

Observações sobre a prorrogação de contratos de programa sob o Marco do Saneamento

Texto para discussão

Gustavo Kaercher Loureiro¹

The background of the page is a photograph of a water treatment facility, showing large concrete tanks and metal pipes. The image is overlaid with a blue gradient and several diagonal lines in shades of blue and white.

As opiniões expressas neste artigo são de responsabilidade exclusiva do autor, não refletindo necessariamente a opinião institucional da FGV.

INTRODUÇÃO

Estas breves notas pretendem responder a duas questões:

1. A introdução das novas metas de universalização dos serviços de saneamento trazidas pelo art. 11-B da Lei 11.445/2007 pode ensejar a prorrogação dos atuais contratos de programa (para fins de reequilíbrio econômico-financeiro)?
2. Em particular: a regulamentação da exigência de comprovação de capacidade econômico-financeira dos prestadores para o atendimento dessas metas, determinada no art. 10-B da Lei 11.445/2007, poderá, de algum modo, admitir ou ter por consequência (direta ou indireta), a prorrogação dos atuais contratos de programa?

A resposta a ambas as questões é **não**. Para chegar a elas temos que deixar por um instante os contratos de programa e começar o exame pelo instituto da concessão.

SEÇÃO I

DA PRORROGAÇÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO EM GERAL

A prorrogação é um instituto típico da disciplina jurídica dos contratos, prevista na legislação civil e, quanto aos contratos de concessão de serviços públicos, referida no art. 175, par. único, inc. I da Constituição, segundo o qual “[a] lei disporá sobre regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação.” Como se constata, a feição da prorrogação de concessões de serviços públicos não está dada pela Constituição, mas fica à mercê da discricionariedade legislativa e, num degrau abaixo, da discricionariedade administrativa (em particular, não se configura como *direito subjetivo* do concessionário, ao menos *ex constitutione*).

Em doutrina, é corrente distinguir entre *prorrogação* e *renovação* de contratos. A primeira consistiria na mera extensão do prazo do negócio jurídico. A segunda, na extensão desse prazo acompanhada de uma significativa alteração das condições originais da avença.

Mais importante, para os presentes propósitos, é diferenciar entre duas funções ou feições que a prorrogação pode assumir. No caso “normal”, a extensão do lapso de tempo para além do prazo original não tem outro escopo senão o de manter a prestação adequada do serviço que o concessionário vem realizando. Trata-se de uma decisão do concedente, balizada pela legislação, que pondera entre as vantagens/desvantagens que a manutenção do *status quo* propicia em contextos complexos como o das

¹ Agradeço à Juliana Smiderle a atenta leitura desse texto, suas críticas e contribuições.

concessões de serviço público, *vis-à-vis* as vantagens/desvantagens associadas à promoção da competição e à renovação no âmbito do serviço. Já uma segunda função que a prorrogação cumpre é a de servir como *mecanismo de reequilíbrio* do contrato, em face da ocorrência de riscos que não devem ser suportados pelo concessionário (“prorrogação-remédio”). Neste caso, diante do direito do privado, de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, o concedente deve ponderar entre os diferentes mecanismos que estão à sua disposição, nos termos da legislação. Também essa decisão é balizada por quanto estatuído na legislação e pelas normas que regulam o exercício da discricionariedade administrativa.

Em qualquer uma dessas hipóteses, entende-se que o concessionário não possui - ao menos se o contrário não estiver disposto expressamente em lei - *direito subjetivo* à prorrogação. Sobretudo no âmbito da “prorrogação-remédio”, é importante ter presente que seu direito é ao equilíbrio econômico-financeiro, e não a este ou àquele mecanismo de seu refazimento. A escolha desse mecanismo recai na esfera de discricionariedade do concedente, a qual, obviamente, deve ser exercida dentro dos parâmetros legais existentes e dos limites dados pela razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e modicidade tarifária, dentre outros. Essa decisão por certo que poderá ser confrontada, na medida em que desconforme às pautas da ação administrativa e, mais ainda, ao direito positivo incidente - mas tão-somente nessa medida. Em síntese: **prorrogar ou não prorrogar é algo que não se decide *a priori*, mas à vista da disciplina legal estabelecida e do correto exercício da discricionariedade administrativa.**

Essas considerações todas têm que ser transpostas para o âmbito dos contratos de programa, negócios jurídicos especiais de delegação.

