

Série Universalizar

Pareceres - Volume 1

**Parecer do professor Eros Grau,
ex-ministro do STF, em relação
às necessidades de readequações
de decretos, até então vigentes,
da Lei 14.026/20**

Março/2023

eros roberto grau

A Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento – AESBE encaminhou-me a seguinte

“Consulta

Há possibilidade de formalização ou prorrogação dos contratos que estavam em vigor quando do advento da Lei federal nº 14.026, de 2020. A premissa é o previsto na parte inicial do § 8º do artigo 11-B da Lei federal nº 11.445, de 2007, na redação da referida Lei federal nº 14.026, de 2020: ‘Os contratos provisórios não formalizados e os vigentes prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos nesta Lei serão considerados irregulares e precários’. A lei, como se vê, reconhece contratos em determinadas situações, com aparência de prestação de fato. Apesar da previsão mencionada, há quem defenda que a regularização desses casos teria sido vedada por decretos regulamentadores, inibindo a continuidade da prestação dos serviços em questão, ocasionando insegurança jurídica e prejuízo ao patrimônio das companhias prestadoras, à transição e a atos jurídicos perfeitos, bem como podendo causar atraso nos investimentos para a universalização do saneamento básico.

A juridicidade da extensão dos prazos dos contratos em vigor, de qualquer tipologia (contratos de programa, contratos de concessão licitados ou não licitados e instrumentos congêneres), visa a garantir a modicidade tarifária e, assim, o acesso da população aos serviços

J

eros roberto grau

de saneamento, porque o prolongamento do prazo contratual pode ser fundamental recurso para viabilizar, ao mesmo tempo, o reequilíbrio econômico-financeiro desses contratos e a modicidade tarifária. Além do já exposto, a extensão dos prazos seria instrumento para a unificação de prazos contratuais dentro de uma prestação regionalizada. Todavia, há quem defenda a impossibilidade de prorrogação (renovação contratual) dos contratos de programa ou instrumentos congêneres.

Existe também a possibilidade de haver a prestação direta de serviços públicos de saneamento básico, no âmbito das regionalizações, sejam elas mediante consórcio público, sejam elas mediante microrregiões ou outros instrumentos de natureza compulsória. No caso interessa mais de perto a prestação direta mediante entidade que integra a administração da própria estrutura de prestação regionalizada ou de ente federado que a integra a menciona estrutura. A questão possui interesse porque há quem defenda posição contrária, o que tem causado insegurança jurídica, inclusive na modelagem de parcerias público-privadas. Diante do exposto, indaga-se:

1. É possível a edição de novo decreto para permitir essa regularização e, havendo esta possibilidade, qual a natureza para a adequada formalização e características da prestação dos serviços?
2. É admitida a extensão de prazo como forma de reequilíbrio econômico-financeiro ou também

g

eros roberto grau

unificação de prazos de contratos que integram uma mesma prestação regionalizada em relação aos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, sejam concessões, contratos de programa, concessões impróprias e instrumentos congêneres?

3. É admissível que haja prestação direta de serviços públicos de saneamento básico por entidade que integra a administração de autarquia intergovernamental ou de ente federado integrado à autarquia intergovernamental? Em caso positivo, qual a natureza e características de tal prestação direta, e quais os meios para a sua adequada formalização?”.

Parecer

01. O alinhamento das respostas a serem conferidas aos quesitos propostos na consulta conduziu-me ao atento exame dos atos e fatos que me foram relatados em anexo à consulta que me foi apresentada, atos e fatos que considerarei no alinhamento das respostas a tais quesitos.

Inicialmente farei referência à legislação atinente à consulta, em seguida ao tema da interpretação de textos normativos *no quadro da realidade*, imediatamente passando a considerar as matérias atinentes aos quesitos propostos na consulta.



eros roberto grau

[a legislação a ser considerada]

02. Assim dispõe a Constituição do Brasil em seu artigo 23, inciso IX:

“Artigo 23. É competência comum da União, dos Estados e dos Municípios:

[...]

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (*grifei*).

A seguir, o artigo 25 e seu § 3º:

“Artigo 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

[...]

§ 3º. Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.

E mais, em seu artigo 30, inciso V:

“Artigo 30. Compete aos Municípios:

[...]

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial” (*grifei*).

J

eros roberto grau

Já o artigo 175 dispõe que:

“Artigo 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”.

Mais, o artigo 8º da lei federal 14.026, de 2020, estabelece que:

“Artigo 8º. Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

I – os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum” (grifei).

E o artigo 17 da referida lei é ainda mais claro:

“Artigo 17. Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei

J

eros roberto grau

permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual”.

Finalmente o § 8º do artigo 11-B da lei federal 11.445, de 2007, na redação que lhe foi conferida pela lei 14.026, de 2020, dispõe que:

“Os contratos provisórios *não formalizados* e os vigentes, prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos nesta Lei serão considerados irregulares e *precários*” (*destaquei*).

[a interpretação do direito e a realidade]

03. A interpretação do direito é interpretação dos textos *e da realidade*, o ordenamento jurídico sendo por ela conformado. O intérprete, ao empreender a produção prática do direito, compreende e apreende, além dos *textos*, a *realidade* no momento histórico no qual se opera a interpretação e em cujo contexto serão eles aplicados.

Permito-me neste passo lembrar o que tenho reiteradamente afirmado¹. Praticamos a interpretação do direito não porque a linguagem jurídica seja ambígua e imprecisa, mas porque *interpretação e aplicação do direito são uma só operação*. Interpretamos para aplicar

¹ Veja-se meus Por que tenho medo dos juizes (10ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2021), Pourquoi j'ai peur des juges (Éditions Kimé, Paris, 2014), Das Verhältnis der Richterschaft zum Recht (trad. Volkhart Hanewald, Nomos, Baden-Baden, 2019) e Por Que Tenho Medo dos Juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), (Almedina, Coimbra, 2020).

J

eros roberto grau

o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado.

O intérprete procede à interpretação dos textos normativos no quadro da realidade, tal e qual a realidade é no momento da interpretação dos textos e dos fatos. Apreende o significado dos textos no quadro da realidade do momento no qual as normas serão aplicadas. Daí que a realidade do momento no qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam pesará de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso.

04. Interpretar o direito é *concretar a lei* em cada caso; ou seja: *aplicar* a lei.

Daí dizermos, como ensina Hans-Georg Gadamer², que o intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de determinado caso. A *interpretação* sendo concomitantemente *aplicação* do direito, deve ser entendida como *produção prática do direito*, como a toma Friedrich Müller³, para quem inexiste tensão entre *direito e realidade*.

Não existe um terreno composto de elementos *normativos*, de um lado, e elementos *reais* ou *empíricos*,

² *Verdad y método*, 4ª edição, tradução de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1991, pp. 612-13.

³ *Juristische Methodik*, 5ª edição, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 169.

J

do outro. Por isso, a articulação *ser* e *dever-ser* (a relação *norma-fato*) é mais que uma questão da filosofia do direito. É questão atinente à estrutura da norma jurídica, tomada na sua transposição prática e, por consequência, atinente à estrutura deste processo de transposição.

Isso significa que a *norma* é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no *texto normativo* (mundo do *dever-ser*), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada --- isto é, a partir de dados da realidade (mundo do *ser*). Lembrese, a propósito, a primorosa observação de Ascarelli⁴:

“Oggetto dell’interpretazione non è una ‘norma’, ma un testo (o un comportamento); è in forza dell’interpretazione del testo (o del comportamento) e perciò sempre in forza di un dato che a rigore può dirsi ‘passato’, ‘storico’, che si formula la ‘norma’ (come ‘presente’ ed anzi proiettata nel ‘futuro’)”.

05. O que incisivamente deve aqui ser afirmado, a partir da metáfora de Kelsen⁵, é o fato de a *moldura da norma* ser, diversamente, moldura do *texto*, mas não apenas dele. Ela é, concomitantemente, moldura do *texto* e da *realidade*. O intérprete, ao empreender a produção prática do direito, compreende e apreende, além dos

⁴ “Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione”, in *Problemi giuridici*, t. I. Milano, Giuffrè, 1959, p. 140.

⁵ *Teoria pura do direito*, 5ª edição, tradução de João Baptista Machado, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1979, pp. 469 e ss.

eros roberto grau

textos, a realidade --- no momento histórico no qual se opera a interpretação --- em cujo contexto serão eles aplicados.

Por isso inexitem soluções previamente estruturadas -- como produtos semi-industrializados em uma linha de montagem --- para os problemas jurídicos.

O trabalho jurídico de construção das normas aplicáveis a cada caso é artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução.

Isto posto passo a considerar as matérias atinentes aos quesitos propostos na consulta, iniciando pelo seu tema central que toca à necessidade, que entendo ser imperativa, de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos em vigor, mesmo em função da edição de novo diploma normativo que passe a regular de forma diversa a questão.

