

SITUAÇÕES JURÍDICAS DE FATO SUBSISTENTES AO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO

Alexandre Santos de Aragão*

Sumário: I – Introdução; II – Alguns modelos de prestação dos serviços de saneamento anteriores ao novo marco; III – Direitos dos operadores em decorrência das prestações, inclusive na ausência de cobertura contratual vigente; III.1 – Indenização pelos bens reversíveis como derradeiro reequilíbrio; III.2 – Manutenção da prestação, pendente a amortização dos bens reversíveis: art. 42, § 5º, Lei nº. 11.445/07; IV – Formalização dos serviços mediante “Termo de Ajuste e Acerto de Contas”; V – Operacionalização dos serviços via prestação direta à luz do novo marco; V.1 – Prescindibilidade de vínculo contratual comutativo; V.2 – Integrante da administração pública titular do serviço; VI – Parâmetros para a prestação direta em caso de regionalização VII – Prestação direta mediante parcerias societárias; VIII – Conclusões; IX – Bibliografia.

Resumo: Abordaremos as situações jurídicas de fato envolvendo a operação de serviços de saneamento básico em municípios, sobretudo por estatais estaduais, mediante avenças anteriores à Lei nº. 14.026/2020. São cenários nos quais as relações preexistentes não chegaram a ser propriamente substituídas e, apesar de poderem agora vir a ser eventualmente considerados dissonantes com a nova Lei, suas prestações sequer poderiam ser interrompidas, até como impõe o princípio da continuidade dos serviços públicos. Investigaremos os direitos das operadoras derivados das situações que se mantiveram, em especial no que se refere ao reconhecimento e formalização dos serviços e investimentos realizados. Também apreciaremos possíveis soluções para a operacionalização futura dos serviços caso pretendam os entes titulares prestá-los diretamente, de forma regionalizada ou não, inclusive em parceria com estatal estadual de saneamento.

Palavras-Chave: Serviços públicos. Delegações. Saneamento básico. Situações jurídicas de fato. Direitos das estatais estaduais. Formalização dos serviços. Prestação direta.

* Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Árbitro Advogado.

Abstract: We will address the *de facto* legal situations involving the operation of basic sanitation services in municipalities, especially by state-owned companies, through agreements prior to the Law n°. 14.026/2020. These are scenarios in which the pre-existing legal relationships were not properly replaced and, although they may now be considered in disagreement with the new Law, the services provision could not even be interrupted, as required by the principle of continuity of public services (public utilities). We will investigate the rights of the state-owned companies deriving from the situations that have been maintained, especially with regard to the recognition and formalization of the services and investments. We will also examine possible solutions for the future operation of the services if the municipal entities intend to provide them directly (by a public entity), in a regionalized manner or not, including in partnership with the state sanitation company.

Keywords: Public services (public utilities). Delegation. Basic sanitation. *De facto* legal situations. Rights of state-owned companies. Formalization of services. Direct provision of the services (by a public entity).

I – INTRODUÇÃO.

A Lei n°. 14.026/2020 inaugurou a atual disciplina regulatória do saneamento básico, introduzindo inovações relevantes com foco especial no cumprimento das metas de universalização e na prestação regionalizada dos serviços, diretamente ou por concessionário, mediante variados desenhos. Não se pode desconsiderar, contudo, subsistirem em âmbito nacional inúmeras situações de prestação de fato dos serviços a municípios por empresas estatais estaduais, inclusive com investimentos destas, em cenários nos quais as relações preexistentes não chegaram a ser propriamente substituídas, e cujas prestações sequer poderiam ser interrompidas, até como impõe o princípio da continuidade dos serviços públicos. Em muitos casos trata-se justamente do quadro de municípios menos desenvolvidos – inclusive em termos de organização administrativa – e, por conseguinte, com frequência menos atrativos para fins de eventual licitação.¹

¹ ÉLEN DÂNIA DOS SANTOS e DÉBORA FRANCAO afirmam ser muito comum com relação a municípios de pequeno porte no que se refere ao saneamento básico "a ausência de desenvolvimento institucional, a incapacidade operacional e a ausência de sustentabilidade financeira" (SANTOS, Élen Dânia Silva; FRANCAO, Débora Faria Fonseca. Prestação regionalizada dos serviços de resíduos sólidos. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de. GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). *Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil*. 2. ed., Indaiatuba: Foco, p. 175-186, 2022, p. 183). Narrando o panorama do setor e a utilidade da atual diretriz de regionalização com foco no desenvolvimento de municípios menos avançados em matéria de saneamento, ALMEIDA, NASCIMENTO e SCHMITT explicam que, com a regionalização, "é possível a agregação de municípios de pequeno porte entre si ou a outros de maior porte, de modo que se possa viabilizar a oferta dos serviços, o que não seria possível, na grande maioria dos casos, por exemplo, se a provisão for municipal, única, isolada, considerando que, frequentemente a demanda por serviços com altos padrões de

Como ao Direito, naturalmente, não é dado ignorar a realidade, convém perquirir não só as potencialidades da Lei nº. 14.026/2020 para modelar as vindouras operações, como também investigar as soluções por ela admitidas para reconhecer as situações de fato subsistentes, inclusive considerando os eventuais direitos das atuais operadoras, em sua grande maioria estatais estaduais. É este o objeto do presente artigo.

Para o mister, inauguraremos o nosso percurso apresentando ilustrativamente alguns modelos de prestação dos serviços de saneamento básico por estatais estaduais que perduram e que poderiam agora ser eventualmente considerados destoantes,² em especial no que se refere às hipóteses de (i) convênios, contratos de concessão ou outros instrumentos firmados diretamente (sem licitação), por vezes até antes da Constituição Federal de 1988, com prazo original ou prorrogado vigente; (ii) prestação de fato sem cobertura contratual formal, por exemplo em razão de já ter sido alcançado o termo *ad quem* da avença. Consideraremos, ainda, operações baseadas em ordens judiciais, em razão do ajuizamento de ação por estatal estadual para a continuidade dos serviços (Tópico II).

Na sequência (Tópico III), examinaremos os supostos direitos das estatais estaduais decorrentes das prestações mencionadas no parágrafo anterior, especificamente quanto (i) à indenização pelos bens reversíveis não amortizados como pressuposto para o derradeiro reequilíbrio econômico-financeiro da avença; (ii) à manutenção da prestação enquanto pendente a amortização dos bens reversíveis ou respectivo ressarcimento pelo titular; e (iii) ao reconhecimento dos serviços e investimentos realizados, a ser formalizado exemplificativamente por ajuste de acerto de contas até o conclusivo reequilíbrio da relação jurídica inacabada.

É nesse cenário que ainda iremos apreciar (Tópicos IV e V), sem pretensões exaurientes, algumas oportunidades da Lei nº. 14.026/2020 para a operacionalização futura dos serviços, caso pretendam os entes titulares prestá-los diretamente, de forma regionalizada ou não, inclusive em parceria com estatal estadual de saneamento, até se for o caso considerando eventuais passivos pendentes das narradas relações preexistentes.

II – ALGUNS MODELOS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO ANTERIORES AO NOVO MARCO

qualidade e a necessidade de substituição de infraestrutura obsoleta ultrapassam a capacidade financeira e gerencial dos pequenos" (ALMEIDA, Eduarda Fernandes de; NASCIMENTO, Ingrid Grazielle Reis do; SCHMITT, Vanessa Fernanda. Regionalização do saneamento básico como estratégia para alcançar a universalização dos serviços: um benchmarking dos Estados brasileiros. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; VILARINHO, Cíntia Maria Ribeiro (Coord.). *A Regulação de Infraestruturas no Brasil*. São Paulo: Associação Brasileira de Agências de Regulação, p. 322-356, 2021, p. 327.

² Nos termos do art. 11-B, § 8º, da Lei nº. 11.445/2007, incluído pela Lei nº. 14.026/2020: “§ 8º Os contratos provisórios não formalizados e os vigentes prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos nesta Lei serão considerados irregulares e precários”.

Ao longo das últimas décadas e à luz da regulação anterior à Lei nº. 14.026/2020, é notória a coexistência de uma pluralidade de arranjos para a instrumentalização da prestação dos serviços de saneamento básico, muitas vezes casuisticamente customizados entre municípios titulares e estaduais. Trata-se de expressão da política pública setorial estabelecida desde o Plano Nacional de Saneamento (Planasa), dos anos 70, que promoveu o protagonismo das empresas estaduais para a prestação dos serviços aos entes municipais que definiam em cada caso a forma de estruturação dos ajustes, segundo as diretrizes da União.³

A referida dinâmica originou situações diversas que em muitos casos conservam-se até hoje, como por exemplo: (i) convênios, contratos de concessão ou outros instrumentos firmados diretamente antes da CF/88, com prazo vigente original ou prorrogado; (ii) prestação de fato sem cobertura contratual formal, por exemplo por já ter sido alcançado o termo *ad quem* da avença; e (iii) operações baseadas em decisões judiciais proferidas em medidas propostas por estaduais estaduais para a continuidade dos serviços.

Com a edição da Lei nº. 8.987/95 (Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos) foi fixado um regime de transição para os instrumentos de delegação considerados “irregulares”, como por exemplo os celebrados sem licitação antes da CF/88, regime este que foi alterado e detalhado pela Lei nº 11.445/2007 (Lei Nacional do Saneamento Básico), o que denota pertinência da matéria para o setor. Como abaixo detalharemos, os instrumentos em questão ficariam vigentes por certo período, para fins de transição para os modelos de concessão precedida de licitação, ou de contrato de programa firmado diretamente com estatal estadual, por dispensa de licitação (art. 24, XXVI, Lei nº. 8.666/1993).

Nos termos do art. 42 da Lei nº 8.987/95, em sua redação original, 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*”.⁴

3 Na sistematização de KARLA BERTOCCO TRINDADE e RAFAEL HAMZE ISSA, “(i) à União competia a centralização das iniciativas de financiamento, bem como a definição das diretrizes e das políticas tarifárias das iniciativas de aprimoramento e expansão dos serviços de saneamento básico; (ii) aos Municípios que aderiram ao programa coube a tarefa de delegar às companhias estaduais de saneamento (CESBs) a prestação de tais serviços; (iii) às empresas estaduais cabia a ampliação e aprimoramento das ações de saneamento básico, de acordo com o financiamento e as diretrizes e políticas tarifárias definidas pela União”. (TRINDADE, Karla Bertocco; ISSA, Rafael Hamze. Primeiras impressões a respeito dos impactos da Lei nº 14.026/20 nas atividades das empresas estaduais de saneamento: a questão da concorrência com as empresas privadas. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). *Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, p. 25-36, 2021, p. 27).

4 Comentando o dispositivo, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que o “art. 42, em seu *caput*, reiterou o princípio da temporalidade das leis, ao submeter as concessões outorgadas em data anterior à vigência da Lei nº 8.987 ao regime então vigente. É que a outorga da concessão constitui ato jurídico perfeito, cujos efeitos se prolongam no tempo, mesmo que uma nova lei venha a ser adotada. Logo, as concessões outorgadas antes da vigência da Lei no 8.987 continuarão a vigorar, até sua extinção, segundo o regime jurídico próprio, ainda que diverso daquele consagrado na lei superveniente” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 368).

O § 2º do art. 42 ressalva, porém, que 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*”.

O § 3º do dispositivo — note-se que incluído pela Lei nº. 11.445/ 2007 —, a seu turno, limita a validade máxima das concessões referidas no § 2º, inclusive expressamente as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja prorrogação, *in verbis*: “ § 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: (...)**” (grifamos).

Apesar da impropriedade do termo, as “*concessões em caráter precário*”⁵ citadas no art. 42, § 2º, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ,⁶ seriam as celebradas sem licitação, inclusive antes do advento da Lei nº. 8.987/95.⁷ Embora tenha o Supremo Tribunal Federal – STF⁸ reconhecido que a eficácia do § 3º do citado art. 42 já foi exaurida pelo advento da data nele prevista (31.12.2010), em alguma medida a prorrogação e a subsistência de delegações para além do prazo fixado poderia ser considerada afronta ao dispositivo, por responsabilidade do Poder Concedente, que teria deixado de tempestivamente efetuar as regularizações eventualmente devidas.

Independentemente de eventuais responsabilidades de gestores municipais por descumprimento do comando legal,⁹ ocorre que, após o prazo do art. 42, § 3º, Lei nº. 8.987/95 (31.12.2010), no setor de saneamento há em todo o Brasil instrumentos celebrados diretamente que se encontram em execução pelo prazo original ou prorrogado. Há ainda arranjos que já alcançaram o seu termo final sem que tenha sido formalizada nova avença, embora mantidas as prestações. Em

5 Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO, “o § 2º [do art. 42] alude a concessões precárias, onde consistiria numa contradição em termos. Ausência de precariedade é da essência da concessão - já o era, antes mesmo da vigência da Lei atual” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 368-374).

6 “O disposto no art. 42, § 2º, da Lei 8.987/95, ao disciplinar as concessões precárias, entendendo-se como tais as anteriores à lei, outorgadas sem licitação, não autoriza a continuação em caráter de exclusividade” (REsp n. 655.207/RJ, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 11.4.2005).

7 Trata-se a *contrario sensu* dos contratos firmados sem licitação antes da CF/88, uma vez que, segundo o art. 43 da Lei nº. 8.987/1995, as concessões outorgadas sem licitação na vigência da atual Carta Magna deveriam ser extintas: “Art. 43. Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988”.

⁸ ADI 4058, Relator(a): Alexandre de Moraes, tribunal pleno, julgado em 19/12/2018, acórdão eletrônico dje-030 divulg 13-02-2019 public 14-02-2019.

⁹ A responsabilidade, porém, poderia ser atenuada “quando, apresentadas as justificativas e documentos comprobatórios” que indiquem não haver irregularidades na assunção de obrigações sem cobertura contratual, nos termos da Portaria nº. 4.097/2019 da Controladoria-Geral da União. Conforme a Nota Técnica CGU nº. 972/2019, “o administrador que agiu visando manter o serviço que é do público funcionando regularmente, dando cumprimento a diversos princípios, tais como o da continuidade dos serviços públicos não pode, com a devida vênia, ficar à mercê de responder a PAD quando não causou e bem atuou na remediação do infortúnio” (Nota Técnica n. 972/2019/CGUNE/CRG).

qualquer das hipóteses, fato é que as avenças continuaram a ser executadas, os serviços foram preservados – em certos casos até por imposição de ordem judicial – e investimentos em bens reversíveis foram de boa-fé realizados, boa-fé esta que sempre se presume, salvo prova em contrário, conforme o princípio universal do direito. Essa lógica incide *a fortiori* em matéria de saneamento básico, em que o princípio da continuidade dos serviços públicos até impediria a interrupção das operações pelos prestadores.

