão de prazo, sendo, efetivamente, o prazo de concessão um elemento da equação econômico-financeira (a exploração da utilidade pública por n anos é menos vantajosa que a exploração do mesmo objeto por n + x anos). A extensão de prazo para fins de reequilíbrio, ademais, pode ter lugar mesmo em contratos que não prevejam a prorrogação ou que a vedem, pois com ela não se confunde²⁶.

Outros autores endossam o entendimento, evidenciando que a proibição da prorrogação não pode impactar diretamente no direito ao equilíbrio econômico-financeiro, nem mesmo vedar que esse seja mantido a partir de mecanismos legítimos, como a extensão de prazo. Por todos, Bandeira de Mello:

Daí que, a prorrogação contratual, ao contrário da outra situação figurada, estará, de direito, assentada em dois cânones normativos que lhe servirão de escora, isto é, de suporte de legitimidade: de um lado, ante a vicissitude de respeitar a equação econômico-financeira, a norma que lhe impõe tal dever e de outro o princípio prestigiador da modicidade. Segue-se que a ausência de previsão permissiva no edital ou no contrato estaria suprida por estas aludidas normas, sendo que a disposição legal que determina a modicidade das tarifas

financeiro e a taxa interna de retorno. A lógica das concessões e Parcerias Público-Privadas. Fórum. Belo Horizonte: 2017. p. 216.

²⁶ Floriano de Azevedo MARQUES NETO. **Concessões.** Ed. Fórum. Belo Horizonte: 2016. p. 168.

– noção que, como se disse, tem hierarquia de princípio – é a que diretamente lhe servirá de calço²⁷.

Não há, portanto, que se falar em *prorrogação*, no sentido estrito da palavra, do contrato de programa ou até mesmo dos contratos de concessões impróprias, quando se promove a *extensão de prazo* contratual para compensação do desequilíbrio causado por fato do príncipe de inclusão de obrigações.

Como a extensão de prazo para fins de reequilíbrio não se confunde com a prorrogação discricionária, vedá-la significaria impor aos cofres públicos e aos contribuintes um ônus que, como explanado anteriormente, contraria a essência da concessão que é o pagamento pelo uso. Ou, alocaria aos usuários um acréscimo tarifário significativo que afetaria a modicidade tarifária, máxime quando possível uma outra forma mais equânime de reequilíbrio.

Repita-se que, em muitos casos, a extensão de prazo poderá afigurar-se a via menos onerosa para promover o reequilíbrio. É provável que, no contexto dos contratos de prestação de serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário vigentes, ela se coloque como a alternativa mais factível, em vista das circunstâncias concretas. Afinal, dadas as metas exigentes, os investimentos para viabilizá-las serão em regra bastante expressivos. Excluída a hipótese da extensão do prazo, sua compensação importaria em revisões tarifárias ou aportes públicos muito significativos²⁸.

²⁷ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro.** In: CARVALHO. André Castro de (Org.) **Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos.** ABCR. MP Editora. São Paulo: 2009. p. 59.

²⁸ Fernando Vernalha GUIMARÃES. **Apontamentos sobre o Decreto nº 10.710/2021 e a comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviço de saneamento básico para viabilizar a sua universalização.** R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 121-146, jul./set. 2021.

Além disso, há que também se analisar outro normativo, que pode causar dificuldade de interpretação. O Decreto federal 10.710, de 31 de maio de 2021, cujo objeto é justamente a regulamentação da metodologia de comprovação de capacidade econômico-financeira dos prestadores para universalização dos serviços, e determina, acerca dos de viabilidade técnica e econômica dos contratos, que servirão a essa comprovação:

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

(...)

§ 3º - Os estudos de viabilidade não poderão prever:

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

Mais uma vez, faz-se necessário ressaltar que não estamos diante de prorrogação discricionária, vedada pelo NMSB, e sim da extensão de prazo para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Ou seja, a extensão de prazo refere-se ao desequilíbrio inerente aos contratos vigentes em razão das novas obrigações impostas, e a ele tão somente. A vedação do regulamento, que é polêmica, por não caber a regulamento a criação de obrigações, a partir da aplicação do princípio da legalidade estrita, refere-se ao aumento de prazo discricionário para conferir maior musculatura financeira à companhia. Trata-se da diferença entre um ato motivado e vinculado – reequilíbrio econômico-financeiro de uma avença afetada por fato do príncipe – e um ato discricionário – mero aumento de prazo para robustecer o fluxo de caixa futuro da companhia, sem que tenha por objetivo qualquer reequilíbrio.