[o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos]

06. Ao poder da Administração de unilateralmente alterar cláusulas de contratos administrativos e mesmo de encerrá-los corresponde o direito, do contratado, à manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro.

Há muito a doutrina jurídica cogita do tema da adaptação dos contratos de longa duração à *realidade*. As partes neles assumem obrigações, mas o contexto contratual pode, com o passar do tempo, alterar-se de forma a desconformar a avença.

J

Uma das primeiras teorias construídas visando a justificar em tais casos a liberação de obrigações contratadas ou a revisão dos termos contratuais terá sido a da cláusula *rebus sic stantibus*. Não obstante suas raízes tenham sido lançadas no campo do Direito Civil, a cláusula encontrou no Direito Administrativo solo mais fértil⁶.

07. Enquanto o Direito Privado permaneceu afetado à máxima do *pacta sunt servanda*, a mutabilidade do contrato foi integrada ao sistema no Direito Administrativo.

Isso porque a adaptação do contrato administrativo a situações fáticas imprevistas consubstancia medida necessária à *proteção do interesse público*. Se vedada o concessionário seria obrigado a cumprir determinadas prestações em condições absolutamente diversas das contratadas, o que findaria por afetar a prestação de seus serviços.

Dai impor-se, mercê da *supremacia do interesse público*, o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração, decorram eles, ou não, de

⁶ André de Laubadère admite a aplicação da teoria da imprevisão a todos os contratos celebrados com a Administração desde que verificadas suas "*conditions générales d'application*" (*Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tomo III, Paris, LGDJ, 1956, p. 83), mas não àqueles avençados entre particulares. A teoria da imprevisão seria "*propre au droit public, qui serait insusceptible d'être appliquée en droit privé aux relations contractuelles entre particuliers*" (p. 76).

J

eros roberto grau

procedimentos licitatórios, não importa. Sempre deve ser considerada e observada a relação aceita pelas partes no momento da contratação, e o quanto ofertado pelo proponente ao qual tenha sido adjudicado o objeto do contrato, assegurando-se em todo o passar do tempo a correspondência entre as prestações.

Note-se bem que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado com a Administração se expressa em plena observância da *relação econômica aceita pelas partes no momento de sua vinculação*. A proporção entre custos e benefícios tendo sido por ambas tomada como satisfatória --- proporção oferecida quando da apresentação da proposta, no caso de procedimento licitatório, e mesmo quando ocorra uma contratação direta, decorrente de *inexigibilidade* ou *dispensa* de licitação --- essa equação há de ser mantida durante toda a vigência do contrato⁷. Assim não fosse e a parte prejudicada enfrentaria risco não compatível com a essência dos contratos *comutativos*.

Em um texto marcante, em 1949, discorrendo sobre os contratos celebrados com a Administração, Lúcio Bittencourt afirmou a *teoria revisional*⁸. Ao contrário do

⁷ Na dicção de Waline (*Droit administratif*, 8ª ed., Paris, Sirey, 1959, p. 574): "(...) dans tous les cas ce cocontractant a un droit fondamental à ce que l'on appelle l'équilibre financier de son contrat, ou encore l'équation financière de son contrat. Cela ne veut d'ailleurs pas dire qu'on lui garantit une exploitation équilibrée ou bénéficiaire, mais le maintien de l'équivalence entre les avantages et les charges telle qu'elle avait été calculée, exactement ou non, au moment de la conclusion du contrat".

⁸ *Empreitada - contratos administrativos - teoria da imprevisão cláusula "rebus sic stantibus"*, in *Revista Forense*, volume CXXII, ano XLVI, pp. 812/824.

J

eros roberto grau

que ocorria com o Direito Civil --- o velho Código não acolhendo expressamente a doutrina da imprevisão --- no Direito Administrativo brasileiro os textos legais consideravam situações de quebra do equilíbrio econômico nos contratos⁹.

08. A garantia de estabilidade contratual é fator determinante da *atração de capitais e de segurança de investimentos*¹⁰, conformando o interesse daqueles que pretendem contratar com a Administração Pública¹¹.

Ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não corresponde uma perfeita equivalência entre prestações contratuais, mas sim o devido respeito à *relação econômica aceita pelas partes no momento de sua vinculação*. A proporção entre custos

⁹ A Constituição de 1967 definiu que as tarifas a serem praticadas haveriam de permitir a justa remuneração do capital e o “*equilíbrio econômico e financeiro do contrato*” (artigo 160, II). E o artigo 173 do decreto-lei 48.871, de 1969, admitiu que o empreiteiro tivesse direito à revisão do contrato com prazo superior a um ano para o efeito de, conforme a equidade, ser compensado pelo aumento dos encargos efetivamente sofridos ou a proceder-se à atualização dos preços.

¹⁰ Caio Tácito, *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*, in *Revista de Direito Administrativo* 65/2.

¹¹ Disse-o, objetivamente, o Superior Tribunal de Justiça no REsp. 216.018, relator o Ministro Franciulli Netto (Segunda Turma, julgado em 05.06.2001, DJ 10.09.2001): “*ninguém se submeteria ao regime do contrato administrativo se lhe fosse tolhida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza. A parte econômica do contrato, assim, é intangível, e o equilíbrio financeiro é imutável. Vale dizer, os termos iniciais da avença hão de ser respeitados e, ao longo de toda a execução do contrato, a contraprestação pelos encargos suportados pelo contratado deve se ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros normais do empreendimento*”.

J

e benefícios¹² tendo sido por ambas as partes tomada como satisfatória, essa é a equação que há de ser mantida no curso de *toda* a vigência do contrato [e não uma correspondência ideal e perfeita entre prestação e contraprestação]¹³.

Não se exige, pois, *equivalência objetiva* entre as prestações, mas sim que a *relação* entre elas estabelecida na conclusão do contrato seja mantida inalterada durante a execução da obrigação. Caso contrário, a parte prejudicada enfrentaria risco incompatível com o caráter dos contratos comutativos, neles sendo inserida álea superior à normalmente esperada e aceita para o tipo de contrato celebrado¹⁴.

09. O direito ao equilíbrio econômico e financeiro nos contratos celebrados com a Administração é literalmente afirmado pelo artigo 37, inciso XXI, da Constituição do Brasil: “*as obras, serviços, compras e alienações serão contratados (...) com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as*

¹² Proporção oferecida quando da apresentação da proposta, no caso de procedimento licitatório.

¹³ Lembre-se a alusão de Giuseppe Osti à “*permanenza di un determinato rapporto di valore*” e à “*permanenza dell’equilibrio delle utilità in genere, che le parti si sono proposte di ritrarre, ciascuna dal canto suo, dal contratto*” (Appunti per una teoria della “sopravvenienza”, in Rivista di diritto civile, anno V, 494, p. 1.913). Hely Lopes Meirelles discorre sobre a “relação encargo-remuneração”, que deve ser mantida durante todo o contrato (Direito administrativo brasileiro, 28^a ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 209).

¹⁴ Veja-se Francesco Messineo, Dottrina generale del contratto, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 1948, p. 518.

eros roberto grau

condições efetivas da proposta, nos termos da lei" (destaquei).

A afirmação "*mantidas as condições efetivas da proposta*" consubstancia *garantia constitucional* de preservação da equação [= equilíbrio] econômico-financeira nos contratos celebrados com a Administração e suas entidades. A recomposição desse equilíbrio há de ser procedida *contratualmente*. O encerramento do contrato supõe a *prévia solução* de desequilíbrios econômico-financeiros que tenham porventura se verificado ao longo de sua execução.

10. E enfatizo, uma vez mais, para que não haja dúvida quanto a esse ponto: a manutenção ou recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos *deve* ser aplicada quer tenham sido precedidos de licitação, quer tenha ocorrido contratação direta.

A Constituição não trouxe qualquer ressalva, nesse sentido. Ao interpretar o texto não é dado ao intérprete criar um direito novo. A atividade interpretativa deve, necessariamente, estar balizada nos comandos legais e, ainda antes deles, constitucionais. A máxima interpretativa pode ser bem adaptada ao caso concreto que examino. Onde o legislador constitucional não ressalvou, não é dado, ao legislador ordinário, fazê-lo.

1

11. Desdobrado do preceito constitucional, o artigo 58 da lei 8.666, de 1993, confere à Administração o poder de alterar unilateralmente os contratos administrativos, assegurando ao contratante, no entanto, direito à manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro (veja-se o inciso I e os §§ 1º e 2º desse mesmo dispositivo legal¹⁵).

De outra banda ainda, o artigo 65, inciso II, alínea d, da mesma lei 8.666, de 1993, dispõe no sentido de que os contratos por ela regidos poderão ser alterados, por acordo das partes, *“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,*

¹⁵ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, *respeitados os direitos do contratado*”; “§1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado”; “§ 2º. Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual” (destaquei).

eros roberto grau

*configurando álea econômica extraordinária e extracontratual*¹⁶.

Nosso direito positivo, como se vê, desde o plano constitucional atribui estabilidade ao contrato administrativo.