É nesse contexto que, no Tópico adiante, nos debruçaremos sobre os direitos das empresas estatais estaduais com relação aos serviços de saneamento básico por elas operados sem cobertura contratual formal, por vezes por força de decisões judiciais, ou mediante contratos de concessão firmados diretamente, inclusive por exemplo os anteriores à CF/88, prorrogados ou não.

III – DIREITOS DOS OPERADORES EM DECORRÊNCIA DAS PRESTAÇÕES, INCLUSIVE NA AUSÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL VIGENTE.

No presente Tópico apreciaremos os direitos advindos das situações jurídicas de fato de serviços de saneamento executadas por estatais estaduais com base em instrumentos celebrados diretamente, inclusive os anteriores à CF/88, vencidos ou em vigor, pelo prazo original ou prorrogado, inclusive quando a operação é mantida com base em decisão judicial.

Adiante, nesse cenário, apreciaremos sucessiva e especificamente os direitos dos prestadores: (i) à indenização pelos bens reversíveis não amortizados como pressuposto para o derradeiro reequilíbrio econômico-financeiros da avença (Tópico III.1); (ii) à manutenção da prestação enquanto pendente a amortização dos bens reversíveis ou respectivo ressarcimento pelo titular (Tópico III.2); e (iii) ao reconhecimento dos serviços prestados e investimentos realizados por meio de formalização de ajuste para fins de acerto de contas até o conclusivo reequilíbrio da relação jurídica pendente de finalização (Tópico III.3).

III.1 – INDENIZAÇÃO PELOS BENS REVERSÍVEIS COMO DERRADEIRO REEQUILÍBRIO.

Demonstraremos no presente Subtópico em que medida o direito de indenização do prestador do serviço público de saneamento no caso de investimentos não amortizados, como forma final de reequilíbrio, também aproveita àquele cujas prestações de fato não tenham cobertura contratual formal ou se fundem em arranjos celebrados diretamente, por vezes até anteriores à CF/88, prorrogados ou não.

Como já afirmamos em outra oportunidade,¹⁰ “com o advento do termo contratual, o serviço público delegado, juntamente com os bens a ele vinculados, reverte ao Poder Concedente. Mas os bens da empresa não relacionados à prestação do serviço não são objeto da reversão, constituindo patrimônio privado” do delegatário. “Tecnicamente, a reversão é do serviço público, mas a reversão dos bens a ele afetados é consequência natural. Para onde for o serviço, irão os bens usados na sua prestação. Se, por exemplo, no fim do prazo” de uma delegação, “o serviço for delegado a um outro prestador, os bens seguirão diretamente para o novo” delegatário,¹¹ desde que, até para impedir o enriquecimento sem causa do Poder Concedente, aqueles não amortizados já tenham sido indenizados.

Em regra, a reversão dos bens é gratuita, pois se presume que, ao longo do contrato, com a remuneração pactuada, o delegatário obtém o retorno do capital investido e uma certa margem de lucro. Porém, os bens reversíveis que, porventura, não tiverem sido amortizados, deverão ser indenizados. É o que impõe a Teoria Geral das Delegações de Serviço Públicos, positivada inclusive nos arts. 35, §4º, c/c 36 da Lei de Concessões (Lei nº. 8.987/1995).

Trata-se de princípio basilar das contratações administrativas – oriundo inclusive do preceito de equilíbrio entre as obrigações da Teoria Geral dos Contratos – e das delegações de serviços públicos em geral. Encontra guarida não só na Lei nº. 8.987/1995 como também no direito ao equilíbrio econômico-financeiro¹² previsto na CF/1998 (art. 37, XXI) e nas que a antecederam,¹³ aproveitando inclusive aos instrumentos anteriores à atual Carta Magna.

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 494.

¹¹ Dependendo de como se considere os bens reversíveis – de propriedade do poder concedente ou da concessionária –, também a natureza jurídica da reversão se modificará, constituindo, respectivamente, uma mera transferência da posse direta ao Estado ou uma verdadeira transferência da propriedade. Apenas na primeira hipótese teríamos reversão – no sentido de devolução – propriamente dita. Na segunda haveria mesmo a transferência da propriedade do bem do concessionário para o Estado (cf. GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 330-338, 356).

¹² Nesse sentido, ACHEN-LEFÈVRE, Marie-Hélène; e BODA, Jean-Sébastien. *Les biens de retour et l'intérêt du service public. Juridique Analyse, La Gazette*, 2015, p. 43-44, grifamos. Partindo dessas mesmas premissas, no Brasil, já afirmou o Superior Tribunal de Justiça – STJ que “o conceito de reversão envolve transferência de bens do domínio privado para o público, assim da concessionária para o poder concedente, o que ocorre, em geral, a título gratuito, mas, em casos excepcionais, mediante compensação, para preservação do próprio equilíbrio patrimonial, quando, por exemplo, não for possível a amortização do investimento aplicado pelo curto prazo de concessão ou baixo custo das tarifas praticadas” (STJ, AgInt nos EDcl na TutPrv no REsp 1648886, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 16.10.2019).

¹³ Conforme descreve historicamente ARNOLDO WALD, “a Constituição Federal de 1967, sob a redação da Emenda no 1/69, assegurava, nos contratos de concessão de serviços públicos, a **manutenção do equilíbrio econômico e financeiro** do pacto, por meio da fixação de tarifas reais, suficientes, inclusive, para a justa remuneração do capital e a expansão dos serviços (art. 167, II). O mesmo princípio, com maior abrangência, encontra-se esculpido no artigo 37, XXI, da nova Carta Política” (Wald, Arnaldo. *O equilíbrio econômico e financeiro no Direito brasileiro. Revista Justiça e Cidadania*, edição 161, 2014, meio digital, grifamos). De acordo com CAIO TÁCITO, sob a égide da Constituição Federal de 1946: “A doutrina ou a jurisprudência nacionais não foram, ainda, mobilizadas para a exegese construtiva do preceito constitucional. Os comentadores à lei fundamental não vão além das apreciações gerais, na compreensível expectativa de que a lei ordinária especifique critérios e medidas sobre o regime dos serviços públicos concedidos. **Decorre, no entanto, diretamente, da norma constitucional, a consagração inequívoca do princípio do equilíbrio financeiro da concessão de serviço público**”. (CAIO TÁCITO. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. Revista de Direito Administrativo, [S. l.]*, v. 65, p. 1-25, 1961, p. 16-17, grifamos).

Havendo investimentos não amortizados ao fim do prazo contratual, a indenização é medida que se impõe como corolário da própria proteção do equilíbrio econômico-financeiro, da propriedade privada e da vedação ao enriquecimento sem causa,¹⁴ preceitos de esteio constitucional, inclusive desde muito antes da CF/88, também presentes no direito comparado.

Na América Latina, o clássico ALLAN R. BREWER-CARÍAS explica que “com relação aos bens reversíveis, ou seja, aqueles destinados à realização das atividades objeto da concessão, e que o concessionário deve adquirir ou construir, considera-se que, tendo em vista o prazo estabelecido no contrato, no momento da extinção e da reversão, o concessionário já deve ter recuperado totalmente o investimento que teve que fazer. **Caso contrário, em virtude do princípio do equilíbrio econômico dos contratos administrativos ou contratos do Estado, o concessionário poderia exigir indenização pela parte não amortizada dos bens em questão**”.¹⁵

Em qualquer hipótese, portanto, antes do fim da delegação impõe-se realizar os levantamentos para fins de avaliação do desequilíbrio existente em desfavor do delegatário, que deve ser recomposto, em regra, mediante indenização, inclusive na forma do art. 35, § 4º, Lei nº. 8.987/1995.

Positivando a *ratio* geral da proteção do equilíbrio econômico-financeiro e da propriedade privada proveniente da Teoria Geral das Delegações de Serviços Públicos, a Lei nº. 8.987/1995, ilustrativamente, estipula em seu art. 36 que, ante o advento do termo contratual, a reversão de bens será feita com a indenização das parcelas de investimentos não amortizados ou depreciados.¹⁶

Ao estabelecer que a extinção contratual e a conseguinte reversão “*far-se-á com a indenização*”, o legislador deixou claro que aquela somente poderá ocorrer se realizada esta. Isto é, “*com a indenização*” significa que o pagamento pelos bens não amortizados deve ser prévio ou ao menos concomitante à reversão e ao correspondente fim da relação jurídica (com = concomitante).

Conforme a doutrina, “o fundamento jurídico da aquisição formal do domínio pelo Estado sobre o patrimônio integrante da concessão **não é a extinção do contrato, mas a transferência ao particular de um montante econômico** equivalente ao valor dos bens e suficiente para produzir a amortização dos investimentos realizados”.¹⁷ Ainda de acordo com o autor, “o decurso do prazo produz o encerramento automático da concessão e a assunção pelo Estado da posse dos bens

¹⁴ Esse princípio universal de direito, que nos legou o direito romano, “deve ser admitido de maneira geral, como sanção da regra de equidade de que não é permitido a ninguém, inclusive à Administração Pública, enriquecer injustamente à custa de outrem: *jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria locupletatiorem fieri* (CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 7ª edição, pág. 383).

¹⁵ ALLAN R. BREWER-CARÍAS. “El régimen de la reversión en las concesiones administrativas en venezuela, con especial referencia a las concesiones mineras”. In: GALUSSO, Alicia Rodriguez. *Estudios de derecho público en homenaje al Prof. Horacio Cassinelli Muñoz*. Montevideo [Uruguay]: Universidad Católica del Uruguay, 2016, p. 11. Tradução livre, grifos nossos.

¹⁶ “Art. 36. A reversão no advento do termo contratual *far-se-á com a indenização* das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 577, grifamos.

reversíveis, **desde que o valor deles já tenha sido amortizado ou, em caso negativo, após o pagamento da indenização apropriada. O poder concedente não poderá invocar o término do prazo da concessão para apropriar-se de bens particulares, não amortizados, se não promover o pagamento prévio da indenização**".¹⁸

O direito de indenização também incide quanto aos instrumentos firmados diretamente, por exemplo os anteriores à CF/88, inclusive os que já tenham o prazo vencido, cuja execução de fato seja até hoje mantida pelas estatais estaduais de boa-fé, o que sempre se presume, sobretudo quanto a serviços públicos sujeitos ao princípio da continuidade, que veda a sua interrupção (cf. Tópico II). O fato de a operação ser eventualmente baseada em ordem judicial confirma não só a sua legitimidade – tanto que referendada pelo Poder Judiciário – como também a exigibilidade dos direitos oriundos da prestação, inclusive quanto à eventual recomposição por investimentos não amortizados.

Ilustrativamente, de acordo com o art. 59, parágrafo único, da Lei nº. 8.666/1993,¹⁹ por exemplo, salvo comprovada má-fé do contratado, até mesmo em caso de eventual nulidade deve a Administração Pública indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que aquela for declarada.²⁰

Sobre o tema, DIOGO DE FIGUEIRETO MOREIRA NETO explica que, mesmo na ausência dos devidos instrumentos formais – por exemplo de um contrato de programa –, a execução de fato de serviços ou a realização de investimentos impõe a correspondente indenização ao contratado, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado, salvo comprovada má-fé, uma vez que a boa-fé se presume:

“As prescrições formais, que devem ser cumpridas por serem necessárias à legalidade dos contratos, são, por vezes, desatendidas, embora a prestação do administrado – seja ela a entrega de um bem ou a realização de obra ou serviço – já tenha sido executada, total ou parcialmente. Quando isso ocorre, tem-se a hipótese da **execução de fato**, sendo relevante perquirir, desde logo, sobre a boa-fé por parte do administrado, para constatar se esta presunção se mantém nas circunstâncias. Todavia, em razão mesmo da presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, não poderá ser alegado ter havido malícia no procedimento do administrado pelo simples fato de **manter o fornecimento de bens ou a prestação de**

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. p. 569-579, grifos nossos.

¹⁹ Lei nº. 8.666/1993: “Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”.

²⁰ Para HELY LOPES MEIRELES: “Mas mesmo no caso de contrato nulo, pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração, uma vez que tal pagamento não se funda em obrigação contratual, e sim no dever moral de indenizar toda a obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contrato ou com contrato nulo, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização” (*Licitação e Contrato Administrativo*, Ed. RT, 10ª ed., pág. 232).

serviços à Administração, devendo ser, portanto, indenizado, pois é inadmissível o enriquecimento sem causa”.²¹

Transpondo essa idêntica *ratio* para as delegações de serviços públicos de saneamento, a presença de investimentos não amortizados, executados de fato pelo delegatário, ainda que sem cobertura contratual formal, impõe o respectivo ressarcimento, para evitar o enriquecimento sem causa do Poder Público.

MARÇAL JUSTEN FILHO aborda especificamente a temática à luz do art. 42 e respectivos parágrafos da Lei nº. 8.987/95, alterado pela Lei nº. 11.445/2007, que prevê o regime de transição dos instrumentos de delegação não licitados, inclusive os anteriores à CF/88, abrangendo os não formalizados, vencidos ou prorrogados, como detalhamos no Tópico III. Destaca o autor que a finalidade do dispositivo foi justamente garantir o respeito ao direito de indenização do delegatário mesmo em caso de avenças firmadas sem licitação ou não regularmente formalizadas,, inclusive em prol da vedação ao enriquecimento sem causa. Assevera o autor, ainda, que não se admite a pura e simples extinção do ajuste sem que o devido ressarcimento seja procedido (cf. Subtópico III.2), regra que se aplica a todos os entes da federação, em lições tão precisas que pedimos vênias para transcrever:

“O art. 58 da Lei 11.445/2007 deu nova redação aos parágrafos do art. 42 da Lei 8.987/1995. **Tratou-se de assegurar o direito à indenização a todos os sujeitos que se encontrassem prestando serviços públicos delegados sem contrato, com contratos com prazo vencido ou com contratos com prazo indeterminado.** Essas normas visam a fornecer uma solução para o grave problema de serviços públicos que se encontram sendo prestados em situação fática por sujeitos privados. Esses delegatários, ainda que em situação irregular, asseguram a continuidade da satisfação de necessidades coletivas essenciais à população. Usualmente, tais delegatários cumprem as determinações oriundas do Poder Público, realizando inversões econômicas relevantes para assegurar a prestação de serviços públicos adequados. (...) No entanto, a **ausência de formalização adequada da delegação de serviço público não autoriza que o Poder Público promova a pura e simples extinção das referidas outorgas.** Assim se passa porque, antes e acima da exigência da licitação para delegação de serviço público, encontra-se o princípio da continuidade do mesmo serviço público. Se os serviços públicos estão sendo prestados – mesmo que sem o cumprimento dos requisitos legais –, **não se admite a sua pura e simples cessação.** Não se admite que o Estado elimine o instrumento de satisfação dos direitos fundamentais, nem mesmo mediante a invocação do defeito na formalização da relação jurídica de delegação do serviço público. (...) A ausência de licitação e de outras formalidades não atribui ao Estado a faculdade de expropriar ou confiscar bens dos particulares. (...) As referidas normas devem ser reputadas como vinculantes não apenas para a União, como também para os demais entes federados. (...) Portanto, negar ao particular o direito à indenização por eventuais investimentos e desembolsos não amortizados infringe a vedação ao confisco de bens privados pelo Estado, afeta o princípio da repartição isonômica entre os membros da comunidade por encargos de interesse comum e colide com a vedação ao enriquecimento sem causa. Justamente por isso, houve a explícita alteração da redação do art. 42 da Lei 8.987/1995, passando a vigorar regras destinadas a assegurar a adequada

²¹ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 291, grifos nossos.

indenização em favor daqueles que, à época da promulgação da Constituição de 1988, encontrassem-se prestando serviço público sem respaldo num contrato antecedido de licitação e com prazo determinado”.²²

Assim, como corolário da proibição ao enriquecimento sem causa e do princípio da continuidade do serviço público, é vedado ao Poder Concedente extinguir a delegação sem o correspondente pagamento de eventual indenização por bens reversíveis não amortizados, inclusive na ausência de cobertura contratual formal ou quanto a instrumentos firmados diretamente que estejam dentro do prazo contratual original ou prorrogado.