SEÇÃO II

DOS CONTRATOS DE PROGRAMA SOB AS LEIS 11.107/2005 E 11.445/2007 (REDAÇÃO ORIGINAL)

Lei 11.107/2005

Os contratos de programa são avenças estabelecidas entre entes componentes da Federação ou, mais comumente, entre algum desses entes e pessoas jurídicas integrantes da Administração de outras esferas federativas, as quais (avenças) têm por objeto – no que aqui interessa – a delegação do exercício de um serviço ou função pública. Em síntese, e na hipótese que se adequa ao caso aqui examinado, por meio desses negócios jurídicos de direito público, o titular de um serviço público transfere sua execução a outro sujeito do âmbito estatal, pertencente a uma diferente esfera federativa. À semelhança da concessão, os contratos de programa são negócios jurídicos de delegação da prestação de serviços públicos. À diferença dela, porém, são instrumentos de federalismo cooperativo e, por isso, possuem

uma racionalidade e fundamento constitucional e legal distintos (contratos de programa: art. 241, regulamentado pela Lei 11.107/2007; concessões: art. 175, regulamentado pela Lei 8.987/1995).

Essa aproximação/distanciamento é refletida na legislação. Ao mesmo tempo em que a engenharia jurídica pela qual se chega a eles é própria (brotam no contexto de convênios e consórcios públicos) e não se submetem à licitação, devem seguir, sobretudo em certos tópicos, o padrão normativo das concessões (art. 13, § 1º da Lei 11.107/2005). Não há, porém, identidade entre as figuras.

Sopesando semelhanças e diferenças entre os dois negócios jurídicos, não é desarrazoado entender que, nada obstante a semelhança de estrutura e de objeto, o contrato de programa vincula dois poderes públicos que atuam na busca de interesses públicos primários, em condições que não reproduzem *pari passu* aquelas existentes na concessão, em que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é o mais importante, senão único e intocável, direito do concessionário (a *causa* do negócio, para o prestador do serviço²).

Concorde-se, ou não, com essas considerações de fundo, é fora de dúvida que a Lei 11.107/2005 trouxe para os contratos de programa exigências que deveriam cumprir, sob pena de **nulidade**. Encontram-se elas estampadas no art. 13 da referida Lei³. Esse ponto é importante, na medida em que, qualquer que seja o entendimento acerca da “filosofia” do contrato de programa (se consagra, ou não, por exemplo, o mesmo tipo de direito ao equilíbrio econômico-financeiro que possui um concessionário), sua validade (e, portanto, vigência) pressupõe o atendimento aos requisitos legais. Se tal não ocorrer, ter-se-á, no máximo, uma situação de fato cuja manutenção e preservação não podem ser impostas em proveito do delegado do serviço. Guarde-se este ponto.

Lei 11.445/2007 (redação original)

A Lei 11.445/2007, em sua configuração original, não dava ênfase à prévia necessidade de licitação e à figura da concessão. Ao revés, admitia tranquilamente os contratos de programa e indicava os requisitos que deveriam eles cumprir, para além do que dispunha a Lei 11.107/2005.

² Em particular, o prestador do serviço (empresa estatal) não tem, preponderantemente, por escopo extrair do serviço a remuneração pactuada originalmente sob a (suposta) garantia do art. 37, XXI da Constituição.

³ “Art. 13. (...) § 1º O contrato de programa deverá: I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e II – prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares. § 2º No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam: I – os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu; II – as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos; III – o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade; IV – a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido; V – a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado; VI – o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços. § 3º É nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados.”

No lugar do atual art. 10 (que refere expressamente a preferência pela concessão licitada), a redação anterior preocupava-se com a formalização adequada desses ajustes⁴ e o art. 11 complementava as exigências do art. 13 da Lei 11.107/2005:

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

I - a existência de plano de saneamento básico;

II - a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico;

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

§ 1º Os planos de investimentos e os projetos relativos ao contrato deverão ser compatíveis com o respectivo plano de saneamento básico.

§ 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever:

I - a autorização para a contratação dos serviços, indicando os respectivos prazos e a área a ser atendida;

II - a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados;

III - as prioridades de ação, compatíveis com as metas estabelecidas;

Ou seja: mais uma vez, a legislação lutava contra a informalidade no trato do tema e ditava regras às quais os contratos de programa deveriam se conformar, sob pena de nulidade (a referência a “condições de validade” o demonstra).