12. A cláusula de reajuste dos contratos administrativos --- diz o inciso XI do artigo 40 da lei 8.666, de 1993 --- há de *“retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela”*.

Essa cláusula conforma a equação econômico-financeira desses contratos. O cálculo do lucro e da amortização do investimento feito pelo contratado para a prestação de determinado serviço e/ou para realização de determinada obra incluirá os custos decorrentes da variação do custo de produção. Eventual

¹⁶ Os §§ 5º e 6º desse mesmo artigo 65 estabelecem que “[q]uaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a *superveniência de disposições legais*, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, *implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso*” e “[e]m havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial” (itálicos meus). Quanto às concessões de serviços públicos, o artigo 10 da lei 8.987, de 1995, estabelece, expressamente: “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

eros roberto grau

alteração dos critérios de reajuste que impeça o recebimento de receitas previamente acordadas entre as partes acarreta dano ao particular. Pois aí se trata de receitas cujo recebimento integrava, por conta da amortização do investimento e obtenção de lucro, o horizonte de *previsibilidade e calculabilidade* do particular em relação aos comportamentos da Administração.

A preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato pressupõe a manutenção dos critérios de reajuste inicialmente acordados entre as partes. Qualquer descumprimento ou alteração unilateral da cláusula de reajuste importará em rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ensejando ao particular direito a indenização pelos prejuízos disso decorrentes.

13. Mais, os critérios de reajuste são determinados unilateralmente pela Administração, anteriormente à contratação, sem a participação dos licitantes. Isso define, por exemplo, o inciso XI do artigo 40 da lei 8.666, de 1993, nos termos do qual a cláusula de reajuste há de necessariamente constar no edital de licitação.

Por força da regra do *pacta sunt servanda* --- aplicável aos contratos administrativos, como observei linhas acima --- a Administração não pode se negar ao cumprimento de obrigação que ela mesma contratualmente estipulou. Não está autorizada a reter

eros roberto grau

pagamentos ou a se opor ao cumprimento de obrigações contratuais sob a alegação de que o reajustamento dos contratos foi operado a partir de parâmetros incorretos. Esses parâmetros --- repito --- são definidos pela própria Administração. Quando e se não forem corretos, os danos daí decorrentes --- bem assim quaisquer outros advindos de irregularidades anteriormente à contratação --- não de ser suportados pela Administração, não pelo particular.

Esse quadro não sofreu --- e nem poderia --- qualquer modificação a partir da edição da lei 14.133, de 2021, que passou a regular os procedimentos licitatórios e os contratos administrativos *celebrados a partir de sua publicação* (em 1º de abril daquele ano¹⁷). As disposições que linhas acima examinei foram mantidas na nova lei, com pequenos acréscimos de texto a reforçar tudo o que disse até aqui.

O artigo 25, § 7º da lei 14.133, de 2021 (que espelha o artigo 40, inciso XI, da lei 8.666, de 1993) ressalta de maneira mais enfática, que:

¹⁷ Não por outro motivo, seu artigo 190 ressalva de forma expressa: “O contrato cujo *instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei* continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada” (grifei). Está aqui mais uma prova de que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos deve ser sempre respeitado. Embora a *nova* lei de licitações tenha entrado em vigor na data de sua publicação (artigo 194) e revogue a lei 8.666, de 1993, “após decorridos dois anos da publicação oficial”, é certo que as avenças celebradas sob a égide do antigo diploma legal não podem ser alteradas pura e simplesmente pela entrada em vigor de um novo marco legal, sob pena de causar impactos à execução daqueles mesmos contratos e prejuízos aos particulares, tudo sempre em detrimento ao interesse público. É disso que se trata.

eros roberto grau

“Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos”.

Ademais o artigo 124, inciso II, alínea “d” da lei 14.133, de 2021 (correspondente ao artigo 65, inciso II, alínea “d” da lei 8.666, de 1993) enfatiza a necessidade de

“restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato” (destaquei).

14. Permito-me insistir em que o chamado *princípio do equilíbrio econômico e financeiro* aplica-se também aos contratos de concessão de serviço público. Lembro, a esta altura, uma incisiva observação de Francisco Campos¹⁸:

¹⁸ Direito Civil, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, p. 9.

J

eros roberto grau

“[e]sta é a regra subentendida em todo contrato que, interpretado independentemente dela, seria um instrumento de exploração de uma parte pela outra, dando lugar, tal seja a diferença verificada entre as circunstâncias da formação e as da execução do contrato, ao enriquecimento injusto ou à injustiça usurária”.

Por isso a lei 8.987, de 1995, ao tratar da “política tarifária” também torna imperativa --- em seus artigos 9º, §§ 2º e 4º, 10 e 11, parágrafo único --- a possibilidade de revisão dos preços para *aferir e manter o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.*

É de todo evidente, portanto, que a proteção do interesse público impõe, (i) a obrigação de o contratado continuar vinculado à avença e o direito de obter o reequilíbrio das prestações¹⁹ e, em contrapartida para a Administração, (ii) a impossibilidade de resolução do contrato e o *dever* de conceder a revisão do quanto avençados, restabelecendo-se o equilíbrio contratual.

Incumbe à Administração, em face de uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro, tomar as medidas necessárias ao reequilíbrio contratual. Apenas assim prestará acatamento ao *interesse público*, objetivado na

¹⁹ Lembre-se a lição de Maurice Hauriou (Précis de droit administratif et de droit public, 12ª ed., Paris, Dalloz, 2002, p. 1019): “*La théorie de l'imprévision (...) pour objet de concilier l'obligation qui s'impose au concessionnaire de continuer la gestion du service, quelque difficiles que puissent être les circonstances en présence desquelles il se trouve, avec l'intérêt du concessionnaire lui-même, qui ne doit pas être ruiné pour avoir assuré la continuité du service public*”.

J

manutenção da equação econômico-financeira estabelecida no momento da vinculação.

[dever e obrigação; o dever, da Administração, de atuar preservando o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviço público]

15. A distinção que aparta as noções de *dever* e *obrigação* é suficiente para que, singelamente, possamos dar solução a um dos quesitos propostos na consulta.

O *dever jurídico* consubstancia uma imposição sobre a vontade de quem por ele alcançado, seu desatendimento configurando comportamento ilícito. Impõe-se em razão da tutela de interesses alheios aos dos sujeitos por eles alcançados.

Daí que autoridade pública está abrangida, no desempenho da *função administrativa*, por um vínculo imposto a sua vontade. O *dever jurídico* é expressivo de uma vinculação imposta à vontade de quem esteja por ela alcançado. Consubstancia, no caso da *função administrativa*, vinculação imposta à vontade da autoridade pública em razão de interesse do todo social. Os *poderes* que maneja no desempenho da sua *função* são por ela detidos exclusivamente a fim de que preste acatamento ao vínculo que afeta sua vontade. Por isso, a Administração, no desempenho da *função administrativa*, *pode* fazer tudo quanto *deva* fazer.

J

Apenas isso, nada mais. Não pode fazer mais --- ou menos --- do que *deva* fazer²⁰.

16. A exposição até este ponto desenvolvida permite seja prontamente definida a seguinte conclusão: configuradas as hipóteses legais, impõe-se à Administração Pública o *dever* de revisar o contrato administrativo a fim de manter o seu equilíbrio econômico-financeiro inicial.

17. Note-se bem ainda ser de importância fundamental enfatizarmos a circunstância de que no caso estamos em face de hipótese de vinculação das partes --- isto é, da contratante e do contratado --- ao *interesse público*. Trata-se de contrato que não envolve exclusivamente interesses privados. A consecução do interesse público é o elemento a um só tempo primordial e, também, diferencial desse tipo de avença.

²⁰ Lembre-se que León Duguit, em uma das conferências que em novembro de 1923 pronunciou em Madrid [essas conferências foram reproduzidas no El pragmatismo jurídico, Madrid, Francisco Beltrán, 1924], referindo-se aos “*gobernantes*”, diz que “*Estos hombres están en una situación particular que les permite obrar; tienen el deber de crear y organizar servicios públicos, funciones públicas, y se les debe obediencia, pero solamente en la medida en cumplan sus deberes*”. A ideia de *dever-poder* fora já, entre nós, formulada por Rui Barbosa (Comentários à Constituição Federal Brasileira, volume I, coligidos e ordenados por Homero Pires, São Paulo, Saraiva & Cia., 1932, p. 153): “*Claro está que em todo o poder se encerra um dever: o dever de não exercitar o poder, senão dadas as condições, que legitimem o seu uso, mas não deixar de o exercer, dadas as condições que o exigam*”.

J

eros roberto grau

[a vinculação das partes pelo interesse público; dever e obrigação]

18. Tanto a Administração, em si e pelas suas entidades diretas e indiretas, quanto os que ela contrate, estão vinculados pelo dever de sujeição ao interesse público. *Dever jurídico* é uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. *Obrigação*, em sentido estrito, como vínculo em razão do qual uma pessoa (devedor) deve à outra (credor) o cumprimento de certa prestação.