Para elevar a segurança jurídica especificamente no setor de saneamento, a Lei nº 14.026/2020 incluiu o § 5º no art. 42 da Lei nº. 11.445/2007,²³ expressamente condicionando mesmo, “**em qualquer hipótese**”, a transferência do serviço de um prestador a outro à indenização daquele pelos investimentos não amortizados. A interpretação histórica e teleológica²⁴ do dispositivo revela que a sua *ratio* é mesmo trazer segurança jurídica²⁵ e regularizar a prestação de serviços de saneamento no Brasil, inclusive quando instrumentalizada por contratos firmados antes da CF/88. Procura-se “zerar” as pendências no setor e promover a quitação dos saldos existentes, sobretudo quanto às indenizações devidas aos atuais delegatários, antes de eventual transferência dos serviços a novo prestador.

Note-se que a dicção do dispositivo é totalmente abrangente (“*em qualquer hipótese*”), englobando inclusive situações sem cobertura contratual formal, tampouco fazendo distinção entre os instrumentos de delegação, abarcando tanto os contratos de programa quanto convênios, contratos de concessão e outros arranjos, inclusive os anteriores à CF/88, em vigor pelo prazo original ou prorrogado, ou até os vencidos que continuaram a ser executados de fato plenamente. O fim da relação estará, portanto, sempre condicionados ao pagamento da devida indenização ao delegatário, como abaixo exposto.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, Capítulo 13, grifos nossos.

²³ 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 assumir o serviço a responsabilidade por seu pagamento.

²⁴ Nas palavras de CARLOS MAXIMILIANO, “considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 139).

²⁵ Conforme a Exposição de Motivos do Projeto de Lei que deu origem ao novo marco, um dos seus objetivos é justamente aumentar a segurança jurídica no setor: “Além de modernizar o marco legal do saneamento, apresente proposta de Projeto de Lei em questão **prioriza a segurança jurídica** e regulação adequada como condições essenciais para o desenvolvimento do setor de saneamento” (BRASIL. Presidência da República. Ministério do Desenvolvimento Regional e Ministério da Economia. Secretaria-Executiva. EMI nº 000184/2019 ME MDR. Brasília, 2019).

III.2 – MANUTENÇÃO DA PRESTAÇÃO PENDENTE A AMORTIZAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS - ARTS. 42, § 5º, LEI Nº. 11.445/07

É direito de qualquer delegatário, inclusive o que de boa-fé²⁶ executa de fato contrato vencido, ser legitimamente remunerado pelo serviço público prestado, efetuando os investimentos necessários, a serem amortizados e/ou ressarcidos até o fim da relação jurídica. A indenização por ativos não amortizados, acima examinada, corrobora a sistemática do pacto concessório justamente por promover, como visto, verdadeiro ajuste final de contas, equilibrando os interesses do delegatário e do Poder Público, que passará a dispor de toda a estrutura necessária ao serviço.

Não efetivada a indenização, todavia, toda essa lógica é rompida. O não pagamento das parcelas restitutórias referentes aos ativos não amortizados ou depreciados até o fim do prazo contratualmente estabelecido, faz surgir em favor do delegatário uma espécie de “direito de retenção” dos bens reversíveis inerentes ao serviço e, por conseguinte, da própria delegação, até que a equação do contrato seja, com a indenização, derradeiramente recomposta.

Aludido direito é expressão de preceito basilar da Teoria Geral dos Contratos e da Teoria Geral das Delegações de Serviços Públicos. Encontra guarida, portanto, mais do que no direito civil ou administrativo, na Teoria Geral das Obrigações, e em razão de princípios básicos de justiça como a equidade e a boa-fé objetiva.

Tal prerrogativa, nas palavras de AROLDO MEDEIROS DA FONSECA, traduz-se, de maneira ampla, na “faculdade, concedida pela lei ao credor, de conservar em seu poder a coisa alheia, que já detenha legitimamente, além do momento em que deva restituir se o seu crédito não existisse, e normalmente até a extinção deste”.²⁷ Nas clássicas lições de PONTES DE MIRANDA, é “o direito de conservar a coisa [que era ou passaria a ser] de outrem, que já possuíamos por título legítimo, até que este satisfaça alguma obrigação, que nos deve, relativa à mesma coisa”.²⁸

Tal situação jurídica encontra respaldo no direito comparado. Como explica HENRI DE PAGE, trata-se de faculdade com fundamento semelhante à exceção do contrato não cumprido, ainda que não se confundam. Explica o autor que o direito de retenção se fundamenta na constatação de que a pessoa a qual pertence a coisa também figura como devedora com relação à própria coisa devida. Até por isso, inclusive, o direito de retenção limita-se "ao caso em que existe uma ligação

²⁶ Boa-fé, repise-se, que só pode ser aferida caso a caso concreto, ao passo que o presente artigo versa matérias de forma exclusivamente em tese.

²⁷ FONSECA, Aroldo Medeiros da. *Direito de retenção*. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 112.

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior; Nelson Nery Jr. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XXVI, Direito das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, § 3.125.B.

direta entre a dívida e a posse da coisa: *debitum cum re junctum, ou ex bet causa*".²⁹ O instituto também encontra respaldo nas legislações italiana (art. 1.152, Codice Civile Italiano)³⁰ e argentina (art. 3.939, Código Civil de la Nación Argentina).³¹

Trata-se de expressão de tradicionais princípios gerais do direito (equidade e boa-fé), prescindindo inclusive de eventuais regras específicas, que revela-se aplicável à hipótese em análise por algumas razões, quais sejam: (i) o delegatário de boa-fé detém a coisa, isto é, os bens reversíveis que integram a própria delegação de serviço de saneamento básico executada de fato; (ii) há um crédito em favor do delegatário em razão da não amortização de investimentos; e (iii) há acréscimo feito pelo delegatário à coisa, justamente os investimentos nos bens afetados ao serviço público.

Na ausência de pagamento dos valores da respectiva amortização, exsurge o direito de manutenção da posse dos bens afetados ao serviço público e, conseqüentemente, da sua própria delegação, mesmo após o fim do prazo contratualmente definido, como imposição da obrigação de equilíbrio econômico-financeiro e dos princípios da equidade, da boa-fé objetiva e da continuidade dos serviços públicos. É realmente também corolário do princípio da continuidade dos serviços públicos, cuja prestação adequada pressupõe a utilização de tais bens. Se, por um lado, os bens reversíveis isoladamente pouca ou nenhuma utilidade teriam para o contratado; por outro, a delegação pressupõe a operação dos ativos a ela afetados. Pela natural indissociabilidade entre os dois, o direito de retenção é do serviço delegado como um todo, e não apenas dos bens reversíveis.

Sobre a matéria, CARLOS ARI SUNDFELD assevera que, “restando investimento não amortizado ao término da concessão, a correspondente indenização deveria ser paga previamente. Isso significa que, **enquanto não for indenizada a concessionária, a reversão dos bens e a extinção da concessão não serão efetivadas**”.³² Conforme afirma BERNARDO STROBEL GUIMARÃES, “como o correto **pagamento do particular é condição prévia à extinção do vínculo**, tem-se que é

²⁹ “Sans doute, ce droit a-t-il, dans la mesure où existe, le même fondement d'équité que l'exception d'inexécution. Mais cela ne signifie pas, pour cela, qu'il obéisse aux mêmes règles techniques. Il part d'un point de vue différent: la détention d'une chose appartenant à une personne qui est en même temps débiteur à l'occasion de cette chose. Aussi, per ne pas l'étendre au-delà de toute mesure raisonnable, l'a-t-on limité au cas où il y a un lien direct entre la dette et la détention de la chose: *debitum cum re junctum, ou ex pari causa*”. PAGE, Henri de. *Traite élémentaire de Droit Civil Belge*. Livre III – Les obligations. Bruxelles: Emile Bruylant, s/d, p. 832.

³⁰ Art. 1152. *Ritenzione a favore del possessore di buona fede*.

Il possessore di buona fede può ritenere la cosa finché non gli siano corrisposte le indennità dovute, purché queste siano state domandate nel corso del giudizio di rivendicazione e sia stata fornita una prova generica della sussistenza delle riparazioni e dei miglioramenti.

³¹ Art. 3.939. *El derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa.*

³² SUNDFELD, Carlos Ari. Direito à indenização prévia na extinção da concessão pelo término do prazo contratual. In: *Direito administrativo contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 291-304 (Coleção pareceres; v.2), grifos nossos.

inviável para a Administração celebrar outro contrato com o mesmo objeto até que o contrato anterior tenha sido corretamente extinto”.³³

Isso porque, nas delegações de serviços públicos, para além de eventuais bens previamente incorporados pelo Poder Concedente, que ficam sob a posse do delegatário, detém ele ainda a propriedade daqueles que tenham sido por ele adquiridos ou construídos durante a execução do contrato, ainda que seja essa propriedade de caráter temporário e resolúvel. Assim, na ausência de indenização ao fim do contrato, o direito de retenção, além de evitar o enriquecimento sem causa do Poder Concedente pelos investimentos feitos, impede a expropriação do patrimônio do contratado.

No mesmo sentido, EROS ROBERTO GRAU chega inclusive a se referir expressamente a direito de retenção dos bens reversíveis e conseqüentemente da própria delegação, em caso de inadimplemento do Poder Concedente quanto às indenizações por investimentos não amortizados, ao fim do contrato, afirmando: **“a retenção dos bens nos quais o concessionário tenha feito investimentos com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido previne o enriquecimento sem causa, enriquecimento a que o encerramento do contrato daria lugar”**.³⁴

Note-se que o direito de manutenção dos bens do serviço público não amortizados com o delegatário, além de decorrer da aplicação da Teoria Geral das Delegações e dos princípios da equidade, boa-fé objetiva e continuidade dos serviços públicos, também decorre da vedação do enriquecimento sem causa e do direito de propriedade do delegatário.

Destaca-se que tal “direito de retenção” aproveita aos operadores que de boa-fé mantenham a prestação de fato dos serviços e que façam jus à indenização por investimentos não amortizados, inclusive sem cobertura contratual formal, com base em ordem judicial e/ou em instrumentos celebrados diretamente, abrangendo também os anteriores à CF/88, vencidos ou vencedos. É o que impõe os direitos de propriedade e ao equilíbrio econômico-financeiro do delegatário, assim como a vedação ao enriquecimento sem causa. Essa regra inclusive se extrai da legislação específica do setor de saneamento básico, como exposto no tópico anterior, que no art. 42, § 5º, Lei nº. 11.445/2007, incluído pela Lei nº. 14.026/2020, até superando no setor de saneamento a posição do STJ em certas oportunidades,³⁵ condiciona “*em qualquer hipótese*” a extinção das avenças em execução à indenização do prestador pelos bens reversíveis não amortizados.

³³ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. *R. de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-29, set. 2013/fev. 2014.

³⁴ GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. *Revista de direito administrativo*, v. 261. p. 43, grifos nossos.

³⁵ Em alguns julgados sobre a extinção de concessões por termo, o STJ já decidiu que a entrega dos bens e do serviço, com a conseqüente extinção da delegação, poderia ser operada antes da amortização/indenização dos bens reversíveis (Ex.: AgInt no AREsp nº. 644.026 / MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Og Fernandes, julg.: 19.06.2018). Contudo, consideramos, como acima exposto, que tal entendimento, ao menos no setor de saneamento, restou superado com a nova redação do art. 42, § 5º, da Lei nº. 11.445/2007, incluído pela Lei nº. 14.026/2020.

Com base nas premissas até aqui fixadas examinaremos adiante de que forma poderia ser formalizado o reconhecimento das situações de fato existentes, com ou sem cobertura contratual vigente, inclusive para fins de encontros de contas e quitação de eventuais pendências relativas a investimentos não amortizados.

IV – FORMALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS MEDIANTE “TERMO DE AJUSTE E ACERTO DE CONTAS”

Do mencionado direito de indenização por investimentos não amortizados, que inclusive autoriza a manutenção do serviço enquanto persistente o desequilíbrio, decorre uma consequência relevante para o prestador que, de boa-fé e por imposição do princípio da continuidade, seguiu executando o serviço em um dos modelos examinados no Tópico II, mesmo sem cobertura contratual formal: o direito de ter reconhecida e protegida a sua relação delegatória enquanto persistir a prestação do serviço e o cenário de desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do prestador. Isso porque, mantida a operação e não havendo o derradeiro reequilíbrio, não se pode considerar devidamente extinta a delegação, ainda que o seu prazo de vigência ordinário seja superado pelo tempo ou que destoem de normas posteriores (*e.g.* art. 11-B, § 9º da Lei nº. 11.445/2007).

Com efeito, a pendência de adimplemento do Poder Concedente quanto à compensação pelos investimentos do delegatário em bens reversíveis não amortizados obsta reflexamente o próprio encerramento do vínculo jurídico. Dessa forma, a ausência de cobertura contratual (“regular” ou não) nesses casos é apenas aparente, pois, **enquanto houver obrigações pendentes das partes, os efeitos da relação jurídica se protrairão.**

De acordo com as lições de ORLANDO GOMES, “nascem as obrigações para serem cumpridas e, no exato momento em que se cumprem, extinguem-se. O adimplemento é, com efeito, o modo natural de extinção de toda relação obrigacional. (...) Com o pagamento, o devedor exonera-se da obrigação. Paga para liberar-se. Paga para desatar o vínculo”.³⁶ Nas palavras de PONTES DE MIRANDA, “o adimplemento, a *solutio*, a execução, realiza o fim da obrigação: satisfaz e libera; donde cessar a relação jurídica entre o devedor e o credor”.³⁷

Trata-se, com efeito, de preceito basilar da Teoria Geral das Obrigações e Contratos: a liberação do contratante devedor de suas obrigações se dá, de forma natural, por meio do adimplemento e da sua correspondente quitação. Acerca desta, é clara a doutrina civilista ao dizer que “prova-se o pagamento pela quitação, que libera o devedor do vínculo obrigacional, que o prendia

³⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 105 e 133.