A norma regulamentar é dirigida aos estudos de viabilidade, ou seja, tais estudos não poderão prever estes aumentos de prazo. Não proíbe que a vontade das partes atue, na forma da lei.

Trata-se de mera delimitação de condicionantes que serão consideradas pelo regulador no momento da comprovação de capacidade econômico-financeira. A resultante da capacidade

econômico-financeira não pode depender de *eventual* prorrogação de prazo. Uma vez comprovada a capacidade, inclusive, estão as partes livres para celebrar os acordos contratuais que entenderem, apenas não serão considerados nessa comprovação.

Com isso, a extensão de prazo, como exigência do reequilíbrio econômico-financeiro e do princípio da modicidade tarifária, como evidente, não está vedada.

5. Momento da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

O fato do príncipe, como já demonstrado, deve ensejar o reequilíbrio dos contratos. No caso de sua causa ser evento externo, a recomposição deve se dar *a posteriori*.

Nesse caso, como está condicionado a uma formalização de termo aditivo entre as partes, e, portanto, a um ato bilateral, deve haver a recomposição no momento de celebração do termo aditivo, uma vez que nesse momento se constata o desequilíbrio.

Assim determina a legislação. Com fundamento nos dispositivos da Lei de Concessões e da LNSB, que estabelece a aplicação subsidiária das normas da Lei de Concessões aos contratos de programa, o momento da recomposição deve ser o imediato da celebração do aditivo contratual, garantida a "*concomitância*"²⁹ entre o fato gerador do desequilíbrio e a avença de sua recomposição, eis que é o previsto pela Lei de Concessões (e é o evidente, face à teoria dos contratos).

Portanto, necessária a inclusão da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro já no termo de atualização que determina mudanças no contrato.

Considerando, inclusive, a necessidade de comprovação de capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços, determinada pelo Decreto federal 10.710/ 2021, até o final de 2021,

²⁹ Art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995.

e que nessa comprovação é necessário considerar a inclusão das obrigações estabelecidas pelo NMSB, é imprescindível que em momento anterior à comprovação, sejam firmados entre as partes, os compromissos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, de forma que os estudos possam ser apresentados já informando uma expectativa real de concretização das metas pelo prestador.

Fica, portanto, claro que (i) a extensão de prazo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos não é o mesmo instituto da prorrogação por razões de conveniência e oportunidade da Administração, mas meio de recomposição de uma equação impactada pelas imposições da nova norma; (ii) essa extensão de prazo não é objeto de vedação legal ou regulamentar, uma vez que o novo marco legal veda a prorrogação por conveniência, e somente em contratos de programa; em momento algum a legislação impede que seja realizada a inclusão das obrigações do NMSB – pelo contrário, a determina – e que essa inclusão compulsória, inexoravelmente, deve ser compensada por extensão de prazo contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro.

6. O princípio da igualdade e a *extensão de prazo recompositória*

Como já citado anteriormente, importa ressaltar estarmos diante de um serviço público responsável pelo efetivo cumprimento de direitos fundamentais de seus usuários – dentre eles, os relativos à saúde e dignidade da pessoa humana.

Assim, a esse serviço se estende a aplicação do princípio constitucional da isonomia, a partir do qual todos devem ser tratados como iguais, na medida de sua desigualdade. A esse respeito, Dinorá Grotti:

A igualdade constitui garantia, para todos os usuários do serviço no sentido do direito que possuem a que lhes seja dispensado igual tratamento jurídico e econômico, sem efetuar discriminações injustificadas. Por outras palavras, a prestação do serviço deve ser igual para aqueles que se encontrem em situações

comparáveis, respeitadas as distinções de suas condições, que conduzam a eventuais diferenças de cuidados. Qualquer discriminação deve ser justificada em função da condição ou situação em que objetivamente cada usuário se encontra³⁰.

A autora cita Bandeira de Mello e Waline, para explicar que, somente quando houver racionalidade no fator de discriminação entre os usuários é que deverá haver tratamento desigual entre eles.

No caso em questão, estamos diante de prestação regionalizada, de serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Ou seja, o conjunto de prestações de serviços, a diferentes Municípios, compõe o quadro do prestador, no sentido de conferir-lhe receitas e determinar-lhe encargos, de forma que a prestação e arrecadação em Municípios em que sua receita é superavitária acaba por “compensar” a prestação e arrecadação em Municípios de receita deficitária.