O *dever* é um vínculo imposto à vontade; a *obrigação*, consequência da manifestação da vontade do devedor. Quando o Estado impõe ao particular o dever de contratar ou admitir a alteração unilateral da relação contratual pela Administração vincula sua vontade, no sentido de manifestá-la em determinada direção. Trata-se aí de dever de contratar ou avençar determinadas cláusulas contratuais, dever de assumir obrigação. Assumida a obrigação por imposição do dever que o vincula, o particular coloca-se em situação obrigacional.

19. O termo *obrigação*, como adverte Manuel A. Domingues de Andrade²¹, é usado em sentido amplo na linguagem jurídica, como sinônimo de *dever jurídico* ou como incluindo também a noção de *sujeição*. Cumpre

²¹ Teoria Geral das Obrigações, 3ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1966, p. 1.

pois, inicialmente, discernirmos os sentidos que se designam sob tais vocábulos.

A *sujeição*, como anotava Carnelutti²², é a expressão subjetiva do comando jurídico, considerado no seu lado passivo, isto é, da parte de quem é comandado; significa *necessidade de obedecer*. Pelo lado ativo, o comando jurídico se realiza, enquanto expressão subjetiva, em *poder*. Está em situação de sujeição quem quer que esteja colocado no lado passivo, em relação àquele ao qual o comando tenha atribuído um poder jurídico. Nele se situa, por exemplo, o mandatário quando decida o mandante revogar a outorga expedida. O mandatário, em situação de sujeição, há de obedecer a esse comando, suportando os efeitos da revogação.

Distinguindo a *sujeição* do *dever*, é ainda Carnelutti²³ quem aponta que este é um vínculo imposto à vontade, ao passo que aquela significa impossibilidade de querer com eficácia.

O *dever jurídico* consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, há de ser compulsoriamente cumprido, sob pena de sanção jurídica --- seu não atendimento configura *comportamento ilícito*. Aspecto fundamental, a aproximar a *sujeição* do *dever* --- porque comum à essência de ambos --- é o referido à circunstância de

²² Sistema di Diritto Processuale Civile, vl. I/51, Pádua, CEDAM, 1936.

²³ Ob. e loc. citis.

J

eros roberto grau

que tanto um quanto o outro são impostos em razão da tutela de interesses alheios aos dos sujeitos por eles alcançados.

A *obrigação* --- tomado o vocábulo em sentido estrito -- - supõe uma situação de *dever* na qual se coloca o devedor. Não obstante, é certo que o conceito de *dever* transcende o âmbito do chamado *direito das obrigações*: há deveres jurídicos que não compreendem obrigação de qualquer espécie. Assim, v.g., o *dever* que a todos vincula de abstenção da prática de condutas definidas como crimes²⁴.

20. O termo *obrigação*, assim, é em sentido amplo usado para designar o elemento passivo de qualquer relação jurídica²⁵. Cumpre neste passo, pois, discernirmos seu significado em sentido estrito, quando o vocábulo constitui o termo próprio de uma classe de relações jurídicas --- a *obrigacional* --- que se coloca em paralelo à dos direitos reais, à dos direitos de família e à dos direitos de sucessão²⁶.

²⁴ Neste sentido Andreas von Thur, Tratado de las Obligaciones, t. I/5, trad. de W. Roces, Madri, Reus, 1934. No exame do pensamento de von Thur vali-me também de seu Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationrechts, na trad. francesa de Maurice de Torrenté e Emile Thilo (Partie Générale du Code Fédéral des Obligations, 2^a ed., vol, I, Lausanne, Imprimerie Centrale, 1933).

²⁵ Cf. Manuel A. Domingues de Andrade, ob. cit., p. 5.

²⁶ Manuel A. Domingues de Andrade, refere ainda outras classes de relações jurídicas --- a dos direitos de personalidade, a dos direitos sobre bens imateriais e a dos direitos corporativos --- que se integra na teoria das pessoas coletivas ou na das sociedades (ob. cit., loc. cit.).

Nesse sentido, estrito, a *obrigação* consubstancia um vínculo em razão do qual uma pessoa (devedor) deve a outra (credor) o cumprimento de certa prestação. A *obrigação* consubstancia um direito relativo na medida em que o crédito que dela decorre apenas pode ser exigido, pela pessoa ou pluralidade de pessoas dele titular, contra a pessoa ou pluralidade de pessoas na situação de devedor. Aí a distinção fundamental entre *obrigação* e *direito real*: este pode ser exigido *erga omnes*. De outra parte, diz-se também constituir, a *obrigação*, um *direito pessoal*, conquanto que, descumprido o dever de prestação, sua execução forçada ou providência que a substitua só será exigível por iniciativa do credor. De toda sorte é certo que o devedor tem, perante o credor, um *dever* sancionado pelo direito.

Qualquer que seja a concepção --- monista ou dualista --- que se adote em relação à *obrigação*, há de ser ela entendida como modalidade específica de *dever jurídico*. No quadro da concepção dualista remanesce, ao lado do dever (*Schuld*), a responsabilidade (*Haftung*), que coloca o devedor em situação análoga à de *sujeição*.

21. Em todos esses casos, bem assim naqueles nos quais é afetada a própria liberdade de contratar²⁷, as

²⁷ Mencione-se, v.g, determinados contratos de seguro e os chamados contratos coativos; anote-se ainda, v. g., o dever, dos bancos comerciais, de aplicar parte de seus recursos disponíveis na concessão de crédito rural e de crédito às pequena e média empresas.

g

partes estão entre si relacionadas por vínculo obrigacional. Permanecem a celebrar contratos, ainda que vinculadas também pelo *dever* de adotar determinadas estipulações contratuais ou mesmo de contratar, o que significa *dever* de assumir *obrigação* perante terceiro.

22. Daí que, embora a Administração disponha, no dinamismo do *contrato administrativo*, de poderes que se toma como expressão de *puissance publique*²⁸, essa relação não deixa de ser contratual. Os atos praticados pela Administração, enquanto parte nessa mesma relação, são expressivos de meros *atos de gestão*.

Em suma, é preciso não confundir o *Estado-aparato* com o *Estado-ordenamento*. Na relação contratual administrativa o *Estado-aparato* [a Administração] atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular. Ambos se submetem à lei [*Estado-ordenamento*]. A Administração não exerce atos de autoridade no bojo da relação contratual²⁹.

²⁸ Alteração unilateral da relação, v.g.

²⁹ São bastante oportunas as observações de Laurent, transcritas por Pedro Lessa (*Do Poder Judiciário*, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1915, p. 208): "É o Estado uma pessoa civil, isto é, pôde exercer os direitos privados de que são titulares os indivíduos. Assim, é proprietário, pôde adquirir e possuir bens; diariamente está em condições de contractar. Os actos que pratica o Estado como pessoa civil, não differem na essencia dos que realisam os particulares: uma compra e venda não se altera em sua natureza, porque o Estado é comprador ou vendedor, e as obrigações permanecem identicas, inalteradas, quando o Estado contracta. Ahi temos, pois, relações de direito e de interesse privados: qualquer ideia de poder, de soberania, é estranha aos actos em que intervem o Estado como pessoa

eros roberto grau

Daí porque, como observa Eduardo Garcia de Enterría³⁰, contrato administrativo e contrato privado não podem ser considerados como realidades radicalmente diferentes e rigorosamente separadas; qualquer contrato pode refletir elementos de direito administrativo (público) e de direito privado.

Vale dizer: não há diferença entre uns e outros senão na medida em que a ambos se aplicam múltiplos regimes jurídicos³¹.

23. Outro aspecto a ser mencionado está relacionado à *indisponibilidade do interesse público* e à *disponibilidade de direitos patrimoniais*.

Cogitando dos *contratos de direito público*, em conferência pronunciada em São Paulo, em nove de março de 1977, Orlando Gomes³² dizia serem eles: “a)

privada. Por conseguinte, quando o Estado age num processo como proprietário, como credor ou devedor, não está em questão a soberania, não é o Estado como poder que litiga, é o Estado a exercer direitos de um particular; é, pois, um particular cujos direitos apreciam os tribunais, e que por estes é condenado a pagar, e não um soberano, nem um órgão de soberania”.

³⁰ Curso de Derecho Administrativo, c/ Tomás-Ramón Fernández, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1983, Vol. 1, p. 639.

³¹ Leia-se Juan Alfonso Santamaría Pastor (Principios de Derecho Administrativo, vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 194): “En nuestra opinión, el problema carece de interés. En sus términos más estrictos, se trata de una más de tantas logomaquias estériles que tanto abundan en la ciencia del Derecho (...) Una discrepancia, pues, de mera perspectiva que, además, carece de consecuencias prácticas: lo que importa, exclusivamente, es saber a qué normas se sujetan uno y otro tipo de contratos, cuestión que sólo puede resolver el derecho positivo”.