³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXIV – Direito das Obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 144.

ao credor”.³⁸ Pendente o cumprimento da obrigação, portanto, pendem igualmente os efeitos liberatórios e extintivos das relações jurídicas, ainda que, por exemplo, os prazos contratuais previamente pactuados tenham se esgotado na ausência de prorrogação formal.

Conforme visto no Tópico II, a Administração delegante é legalmente obrigada a, antes do fim da delegação, inclusive quanto aos instrumentos anteriores à CF/88, realizar os levantamentos e promover todos os procedimentos necessários para apurar indenização porventura devida ao delegatário. Não havendo o derradeiro reequilíbrio econômico-financeiro consubstanciado na recomposição dos valores não amortizados investidos em bens reversíveis, subsiste a relação jurídica, não sendo possível a Administração proceder à retomada do serviço ou mesmo a nova delegação. É o que precisamente aduz também a doutrina publicista.

CARLOS ARI SUNDFELD, em texto específico com o eloquente título “*Direito à indenização prévia na extinção da concessão pelo término do prazo contratual*” colaciona que “enquanto não for indenizada a concessionária, a reversão dos bens e a extinção da concessão não serão efetivadas. Em tal hipótese, **a concessão será estendida até o pagamento da indenização ou a amortização completa do investido.** (...) Expirado o prazo da concessão, sem a reversão dos bens, a prestação do serviço pela concessionária prossegue normalmente. A falta de reversão fará com que a concessão permaneça em vigor para além do seu prazo inicial, **produzindo efeitos até que a indenização seja paga ou o investimento amortizado**”.³⁹

À luz de todo o exposto, existindo obrigação restitutória pendente de adimplemento por parte do Poder Concedente e mantido o serviço de boa-fé pelo prestador, restará preservada a delegação, ainda que por exemplo o seu prazo ordinário já tenha sido atingido. Nessas hipóteses, haverá apenas uma situação meramente fática de aparente ausência de cobertura contratual, quando na realidade o instrumento permanece surtindo efeitos, inclusive conforme reconhecido pela doutrina acima citada.⁴⁰ Independentemente de eventuais responsabilidades dos agentes municipais que deixaram de

³⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, Capítulo 25: Prova de pagamento.

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito à indenização prévia na extinção da concessão pelo término do prazo contratual. Pareceres - Carlos Ari Sundfeld*, vol. 2, 2013, p. 291-304. Grifou-se. O mesmo entendimento é perfilhado pelo Min. EROS ROBERTO GRAU, em texto específico sobre a continuidade da delegação de serviço público na ausência de indenização por bens reversíveis, mesmo diante do advento do termo *ad quem*. Um dos principais fundamentos trazidos pelo autor é a já mencionada vedação ao enriquecimento sem causa. O autor distingue o atingimento do termo do contrato do seu encerramento propriamente dito, que apenas ocorre com o pagamento da devida indenização: “**até o momento em que essa indenização for consumada, o contrato, embora extinta a concessão, estará a produzir efeitos, não cabendo cogitar-se, até então, do seu encerramento.** (...) **Até que isso venha a ocorrer, a relação contratual perdurará, não se operando seu encerramento ainda que a concessão seja extinta**” (GRAU, Eros Roberto. *Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. Revista de direito administrativo*, v. 261. p. 39-42. Grifou-se).

⁴⁰ É o que também se extrai, especificamente no setor de saneamento, do atual § 5º do art. 42 da Lei nº. 11.445/2007, que condiciona a transferência do serviço a novo prestador ao pagamento da indenização devida ao anterior, como detalhado no Tópico III.1.

formalizar adequadamente os serviços, subsiste relação entre as partes, mesmo sem a prorrogação formal ou a substituição dos instrumentos firmados diretamente, por exemplo por contratos de programa.

Nesse contexto, em prestígio inclusive ao princípio da segurança jurídica, atualmente também positivado na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (art. 30),⁴¹ é recomendável que a situação de fato seja formalizada por meio de um instrumento específico no qual poderiam ser detalhados os direitos e deveres do prestador e do Poder Concedente, inclusive quanto à amortização de bens reversíveis. Um possível instrumento para tanto é o Termo de Ajuste de Contas, já reconhecido pelo TCU como instrumento hábil para a solução de pendências pecuniárias desprovidas de um enquadramento classificatório muito claro entre a Administração e particulares, de modo a reconhecer os serviços prestados sem cobertura contratual formal adequada, viabilizando o respectivo pagamento indenizatório.⁴²

No Acórdão nº. 5.313/2018, por exemplo, o TCU erigiu o Termo de Ajuste de Contas como instrumento apto, ainda que em caráter excepcional, a indenizar o particular por serviços efetivamente executados sem cobertura contratual regular. Na hipótese, apreciava a aplicação, por gestores públicos estaduais e privados, de recursos federais repassados para utilização na melhoria das condições de gestão da vigilância sanitária. Na oportunidade, a Corte acatou as seguintes justificativas apresentadas quanto ao pagamento, com recursos federais, por serviços executados sem cobertura contratual, mediante Termo de Ajuste de Contas: “um particular prestou um serviço solicitado pela Administração, sem cobertura contratual, e sem receber sua respectiva remuneração por isso; e que se trata de Ajuste de Contas, tendo caráter indenizatório o fundamento do pagamento, para evitar o enriquecimento sem causa do Estado”. No acórdão referido, o TCU concordou com as conclusões da área técnica, segundo as quais “em que se pesem as falhas formais, não fica configurado dano ao erário”.⁴³

No Acórdão nº. 12492/2016,⁴⁴ por sua vez, o TCU reconheceu a regularidade da celebração de Termo de Ajuste de Contas para permitir o pagamento por obras efetivamente realizadas sem

⁴¹ LINDB: “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”.

⁴² Conforme já expusemos no primeiro artigo acadêmico por nós publicado, “o termo de ajuste de contas, instrumento adequado para a solução extrajudicial de pendências pecuniárias entre a Administração Pública e administrados, é o meio hábil para se efetuar o ressarcimento” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Prestação de serviços à Administração Pública após fim do prazo contratual. *Revista de Direito Administrativo*, v. 214, p. 167–176, 1998, p. 173).

⁴³ TCU, Acórdão 5.313/2018 – Segunda Câmara, Relator Min Aroldo Cedraz, 03.07.2018.

⁴⁴ TCU, Acórdão 12492/2016. Segunda Câmara. Relator Raimundo Carreiro. Processo nº. 012.880/2013-2. Data de Sessão 16/11/2016.

cobertura contratual formal.⁴⁵ No mesmo sentido, mas valendo-se apenas de outra nomenclatura,⁴⁶ a Corte de Contas, no Acórdão n.º. 4.616/2009, reconheceu a regularidade de instrumento denominado “Termo de Reconhecimento de Dívida” como instrumento hábil a regularizar os débitos da Administração em virtude de “serviços de manutenção e suporte já prestados por empresa, no período de setembro de 1988 a junho de 1999”,⁴⁷ sem cobertura contratual formal.

Apesar de os casos examinados pelo TCU cuidarem de situações fáticas menos complexas que a prestação de serviços público sem cobertura contratual formal, a essência do raciocínio que levou à indicação do Termo de Ajuste de Contas como o mecanismo adequado de formalização dessas relações de fato é idêntica à que ora se examina: a necessidade de a Administração Pública reconhecer e compensar o particular pelos serviços efetivamente prestados e pelos investimentos de fato realizados, ainda que sem cobertura contratual formal.

Não por acaso, exemplificativamente, a Prefeitura Municipal de Porto Seguro celebrou Termo de Ajuste de Contas para regularizar as pendências do Poder Concedente junto à antiga concessionária do serviço público de coleta de lixo. Na ocasião, destacava-se que, em razão da Covid-19 e da impossibilidade de realizar nova licitação antes do fim do prazo contratual, “não restou à administração municipal outra alternativa a não ser a continuidade do serviço pela empresa, mesmo sem cobertura de saldo contratual, tendo em vista se tratar de serviço público essencial”. Foi assim considerado o citado termo o instrumento adequado para garantir os direitos e delimitar as obrigações da delegatária até o efetivo fim da delegação.⁴⁸

Da doutrina também se extrai tendência no sentido de ser o Termo de Ajuste de Contas um meio apto a permitir o reconhecimento de serviços executados à mingua das devidas prescrições formais. Conforme afirma RAFAEL DE OLIVEIRA com relação a ajustes insuficientemente

⁴⁵ TCU, Acórdão 12492/2016. Segunda Câmara. Relator Raimundo Carreiro. Processo n.º. 012.880/2013-2. Data de Sessão 16/11/2016. Note-se, portanto, o detalhe que, no caso julgado, há o detalhe diverso do presente no sentido de que, naquele, as notas fiscais e consequente pagamento seriam emitidas após a celebração do termo de ajuste de contas.

⁴⁶ Não custa lembrar que, em Direito, o nome é, via de regra, o que o menos importa, e sim o conteúdo do instrumento, voltado ao reconhecimento da execução efetiva de serviços sem cobertura contratual formal, propiciando o pagamento ou correspondente amortização pela continuidade da prestação do serviço. **As nomenclaturas são, sob essa perspectiva, tendencialmente fungíveis.**

⁴⁷ De acordo com a TCU, fazendo referência ao Acórdão n.º. 2716/2009, que apreciou o mesmo processo: “Em face do exposto e considerando a complexidade do caso concreto, excepcionalmente, conclui-se justificado o caráter informal consistente na celebração do Termo de Reconhecimento de Dívida RG 31.217, devendo, portanto, ser acolhidas as alegações de defesa da Prolan Soluções Integradas S/A, do Sr. Nauro Luiz Scheufler e do Sr. Celso Luiz Barreto dos Santos, em relação ao caráter informal desta contratação. Em razão disso, entendo que não subsistem quaisquer irregularidades com respeito ao contrato RG 31.217, motivo pelo qual devem ser acolhidas as razões de justificativa relacionadas a essa avença” (TCU, Acórdão n.º 4.616/2009, Relator Min. Benjamin Zymler, 01.09.2009).

⁴⁸ Termo de Ajuste de Contas – TAC Relativo ao Contrato Administrativo n.º. PE036/2018. Disponível em Diário Oficial da Prefeitura de Porto Seguro, Edição 6.669 | Ano 5, 10 de janeiro de 2023, p. 3.

formalizados pela Administração, “o reconhecimento da execução do objeto contratual e o respectivo pagamento (...) são formalizados por meio do Termo de Ajuste de Contas”.⁴⁹

No mesmo sentido, MARCOS JURUENA explica que “como é vedado o contrato verbal, tais pactos de efeitos retroativos são formalizados por ‘Termo de Ajustes de Contas’, no qual se identifica e quantifica o objeto, bem como é reconhecida a sua prestação à Administração, que, em contrapartida, oferece uma reparação (...). Afinal, não é dado a Administração o direito de enriquecer sem justa causa, em detrimento do sacrifício de terceiros que com ela colaboram. A própria lei esclarece que mesmo a declaração de nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data de tal declaração, desde que esta não lhe seja imputável”.⁵⁰

É o que prevê o acima citado art. 42, §3º, II da Lei de Concessões, incluído pela Lei nº. 11.445/2007 (cf. Tópico II).⁵¹ Incorporando a lógica geral acima exposta, possibilitou que o Poder Concedente firmasse “acordo” com os prestadores de serviços públicos instrumentalizados por contratações diretas anteriores à CF/88, consideradas “irregulares”, para operacionalizar a forma de reequilíbrio por investimentos não amortizados, transitoriamente até o efetivo fim da delegação. Independentemente de eventuais responsabilidades dos agentes públicos municipais no descumprimento do prazo legalmente previsto para a adoção da solução referida acima (31.12.2010), o prestador de boa-fé tem o direito de ter sua situação de fato reconhecida por meio de acordo, que lhe garanta a correspondente indenização ou a continuidade da prestação pelo período necessário para a amortização de seus investimentos.

Seguindo idêntico raciocínio, prevê o Decreto nº. 11.599/2023, regulamentador do novo marco legal do saneamento, que mesmo na hipótese de prestação considerada destoante deve o titular adotar as providências condicionantes da extinção da avença, “inclusive o cálculo de indenizações,

⁴⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 533.

⁵⁰ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 391.

⁵¹ Lei nº. 8.987/95: “Art. 42 (...) § 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”.

quando cabíveis” (art. 9º, § 3º). Ressalva, porém, que eventual “*irregularidade do contrato não implica a interrupção automática do serviço, o titular do serviço público de saneamento básico poderá manter a prestação por meio do atual prestador pelo período necessário para o efetivo encerramento do contrato e para a transferência do serviço para novo prestador*” (art. 9º § 6º). O tempo necessário “*ao efetivo encerramento do contrato*”, assim, significa o suficiente à indenização do prestador ou à amortização pelos bens reversíveis, na forma a ser acordada no “termo” ora em comento.

Por meio de acordo ou “Termo de Ajuste e Acerto de Contas”, seria possível, por exemplo, reconhecer os investimentos efetivamente realizados (e não amortizados) pelo prestador, o *quantum* devido a título de reequilíbrio e o período remanescente pelo qual o contrato formalmente vencido continuaria a produzir seus regulares efeitos, ao menos transitoriamente até a indenização ou amortização dos bens reversíveis.

Com escopo aproximado no setor de Portos, exemplificativamente, foi prevista pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ a possibilidade de celebração de acordo específico para formalizar a exploração transitória de instalações portuárias até então sem cobertura contratual formal, objeto de arrendamento com prazo vencido.⁵²⁻⁵³ Trata-se dos chamados “contratos de transição”,⁵⁴ que já tiveram sua validade reconhecida pelo TCU⁵⁵ e que se aproximam do citado “Termo de Ajuste e Acerto de Contas” na medida em que se voltam a reconhecer as pendências e formalizar a prestação de fato de serviços executados sem cobertura contratual adequada.

⁵² Nos termos da Resolução ANTAQ nº. 2240/2011, “*no período compreendido entre a rescisão ou anulação do contrato de arrendamento e a celebração de novo contrato, poderá a Administração do Porto adotar a solução que melhor atender ao interesse público do Porto Organizado, operando diretamente a instalação portuária ou celebrando contrato visando a continuidade da prestação dos serviços*” (art. 35, §1º, grifou-se). Referida norma foi revogada pela Resolução Normativa nº. 7/2016, que, de toda sorte, continuou prevendo a possibilidade de a administração portuária “*pactuar a exploração de uma área ou instalação portuária com o objetivo de promover a sua regularização temporária enquanto são ultimados os respectivos procedimentos licitatórios*” (art. 46).