A LNSB, antes da nova redação trazida pelo NMSB definia a prestação regionalizada como:

Art. 14. A prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico é caracterizada por:

I - um único prestador do serviço para vários Municípios, contíguos ou não;

II - uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive de sua remuneração;

III - compatibilidade de planejamento.

³⁰ Dinorá Adelaide Musetti GROTTI. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 300.

No mesmo sentido, a nova redação, modificada pelo NMSB:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

XIV - prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços;

Dessa forma, é possível garantir a mesma qualidade de serviço a usuários, em Municípios com características distintas. E, evidentemente, é importante que o prazo entre tais contratos seja coincidente, de forma que o balanceamento presente na prestação regionalizada se mantenha equilibrado. Caso contrário, subsistindo a prestação em uma localidade, diferentemente de outra, os fluxos de caixa não mais poderiam ser compensados entre si, gerando uma desigualdade injustificada entre os usuários, porque tarifas uniformes, em prazos diferentes, são, em realidade, tarifas injustificadamente diferentes.

Todos os contratos devem, portanto, contribuir em igual medida temporal para a prestação do serviço. Caso contrário, o Município que tiver a prestação reduzida, deve ter um aumento no valor de suas tarifas que justifique o prazo mais curto de prestação no âmbito de prestação regionalizada.

7. O Termo de Atualização

O NMSB previu a inclusão de obrigações nos contratos, mas não regulamentou essa inclusão. A ANA - Agência Nacional de Águas será responsável pela regulamentação, a partir da publicação de normas de referência, que servirão de base para toda a regulação nacional³¹.

Ademais, é provável que a AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infraestrutura do Paraná – edite normas regulamentando as normas de referência da ANA, de forma a internalizar seu cumprimento pelos prestadores paranaenses.

Essa regulamentação não foi publicada até o momento e, embora o NMSB tenha conferido prazo de adequação dos contratos em 31 de março de 2022, o Decreto 10.710, de 31 de maio de 2021, determinou a comprovação de capacidade econômico-financeira por parte dos prestadores em 31 de dezembro de 2021.

Considerando, portanto, que (i) devem ser inseridas metas e conteúdo mínimo nos contratos, nos termos do Novo Marco do Saneamento Básico; (ii) que as metas e conteúdo mínimo ainda serão objeto de regulamentação por parte da ANA e, provavelmente, da AGEPAR; e (iii) que essa inclusão deve ser feita a tempo da comprovação de capacidade econômico-financeira da Sanepar, ou seja, até em 31 de dezembro de 2021, necessária a atualização dos contratos, porém com a Sanepar assumindo o risco regulatório *de execução*³², assim assegurando a prestação eficiente e regular do serviços nos Municípios em que atua como prestadora.

A partir, portanto da assinatura do Termo de Atualização, compromete-se a Sanepar ao cumprimento das metas previstas no caput do art. 11-B da LNSB, como no futuro detalhadas e regulamentadas pelas normas da ANA e da AGEPAR.

³¹ O respeito às normas de referência serão, inclusive, condição de acesso a recursos federais pelos titulares e prestadores do serviço, em quaisquer dos serviços de saneamento básico (abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais).

³² O que não implica na assunção do risco regulatório econômico, mas, simplesmente, a Sanepar compromete-se a inserir as metas que forem necessárias à cobertura universal dos serviços até 2033.

No caso, porém, do art. 10-A, da nova redação da LNSB, em que o Novo Marco se refere ao conteúdo mínimo dos contratos, a Sanepar se obriga a cumpri-los, caso as normas de referência da ANA venham a determinar que o sejam em contratos já em execução.

Recentemente, em setembro de 2021, a ANA abriu consulta pública acerca de Norma de Referência sobre a padronização dos termos aditivos para inclusão das obrigações do NMSB e deixou de incluir as disposições do art. 10-A, tendo por objeto apenas as metas previstas no caput do artigo 11-B da LNSB.

Como se infere, não está claro se a nova Política Pública de Saneamento Básico considerará a como necessária a inclusão das disposições do art. 10-A aos contratos em vigor. Por essa razão, compromete-se a Sanepar a fazê-lo, caso a ANA assim o discipline.

Assim, o Termo de Atualização é um termo simples, que permite que a Sanepar se comprometa ao cumprimento das novas exigências legais e regulatórias, neste último caso inclusive as vindouras, ao mesmo tempo em que esclarece a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual, em vista do impacto da alteração legislativa (fato do príncipe)³³.