³² Os contratos e o direito público, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 10/45-46.

J

eros roberto grau

os que celebram entre si algumas pessoas jurídicas de direito público interno, tais como os estipulados entre a União e algum Estado-membro, entre unidades da federação, entre qualquer destas e um município ou entre municípios; tais *acordos* se realizam para que as partes alcancem o mesmo fim; b) os que o Estado conclui com particulares ou outros entes públicos para a satisfação de interesses comuns, implicando disposição de direitos subjetivos patrimoniais (VIRGA), --- o que não sucede com os acordos primeiramente enunciados; c) os *contratos administrativos* que se ajustam entre a Administração Pública e particulares para a execução e desempenho de atividade do Estado, de interesse geral, que este não pode ou não quer exercer diretamente”.

A exposição de Orlando Gomes tem as virtudes de [i] distinguir os contratos que a Administração celebra com particulares visando à atribuição, a estes, de funções próprias do Estado --- a concessão de serviço público, v.g. --- daqueles celebrados com particulares tendo em vista a satisfação de interesses comuns e [ii] observar que estes últimos implicam [= podem implicar] disposição de direitos subjetivos patrimoniais.

Essa derradeira observação assume fundamental importância, na medida que a doutrina tem tropeçado em injustificada confusão entre *indisponibilidade do interesse público* e *disponibilidade de direitos patrimoniais*. Um e outro não se confundem.

J

24. Lembre-se, inicialmente, que indisponível é o *interesse público primário*, não o *interesse da Administração*.

Ensina Renato Alessi³³ que os interesses públicos, coletivos, cuja satisfação deve ser perseguida pela Administração, não são simplesmente o interesse da Administração enquanto aparato organizacional autônomo, porém aquele que é chamado interesse coletivo *primário*. Este é resultante do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade, ao passo que o interesse do aparato organizacional que é a

³³ Principi di Diritto Amministrativo, I, quarta edizione, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 232/233: "Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'Amministrazione intesa come apparato organizzativo autonomo, sibbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo *primario*, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse dell'apparato, se può esser concepito un interesse dell'apparato unitariamente considerato, sarebbe semplicemente uno degli interessi *secondari* che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo primario. La peculiarità della posizione giuridica della pubblica Amministrazione sta appunto in ciò, che la sua funzione consiste nella realizzazione dell'interesse collettivo, pubblico, primario. Anche volendosi concepire un interesse, secondario, dell'Amministrazione considerata come apparato organizzativo autonomo, esso non potrebbe esser realizzato se non in vista della coincidenza con l'interesse primario, pubblico". Carnelutti distingue interesses que são *individuais na modalidade e coletivos na finalidade*, chamando-os *interesses coletivos mediatos ou secundários* (Sistema di Diritto Processuale Civile, I, Padova, CEDAM, 1936, pp. 11/12).

J

Administração, se pode ser concebido interesse, desse aparato, unitariamente considerado, será simplesmente um dos interesses *secundários* que se fazem sentir no seio da coletividade e podem ser realizados somente na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o *interesse coletivo primário*.

A distinção --- fundamental e necessária --- entre *interesse público primário* e *interesse da Administração* (interesse público secundário) também está pacificada entre nós³⁴.

³⁴ Diz Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 27ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 65 e ss), após averbar que os interesses públicos ou interesses *primários* são os interesses da coletividade como um todo e os interesses *secundários* são os que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses da coletividade: "Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas 'seus', enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos. Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir". E insiste ainda, o mesmo autor (p. 99): "Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao

É pois possível tomarmos como *interesse da Administração* o de pagar o mínimo a seus credores, com o que ela, Administração, permaneceria “*mais rica*”. Mas esses interesses --- *interesses públicos secundários* --- diz Alessi, “*possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l’interesse collettivo primário*” --- interesse como tal “*non potrebbe esser realizzato se non in vista della coincidenza con l’interesse primario, pubblico*”. Ou, na dicção de Celso Antônio Bandeira De Mello³⁵, esses interesses “*não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa*”.

25. Outro aspecto que devo ainda neste passo referir está em que não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.

Disponer de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados.

A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos das mais variadas ordens, dispondo de

aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário”.

³⁵ Ob. cit., p. 73.

J

eros roberto grau

determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum.

Mas é certo que inúmeras vezes há de dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a atropelar o interesse público, mesmo porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles.

26. Daí porque, retornando às circunstâncias de fato descritas na consulta que me foi proposta, cumpre enfatizarmos que a edição de uma nova lei, em especial nesse caso concreto a lei 14.026, de 2020, que “*atualiza o marco legal do saneamento básico*” não pode alterar essa condição básica aplicável a todo e qualquer contrato administrativo: a equação econômico-financeira de tais avenças deve ser, necessariamente, mantida ao longo de toda a execução contratual.

Isso porque de um lado lhe incumbe prover o *interesse público* no desempenho de uma *função*, no bojo da qual *pode* fazer tudo quanto *deva* fazer. Mas apenas isso, nada mais. Não pode, por certo, fazer mais --- ou menos --- do que *deva* fazer.

Daí porque, insisto novamente neste passo, a manutenção/revisão de tais contratos configura uma obrigação legal, na medida em que o contratado tem o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e também representa um

J

eros roberto grau

imperativo de interesse público, haja vista que os serviços de saneamento básico não podem sofrer solução de continuidade.

De outra banda porque a continuidade da execução dos contratos referidos na consulta impõe sua compatibilização à realidade. Por isso, tal como me foi questionado, para a concretização dessa premissa, deve ser “admitida a extensão do prazo inicialmente pactuado, ou também a unificação de prazos de contratos que integram a mesma prestação regionalizada em relação aos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, sejam concessões, contratos de programas, concessões impróprias e instrumento congêneres”.

No caso a extensão do prazo dos contratos, considerados, inclusive, conjuntamente, incluindo preços básicos globais e prazos, consubstancia uma imposição do *interesse público*.

27. Daí porque, incisivamente alcançando o cerne deste parecer, cumpre-me objetivamente afirmar que a Administração Pública não apenas pode, estando em verdade vinculada pelo *dever* de adequar o quanto contratou à evolução das circunstâncias da realidade. O interesse público impõe --- repito-o --- essa necessária e imperativa adequação.



eros roberto grau

**[as matérias atinentes aos
quesitos propostos na consulta]**

28. Outro ponto central para responder aos quesitos propostos na consulta que me foi apresentada respeita também ao tema das *regiões metropolitanas*. Tema em torno do qual construí minha tese de doutoramento nas Velhas Arcadas do Largo de São Francisco, a maravilhosa Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde fui professor durante muitos anos. Meu primeiro livro jurídico, publicado em 1974, foi Regiões Metropolitanas: regime jurídico, José Buchatsky editor, São Paulo.

29. Ao tempo em que exerci a magistratura no Supremo Tribunal Federal participei do julgamento Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.077, em seu primeiro momento, ainda em 2006, quando nela foi concedida medida cautelar. Observei então, em relação ao que ora importa considerarmos, que o artigo 30, inciso V, da nossa Constituição de 1988 atribui à competência municipal a organização e prestação, *diretamente ou sob regime de concessão ou permissão*, dos serviços públicos de interesse local. Vale dizer, dos serviços públicos de *interesse predominantemente local*.

O serviço público de fornecimento de água e coleta e destinação final de esgotos --- *saneamento básico* [abastecimento de água e coleta de esgotos] --- em razão da *predominância* do interesse local que o afeta, é em regra atribuído à competência municipal.

g

30. É certo, porém, que o fenômeno da urbanização, ao dar lugar ao aparecimento de serviços que atendem, concomitantemente, a mais de um interesse *predominantemente local*, afeta de modo marcante algumas das concepções e categorias de que lançamos mão para descrever o funcionamento do sistema de distribuição de competências em nosso modelo federativo.

O vocábulo *conurbação*, cunhado por Patrick Geddes em 1915, em seu livro *Cities in evolution*, para referir à Grande Londres³⁶, conota a coalescência entre duas ou mais unidades urbanas preexistentes.

O antigo modelo, da cidade incrustada no Município, é implodido. Um novo modelo --- são os Municípios, então, que se incrustam em determinadas cidades --- se impõe, a exigir a adaptação ao novo das formas institucionais produzidas a partir do antigo modelo. Diante da vocação *homeostática* das formas jurídicas -- - capacidade de adaptação à realidade³⁷ --- a análise de cada dado seu, da realidade, informará essa adaptação.

31. O surgimento do fenômeno metropolitano resultante dessa *conurbação* e sua institucionalização pelo direito positivo, nos termos da lei complementar 14, de 1973,

³⁶ Cf. Françoise Choay, *L'Urbanisme - utopies et réalités*, Paris, Editions du Seuil, 1965, p. 7, nota 2.

³⁷ Veja-se meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 19/20 e Michel van de Kerchove et François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, pp. 168 e ss.