Adicionalmente à disciplina específica dos contratos de programa em saneamento, a Lei 11.445/2007 alterou a Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos, Lei 8.987/1995, não por acaso, para dar conta das situações irregulares envolvendo contratos de delegação. Essas alterações aplicavam-se aos contratos de programa de saneamento (imagina-se que tenham sido feitas em razão da situação deles), por força do que dispunha o art. 13, § 1º, I da Lei 11.107/2005⁵. A nova redação do art. 42 da Lei

⁴ “Art. 10. A prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.”

⁵ Citado acima na nota 3.

8.987/1995 indicou as providências que deveriam ser tomadas em face de contratos *precários, não formalizados, com prazo vencido e/ou indeterminado*.

Resumindo o que se contém no art. 42 da Lei 8.987/1995⁶ e na Lei 11.445/2007, tem-se o seguinte quadro: (i.) os contratos de programa **regulares e vigentes** (isto é, aqueles que atendessem às exigências da Lei 11.107/2005 e Lei 11.445/2007) seguiriam pelo prazo neles previsto; (ii.) quanto à prorrogação deles (e somente deles), a situação não era clara: a Lei 11.445/2007 não se pronunciava sobre sua possibilidade e o art. 42, § 1º da Lei 8.987/1995 (por ela alterada) parecia inclinar-se para a negativa; (iii.) de qualquer sorte, **os contratos de programa irregulares, por qualquer motivo, deveriam ser extintos e nova licitação deveria ser providenciada**. Eventuais indenizações deveriam atender ao disposto nos §§ 3º e 4º do art. 42. Estas eram as providências já em 2007. De lá para cá, pouca coisa foi feita.

Os contratos de programa sob a Lei 14.026/2020

Visão geral

Possivelmente em razão dos problemas jurídicos já diagnosticados pelas leis anteriores (em particular, pela Lei 11.445/2007) e pela notória situação de fato reinante no setor, de má qualidade dos serviços de saneamento prestados sob o regime dos contratos de programa, a Lei 14.026/2020 alterou radicalmente a disciplina setorial. Essa mudança consagra a **rejeição ao uso dos contratos de programa, rejeição essa que se pode dizer ter sido alçada a verdadeiro princípio a vincular a regulação futura**.

⁶ “Art. 42 As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei. § 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato. § 2º As concessões em **caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado**, inclusive por força de legislação anterior, **permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das** licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses. § 3º **As concessões a que se refere o § 2º deste artigo, inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que, até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições:** I - levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infra-estrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos 20 (vinte) anos anteriores ao da publicação desta Lei; II - celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes; e III - publicação na imprensa oficial de ato formal de autoridade do poder concedente, autorizando a prestação precária dos serviços por prazo de até 6 (seis) meses, renovável até 31 de dezembro de 2008, mediante comprovação do cumprimento do disposto nos incisos I e II deste parágrafo. § 4º Não ocorrendo o acordo previsto no inciso II do § 3º deste artigo, o cálculo da indenização de investimentos será feito com base nos critérios previstos no instrumento de concessão antes celebrado ou, na omissão deste, por avaliação de seu valor econômico ou reavaliação patrimonial, depreciação e amortização de ativos imobilizados definidos pelas legislações fiscal e das sociedades por ações, efetuada por empresa de auditoria independente escolhida de comum acordo pelas partes.”

Como manifestações evidentes desse princípio tem-se:

- O teor do art. 1º da Lei 14.026/2020, que expressamente declara ter o diploma de 2020 a intenção fundamental de encerrar *pro futuro* esse modelo de contratação⁷.
- A positivação do princípio da seleção competitiva do prestador de serviços de saneamento, estampada no art. 2º, XV⁸ da Lei 14.026/2020.
- O Veto ao art. 16 da Lei 14.026/2020, dispositivo que permitia não apenas a extensão de prazo dos contratos de programa regulares como a regularização (!) daqueles não conformes às normas cogentes (art. 13 da Lei 11.107/2005 e art. 11 da Lei 11.445/2007)⁹. Nas razões do Veto encontra-se novamente reafirmado o propósito de evitar mecanismos que pudessem postergar a adoção da licitação e da concessão como as formas por excelência para a prestação indireta desses serviços¹⁰.
- Alteração da Lei de Convênios e Consórcios: “Art. 13 (...). § 8º Os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico deverão observar o art. 175 da Constituição Federal, **vedada a formalização de novos contratos de programa para esse fim.**”
- Finalmente, a alteração do art. 10 da Lei 11.445/2007: “Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, **vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.**”

⁷ “Art. 1º Esta Lei atualiza o marco legal do saneamento básico e altera (...) a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para **vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos** de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País (...).”