E, como demonstrado, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por extensão de prazo é a forma que melhor se adequa à realidade da prestação do serviço, além de permitir uma prestação regionalizada equânime entre os Municípios atendidos pela Sanepar, realizando também as imposições do princípio da isonomia. Futuramente, com a regulamentação, é possível que novos normativos conduzam a novos aditamentos, se as partes entenderem necessários.

³³ Impacto nos contratos administrativos causado por ação da Administração, inclusive por meio de atos normativos que alterem indiretamente a regulamentação que lhes fundamenta.

8. Legitimidade para assinatura do Termo de Atualização

Além do estabelecimento de metas e conteúdo mínimo dos contratos de saneamento básico, o NMSB enfatizou a prestação regionalizada a se realizar mediante: (i) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, de natureza compulsória, instituídas pelos Estados por meio de lei complementar, nos termos do art. 25, 3º, da Constituição Federal; (ii) unidade regional de saneamento básico, instituídas pelos Estados por meio de lei ordinária, dependente de adesão voluntária dos Municípios; ou (iii) blocos de referência, instituídos pela União, inclusive o artigo 15 prevê que os Estados deveriam instituir a regionalização até o dia 15 de julho de 2021.

Cumprindo o previsto na legislação federal, o Estado do Paraná, em 9 de julho de 2021, publicou a Lei Complementar 237, que *“Institui as Microrregiões dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Oeste, do Centro-leste e do Centro-litoral e suas respectivas estruturas de governança”*.

Nos termos do art. 1º, § 1º, cada Microrregião possui natureza jurídica de autarquia intergovernamental. E, segundo seu art. 2º: *“São funções públicas de interesse comum das Microrregiões instituídas por essa Lei Complementar o planejamento, a regulação, a fiscalização e a prestação, direta ou contratada, dos serviços públicos de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e de manejo de águas pluviais urbanas”*.

A determinação do NMSB é que haja a alteração de contratos da Administração Pública, por meio de aditamentos, para se inserir metas, em especial as de universalização (art. 11-B, § 1º). Contudo, como, no caso do Estado do Paraná, foram estabelecidas Microrregiões, tal aditamento só se viabiliza a partir da própria Microrregião - seja como subscritora dos instrumentos de aditamento, seja autorizando que Município celebre isoladamente o aditamento. Observe-se que a LCE 237/2021 tanto prevê que *“o representante legal da Microrregião subscreverá o respectivo contrato³⁴”*, o que se aplica também aos aditamentos,

³⁴ Art. 9º, § 1º, *in fine*.

como ainda prevê que a celebração de contratos (e aditamentos) pelo Município depende de autorização do Colegiado Microrregional³⁵.

Isso porque, ao serem instituídas as autarquias Microrregionais, estas assumem a posição contratual de Poder Concedente nos instrumentos celebrados pelos Municípios que as integram, no que tenham por objeto a delegação da prestação de serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. A esse fenômeno jurídico, a doutrina jurídica denomina por transferência de posição contratual.

Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo o *leading case* a ADI 1842/RJ, o ente colegiado assume a titularidade dos serviços públicos, de forma a conciliar os interesses municipais envolvidos. Destaca-se dos termos de sua ementa:

Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto.

E, como argumenta o Ministro Joaquim Barbosa, a respeito da titularidade:

(...) Vale dizer, **a titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa para a nova entidade público-territorial-administrativa, de caráter intergovernamental, que nasce em consequência da criação da região metropolitana.** Em contrapartida, o exercício das funções normativas, diretivas

³⁵ Art. 9º, *caput*, VII. Observe-se que texto semelhante, que consta do artigo 9º, *caput*, VII da Lei Complementar 48, de 10 de junho de 2019, do Estado da Bahia, foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal que confirmou a sua constitucionalidade (STF, 2ª Turma, AgReg na Reclamação 37500-BA. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.08.2020, v.u.)

e administrativas do novo ente deve ser compartilhado com paridade entre o estado e os municípios envolvidos.