J

suscitou a necessidade de distinguirmos de um lado os serviços *metropolitanos*, e de outro os serviços *intermunicipais*.

Em meu *Regiões Metropolitanas - Regime Jurídico*³⁸ anotei a existência de dois tipos de serviços comuns: (a) os *serviços comuns* definidos como de *interesse metropolitano* para os efeitos da lei complementar 14, de 1973 e (b) *serviços comuns* que não receberam essa qualificação normativa.

É, pois, evidente que --- tratando-se ou não de regiões metropolitanas --- nos termos do que define o § 3º do artigo 25 da Constituição de 1988, os Estados podem, mediante lei complementar, *instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.*

32. A caracterização de determinado serviço como *comum* decorre da circunstância de respeitar --- quando objeto de demanda social no espaço de Municípios *conurbados* --- o *interesse da cidade*.

A alusão aqui é também feita a *interesse predominantemente local*, àquele que *predomina* quando confrontado com o interesse do Estado-membro e com o interesse da União. No caso, a predominância de interesse, quando o modelo antigo acima referido

³⁸ Linhas acima citado, p. 157.

g

eros roberto grau

implode, já não é mensurada a partir do *Município*, porém da *cidade*.

Daí o preceito, acima transcrito, contido no § 3º do artigo 25 da nossa Constituição. A inovação por ele trazida ao modelo de federação brasileiro está na instituição, pelo Estado-membro, de uma nova forma de administração regional, sem personalidade política, para o desempenho de funções públicas de interesse comum. Lembro tratar-se, aqui, de funções cuja especificidade decorre do rompimento do modelo, antigo, da cidade incrustada no Município.

A institucionalização dessa[s] nova[s] forma[s] de administração regional importa em tornar-se compulsório o relacionamento entre os Municípios limítrofes que compõem o agrupamento, a fim de que seja integrada a organização, o planejamento e a execução das funções públicas de interesse comum. É isso que há de novo em nossa federação, na qual o Município figura como ente federativo.

Note-se bem que nesses Municípios o interesse local é enriquecido pelo acréscimo, a si, do interesse interlocal, regional. Pois justamente a fim de que se assegure, sem violação da autonomia municipal, o atendimento a esse interesse interlocal, ao Estado-membro é atribuída competência para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, sem que isso afete a competência municipal.

j

eros roberto grau

No caso de interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados em funções públicas, bem como serviços supra municipais.

33. Permito neste passo relembrar um trecho do voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842:

“Com efeito, o estabelecimento de regiões metropolitanas não se contrapõe à autonomia dos municípios que venham a fazer parte de sua estrutura. Assim como não há um número fixo de competências municipais encoberto pelo princípio da autonomia --- dadas as condições fáticas que podem transformar os interesses locais em interesses comuns ---, não se pode afirmar que municípios metropolitanos possuem uma autonomia menos expressiva que a daqueles não componentes de regiões metropolitanas.

É essencial ter em mente que a autonomia municipal não possui apenas aspecto negativo, por tornar o município imune à interferência de outros entes federados --- respeitados, obviamente, os limites traçados pela Constituição federal. A autonomia municipal também possui nítido caráter positivo, por

eros roberto grau

também se exercer quando órgãos colegiados metropolitanos permitem que o município seja ouvido e efetivamente decida sobre os interesses comuns da região.

Portanto, é preciso examinar o problema por dois prismas complementares: (i) a restrição à autonomia dos municípios metropolitanos dá-se desde a configuração normativa constitucional, e não a partir da criação individual de cada região metropolitana, e (ii) a autonomia municipal realiza-se quando o município, num contexto metropolitano, tem preservada a capacidade de decidir efetivamente sobre os destinos da região.

Nesse sentido, parece-me que a transferência direta ou oblíqua de competências tipicamente locais para o estado, em consequência da criação de uma região metropolitana, não é compatível com a ordem constitucional vigente. Como bem lembra Alaôr Caffé Alves:

‘A autonomia dos municípios metropolitanos, ao ser modificada quanto ao conteúdo ou matérias sobre as quais é exercida não corresponde à ideia de que antes existia uma autonomia ampla e que, depois, com a criação da região metropolitana, da aglomeração urbana ou da microrregião, viesse a ser restringida, diminuindo-lhe o campo de atuação. Não é o



eros roberto grau

que juridicamente ocorre, visto que se os municípios metropolitanos deixam de ter plena e exclusiva atuação sobre determinadas matérias, porque estas passam, pela exigência e natureza das coisas, a ser tratadas a nível regional, ganham, contudo, nova responsabilidade de caráter regional, pois terão que participar e decidir, em conjunto com outros entes político-administrativos, sobre a mesma matéria, agora em nível regional.’ (Alves, Alaôr Caffé. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, ano 6, n.21, p. 72)

Cito também a apropriada afirmação de Hely Lopes Meireles:

‘O essencial é que a lei complementar estadual contenha normas flexíveis para a implantação da Região Metropolitana, sem obstaculizar a atual estadual e municipal; ofereça a possibilidade de escolha, pelo Estado, do tipo de Região Metropolitana a ser instituída; torne obrigatória a participação do Estados e dos Municípios interessados na direção e nos recursos financeiros da Região Metropolitana;

eros roberto grau

conceitue corretamente as obras e serviços de caráter metropolitano, para que não se aniquile a autonomia dos Municípios pela absorção de atividades de seu interesse local; e, finalmente, se atribuam à Região Metropolitana poderes administrativos e recursos financeiros aptos a permitir o planejamento e a execução das obras e serviços de sua competência sem os entraves da burocracia estatal.’ (Meirelles, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 83).

Assim, a criação de uma região metropolitana não pode, em hipótese alguma, significar o amesquinçamento da autonomia política dos municípios dela integrantes, materializado no controle e na gestão solitária pelo estado das funções públicas de interesse comum. Vale dizer, a titularidade do exercício das funções pública 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 e administrativas do novo ente deve ser compartilhado com paridade entre o estado e os municípios envolvidos”.

J

eros roberto grau

Mais, o artigo 8º da lei federal 14.026, de 2020, é límpido e cristalino ao dispor que:

“Artigo 8º. Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local; (grifei)

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum” (grifei).

34. Note-se ainda, por fundamental, que a estipulação do prazo de duração do contrato não impede a sua extensão, dilação, tendo-se em vista, como destaquei linhas acima, o imperativo de seu reequilíbrio econômico-financeiro, que há de se dar sempre que --- por um *dever* legal --- restar comprovada situação de desequilíbrio.

Além disso, é evidente que a prorrogação do prazo, para efeito de reequilíbrio contratual, não afeta suas cláusulas contratuais, tal como inicialmente ajustadas.

35. Mais, é preciso também apartar os casos que envolvem *concessionária de serviços públicos* locais. Ela ocupa a situação de prestadora de serviço público em decorrência de imposição legal. Para tanto foi criada, *como extensão do próprio Estado*.

J

Daí que a ela não se aplica o disposto no parágrafo único III do artigo 175 da nossa Constituição³⁹. Não sendo concessionária nem permissionária de serviço público, *não visa, no exercício da atividade de sua prestação, a obtenção de lucros, mas a satisfação do interesse público.*

São situações jurídicas inteiramente distintas a do concessionário de serviço público e a da empresa estatal que tem por objeto essa prestação, como aqui já ponderei. Estas são *delegadas* do ente estatal, criadas no bojo do movimento da descentralização administrativa para fim específico. É a própria Administração Pública, então, quem --- através de uma extensão dotada de personalidade jurídica --- presta os serviços públicos.

36. Por isso impõe-se lembrarmos que as decisões judiciais são --- devem ser --- expressivas de *prudência*, a partir dela sendo tomadas. A partir da *phronesis* explicitada por Aristóteles na Ética a Nicômaco⁴⁰.

A prudência é uma virtude, uma disposição [capacidade], acompanhada de razão, capaz de agir na esfera do que é bom ou mau para um ser humano. Ou, dizendo-o de outro modo, capaz de agir na esfera dos bens humanos. A prudência é, pois, razão intuitiva, que

³⁹ Artigo 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: (...) III - política tarifária (...)."

⁴⁰ Éthique à Nicomaque, 7^a tir., trad. de J. Tricot, Paris, J. Vrin, 1990.

não discerne o exato, porém o correto --- não é saber puro, separado do ser.

Os juízes, intérpretes autênticos, ao *produzirem* normas jurídicas a partir dos textos normativos e da realidade, praticam a *juris prudentia*, não *juris scientia*.

37. Daí porque tenho reiteradamente afirmado⁴¹ que não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. Em outros termos, não se interpretam *textos de direito* isoladamente, mas sim *o direito*, no seu todo. A interpretação de cada texto normativo impõe ao intérprete, em qualquer circunstância, caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele até a Constituição, cujos artigos e parágrafos hão de ser interpretados no quadro da totalidade normativa constitucional.