⁸ “Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: (...); XV - **seleção competitiva do prestador dos serviços**; (...).” (grifou-se).

⁹ “Art. 16. Os contratos de programa vigentes e as situações de fato de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, assim consideradas aquelas em que tal prestação ocorra sem a assinatura, a qualquer tempo, de contrato de programa, ou cuja vigência esteja expirada, poderão ser reconhecidas como contratos de programa e formalizadas ou renovados mediante acordo entre as partes, até 31 de março de 2022. Parágrafo único. Os contratos reconhecidos e os renovados terão prazo máximo de vigência de 30 (trinta) anos e deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 10-A e a comprovação prevista no art.10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, sendo absolutamente vedada nova prorrogação ou adição de vigência contratual.”

¹⁰ “**Razões do veto.** A propositura legislativa, ao regularizar e reconhecer os contratos de programa, situações não formalizadas de prestação de serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como possibilitar a prorrogação por 30 anos das atuais avenças, prolonga de forma demasiada a situação atual, de forma a postergar soluções para os impactos ambientais e de saúde pública decorrentes da falta de saneamento básico e da gestão inadequada da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Ademais, **a proposta, além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados.**” (grifou-se).

Como se constata, em várias ocasiões a Lei 14.026/2020 deu mostras de não desejar, de modo algum, levar adiante o modelo jurídico que já demonstrou não funcionar no plano dos fatos e de desafiar a regularidade, no plano normativo. De consequência, a situação dos contratos de programa no setor de saneamento pode ser assim fixada:

- Os contratos **vigentes** (portanto: *regulares*) prosseguirão até o final de seus prazos: art. 10, § 3º (incluído pela Lei 14.026/2020), sem possibilidade de prorrogação.
- Já os contratos irregulares, precários, com prazo vencido, não formalizados etc., devem ser extintos e tomadas as providências do art. 42 da Lei 8.987/1995 e do art. 42, § 5º da Lei 11.445/2007¹¹.

Ou seja: não está minimamente no espírito da Lei 14.026/2020 admitir prorrogações de contratos de programa, mesmo daqueles em vigor.

Dado esse contexto, seria possível, em caráter de exceção, admitir-se a prorrogação dos contratos de programa (que estejam vigentes e regulares), especificamente para fins de reequilíbrio econômico-financeiro em razão da necessidade de atingimento das metas estabelecidas no art. 11-B da Lei 11.445/2007? Seria possível, ao menos, a “prorrogação-remédio”?

Da (im)possibilidade de prorrogação como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro em razão da introdução das metas de atendimento

Dispõe o art. 11-B, no que ora interessa:

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.

§ 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no caput deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e

¹¹ “Art. 42 (...) § 5º A transferência de serviços de um prestador para outro será condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, facultado ao titular atribuir ao prestador que assumirá o serviço a responsabilidade por seu pagamento.”

o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no caput deste artigo, incluídas as seguintes:

I - prestação direta da parcela remanescente;

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

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

§ 3º **As metas de universalização deverão ser calculadas de maneira proporcional no período compreendido entre a assinatura do contrato ou do termo aditivo e o prazo previsto no caput deste artigo, de forma progressiva, devendo ser antecipadas caso as receitas advindas da prestação eficiente do serviço assim o permitirem, nos termos da regulamentação. (grifou-se).**

De modo sintético, extrai-se desse dispositivo o seguinte:

- Dado o arranjo de competências no setor de saneamento, esta medida configura *álea extraordinária*, na modalidade de *Fato do Príncipe*. Cuida-se de ato da União, não titular dos serviços, no exercício de sua competência de estabelecer diretrizes para o setor de saneamento, ex vi art. 21, XX da Constituição. Ela não altera *de per se* os contratos de concessão, mas determina que assim o faça o titular-concedente (qualquer que seja ele, cf. art. 8º, I, II e § 1º da Lei 11.445/2007).
- O art. 11-B *caput*, ao dizer que “os contratos de prestação de serviços de saneamento básico deverão definir metas de universalização (...) até 31 de dezembro de 2033” **não** está em absoluto, afirmando que os *contratos atuais* deverão ir até 2033. Isso parece óbvio, mas convém explicitar que não há, aqui, qualquer mandamento que, mesmo indiretamente, implique a extensão de prazos daqueles contratos que não chegam até 2033.
- As medidas aí dispostas pressupõem e se aplicam aos **contratos em vigor**, portanto, regulares. É o que se extrai do § 1º do art. 11-B. Quanto aos demais, valem as considerações feitas antes.
- Sobre a instituição das metas: observado o prazo estabelecido na Lei 11.445/2007, 2033, o titular do serviço¹² tem discricionariedade quanto *ao modo de as distribuir* ao longo do tempo, seja dentro de um mesmo contrato, seja entre contratos sucessivos (caso o prazo dos contratos atuais não vá até 2033).

¹² Art. 8º, I, II ou § 1º da Lei 11.445/2007.

- Sobre os mecanismos de viabilização das metas: no caso dos serviços prestados por meio de **contratos licitados** (ou seja: concessões), o titular também possui discricionariedade para escolher o *modo de viabilizar economicamente* o atingimento das metas. Poderá optar entre (i.) prestar diretamente o serviço, no que transbordar das metas e obrigações assumidas no contrato já firmado; (ii.) realizar *licitação complementar* para essa mesma parcela excedente; (iii.) *acordar* com o concessionário o reequilíbrio do contrato, por mecanismos variados, como revisões tarifárias e mesmo **prorrogação de prazos** (“prorrogação-remédio” cfe. acima). E reitere-se: também a escolha entre os mecanismos que atendem à solução (iii.) deverá ser acordada com o concessionário.

Mas, e o que dizer dos contratos de programa?

- Primeiro: devem estar regulares e em vigor, cf. acima. A exigência de validade (ausência de nulidade) é prosaica e atinge concessões e contratos de programa indiscriminadamente. Se forem inválidos, as medidas sanadoras da extinção do vínculo e da licitação impõem-se.
- Segundo: no universo dos contratos de programa válidos (que atenderam aos arts. 13 da Lei 11.107/2005 e 11 da Lei 11.445/2007 em sua redação original), deverá haver *adequação* para atender às exigências trazidas pela Lei 14.026/2020, dentre elas, a incorporação das metas do art. 11-B.
- Terceiro: em princípio, o titular do serviço poderá usar, também em relação aos contratos de programa, os mesmos mecanismos de viabilização econômica previstos para as concessões licitadas, **mas**, na hipótese de optar pelo reequilíbrio (item (iii.)), **ele não poderá valer-se da “prorrogação-remédio”**, em razão de tudo quanto dito na seção anterior e mesmo de quanto afirmado páginas acima: a prorrogação, em qualquer uma de suas funções, tem sua disciplina jurídica estabelecida na lei de regência (*in casu*, Lei 14.026/2020 e Lei 11.445/2007) e, quando possível, está à disposição do titular do serviço delegado (não é um direito subjetivo do prestador). No caso específico dos contratos de programa, a disciplina legislativa *positivamente não quer e não permite o prolongamento desse modelo de contratação*, de modo que não há por onde dela cogitar, muito menos considerá-la um direito do contratante, para fins de reequilíbrio do contrato.

E não se diga que essa terceira conclusão, ainda que juridicamente correta, inviabilizaria o objetivo maior do Marco que é a universalização dos serviços. De um lado, porque o direito não se compadece com argumentos *ad terrorem* (que, aliás, precisariam de verificações empíricas e não de afirmações abstratas). De outro lado porque são concebíveis, sim, alternativas que não precisamos aprofundar aqui. Poderá o titular do serviço, p.ex., distribuir as metas até 2033 de modo menos oneroso para o atual

contratado (se seu prazo for muito curto)¹³; ou poderá valer-se da obrigação de indenização dos ativos (exigidos pela introdução das novas metas) a cargo do novo concessionário (art. 45, § 5º da Lei 11.445/2007; art. 42, §§ 2º e 3º da Lei 8.987/1995). *Em qualquer hipótese, deve ser mantido o prazo original do contrato de programa. Nem o titular tem competência para prorrogar (por força da orientação do Novo Marco) nem o contratante tem direito subjetivo a tanto.*

Se assim é para a disciplina das metas, com mais forte razão essa conclusão se aplica para tópico distinto, embora relacionado, de instituição de parâmetros para aferição de capacidade econômico-financeira para enfrentar as (novas) obrigações trazidas pela lei de 2020.