⁵³ Segundo Clóvis Airton de Quadros, Leandro Bastos Antunes e Marcus Vinicius Freitas dos Santos a ausência de cobertura “pode ocorrer por dois motivos principais: a) exaurimento do prazo de vigência do contrato de arrendamento pelo decurso do tempo, sem que tenha ocorrido, por qualquer motivo, nova licitação e novo arrendamento; b) rescisão do contrato em virtude de descumprimento de obrigações pelo arrendatário” (QUADROS, Clóvis Airton De; ANTUNES, Leandro Bastos; SANTOS, Marcus Vinicius Freitas dos. Análise estrutural do contrato de transição em áreas operacionais dos portos brasileiros. In: Edith Maria Barbosa Ramos; Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam. *Direito administrativo e gestão pública I*. Florianópolis: CONPEDI, 2020).

⁵⁴ Como “transição”, a Resolução Normativa ANTAQ nº. 7/2016 norma define o “interregno contratual da exploração de área ou instalação portuária que esteja relacionada pelo poder concedente como passível de arrendamento, por motivo de rescisão, anulação, exaurimento do prazo contratual ou qualquer outra forma de encerramento de instrumento jurídico, ou risco à continuidade da prestação de serviço portuário de interesse público, até a conclusão dos procedimentos licitatórios das respectivas áreas ou instalações” (art. 2º, XXV).

⁵⁵ Avaliando hipótese semelhante à que se ora se discute, o Min. Walton Alencar Rodrigues destacou em seu voto, no Acórdão nº. 1063/2021, que “o contrato de transição é o instrumento adequado, previsto em norma da agência reguladora, para os casos de contrato de arrendamento, cuja vigência já expirou.” (TCU, Plenário, Acórdão nº. 1063/2021, Rel. Min. Vital do Rego, julg. 05.05.2021). Os demais ministros também destacaram a importância do contrato de transição para formalização das atividades portuárias prestadas sem a cobertura de um contrato de arrendamento, mas entenderam que “o contrato de transição não seria a única opção para resolver a questão”, adotando, naquele caso concreto, a prorrogação do contrato de arrendamento medida apta à continuidade da operação.

O citado “Termo” encontraria fundamento inclusive no novo art. 26 da LINDB, que prevê a possibilidade ampla⁵⁶ de serem celebrados compromissos (conceito genérico que pode englobar termos, acordos, ajustes etc.) entre a Administração Pública e o particular “*para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público*”.⁵⁷ Nesse sentido a respeito de contratos de delegação de serviços públicos, HORCARDES SENA JÚNIOR afirma que “a natureza do termo de compromisso o torna plenamente adequado para solucionar a irregularidade e incerteza jurídica decorrente da ausência de cobertura contratual diante da necessidade de se continuar com a prestação do serviço. Por ter caráter bilateral, esse instrumento se amolda ao ideal de uma administração consensual, já que deve ser pactuado pelas partes”.⁵⁸

O Termo, dessa forma, consubstanciaria instrumento adequado ao levantamento das pendências pretéritas, pavimentando o caminho para a futura operacionalização dos serviços de saneamento básico, venha ele a ser prestado de forma indireta, através de concessão, ou direta, por entidade da Administração titular do serviço, tema que será objeto do Tópico a seguir.

V – OPERACIONALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS VIA PRESTAÇÃO DIRETA À LUZ DO NOVO MARCO.

Efetuada o encontro de contas com relação ao passado nos termos acima propostos, os serviços podem vir a ser prestados em âmbito municipal mediante concessão ou prestação direta, de forma individual ou regionalizada, inclusive eventualmente em parceria com empresa estatal estadual

⁵⁶ Destacando a amplitude do âmbito de aplicação do art. 26, SÉRGIO GUERRA e JULIANA PALMA aduzem que “qualquer prerrogativa pública pode ser objeto de pactuação, como a prerrogativa sancionatória, fiscalizatória, adjudicatória etc. Não há objeto interditado no compromisso. A LINDB condiciona a celebração do compromisso ao seu endereçamento a uma das situações jurídicas concretas na aplicação do Direito Público que lista (i) irregularidade, (ii) incerteza jurídica ou (iii) situação contenciosa. Assim, a LINDB poderá envolver qualquer assunto público, desde que se destine a endereçar um dos problemas de legitimação do pacto”. (GUERRA, S.; PALMA, J. B. de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, p. 135–169, 2018). “É interessante ressaltar que o tom de generalidade que caracteriza o art. 26. da LINDB possibilita não só que qualquer ente da Administração Pública possa realizar acordos, mas também sobre (em princípio) qualquer objeto e a qualquer momento” (FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morentini. *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Lumen Juris, 2019, p. 160).

⁵⁷ O TCU, por exemplo, em recentíssimo julgado, valeu-se expressamente do art. 26 da LINDB para fundamentar a possibilidade de celebração de acordos para instrumentalizar a prestação de serviços públicos. Ao tratar da possibilidade de concessionários que pediram a relicitação de seus contratos desistirem do pleito e se manterem no exercício da atividade, o Tribunal asseverou a possibilidade de celebração de um “eventual **acordo de readaptação do contrato de concessão vigente** em vez de prosseguir com o processo de relicitação, **tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei 13.655, de 2018** (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Lindb)” (TCU, Acórdão 1593/2023, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, julg. 02.08.2023).

⁵⁸ Trata-se de recente pronunciamento em coluna jurídica online sobre o tema: SENA JR., Horcades Hugues Uchôa. Ausência de cobertura contratual e celebração do termo de compromisso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-10/horcades-hugues-ausencia-cobertura-contratual-termo-compromisso>. Acesso em: 26.09.2023.

de saneamento, até equacionando passivos pendentes das narradas relações jurídicas preexistentes. Especialmente à hipótese de prestação direta dedicaremos este Tópico.

O art. 10 da Lei nº. 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº. 14.026/2020,⁵⁹ impõe que a prestação dos serviços de saneamento por entidade que não integre a Administração do titular seja precedida de licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal.⁶⁰ Assim, *a contrario sensu*, reconhece o dispositivo ser despicienda a licitação caso sejam os serviços prestados por entidade integrante da Administração do seu titular. Trata-se de mero reflexo da dinâmica tradicional da Teoria Geral dos Serviços Públicos, inclusive com lastro constitucional, segundo a qual não é cogitável o procedimento licitatório para a prestação de serviços institucionalmente descentralizada por ente que faz parte do próprio Poder Público titular dos serviços.⁶¹ Afinal, nessa hipótese, a Administração responsável pelos serviços os presta por seus próprios meios, não sendo o caso de delegação.

É o que se extrai também da nova redação do art. 9º, II, da Lei nº. 11.445/2007, ao estipular que deve o titular dos serviços “***prestar diretamente os serviços, ou conceder a prestação deles, e definir, em ambos os casos, a entidade responsável pela regulação e fiscalização da prestação dos serviços públicos de saneamento básico***” (grifamos). Em síntese, na prestação direta, a execução do serviço será realizada pela Administração titular de forma centralizada (Administração Direta) ou descentralizada (Administração Indireta), sem que ocorra a transferência do desempenho contratual da atividade a terceiros. Já na prestação indireta, será objeto de delegação de serviço público, por meio de contrato concessão, precedido de licitação.

Como já discorremos em obra específica sobre as empresas estatais, para efeitos do art. 175 da CF, “no conceito de prestação direta pelo Estado está incluída a prestação por entidades da Administração Indireta (descentralização institucional) cujo título habilitante para a prestação não tem natureza contratual”.⁶² Afinal, “o art. 175 não pode ser interpretado como admitindo apenas um

⁵⁹ 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*** (grifamos).

⁶⁰ O art. 175, CF estipula que 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***” (grifamos). No mesmo sentido com relação aos municípios, o art. 30, CF: ***Art. 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***” (grifamos)

⁶¹ Conforme já afirmamos em outra oportunidade, “a lei prevê agora três formas de titularidade dos serviços públicos de saneamento: (i) dos municípios e Distrito Federal em caso de interesse local; (ii) das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum; e, finalmente, (iii) por gestão associada entre entes federativos, mediante consórcio público ou convênio de cooperação” (ARAGÃO, Alexandre Santos de; D’OLIVEIRA, Rafael Daudt. Considerações iniciais sobre a Lei nº 14.026/2020 – Novo marco regulatório do saneamento básico. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). *O Novo Direito do Saneamento Básico: Estudos sobre o Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil (de Acordo Com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva Regulamentação)*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 39).

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: o regime jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 124.

exercício direto pela Administração Direta ou um exercício indireto, por ele identificado com o contrato de concessão. Ficaria proscrita a atribuição legal de serviços públicos a entidades da Administração Indireta. Essa interpretação contrariaria a praxe institucional brasileira e a própria previsão constitucional genérica da existência das entidades da Administração Indireta, que são entidades instrumentais do Estado (verbi gratia, art. 37, XIX, CF). Além disso, se o Estado pode o mais (delegar contratualmente a atividade pública a particulares), pode o menos (outorgá-la a entidades da sua própria estrutura administrativa), sendo incongruente que apenas pela própria Administração Direta pudesse explorar diretamente atividades econômicas como os serviços públicos, e não diretamente por outorga a empresas da sua Administração Indireta, que sempre teriam que atuar como meras concessionárias privadas”.⁶³

A escolha entre a prestação dos serviços de saneamento nas modalidades direta ou indireta fica a cargo privativo, como expressão de sua autonomia federativa constitucional, do ente público titular, que deverá eleger a forma que melhor se amolda às especificidades e interesses de cada Município ou região nos respectivos casos concretos, no exercício do poder-dever atribuído pelo art. 175 e art. 30, V, CF, c/c art. 9º, II e art. 10, Lei nº. 11.445/2007. Afinal, “a Constituição dá os fins dos serviços públicos, mas deixa grande maleabilidade na eleição dos meios (maior ou menor prestação direta, mais ou menos concorrência etc.)”.⁶⁴⁻⁶⁵

Nesse contexto, examinaremos adiante alguns dos principais elementos caracterizadores da prestação direta de serviços públicos, quais sejam: (i) a ausência de vínculo de natureza estritamente contratual entre o ente público titular do serviço e o seu prestador; e (ii) qualificação deste como entidade integrante da Administração Público daquele.

V.1 – PRESCINDIBILIDADE DE VÍNCULO CONTRATUAL COMUTATIVO.

Muitos são os diplomas que, além da CF/1988 e da Lei nº. 11.445/207, diferenciam as formas de execução direta e indireta de atividades da Administração Pública, tendo como marco o fato de, na segunda hipótese, haver uma relação contratual entre o Estado e um terceiro, via de regra, alheio à Administração contratante, selecionado para a prática de determinada tarefa.

⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 123

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 250.

⁶⁵ No mesmo sentido entende MARÇAL JUSTEN FILHO: “cabe ao Estado determinar o modelo econômico-jurídico de prestação do serviço público. Isso significa não apenas lhe incumbir a competência para escolher entre prestação direta e delegação à iniciativa privada como também lhe cabe selecionar a alternativa entre regime de competição ou exclusividade. Não há uma solução jurídica obrigatória, que conduza à possibilidade de impor-se, em termos gerais e abstratos, a imposição de uma dessas opções” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 178).

Assim, por exemplo, desde antes da promulgação da CF/1988 já previa o Decreto-Lei nº. 200/1967, ao dispor sobre a organização da Administração Federal, que a execução indireta de atividades pelo Poder Público era aquela realizada “mediante contrato” a ser celebrado com a iniciativa privada.⁶⁶ No mesmo sentido, também ilustrativamente, as expressões “*execução direta*” e “*execução indireta*” são replicadas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº. 8.666/1993).⁶⁷ Enquanto a primeira “*é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios*”;⁶⁸ na execução indireta “*o órgão ou entidade contrata com terceiros*” o desempenho de atividades em prol do Poder Público. Na hipótese de transferência de execução do serviço público, há uma interposta pessoa entre a entidade política constitucionalmente competente para o serviço e o usuário. A transferência pode se dar por lei, por contrato ou (para alguns) por ato administrativo.⁶⁹

Há tecnicamente a chamada outorga quando a transferência se dá por lei a entidade criada por determinado ente federativo e integrante da sua Administração Indireta, seja ela autarquia, fundação pública, empresa pública ou sociedade de economia mista.⁷⁰ Trata-se, assim, de prestação direta dos serviços por meio de entidade integrante da Administração titular do serviço.

Já pela delegação, o Poder Público transfere, em regra por contrato (concessão) – ou para alguns autores por ato administrativo (permissão ou autorização)⁷¹ – a execução de serviço a particular sob as condições regulamentares e controle do Estado. A delegação é gênero do qual a concessão, a permissão e a autorização de serviços públicos constituem espécies.

Na lição de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, “é intrínseca à ideia de concessão uma relação entre dois agentes, por meio da qual um deles confere a outro uma condição jurídica habilitante para exercer um plexo de direitos, ao qual corresponderá também um conjunto de obrigações”.⁷²

Assim, uma vez que a execução indireta de serviços públicos em princípio pressupõe a existência de uma relação de caráter estritamente contratual entre o ente titular e um terceiro, na hipótese de prestação direta não há necessariamente vínculo dessa natureza. O responsável pela

⁶⁶ Decreto-Lei nº. 200/1967: “Art. 10. (...) § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à **execução indireta, mediante contrato**, desde que exista, na área, **iniciativa privada** suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução” (grifamos).

⁶⁷ Em vias de revogação pela Lei nº. 14.133/2021.

⁶⁸ Sobre o tema, vide: FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 877.

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 422.

⁷⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 423.

⁷¹ Ressalvamos nossa opinião no sentido de que as permissões adquiriram natureza contratual após a CF/1988 e que as autorizações não constituem instrumento de delegação de serviços públicos, mas sim de regulação de atividades econômicas privadas. Sobre o tema, vide, respectivamente, os Capítulos 14.2 e 5 de: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁷² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 116.

execução dos serviços, no caso da prestação direta, é um integrante da própria Administração Pública do titular da atividade, como abaixo examinaremos. É, em última análise, o próprio titular do serviço que o prestará *sponte propria*.

V.2 – INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TITULAR DO SERVIÇO.

Em contraste à execução indireta de serviços públicos delegados a terceiros via contrato, a prestação direta independe de relação contratual e é operacionalizada por órgão ou entidade da própria Administração Pública titular dos serviços, de forma institucionalmente centralizada ou descentralizada.

Na prestação direta de forma **centralizada**, “os entes da federação prestam os serviços públicos por seus próprios órgãos, ou seja, por sua Administração Direta, cumulando as posições de titular e de prestador do serviço. Será o próprio ente da federação titular da atividade que o prestará”.⁷³ Nesta hipótese, a Administração Direta também poderá prestar o serviço desconcentradamente,⁷⁴ caso em que continuará sendo a prestadora do serviço público, fazendo-o, contudo, através de um (mero) órgão interno seu especializado e destacado para a função.