38. Mais ainda, tenho inúmeras vezes lembrado uma primorosa lição de Carlos Maximiliano⁴², que cá se aplica qual uma luva:

"DEVE O DIREITO SER INTERPRETADO INTELIGENTEMENTE: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões

⁴¹ Veja-se meus Por que tenho medo dos juízes (9ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2018), Pourquoi j'ai peur des juges (Éditions Kimé, Paris, 2014), Das Verhältnis der Richterschaft zum Recht (trad. Volkhart Hanewald, Nomos, Baden-Baden, 2019) e Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), (Almedina, Coimbra, 2020).

⁴² Hermenêutica e aplicação do direito, sexta edição, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957, p. 210.

eros roberto grau

inconsistentes ou impossíveis" (maiúsculas no original).

**[possibilidade de edição de decreto
para regularização da situação de fato]**

39. Como largamente demonstrei, afigura-se imperiosa a extensão de prazo dos contratos de saneamento básico em vigor, mesmo após a edição da lei 14.026, de 2020, como forma de concretizar o imperativo legal de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dessas avenças. O mesmo vale para aquelas situações em que ocorra a prestação *de fato* dos serviços de saneamento básico.

Para tanto, entendo ser plenamente viável, do ponto de vista constitucional e legal, a edição de decreto para que se concretize essa regularização.

No caso que analiso, insisto ainda uma vez mais nesse ponto, que entendo primordial, a edição de decreto do poder executivo consubstancia o *dever-poder* de que tratei linhas acima. De todo recomendável, necessária mesmo, a edição de diploma normativo para regulamentar a questão do ponto de vista jurídico e fático.

Configuradas que estão, na hipótese que examino, os pressupostos legais que demandam a revisão de um contrato administrativo, torna-se imprescindível a sua repactuação. Assim e também para que o administrador público tenha segurança jurídica para determinar a repactuação desses contratos, sempre com o fito de

j

eros roberto grau

manter a relação de equilíbrio econômico-financeiro. Logo, a edição de um novo decreto que ratifique essa possibilidade terá o condão de estabilizar essa situação. De outra banda ainda, como exposto na consulta, a situação aqui retratada tem se verificado no mundo dos fatos. Existem milhares de contratos administrativos, por assim dizer, em uma situação de absoluta indefinição, embora, como também destaca a consulente, os serviços de saneamento básico continuem a ser prestados à população, haja vista que não podem, em absoluto, sofrer solução de continuidade.

O prejuízo me parece evidente e não pode persistir, sob pena de impedir, por exemplo, novos e necessários investimentos, de modo a assegurar a adequada prestação de um serviço público, como também para manter, no caso específico do saneamento básico, de natureza absolutamente essencial, a *modicidade* das tarifas.

Nesse sentido, observa a consulente, enquanto uma Associação que congrega diversas empresas estaduais de saneamento, vários Estados já efetivaram a extensão de prazo dos contratos celebrados pelos Municípios com as companhias estaduais (Ceará, Rio Grande do Sul, Paraíba Pernambuco e Minas Gerais).

Logo, a edição de decreto terá o condão de uniformizar a questão a nível nacional dando concreção aos preceitos constitucionais que examinei na introdução

J

eros roberto grau

desse parecer. Destaco novamente, em especial, os artigos 23, inciso IX, e 25, § 3º da Constituição de 1988.

40. Considero fundamental, neste ponto, a situação *sui generis* de não ter sido prevista uma regra de transição, de todo essencial na espécie. Lembre-se aqui o quanto prevê o artigo 23 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.376, de 2010):

“A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente, sem prejuízo aos interesses gerais”.

41. De há muito o Supremo Tribunal Federal reconhece e aplica a possibilidade de modulação dos efeitos emanados de nova jurisprudência fixada na Corte, de modo a não alterar situações já consolidadas e, também, para gerenciar as expectativas criadas a partir de determinado entendimento. Até porque não é possível, com uma simples mudança (legislativa ou jurisprudencial) alterar --- insisto uma vez mais no



eros roberto grau

ponto --- o mundo dos fatos⁴³. A realidade sempre se impõe, como aliás pontuou a AESBE ao destacar., com arrimo no artigo 11-B, § 8º da lei 11.445, de 2007 (conforme redação que lhe foi conferida pela lei 14.026, de 2020) que a própria lei, sem ignorar o que se passa na prática, “reconhece contratos, em determinadas situações, com aparência de prestação de fato”.

Por isso entendo possível a edição de decreto que regulamente, de maneira definitiva, essa situação. Não

⁴³ Como relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240, tive a oportunidade de pontuar que a realidade sempre se impõe. No caso específico, discutiu-se a (reconhecida) inconstitucionalidade da criação de um Município, por determinada lei estadual. Contudo, teci em meu voto, acompanhado à *unanimidade* pelo Plenário da Corte, algumas ponderações que bem se aplicam à situação que agora examino: “o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe. Há mais de seis anos. Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero ato de subsunção (...). O Município --- permito-me repeti-lo --- o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato. No seu território foram exercidos atos próprios ao ente federativo dotado de autonomia”. A seguir enfatizei que a “existência de fato, decorrente da decisão política que importou a sua instalação como ente federativo dotado de autonomia municipal --- repito --- consubstancia uma situação *consolidada*. O *nomos* do seu território foi nele instalado. O Município legislou, de modo que uma parcela do ordenamento jurídico brasileiro é hoje composta pela legislação local emanada desse ente federativo cuja existência não pode ser negada. Observo inicialmente que o princípio da segurança jurídica, sem embargo das ressalvas que ao seu uso indiscriminado deixei bem vincadas no meu voto na ADI 3685, prospera em benefício da preservação do Município”. Por isso conclui: “Atua aqui a *força normativa dos fatos* [*normative Kraft des Faktischen*], a que refere Georg Jellinek (*Teoría General del Estado*, 2ª ed., trad. de Fernando de Los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2.000, pp. 319 e ss.), que permite compreender a origem e a existência da ordem jurídica, pois *na vida do Estado as relações reais precedem as normas em função delas produzidas*”.

J

eros roberto grau

se pode, de maneira abrupta, pretender interromper a continuidade da prestação de serviços, sob pena de ocasionar gravíssima --- e sempre indesejada --- situação de insegurança jurídica, com prejuízos concretos ao patrimônio das companhias que prestam os serviços de saneamento e, na mesma medida, à população que deles usufrui com tarifas que devem ser *módicas e acessíveis*.

Até porque é preciso ter em mente a necessidade de garantir, efetivamente, a *universalização* do saneamento básico, como determina o artigo 2º da lei 11.445, de 2007 (conforme alterações da lei 14.026, de 2020):

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

I – *universalização do acesso e efetiva prestação do serviço*” (destaquei).

42. Não será ocioso lembrar que a Constituição de 1988 estabelece, como uma das garantias fundamentais, em seu artigo 5º, inciso XXXVI:

“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

43. A edição do decreto de que ora trato apenas reconhecerá uma situação *preexistente*, que não poderia ter sido, como o foi, ignorada pelo novo diploma

J

eros roberto grau

legal, em especial na ausência da regra de transição a que fiz referência.

Por meio desse decreto, deve-se permitir a celebração de novos instrumentos contratuais, com a extensão ou unificação de prazo para os contratos atualmente em vigor, além de viabilizar a formalização, mediante instrumento contratual, de situações de fato que hoje se verificam na prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

44. Concluindo, para finalizar esse item, o veto da Presidência da República ao artigo 16 da lei nº 14.026, de 2020, não tem o condão de alterar --- e deixo novamente bem vincada essa circunstância --- a realidade dos fatos. Além da menção aos contratos ditos *provisórios*, uma vez que “*não formalizados*” ou aqueles “*vigentes [mas] prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos nesta Lei*” (artigo 11-B, § 8º), o artigo 13 da mesma lei 14.026, de 2020, estabelece:

“Art. 13. Decreto disporá sobre o apoio técnico e financeiro da União à adaptação dos serviços públicos de saneamento básico às disposições desta Lei, observadas as seguintes etapas:

[...]

V – alteração dos contratos de programa vigentes, com vistas à transição para o novo modelo de prestação;

(...)

J

eros roberto grau

§ 1º. Caso a transição referida no inciso V do caput deste artigo *exija a substituição de contratos com prazos distintos, **estes poderão ser reduzidos ou prorrogados, de maneira a convergir a data de término com o início do contrato de concessão definitivo***, observando-se que:

I – na hipótese de *redução do prazo, o prestador será indenizado na forma do art. 37 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e*

II – na hipótese de *prorrogação do prazo, proceder-se-á, caso necessário, à revisão extraordinária, na forma do inciso II do caput do art. 38 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007* (destaquei).

Isso tudo permite um modelo de sucessão segura, atendendo especialmente aqueles Municípios mais pobres, e com operações muitas vezes deficitárias, sem descuidar, assim, dos contratos atualmente em execução, e contribuindo na mesma medida para a amortização dos investimentos já realizados. Tudo isso sob pena se substituir a barreira de acesso físico aos serviços de saneamento por uma odiosa nova barreira econômica, que não pode ser admitida e muito menos ignorada.