A autarquia Microrregional assume, então, a posição contratual de Poder Concedente. A transferência de posição contratual, *ope legis*, constitui substituição de uma das partes contratuais por outra, na relação jurídica, como se aquela fosse. A partir da transferência, portanto, a Microrregião assume as responsabilidades que eram do Município, de forma a estabelecer vínculo jurídico imediato com a outra parte contratual:

O que se transfere não é o negócio jurídico, mas a posição de figurante no negócio jurídico. Há transferência da posição do figurante, que a outorga, no negócio jurídico, e não desse. Negócio jurídico transferendo está por posição subjetiva transferenda no negócio jurídico. Não há negócio jurídico transferido, mas sim posição subjetiva transferida no negócio jurídico. O que se transfere é a titularidade e a passividade: o que se muda é o sujeito³⁶.

Nesse caso, portanto, há transferência da posição contratual de contratante, em relação ao ajuste celebrado entre o Município e a Sanepar, para a Microrregião, de forma que a Microrregião passe a figurar como contratante, e, conseqüentemente, estabeleça vínculo jurídico com a Sanepar em relação à prestação de serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Observe-se que essa transferência, como dissemos, ocorre por obra da lei, hipótese comum e sobejamente reconhecida pela doutrina, que a designa como transferência *legal* da posição subjetiva nos negócios jurídicos:

A transferência da posição subjetiva nos negócios jurídicos também ocorre *ex lege*. O que é de mister é que os pressupostos necessários suficientes se

³⁶ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

compõem, isto é, que se complete o suporte fático, para que a regra jurídica sobre a transferência incida³⁷.

Como, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a competência sobre serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, passa a ser exercida de forma colegiada, e titularizadas pela autarquia metropolitana ou microrregional, e, ainda, como a legislação paranaense instituiu as Microrregiões, prevendo a elas a capacidade de contratar e aditar contratos, foi evidente que os aditamentos, com a substituição da posição contratual, de ordinário, devem ser celebrados pela própria Microrregião, por meio de seu representante legal³⁸. E, excepcionalmente, podem tais termos aditivos serem celebrados pelo próprio Município, caso haja autorização concedida por resolução do Colegiado Microrregional³⁹.

9. Necessidade de autorização legislativa

A celebração de contratos após autorização legislativa se faz necessária em razão do artigo 175, da Constituição Federal, que determina a prestação de serviços, de forma direta ou por delegação *“na forma da lei”*.

Porém, uma vez assinado o contrato, sua gestão insere-se Reserva de Administração, porque inserida na autonomia que a Constituição assegura ao Poder Executivo em determinadas matérias, dentre elas a gestão dos contratos que tenha celebrado. E, por gestão, entende-se também a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

³⁷ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p. 403.

³⁸ Ou seja, por meio de seu Secretário-Geral, uma vez que este é o representante legal da autarquia microrregional (LCE 237/2021, art. 8º, *caput*).

³⁹ Conforme prevê o artigo 9º, *caput*, VII, da LCE 237/2021.

Além disso, o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é um direito constitucionalmente garantido, cujo exercício não pode ser impedido ainda que haja manifestação contratual ou de normativo municipal. Reiteramos que a extensão de prazo contratual para fins de reequilíbrio se distingue da prorrogação discricionária, a partir da qual a Administração escolhe novamente contratar. O reequilíbrio não se trata de escolha e, muitas vezes, como no caso, a extensão de prazo é o melhor, senão o único, instrumento à disposição das partes, para o atendimento ao interesse público.

10. Conclusões

Diante do exposto acima, conclui-se que:

- (i) A inclusão das metas previstas no caput do art.11-B da LNSN nos contratos vigentes constitui fato do príncipe, ainda que indireto. Implica na assunção de obrigações e realização de investimentos por parte da contratada – a Sanepar;
- (ii) Nos contratos administrativos, ao fato do príncipe a Constituição Federal estabelece por contrapartida o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- (iii) Uma das formas possíveis de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é a extensão de prazo contratual;
- (iv) Essa extensão de prazo se distingue da prorrogação discricionária, por conveniência e oportunidade, em que a Administração opta pela manutenção da contratação;
- (v) No presente caso, a extensão de prazo é exigência tanto do princípio da modicidade tarifária, como do princípio constitucional da isonomia, nos casos, entre os usuários que tenham prestação regionalizada;
- (vi) Portanto, natural a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, impactado pelo fato do príncipe, por extensão de prazo;

- (vii) A extensão de prazo, motivada no reequilíbrio, não demanda a autorização legislativa, porque integra a Reserva de Administração, por se referir à mera a gestão contratual.

É este o parecer.

São Paulo, 21 de outubro de 2021



Wladimir Antonio Ribeiro
OAB/SP nº 110.307



Floriano de Azevedo Marques Neto
OAB/SP nº 112.208