Na forma **descentralizada**⁷⁵ de prestação **direta** de serviços públicos, por sua vez, o Poder Público transfere a sua titularidade, ou simplesmente a sua execução, por outorga consubstanciada diretamente em lei (não em contrato), a entidade da Administração Indireta. Haverá transferência da titularidade e da execução do serviço se a entidade para a qual for transferido tiver personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações públicas de direito público). Se for pessoa jurídica de direito privado, integrante da Administração Indireta (fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista), a transferência será apenas da execução do serviço.

Não se confundem, assim, a execução da serviços públicos pela Administração Indireta com a prestação indireta da atividade. Afinal, **“tanto a Administração direta pode prestar seus serviços indiretamente, como a Administração indireta pode prestá-los diretamente, bastando que o**

⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 422.

⁷⁴ Nas lições de HELY LOPES MEIRELLES, o serviço público prestado desconcentradamente “é todo aquele que a Administração executa centralizadamente, mas o distribui entre vários órgãos da mesma entidade, para facilitar sua realização e obtenção pelos usuários. A desconcentração é uma técnica administrativa de simplificação e aceleração do serviço dentro da mesma entidade, diversamente da descentralização, que é uma técnica de especialização, consistente na retirada do serviço dentro de uma entidade e transferência a outra para que o execute com mais perfeição e autonomia” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 438-439).

⁷⁵ Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, “a descentralização caracteriza-se pela criação de novo sujeito, dotado de personalidade jurídica autônoma e patrimônio próprio” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 119)

façam, respectivamente, por terceiros (prestação indireta) ou por seus próprios meios (prestação direta)”.⁷⁶

Na modalidade de prestação direta descentralizada, portanto, não ocorre a delegação contratual da exploração do serviço a terceiros alheios ao ente público responsável pela atividade, mas sim a sua execução, mediante outorga legal, por entidade que faz parte da própria Administração Pública titular do serviço público. No momento da outorga, ocorre uma atribuição direta e unilateral da atividade a determinada entidade estatal, e a atividade continua sendo prestada (diretamente) pelo próprio Estado, ainda que através de uma entidade da sua Administração Pública Indireta.⁷⁷

. É nesse sentido que MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que “a descentralização não configura concessão do serviço, já que os recursos aplicados continuam a ter origem pública, o regime jurídico não se altera e não se transfere a prestação do serviço para órbita estranha à da Administração Pública”. Ao avaliar a doutrina mais clássica sobre a descentralização e a sua diferenciação com relação à figura da delegação por meio de concessão de serviços públicos, o autor observa também que “GERALDO ATALIBA manifestara-se precursoramente sobre o tema. Afirma ainda que ‘parece forçado considerá-las como concessionárias, quando forem formadas exclusivamente por recursos oriundos da mesma esfera governamental que as criou com o fito de secundá-la na prestação de serviço público de sua própria alçada’”.⁷⁸

No caso dos serviços de saneamento básico, à luz do Novo Marco setorial, não há de se confundir, portanto, a prestação indireta para a qual, conforme a nova redação legal, é imprescindível a realização de procedimento licitatório; com a prestação direta por entidade que componha a Administração Indireta do titular dos serviços. O que restou vedado com a nova legislação foi a delegação dos serviços sem prévio procedimento licitatório, não sendo este, contudo, necessário se o titular dos serviços optar por prestá-los ele mesmo, seja centralizada ou descentralizadamente (mas sempre diretamente). Como bem sintetizam ADRIANO STRINGHINI e TALES JOSÉ BRONZATO, “com base nos artigos 1º, 25, § 3º, 173 e 175, *caput*, bem como, artigo 241 da

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 267, grifos nossos. No mesmo sentido discorrem outros autores: “a descentralização caracteriza-se pela criação de novo sujeito, dotado de personalidade jurídica autônoma e patrimônio próprio. Esse sujeito integrará, porém, a Administração Pública, assujeitado ao titular do serviço. Na hipótese da descentralização, não se efetiva a atribuição do serviço a setores privados ou a terceiros, para desempenho por conta e risco alheios. **O titular da competência mantém os serviços em sua órbita jurídica, mas sob modelo descentralizado. Cria pessoa ‘administrativa’, com personalidade de direito própria, a quem incumbe o desempenho do serviço público**” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 119, grifos nossos). ““não tem qualquer sentido falar-se em concessão de serviço público quando o Poder Público cria, ele mesmo, um seu prolongamento personalizado, uma entidade de sua administração indireta, para executar serviço de sua alçada”. (DALLARI, Adilson Abreu. Empresa estatal prestadora de serviços públicos -Natureza jurídica - Repercussões tributárias. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 10, n. 8, p. 453-468, ago. 1994).

⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 123.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 119.

Constituição Federal, conjugado com o artigo 8º, incisos I e II e seu § 1º; artigo 9º, inciso II; e artigo 10 da Lei Federal 11.445/2007, além do artigo 2º, inciso II, da Lei Federal 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole), **os titulares poderão continuar prestando serviços de saneamento de forma direta por meio de sua administração centralizada ou descentralizada, essa última podendo ser autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista**”.⁷⁹

No setor de saneamento, portanto, sendo em geral um Município o ente público titular dos serviços, a sua prestação direta de forma descentralizada poderia ser realizada por meio de uma entidade da sua Administração Indireta. Já no caso da titularidade exercida de maneira regionalizada, o ente descentralizado poderá ser integrante de qualquer uma das pessoas políticas que, conjuntamente, se enquadram como titulares dos serviços. É o que passaremos a analisar no Tópico seguinte.

VI – PARÂMETROS PARA A PRESTAÇÃO DIRETA EM CASO DE REGIONALIZAÇÃO.

Na atual dinâmica da regulação do saneamento básico, é priorizada a prestação regionalizada dos serviços, que em alguns casos pode vir a ser compulsória para os municípios integrantes de certa região, como detalharemos, hipóteses nas quais em princípio não poderão ter arranjos individuais, devendo seguir a forma de organização dos serviços eleita para a região, seja em prestação direta ou concessão.

Por essa razão, antes de examinarmos no próximo Tópico modelos de prestação direta isolada por ente municipal, apreciaremos a situação em que ela ocorra de modo regionalizado, inclusive possivelmente em parceria com estatal estadual que já execute de fato os serviços por modelos anteriores ao novo marco legal (cf. Tópico II).

A temática da prestação regionalizada, ainda que já se encontrasse presente não só no setor de saneamento, mas no âmbito dos serviços públicos como um todo, foi especialmente desenvolvida e aprofundada com o novo marco legal do setor. A Lei nº. 14.026/2020 reforçou a regionalização como possível importante diretriz a ser observada na prestação dos serviços.

De acordo com ANA CAROLINA HOHMANN, a prestação regionalizada dos serviços de saneamento “constitui realidade que quase que se impõe pela própria natureza e características típicas

⁷⁹ STRINGHNI, Adriano Candido; BRONZATO, Tales José Bertozzo. Camisa 10: o Novo Marco Legal do Saneamento; um olhar para o futuro e as oportunidades de sinergia; exercício da titularidade; interesse local e interesse comum. Uma visão integrativa e modelos contratuais e societários. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 259, grifos nossos.

daquele serviço público, o qual desconhece as fronteiras geográficas entre municípios e Estados criadas pelo ser humano — realidade esta que acaba por ser apreendida pelos textos normativos”.⁸⁰

Conforme já tivemos a oportunidade de destacar,⁸¹ a prestação regionalizada do saneamento básico é importantíssima para a universalização dos serviços, na medida em que confere viabilidade técnica e econômico-financeira para atender a diversos municípios ao mesmo tempo. É o modelo em que se presta serviços de saneamento a um agrupamento de municípios não necessariamente limítrofes, e nem todos necessariamente lucrativos.

Os ganhos de escala tornam economicamente viável atender tanto a municípios com mais recursos quanto aos mais carentes. Dificilmente, os municípios com menos infraestrutura, separados ou até conjuntamente, terão condição de despertar suficiente interesse de empresas privadas ou estatais numa licitação para os serviços de saneamento. Daí a conveniência de mesclar os municípios, a fim de viabilizar técnica e economicamente a universalização dos serviços, inclusive, eventualmente, mediante parcerias das Administrações municipais entre si e com outros entes federativos.⁸²

Buscando operacionalizar essa prestação regionalizada, o novo marco⁸³ aproveitou figuras de associação interfederativa já presentes no ordenamento jurídico brasileiro, como a região metropolitana, a aglomeração urbana e a microrregião, a serem compulsoriamente instituídas por lei

⁸⁰ HOHMANN, Ana Carolina. A prestação regionalizada do serviço público de saneamento básico no âmbito do novo marco legal do saneamento básico: gestão associada e governança interfederativa. In.: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. VASCONCELOS; Andrea Costa de; HOHMANN, Ana Carolina. (Coord.) *Novo marco legal do saneamento básico*. Belo Horizonte: Fórum, pp. 209-231, 2021, p. 209.

⁸¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de; D’OLIVEIRA, Rafael Daudt. Considerações iniciais sobre a Lei nº 14.026/2020 – Novo marco regulatório do saneamento básico. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). *O Novo Direito do Saneamento Básico: Estudos Sobre O Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 39-41.

⁸² Nesse contexto, THIAGO MARRARA lista resumidamente quatro principais vantagens a serem trazidas pela regionalização: (i) “coordenação e a articulação interfederativa”, visando sobretudo uma gestão compartilhada mais eficiente de recursos comuns, como os recursos hídricos; (ii) “investimentos e redução de custos”, especialmente por meio do compartilhamento de infraestruturas essenciais à prestação dos serviços; (iii) “economias de escala”, considerando a população reduzida de muitos municípios, de modo que o somatório dos contingentes demográficos tende a possibilitar um maior ganho pelo aumento dos usuários a serem atendidos; e (iv) “atratividade de investimentos”, de modo que o maior número de usuários atendidos também torna eventual empreendimento mais atrativo do ponto de vista econômico (MARRARA, Thiago. Regionalização do Saneamento no Brasil. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de. GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). *Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil*. 2. ed., Indaiatuba: Foco, p. 175-186, 2022, p. 179-180).

⁸³ A Lei nº. 11445/2007, com redação dada pela Lei nº. 14.026/2020, assim define a prestação regionalizada, assim como os seus modelos de operacionalização: “art. 3º (...) VI - **prestação regionalizada**: modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, podendo ser estruturada em: a) **região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião**: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole); b) **unidade regional de saneamento básico**: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos; c) **bloco de referência**: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares” (grifamos).

complementar estadual, na forma do art. 25, § 3º, CF. Também prevê as formas de gestão associada voluntárias de iniciativa dos Municípios, como os consórcios públicos e os convênios de cooperação.⁸⁴ Foram criadas ainda novas figuras, como as unidades regionais de saneamento básico e os blocos de referência.⁸⁵

Por exemplo, na hipótese de regionalização nos modelos do art. 25, § 3º, CF, a titularidade dos serviços é exercida, conforme o art. 8º, II, do novo marco legal, pelo “*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*”. Nesse cenário, seria viável a delegação dos serviços a terceiros, via contrato de concessão, ou a prestação direta pelo grupamento federativo mediante descentralização administrativa, que, como exposto no Tópico V, prescinde de vínculo contratual comutativo, sendo incogitável a licitação nesse caso.

A prestação direta pressupõe, por outro lado, que o operador dos serviços integre a Administração Pública do seu titular. No caso de regionalização ilustrativamente em comento, se a titularidade dos serviços é desempenhada de forma compartilhada entre o Estado e os Municípios que compõem o arranjo, para configurar prestação direta basta que o prestador faça parte da Administração Direta ou Indireta de um dos entes que partilhem a titularidade, como seria o caso de uma empresa estatal estadual, por exemplo.

Esse também é o entendimento de ANDRÉ LUIZ FREIRE, que indaga se, uma vez instituída a estrutura regional, “seria possível que esta descentralizasse tecnicamente para uma empresa estadual de saneamento básico? Não existe um impedimento para que isso ocorra, desde que ela fique restrita à descentralização da prestação. (...) Note que, neste caso, não estamos falando em contratação direta, nem mesmo via contrato de programa. Estamos falando da descentralização técnica, isto é, da descentralização realizada por meio de lei a uma entidade da Administração indireta do ente titular do serviço. No caso, do ente titular do Estado instituidor da região metropolitana”.⁸⁶

⁸⁴ Art. 3º, II, Lei nº. 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº. 14.026/2020: “*II - gestão associada: associação voluntária entre entes federativos, por meio de consórcio público ou convênio de cooperação, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)*”.

⁸⁵ Conforme apontam ÉLEN DÂNIA SILVA DOS SANTOS e DÉBORA FARIA FONSECA FRANCATO, “a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico consubstancia-se mediante instrumentos previstos na Constituição Federal, tanto os instituídos compulsoriamente pelos Estados (regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões), como voluntários (consórcios públicos e convênios de cooperação entre entes federados). A estes instrumentos, somam-se dois novos conceitos estabelecidos pela Lei Federal nº 14.026/2020: a unidade regional de saneamento instituída pelos Estados e o bloco de referência estabelecido pela União” (SANTOS, Élen Dânia Silva dos; FRANCATO, Débora Faria Fonseca. Prestação regionalizada dos serviços de resíduos sólidos no Novo Marco Legal do Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de. GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). *Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil*. 2. ed., Indaiatuba: Foco, p. 159-173, 2022, p. 160).

⁸⁶ FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: titularidade, regulação e descentralização. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no*

Em sentido próximo, destaca THIAGO MARRARA: “para executar a funções de saneamento básico no âmbito regional, os entes políticos que formam a unidade têm discricionariedade para adotar inúmeras soluções”, dentre elas, os envolvidos podem utilizar soluções “para que um Município ou o Estado assumam o serviço por órgãos ou entes de sua Administração Direta ou Indireta”.⁸⁷

Há alguns exemplos concretos de microrregiões de saneamento básico instituídas por lei complementar estadual que expressamente estipulam a prestação direta por estatal estadual em suas normas de criação, já que a prestação direta pelo detentor da titularidade dos serviços, seja ela individual ou compartilhada, é uma faculdade expressa no art. 8º, I e II c/c art. 9º, II, Lei nº. 11.445/2007, como acima exposto.