J

eros roberto grau

**[prestação direta dos serviços públicos
de saneamento básico]**

45. Finalmente, indaga a consulente se seria possível a prestação *direta* dos serviços de saneamento básico “por entidade que integra a administração de autarquia intergovernamental ou de ente federado integrado à autarquia intergovernamental” e, em havendo essa alternativa, quais seriam os meios para sua formalização.

A indagação, nesse ponto, tem relação direta com o já examinado artigo 175 da Constituição de 1988:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, *diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação*, a prestação de serviços públicos” (*destaquei*).

46. Embora o texto constitucional mencione a necessidade de licitação, é certo que quando o serviço público de saneamento básico for prestado *diretamente* por ente integrante da Administração Pública esse dever não se impõe.

E essa desnecessidade me parece bastante clara, como passo a explicitar.

Como se sabe, a licitação não é um fim em si mesmo, mas um procedimento instrumental que tem, segundo pondera Celso Antônio Bandeira de Mello, duplo objetivo:

“proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais

eros roberto grau

vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.

Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, *caput*) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, *caput*, e 82, V, da Carta Magna brasileira⁴⁴.

Na medida em que a licitação é um instrumento para a realização do interesse público a própria lei faz ressalvas a casos em que ela é *dispensável* (por ser inviável a competição, como descreve o artigo 24 da lei nº 8.666, de 1993, e artigo 75 da lei 14.133, de 2021) ou simplesmente *inexigível* (impedindo de forma absoluta a disputa, de acordo com o seu artigo 25, e com o artigo 74 da lei 14.133, de 2021), já que, em tais situações, a licitação não atenderia àqueles fins expressamente previstos no artigo 37, inciso XXI, da Constituição de 1988.

⁴⁴ Curso de Direito Administrativo, 27ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 526.

J

47. A Constituição do Brasil prevê em seu artigo 175 que as concessões serão outorgadas por meio de licitação, como de início referi.

Contudo, é imperioso diferenciar três tipos de concessão de serviços públicos, como explica Marçal Justen Filho⁴⁵. A primeira das modalidades é denominada *concessão* propriamente dita, quando o Estado transfere a um particular, sempre através de procedimento licitatório, o desempenho de um determinado serviço público.

Entretanto, há outros dois tipos, incluídos no gênero das concessões impróprias. A primeira delas é a concessão-descentralização, em que o Estado atribui o serviço a um novo ente integrante de sua Administração Indireta, com personalidade jurídica e patrimônio próprio.

E, por fim, teríamos a *concessão-convênio*, quando ocorre a conjugação de interesses e esforços entre as pessoas jurídicas de direito público de diferentes esferas. Explica Marçal:

“O vínculo jurídico entre as pessoas políticas configura modalidade de contrato plurilateral. A situação é radicalmente diversa daquela que se verifica nos contratos entre Administração e particulares, diante da ausência de contraposição de interesses [...].

⁴⁵ Concessões de Serviço Público, São Paulo, Dialética, 1997, pp. 74 e ss.

eros roberto grau

Essa situação pode ser reconduzida à ideia de convênio, que merecera expressa previsão na CF/69. O art. 13, § 3º daquela Carta aludia à possibilidade de determinados serviços serem executados de modo conjugado pelas diversas pessoas políticas. O silêncio da atual Constituição acerca da figura não representa vedação a ela, pois a autonomia recíproca dos entes federais não impede a conjugação de esforços para multiplicar os recursos necessários à satisfação do interesse público. Aliás, muito pelo contrário. A evolução institucional tende a incentivar hipóteses de associação entre diversas pessoas políticas. (...). Essa alternativa de atuação apresenta grande utilidade no desenvolvimento de serviços públicos que se relacionam com o interesse de diversos entes políticos e se intensifica em um Estado federal como o brasileiro, onde há grande quantidade de esferas políticas autônomas (Municípios)”⁴⁶.

Este convênio pode se dar não apenas por motivos econômicos, mas também por razões fáticas, como prossegue ainda o mesmo autor:

“A continuidade geográfica, impõe, muitas vezes, comunhão de destinos para os diversos entes autônomos. Há interações provenientes da realidade do mundo. O exemplo mais evidente

⁴⁶ Ob. Cit., pp. 74-75.



eros roberto grau

relaciona-se com saneamento e abastecimento de água. Existem Municípios que dependem das mesmas fontes naturais para satisfação de necessidades de seus habitantes.

Muitas vezes a solução jurídica acaba por desembocar na constituição de ente integrante da Administração indireta, que recebe a gestão dos serviços a título de concessão. Essa tem sido a experiência nacional, no âmbito de saneamento.

Também aqui, não se configura uma concessão em sentido próprio. Existe convênio entre entes políticos diversos, norteados a propiciar conjugação de esforços e utilização harmônica das competências de que cada qual é titular. A atividade desempenhada pela concessionária não se rege pelos princípios próprios da concessão, mas retrata atuação associativa entre diversos entes políticos. Não existe contraposição de interesses entre a concessionária e cada uma das pessoas políticas. Há uma paridade de interesses homogêneos, característica do contrato associativo⁴⁷.

E, ao final, conclui:

“Portanto, as concessões sob as quais se oculta um convênio não se subordinam ao modelo próprio correspondente, delineado a partir do

⁴⁷ Ob. Cit., p. 76.



eros roberto grau

art. 175 da Constituição Federal”⁴⁸.

48. Percebe-se, portanto, que nos casos de “concessão” de serviços públicos a entes integrantes da própria esfera governamental, não se faz necessária a instauração de procedimento licitatório. Isso porque o serviço público de saneamento básico é prestado pela própria Administração Pública, embora integrante de esfera administrativa diversa.

E nunca é demais lembrar que o Estado, como observa Eduardo Garcia de Enterría⁴⁹, é uma pessoa jurídica única que realiza múltiplas funções. Há, por assim dizer, uma divisão funcional da Administração em diversos entes e órgãos. Todos eles, no entanto, atuam de modo harmônico pela definição de um quadro de competências no plano constitucional e dos mecanismos de tutela e instrumentalidade estabelecidos entre cada um deles e suas entidades. Desse modo --- lançamos mão, ainda, das palavras de Eduardo Garcia de Enterría --- toda a galáxia administrativa é reconduzida a uma unidade estrutural e sistemática.

49. Essa unidade estrutural e sistemática decorre entre nós do disposto no artigo 37 da Constituição de 1988, sendo reafirmada nas dobras da legislação infraconstitucional.

⁴⁸ Ob. Cit., p. 77.

⁴⁹ Ob. Cit., pp. 24 e ss.

J

eros roberto grau

Trata-se, em casos que tais, de uma conjugação de esforços entre as diversas esferas da Administração Pública, com o fim de aprimorar e ampliar o máximo possível a prestação do serviço público de saneamento básico.

Por derradeiro há que se lembrar que o serviço de saneamento é serviço público por excelência e, portanto, incumbência do Poder Público, razão pela qual não se cogite de competição nessas hipóteses. O serviço, é bom que se ressalte novamente, é prestado pelo próprio Estado, por meio de uma de suas entidades criadas especificamente para assumir este encargo. Exigir a licitação nesses casos seria o mesmo que criar concorrência entre entes que devem cooperar entre si. Daí porque, concluo no sentido de que pode haver, mesmo após a edição da lei 14.026, de 2020, prestação direta dos serviços de saneamento básico por entidade que integre a administração de autarquia intergovernamental ou de ente federado integrado à autarquia intergovernamental.

[respostas aos quesitos]

50. Aos quesitos propostos na consulta dou as seguintes respostas:

1. **sim;** é possível a edição de novo decreto, que permita a regularização dos contratos administrativos atualmente em vigor e também autorize a celebração de instrumentos contratuais para formalizar situações de



eros roberto grau

fato verificadas, mesmo após a edição da lei 14.026, de 2020, haja vista tratar-se de serviços públicos de saneamento básico, de caráter essencial; a promulgação desse decreto supre a ausência de uma regra de transição para aquelas situações tidas como provisórias, pela própria lei, de modo que não haja prejuízo para quaisquer das partes envolvidas;

2. **sim;** é admitida a extensão de prazo como forma de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, sejam concessões, contratos de programa, concessões impróprias e instrumentos congêneres; além disso, é possível também a extensão de seus prazos, de maneira a permitir a unificação da vigência dos contratos que integram uma mesma prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico;

3. **sim;** é admissível que haja a prestação direta de serviços públicos de saneamento básico por entidade que integra a administração de autarquia intergovernamental ou de ente federado integrado à autarquia intergovernamental, mediante formalização de decisão colegiada proferida no âmbito administrativo dessa mesma estrutura de prestação regionalizada.

É o que me parece.

São Paulo, 09 de março de 2023



Eros Roberto Grau



Associação Brasileira das Empresas
Estaduais de Saneamento

Universalizar é Nossa Missão.