Os limites do regulamento que disporá sobre a capacidade econômico-financeira, em relação aos atuais contratos de programa

Determina o art. 10-B da Lei 11.445/2007:

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

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

Deixando de lado a (im)propriedade do uso da figura da *condição* (art. 121 e segs. do Código Civil), e assumindo que o Poder Executivo aí mencionado é o federal, o mandamento nuclear do dispositivo é claro: o Chefe do Poder Executivo deverá editar “metodologia” para aferir a capacidade econômico-financeira do contratante (em concessões ou contratos de programa), para adimplir as novas obrigações de metas determinadas pelo art. 11-B.

À toda evidência, esta é uma norma que se poderia qualificar como *instrumental*, na medida em que *verifica* (melhor: permite verificar) um estado de fato (capacidade econômico-financeira) e não introduz ou altera uma obrigação de serviço. Este último efeito tem-no o art. 11-B, mas não este.

¹³ Não parece ser obstáculo a essa desigual distribuição de obrigações de universalização a exigência posta no § 3º do art. 11-B, de proporcionalidade. Observância de proporcionalidade não se confunde com necessidade de distribuição igual, ano a ano, ou inflexível de metas de serviço.

Já por aqui se pode concluir que não há como admitir que tal norma tenha por efeito, direto ou indireto (em verdadeira *fraude à lei*), promover ou determinar a prorrogação dos contratos de programa. Se fizesse isso não só estaria o regulamento agindo em *fraude à lei*¹⁴ como estaria exulando de seu campo de atuação (que é o de norma verificadora). De tal sorte, os titulares de contratos de programa regulares e em vigor deverão ter apreciada a sua capacidade econômico-financeira **na exata medida em que têm eles obrigações de universalização, as quais, viu-se, foram dispostas pelo titular dos serviços nos termos antes vistos**. Nem mais, nem menos. O futuro regulamento tem caráter “certificador” e não “regulatório”. Não pode, ele próprio, estabelecer metas e/ou mecanismos de seu atingimento. Se o fizesse, ainda que indiretamente, transbordaria de sua função de regulamentar matéria jurídica que é afeita ao titular do serviço e agiria em fraude à lei. Ele pressupõe o que tiver sido decidido pelo titular do serviço, nos limites e modos vistos acima.

Ou seja: também por aqui não se chega à “prorrogação-remédio”.

Algumas possíveis objeções a esse entendimento

Resta, ainda, enfrentar um último ponto. Diz o art. 13 da Lei 14.026/2020:

Art. 13¹⁵. 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;

VI - licitação para concessão dos serviços ou para alienação do controle acionário da estatal prestadora, com a substituição de todos os contratos vigentes.

§ 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

¹⁴ A velha definição do direito romano serve aqui: “Não há dúvida de que viola a lei aquele que, mantidas as suas palavras, desatende a seu sentido e vontade.” (“Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem”, *De legibus et constitutionum principum et edictis*, L. 5, C).

¹⁵ Reproduzido *ipsis litteris* no art. 3º do Decreto 10.588/2020.

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.

A possibilidade aberta pelo inc. V do art. 13 estaria a invalidar toda a argumentação apresentada acima? Temos que não, e isso não apenas por exigências de interpretação sistemática “externa” (entre os dispositivos da lei) como “interna” (ao próprio artigo). Antes, a referência à “alteração dos contratos de programa vigentes” (*vigentes, note-se en passant*) parece remeter, exatamente, às medidas de adequação antes vistas (que não envolvem a “prorrogação-remédio”) e também – ainda que de modo impróprio – às medidas dispostas no artigo seguinte da Lei 14.026/2020. Nesse art. 14, encontram-se providências de substituição/alteração dos contratos de programa, equalização de seus prazos etc. não para o atingimento das metas do art. 11-B, mas para a *privatização da empresa estadual* e para a passagem dos contratos de programa para os contratos de concessão. Passa longe do art. 13 permitir seu uso para infirmar exatamente as providências que preconiza na sequência dos seus incisos, dentre as quais salienta-se a privatização e o emprego dos contratos de concessão (vide inc. VI).

CONCLUSÃO

Em síntese, espera-se ter justificado o seco “não” oferecido na Introdução deste artigo.



 **FGV CERI**

CENTRO DE ESTUDOS
EM REGULAÇÃO E
INFRAESTRUTURA