A Lei Complementar estadual que instituiu as microrregiões de saneamento de Goiás (LC nº. 182/2023), por exemplo, estabeleceu como finalidade das estruturas regionais “*definir a prestação conjunta ou separada dos serviços de saneamento básico (...), podendo delegá-los ou prestá-los diretamente, considerando-se prestação direta a realizada por entidade, de direito público ou de direito privado, que componha a administração indireta do Estado, em razão de aquela integrar a administração indireta de um dos entes da MSB [Microrregião de Saneamento Básico]*” (art. 4º, V). Impõe, ainda, ser atribuição do Colegiado Regional deliberar sobre o modelo de prestação nesse sentido. Disposição semelhante também foi positivada pelo Estado do Maranhão, na ocasião da criação de suas microrregiões de saneamento, pela Lei Complementar Estadual nº. 239/2021.⁸⁸

Convém salientar que, além de ser compulsória a adesão dos municípios aos arranjos regionais do art. 25, § 3º, CF (região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião), como já reconheceu o STF,⁸⁹ também é em regra obrigatório⁹⁰ o modelo de organização dos serviços

Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação). Belo Horizonte: Fórum, p. 81-119p 2022. 100.

⁸⁷ MARRARA, Thiago. Regionalização do Saneamento no Brasil. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de. GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). *Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil*. 2. ed., Indaiatuba: Foco, p. 175-186, 2022, p. 183.

⁸⁸ Lei Complementar do Maranhão nº. 239/2021: “Art. 5º - As Autarquias Microrregionais de Saneamento Básico têm por finalidade exercer as competências relativas à integração, planejamento, gestão e execução das funções públicas de interesse comum dispostas no art. 4º, dentre elas: (...) **XI - autorizar a prestação direta dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário pela Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão - CAEMA, em razão desta integrar a administração indireta de um dos entes da entidade microrregional**”.

⁸⁹ Relembre-se, aqui, que já decidiu o STF, na ADI nº. 1.842 / RJ, que a compulsoriedade da adesão dos municípios à região metropolitana, aglomeração urbana e microrregiões, e o consequente compartilhamento de funções públicas de interesse comum com outros entes, não fere a autonomia municipal. Em especial com relação aos serviços de saneamento, entendeu o STF: “A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal. (...) A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este **caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal**” (STF. ADI nº. 1.842 / RJ. Rel. Min. Luiz Fux. Redação do acórdão: Min. Gilmar Mendes, julg.: 06.03.2013, grifamos).

⁹⁰ “A titularidade dos serviços de saneamento lançados para a unidade regional não se transfere ao Estado ou a qualquer outro Município vizinho, mas é partilhada pelo titular com todos os outros entes políticos envolvidos na unidade. Desse

conjuntamente eleito pela estrutura de governança regional, seja ele concessão ou prestação direta, inclusive se for o caso em parceria com estatal estadual. O arranjo é escolhido pela estrutura de governança, através de seu órgão colegiado – do qual em princípio participam ao menos representantes do Estado e dos municípios⁹¹ –, definindo qual será a forma de prestação dos serviços no território regional, vinculando os seus integrantes. A prestação autônoma por município de forma isolada dentro dos citados arranjos regionais via de regra só é possível com a anuência da estrutura de governança⁹² ou, à luz do art. 6º, § 15, do Decreto nº. 11.599/2023, no caso de prévio atingimento das metas de universalização dos serviços no Município em questão.⁹³

Como exposto no Subtópico V.1, a prestação direta prescinde de vínculo de natureza estritamente contratual, mas isso não significa que seja impertinente a formalização detalhada dos termos da prestação. Ilustrativamente, no exemplo da prestação direta nas microrregiões do Estado da Paraíba pela Cagepa, as Microrregiões de Saneamento, após a aprovação nos respectivos colegiados regionais, criaram um “Regulamento de prestação de serviços”, subscrito pelo Estado e pelos municípios envolvidos, assim como pela estatal estadual, detalhando as condições em que

modo, nenhum titular pode decidir isoladamente sobre os rumos do serviço público. São obrigados, ao contrário, a debater e deliberar em conjunto dentro de órgãos colegiados que formam a estrutura de governança da unidade regional”. (MARRARA, Thiago. Regionalização do Saneamento no Brasil. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de. GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). *Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil*. 2ª Edição, Indaiatuba: Foco, p. 175-186, 2022, p. 183)

⁹¹ Registrem-se, no tocante ao direito de efetiva participação de todos os integrantes do arranjo regional, as considerações do Min. Gilmar Mendes, redator do acórdão da ADI nº. 1.842 / RJ, em seu voto: “Nada obstante a discussão doutrinária quanto à possibilidade de a região metropolitana, a microrregião e o aglomerado urbano deterem personalidade jurídica própria (...), o importante é a existência de estrutura (convênio, agência reguladora, conselho deliberativo etc.) com alguma forma de participação de todos os entes envolvidos, capaz de concentrar em um órgão uniformizador e técnico, responsável pela regulação e controle do serviço de saneamento básico. Assim, cabe a este órgão colegiado regular e fiscalizar a execução de suas decisões, definindo inclusive as formas de concessão do serviço de saneamento básico, política tarifária, instalação de subsídios cruzados etc” (STF. ADI nº. 1.842 / RJ. Rel. Min. Luiz Fux. Redação do acórdão: Min. Gilmar Mendes, julg.: 06.03.2013). ANDRÉ LUIZ FREIRE, comentado o julgado à luz do posterior Estatuto da Metrópole, ressalta que: “Nos termos da decisão do STF, a instituição de uma entidade regional não pode implicar esvaziamento da autonomia municipal com uma mera transferência das competências municipais ao Estado. Por isso, o Estatuto da Metrópole estabeleceu que a lei complementar estadual deverá estabelecer a **estrutura de governança interfederativa** (art. 5º, III), que devem observar os princípios constantes no art. 6º do referido Estatuto. Essa estrutura terá, necessariamente: (a) uma instância executiva composta pelos representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes da entidade regional; (b) instância colegiada deliberativa com representação da sociedade civil; (c) organização pública com funções técnico-consultivas; e (d) sistema integrado de alocação de recursos e prestação de contas (art. 8º)” (FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: titularidade, regulação e descentralização. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)*. Belo Horizonte: Fórum, p. 81-119p 2022. p. 96, grifamos).

⁹² Nas leis complementares citadas exemplificativamente, que instituíram as microrregiões de saneamento do Estado de Goiás e do Estado do Maranhão, é previsto que compete ao Colegiado Microrregional autorizar municípios componentes das Microrregiões a prestação isolada dos serviços (art. 10, IX, Lei Complementar de Goiás nº. 182/2023; art. 8º, VII, Lei Complementar do Maranhão nº. 239/2021).

⁹³ Art. 6º (...) § 15. *Nos casos em que o Município integrante da estrutura de prestação regionalizada já tenha atingido as metas de universalização, ou as metas intermediárias correspondentes, nos termos do disposto no respectivo plano de saneamento, devidamente atestadas pela entidade reguladora competente, a eventual concessão da prestação do serviço neste Município estará sempre condicionada à anuência do Município.*

seriam os serviços por ela prestados.⁹⁴ Como se trata de prestação direta de serviços em arranjo interfederativo, é natural que haja um instrumento que regulamente a atuação do prestador (sem que, por isso, fique configurada delegação).

No mais, para além da prestação direta em caso de regionalização, também na hipótese de prestação autônoma e isolada por parte de ente municipal (de modo não regionalizado) a prestação direta também é uma opção do titular. É o que passamos a tratar no Tópico seguinte.

VII – PRESTAÇÃO DIRETA MEDIANTE PARCERIAS SOCIETÁRIAS.

Por fim, abordaremos a hipótese de prestação direta dos serviços em âmbito municipal isoladamente (sem estrutura regionalizada), inclusive, se for do interesse do titular, em parceria societária com estatal estadual, considerando até mesmo eventuais pendências oriundas de situações jurídicas de fato mediante modelos anteriores à Lei nº. 14.026/2020 (cf. Tópico II). Dentro da já mencionada liberdade de escolha do titular do serviço público quanto à forma de prestação daquela atividade (Tópico IV), alguns são os desenhos possíveis de serem adotados pelos municípios com vistas a operacionalizar referidas parcerias.

É possível cogitar, por exemplo, uma parceria societária envolvendo a Administração direta municipal e empresa estadual de saneamento básico, no âmbito da qual seria constituída uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista municipal para a exploração dos serviços de saneamento, na forma do art. 173, CF e da Lei nº. 13.303/2016. Esta sociedade poderia ter, em seu quadro de sócios, a empresa estadual parceira, mas, por ser uma empresa estatal municipal, prestaria, **de forma direta**, o serviço público de saneamento, como autorizado pelo art. 9º, II,⁹⁵ c/c art. 10, *caput*,⁹⁶ da Lei nº. 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº. 14.026/2020.

A participação minoritária da empresa estadual no capital de empresa pública municipal não descaracteriza a sua qualidade de entidade integrante da Administração municipal e, tampouco, a prestação direta pelo próprio Poder Público titular do serviço.⁹⁷ Da mesma forma, não desconfiguraria

⁹⁴ Disponível em <<https://paraiba.pb.gov.br/diretas/secretaria-de-infraestrutura-e-dos-recursos-hidricos/arquivos/regulamento-sobre-a-prestacao-de-servicos-de-agua-e-esgoto-da-microrregiao-do-litoral.pdf>>, acesso em 25.09.2023.

⁹⁵ Lei nº. 11.445/2007: “Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto: (...) II - **prestar diretamente os serviços, ou conceder a prestação deles**, e definir, em ambos os casos, a entidade responsável pela regulação e fiscalização da prestação dos serviços públicos de saneamento básico; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)” (grifamos).

⁹⁶ Lei nº. 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” (grifamos).

⁹⁷ O parágrafo único do art. 3º da Lei 13.303/2016 ressalva de forma expressa que entidades da Administração Indireta de outros entes podem ter participação minoritária em empresa pública: “desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal **ou do Município**, será admitida, no capital da

a prestação direta do serviço de saneamento básico quando a atividade fosse exercida por sociedade de economia mista controlada pelo Município titular do serviço, da qual minoritariamente participariam a parceira estatal estadual e agente(s) particular(es), desde que a maioria do capital votante pertença ao Município.

Já a segunda hipótese cogitável envolveria um cenário em que a estatal municipal que prestaria os serviços de saneamento não seria controlada diretamente pelo Município, mas sim por empresa pública ou sociedade de economia mista municipal, com participação minoritária de estatal estadual, configurando assim uma empresa estatal municipal. A parceria societária seria, portanto, entre as estatais estadual e municipal de saneamento e seria instrumentalizada por uma terceira empresa estatal, subsidiária da estatal municipal,⁹⁸ podendo ser inclusive constituída sob a forma de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE).

Justamente por ser uma empresa estatal municipal subsidiária, integrante, pois, da Administração titular do serviço de saneamento, a prestação de serviços por essa terceira empresa estatal municipal também configuraria modalidade de prestação direta descentralizada, que independe da celebração de contrato de concessão, conforme admitido pelos arts. 175 e 30, V, CF, assim como pelo já mencionado art. 9º, II, c/c art. 10 Lei nº. 11.445/2007 (cf. Tópico IV).

Assentadas essas duas hipóteses, destaca-se que, à luz do critério formal adotado pela Lei 13.303/2016 para definir uma sociedade como empresa estatal,⁹⁹ o requisito de o Poder Público municipal possuir, direta ou indiretamente (o próprio Município ou estatal municipal), a maioria das ações votantes, é o fator essencial para identificar a companhia como uma empresa estatal, integrante da sua Administração Indireta, de modo a viabilizar a prestação direta por meio da parceria societária.

Embora, contudo, não configurem hipóteses de delegação de serviço público, referidas possibilidades de parcerias societárias, formadas diretamente pelo ente municipal ou por estatal da sua Administração, estariam de toda sorte sujeitas à observância de certos requisitos. Em primeiro lugar, a criação, tanto de estatal nova, quanto de uma subsidiária por empresa estatal municipal já existente, depende de prévia autorização legislativa, ainda que de forma genérica na lei de instituição

empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (grifamos).

⁹⁸ O Decreto nº. 8.945/2016 conceitua a subsidiária como a “*empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença direta ou indiretamente a empresa pública ou a sociedade de economia mista*” (art. 2º, IV). De acordo com o parágrafo único do art. 2º do Decreto, no referido conceito incluem-se “*as subsidiárias integrais e as demais sociedades em que a empresa estatal detenha o controle acionário majoritário, inclusive as sociedades de propósito específico*”.

⁹⁹ A Lei nº 13.303/2016, na esteira do que já dispunha o Decreto-lei nº 200/1967, adotou um conceito de controle nominal e formal para que uma empresa seja considerada empresa pública ou sociedade de economia mista. No caso da empresa pública, o “capital social é integralmente detido” pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, podendo haver a participação de diferentes pessoas jurídicas de direito público interno, desde que a “*maioria do capital votante*” pertença a um ente público específico (art. 3º, parágrafo único). Para a sociedade de economia mista, impõe-se que as “*ações com direito a voto pertençam em sua maioria*” a um ente federativo ou a entidade da Administração Indireta (art. 4º, *caput*), como uma sociedade de economia mista municipal. A partir desse critério da Lei nº. 13.303/2016, para que seja empresa estatal é preciso que 50% mais uma das ações com direito a voto sejam do Poder Público instituidor.

da entidade controladora, conforme o art. 37, XX, da Constituição Federal¹⁰⁰ e o art. 2º, § 2º, da Lei nº. 13.303/2016.¹⁰¹

Para além da autorização legislativa – ainda que genérica –, a seleção do virtual parceiro também deve observar alguns requisitos, embora não deva ser necessariamente precedida de licitação. Isso porque, conforme já expusemos em outra oportunidade,¹⁰² a seleção de um parceiro para a constituição de uma parceria societária constitui muitas vezes uma escolha sensível do Estado, que busca um “sócio estratégico”, dotado de *expertise* e de recursos econômicos para ajudar na estruturação e gestão daquela sociedade decorrente da parceria para a execução de dada operação.

Exatamente em razão de sua natureza, a formação de parcerias societárias pela Administração direta ou indireta distingue-se do processo tradicional de contratação estatal. Com efeito, o normalmente longo, flexível e complexo processo de negociação que envolve os potenciais interessados em formar uma sociedade é geralmente incompatível com modelos estanques e procedimentalizados de competição, de modo que a impossibilidade de se definir critérios objetivos de seleção acarreta inclusive o afastamento das próprias normas que impõem a realização de procedimento licitatório.¹⁰³

Tratando das parcerias envolvendo a Administração Pública em geral, MARCOS JURUENA VILELLA SOUTO, já em 2004, observava que “a confiança legítima, a identidade de objetivos e de propósitos, não são licitáveis”.¹⁰⁴ No mesmo sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO eloquentemente já colacionava que “à vista dos dispositivos constitucionais e legais aplicáveis, e pela própria natureza das coisas, não é exigível e, normalmente, não é possível a realização de licitação para seleção de parceiro em um consórcio ou associação. (...) A afinidade que se pretende com a associação é que vai definir a melhor parceria, e não a licitação, que, frise-se, não é o único meio de se atingir a moralidade

¹⁰⁰ CF: “Art. 37. (...) XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

¹⁰¹ Lei nº. 13.303/2016: “Art. 2º (...) § 2º Depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, cujo objeto social deve estar relacionado ao da investidora, nos termos do inciso XX do art. 37 da Constituição Federal”. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, que já assentou ser “dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora” (STF. ADI nº 1.649 / DF. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em 24.03.2004). Mais recentemente, o STF reiterou este entendimento no julgamento da ADI nº 5.324.

¹⁰² ARAGÃO, Alexandre de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 464-468.

¹⁰³ De acordo com Marçal Justen Filho, quando “existem diferentes alternativas, mas a natureza personalíssima da atuação do particular impede o julgamento objetivo. É impossível definir com precisão uma relação custo-benefício. Ainda que seja possível determinar o custo, os benefícios que serão usufruídos pela Administração são relativamente imponderáveis. Essa incerteza deriva basicamente da natureza subjetiva da avaliação, eis que a natureza da prestação envolve fatores intelectuais, artísticos, criativos e assim por diante. Não há critério de julgamento para escolher o melhor. Quando não houver critério objetivo de julgamento, a competição perde o sentido” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 273).

¹⁰⁴ SOUTO, Marcos Juruena Vilella. *Direito Administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 156.

e a eficiência na contratação. No caso, ocorreria uma espécie de inexigibilidade de licitação, já que há inviabilidade de se aferir, com os critérios objetivos inerentes à licitação, a proposta que melhor se adequará, ou terá maior afinidade com o que se pretende em face das diretrizes traçadas. Afinal, só existe viabilidade no certame se a competição envolve homogeneidade de bens e parâmetros objetivos de aferição”.¹⁰⁵

De fato, superando a classificação bipartite tradicional de contratação direta e consagrando o entendimento historicamente defendido pela doutrina para a Administração Pública em geral, o art. 28, § 3º, da Lei 13.303/2016 previu expressamente uma nova hipótese de afastamento da licitação para empresas estatais – que não se configura como dispensa e tampouco como inexigibilidade de licitação. Nas situações do § 3º, as estatais são isentas da própria observância como um todo do capítulo de licitações da Lei nº. 13.303/2016.

Nos casos de parcerias celebradas tanto pela Administração Pública direta quanto, *a fortiori* em razão da previsão expressa acima referida, pelas empresas estatais, a ausência de licitação ocorrerá por força de uma verdadeira **não-incidência das regras licitatórias**, algo semelhante com o que o acontece no direito tributário em relação às suas regras impositivas.¹⁰⁶

Mesmo diante dessa inexistência de critérios objetivos capazes de justificar a licitação, contudo, a escolha do parceiro deve ser fundamentada à luz de parâmetros societários e mercadológicos suficientes.

Em outras palavras, tanto para a opção pela parceria, como para fundamentar a escolha do parceiro, hão de ser demonstrados fatores como a necessidade de cooperação continuada, a conjunção empresarial de esforços, a integração logística, o aprendizado de *know-how*, a transferência de tecnologia etc. que impliquem, ainda que revestida de elevado grau de discricionariedade administrativo-negocial, a razoabilidade da decisão de se fazer uma parceria societária e não a celebração de um vínculo meramente contratual.

Nesse sentido, previu o art. 28, §3º, II, da Lei 13.303/2016¹⁰⁷ – em linha com o entendimento geral extensível à toda Administração Pública – que a parceria societária estatal pode ter lugar sempre que verificada, em cada caso concreto, uma oportunidade de negócio em razão das características particulares do virtual parceiro, com a inviabilidade de procedimento competitivo.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís. Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 412-413 e 417).

¹⁰⁶ “Não incidência é a situação em que a regra jurídica de tributação não incide porque não se realiza a sua hipótese de incidência, ou, em outras palavras, não se configura o seu suporte fático” (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 243).

¹⁰⁷ Lei nº. 13.303/2016: “Art. 28 (...) § 3º. São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações: (...) II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas **características particulares**, vinculada a **oportunidades de negócio** definidas e específicas, justificada a **inviabilidade de procedimento competitivo**”.

Dessa maneira, a fim de se fundamentar a inaplicabilidade das normas licitatórias e, em última análise, justificar a própria celebração da parceria societária e a prestação direta do serviço de saneamento, em detrimento de outras modelagens possíveis (inclusive contratuais), deverá, portanto, a Administração municipal justificar a parceria societária à luz: (i) de suas características particulares;¹⁰⁸ e (ii) da efetiva oportunidade de negócio no caso concreto,¹⁰⁹ avaliando a sua vantajosidade face a outras possíveis modelagens, inclusive como já entendeu o Tribunal de Contas da União – TCU (Acórdão 2.488/2018);¹¹⁰ e (iii) justificando, assim, a inaplicabilidade de procedimento competitivo.

Embora tais requisitos tenham sido expressamente previstos pela Lei 13.303/2016, cujo âmbito de incidência naturalmente restringe-se às empresas estatais, devem ser eles também observados nas parcerias celebradas pela própria Administração Direta. Afinal, se até as estatais, na qualidade de pessoas jurídicas de direito privado, cuja atuação é naturalmente dotada de maior flexibilidade, devem fundamentar as parcerias com base naqueles critérios republicanos, *a fortiori* impõe-se ao menos a sua observância caso a parceria envolva pessoas federativas.

VIII - CONCLUSÕES

¹⁰⁸ MARISTELA BASSO, ao tratar da formação de *joint ventures* em geral, exemplifica critérios subjetivos que podem ser considerados para aferição de compatibilidade e complementaridade entre os parceiros, por exemplo: a) o sucesso em acordos de cooperação ou *joint ventures* presentes ou passadas; b) compatibilidade no relacionamento; c) similaridade nas estruturas administrativa e operacional; d) tipo de organização das empresas, utilizando-se critérios geográficos, funcionais etc. (BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 152). Normalmente, são considerados, ainda, atributos de certa forma subjetivos do potencial parceiro, a exemplo da identidade de projetos estratégicos e comunhão de filosofias empresariais, circunstâncias essas fundamentais à escolha de parceiro, haja vista o caráter permanente e contínuo do relacionamento que se prolonga por anos entre as partes, em atuação que deve ser conjunta e organizada.

¹⁰⁹ Oportunidade de negócio é o negócio qualificado pela sua não ordinaryidade diante das circunstâncias fáticas e comerciais que o envolvem. No que tange à fundamentação da oportunidade de negócio, eventual parceria com uma estatal estadual de saneamento poderia trazer a reboque décadas de tratativas e aprimoramentos operacionais, quando o eventual parceiro já possuísse prévia experiência na execução de serviços dessa natureza na área da parceria. Não somente, as suas características particulares também podem ser examinadas para a caracterização da oportunidade de negócio para a celebração da parceria, como por exemplo o *know-how* adquirido no período de atuação do parceiro. Além disso, em municípios nos quais tenha a estatal estadual prestado serviços e nos quais restem investimentos em bens reversíveis não amortizados ao fim da relação contratual, a parceria poderia consubstanciar uma oportunidade de negócio para manter a prestação dos serviços e viabilizar um acerto de contas entre a estatal estadual e o respectivo Município, sem que fosse necessário o pagamento de vultuosa indenização.

¹¹⁰ Na ocasião, o TCU apreciou a parceria firmada pela TELEBRAS para exploração de rede satelital e afirmou que “a contratação direta da empresa parceira depende: a) da configuração de uma oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do estabelecido no § 4º do art. 28 da Lei das Estatais; b) da demonstração da vantagem comercial que se espera advir para a empresa estatal; e c) da comprovação pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e d) da demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo” (TCU, Acórdão 2.488/2018, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, julg. 31.10.2018). Tais requisitos foram reiterados no Acórdão 1.579, Plenário, Rel. Min. Antonio Anastasia, julg. 06.07.2022.

Nos Tópicos acima buscamos endereçar a relevante questão das situações jurídicas de fato envolvendo a operação de serviços de saneamento básico em municípios, sobretudo por parte de estatais estaduais, mediante avenças anteriores à Lei nº. 14.026/2020 que poderiam agora ser eventualmente considerados destoantes. Trata-se de cenários nos quais as relações jurídicas preexistentes não chegaram a ser propriamente substituídas, e cujas prestações sequer poderiam ser interrompidas, até como impõe o princípio da continuidade dos serviços públicos, como exemplificativamente nas hipóteses de (i) convênios, contratos de concessão ou outros instrumentos firmados diretamente (sem licitação), por vezes até antes da CF/88, com prazo original ou prorrogado vigente; (ii) prestação de fato sem cobertura contratual formal, por exemplo em razão de já ter sido alcançado o termo *ad quem* da avença. Vimos também que em certos casos as operações podem até ser baseadas em ordens judiciais, em razão do ajuizamento de ação por estatal estadual para a continuidade da operação.

Nesse contexto foram abordados alguns direitos assegurados aos prestadores em decorrência de situações jurídicas de fato como por exemplo as acima mencionadas, especificamente quanto (1) à indenização pelos bens reversíveis não amortizados como pressuposto para o derradeiro reequilíbrio econômico-financeiro da avença; (2) à manutenção da prestação enquanto pendente a amortização dos bens reversíveis ou correspondente ressarcimento pelo Poder Concedente; e (3) ao reconhecimento dos serviços e investimentos realizados, a ser formalizado exemplificativamente por ajuste de acerto de contas até o conclusivo reequilíbrio da relação não finalizada.

A partir do cenário acima descrito foram apreciadas, sem pretensões exaurientes, algumas soluções cogitáveis a partir do atual marco do saneamento básico para a operacionalização futura dos serviços caso pretendam os entes titulares prestá-los diretamente, de forma regionalizada ou não, inclusive em parceria com estatal estadual de saneamento, considerando se for o caso também passivos pendentes das narradas relações preexistentes.

IX - BIBLIOGRAFIA

ACHEN-LEFÈVRE, Marie-Hélène; e BODA, Jean-Sébastien. Les biens de retour et l'intérêt du service public. *Juridique Analyse*, La Gazette, 2015.

ALMEIDA, Eduarda Fernandes de; NASCIMENTO, Ingrid Grazielle Reis do; SCHMITT, Vanessa Fernanda. Regionalização do saneamento básico como estratégia para alcançar a universalização dos serviços: um benchmarking dos Estados brasileiros. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; VILARINHO, Cíntia Maria Ribeiro (Coord.). *A Regulação de Infraestruturas no Brasil*. São Paulo: Associação Brasileira de Agências de Regulação, p. 322-356, 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Prestação de serviços à Administração Pública após fim do prazo contratual. *Revista de Direito Administrativo*, v. 214, p. 167-176, 1998.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais: o regime jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A extensão dos contratos de programa de saneamento para reequilíbrio à luz da Lei nº 14.026/2020 e do Decreto nº 10.710/2021. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 281, n. 3, p. 79-115, set./dez., 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; D'OLIVEIRA, Rafael Daudt. Considerações iniciais sobre a Lei nº 14.026/2020 – Novo marco regulatório do saneamento básico. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). O Novo Direito do Saneamento Básico: Estudos sobre o Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil (de Acordo Com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva Regulamentação). Belo Horizonte: Fórum, 2021.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 13ª ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Luís. Roberto. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASSO, Maristela. Joint ventures: manual prático das associações empresariais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Saneamento básico: a evolução jurídica do setor. In.: DAL POZO, Augusto Neves. O novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters, p. 17-33, 2020.

BREWER-CARÍAS, Allan R. El régimen de la reversión en las concesiones administrativas en Venezuela, con especial referencia a las concesiones mineras. In: GALUSSO, Alicia Rodriguez. Estudios de derecho público en homenaje al Prof. Horacio Cassinelli Muñoz. Montevideo [Uruguay]: Universidad Católica del Uruguay, 2016.

CARVALHO SANTOS, J.M. Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 7ª edição.

DALLARI, Adilson Abreu. Empresa estatal prestadora de serviços públicos -Natureza jurídica - Repercussões tributárias. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 10, n. 8, p. 453-468, ago. 1994.

FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morentini. A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Lumen Juris, 2019.

FONSECA, Aroldo Medeiros da. Direito de retenção. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: titularidade, regulação e descentralização. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação). Belo Horizonte: Fórum, p. 81-119p 2022.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013

GOMES, Orlando. Obrigações. 16ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Pedro. A concessão de serviços públicos. Coimbra: Almedina, 1999.

GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. Revista de direito administrativo, v. 261.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana. de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, p. 135–169, 2018.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. R. de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-29, set. 2013/fev. 2014.

HOHMANN, Ana Carolina. A prestação regionalizada do serviço público de saneamento básico no âmbito do novo marco legal do saneamento básico: gestão associada e governança interfederativa. In.: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. VASCONCELOS; Andrea Costa de; HOHMANN, Ana Carolina. (Coord.) Novo marco legal do saneamento básico. Belo Horizonte: Fórum, pp. 209-231, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 31. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARRARA, Thiago. Regionalização do Saneamento no Brasil. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de. GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil. 2ª Edição, Indaiatuba: Foco, p. 175-186, 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo, Ed. RT, 10ª ed, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior; Nelson Nery Jr. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XXVI, Direito das Obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo XXIV – Direito das Obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

QUADROS, Clóvis Airton De; ANTUNES, Leandro Bastos; SANTOS, Marcus Vinicius Freitas dos. Análise estrutural do contrato de transição em áreas operacionais dos portos brasileiros. In: Edith Maria Barbosa Ramos; Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam. Direito administrativo e gestão pública I. Florianópolis: CONPEDI, 2020.

SANTOS, Élen Dânia Silva dos; FRANCATO, Débora Faria Fonseca. Prestação regionalizada dos serviços de resíduos sólidos no Novo Marco Legal do Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de. GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil. 2. ed., Indaiatuba: Foco, p. 159-173, 2022.

SENA JR., Horcades Hugues Uchôa. Ausência de cobertura contratual e celebração do termo de compromisso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-10/horcades-hugues-ausencia-cobertura-contratual-termo-compromisso>. Acesso em: 26.09.2023.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. Direito Administrativo em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STRINGHNI, Adriano Candido; BRONZATO, Tales José Bertozzo. Camisa 10: o Novo Marco Legal do Saneamento; um olhar para o futuro e as oportunidades de sinergia; exercício da titularidade; interesse local e interesse comum. Uma visão integrativa e modelos contratuais e societários. In: DAL POZO, Augusto Neves (Coord.). O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito à indenização prévia na extinção da concessão pelo término do prazo contratual. In: Direito administrativo contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 65, p. 1–25, 1961.

TRINDADE, Karla Bertocco; ISSA, Rafael Hamze. Primeiras impressões a respeito dos impactos da Lei nº 14.026/20 nas atividades das empresas estaduais de saneamento: a questão da concorrência com as empresas privadas. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). Novo marco legal do saneamento. Belo Horizonte: Fórum, p. 25-36, 2021.