

ESTUDO

A dissociação das atribuições do regulador e do titular dos serviços públicos no setor de saneamento básico diante de lacunas e erros contratuais

SOLICITANTE

ARES-PCJ

Contrato n. 25/2016
Ordem de Serviço n. 07/2019

PESQUISADOR RESPONSÁVEL

Prof. Thiago Marrara

Professor associado de direito administrativo da Universidade de São Paulo (USP) na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Livre-docente (USP). Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Editor da Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA). Advogado-consultor inscrito na OAB/SP sob o n. 280.490.

2019

SUMÁRIO

1	Do estudo solicitado e sua contextualização	3
2	Os papéis do regulador no setor de saneamento básico	5
2.1	Raízes históricas da confusão entre regulador e titular dos serviços.....	5
2.2	Ciclo de atividades da política de saneamento	7
2.3	Papel do regulador conforme a LDNSB	11
2.4	Síntese provisória: o regulador e os contratos de concessão	15
3	Lacunas e erros em contratos de concessão	18
3.1	Módulos concessórios: aspectos gerais e formação	18
3.2	Lacunas e cláusulas gerais em contratos	21
3.3	Lacunas e cláusulas gerais em contratos de saneamento regulados	25
3.4	Poder normativo do regulador, lacunas e cláusulas gerais	27
3.5	Erros na teoria geral dos contratos e no direito privado	29
3.6	Erros em contratos públicos	35
3.7	O papel do regulador diante de erros contratuais	39
4	Conclusões	40

EMENTA

POLÍTICA NACIONAL DE SANEAMENTO BÁSICO – ATIVIDADES CENTRAIS – PLANEJAMENTO, ORGANIZAÇÃO, REGULAÇÃO, FISCALIZAÇÃO E EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO – CONTEÚDO DA REGULAÇÃO DO SERVIÇO – DISSOCIAÇÃO IMPRESCINDÍVEL ENTRE REGULADOR E TITULAR DO SERVIÇO – TAREFAS DO REGULADOR E DO TITULAR DO SERVIÇO – ORGANIZAÇÃO DE LICITAÇÕES E ELABORAÇÃO DE CONTRATOS – CONTRATOS DE CONCESSÃO INCOMPLETOS – AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO REGULADOR PARA INTEGRAÇÃO DE LACUNAS – COMPETÊNCIA DO REGULADOR PARA INTERPRETAR CLÁUSULAS GERAIS – SOBREPOSIÇÃO DO PODER NORMATIVO DO REGULADOR AO PODER DE INTERPRETAÇÃO E DE INTEGRAÇÃO DAS PARTES CONTRATANTES – ERROS COMO VÍCIOS DE CONSENTIMENTO EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESSÃO – IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO OU DE EXTINÇÃO DE CONTRATO VICIADO POR REGULADOR SEM PODERES DE ORGANIZAÇÃO E GESTÃO CONTRATUAL.

1 Do estudo solicitado e sua contextualização

Nos termos da Ordem de Serviço n. 07 de 2019, a Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (doravante ARES-PCJ), na qualidade de consórcio intermunicipal com personalidade jurídica de direito público interno, solicita à Fundação para o Desenvolvimento do Ensino e da Pesquisa do Direito (FADEP), entidade de apoio à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), subsídios legais, doutrinários e jurisprudenciais à resolução das seguintes indagações:

- a) Quais são os poderes do regulador de serviços públicos de saneamento básico dentro da política nacional instituída pela Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007?*
- b) Cabe ao regulador preencher lacunas de contratos de concessão de serviços de saneamento básico que tenham sido elaborados, licitados e celebrados diretamente por Município, titular do serviço delegado?*
- c) O poder normativo do regulador pode ser obstado ou prejudicado em razão da atuação das partes contratantes na interpretação do contrato e na integração de suas lacunas?*
- d) Cabe ao ente regulador determinar a alteração ou extinção de contratos de concessão de serviços de saneamento básico por falhas na sua formação ou diante de vícios de consentimento, como os erros substanciais?*

A agência reguladora consulente, ARES-PCJ, instituída no modelo de consórcio público com personalidade de direito público interno, é responsável pela regulação de serviços de saneamento básico em mais de cinquenta Municípios do Estado de São Paulo. A justificar a necessidade deste estudo técnico, a agência esclarece que inúmeros contratos de delegação de serviços públicos de saneamento firmados pelos Municípios consorciados, desde concessões comuns a parcerias público-privadas, ocasionam dúvidas sobre os limites do poder regulador,

sobretudo diante dos titulares dos serviços, e que, atualmente, encontra-se em fase de revisão a Resolução n. 70/2014, cujo aprimoramento normativo depende de respostas às indagações acima formuladas.

Os problemas e os eventuais conflitos referentes aos limites do poder regulador derivam de uma série de fatores, valendo destacar, dentre eles, duas ocorrências frequentes na licitação e na elaboração de contratos de delegação de serviços públicos: (i) a ausência ou a insuficiência de disposições contratuais sobre aspectos essenciais da relação jurídica concessória (*lacunas*) e (ii) o cometimento de erros que afetam, a depender da sua intensidade, a declaração da vontade dos contratantes públicos e privados (*vícios de consentimento*).

No desejo compreensível de solucionar esses dois conjuntos de problemas corriqueiros, afastando seus custos políticos, jurídicos e financeiros, é comum que os órgãos de controle, como o Ministério Público, e os próprios contratantes (titulares dos serviços públicos e prestadores) recorram à agência reguladora ou tentem lhe transferir a questionável atribuição de interferir na relação contratual, quer para integrar lacunas, quer para, sem que ela seja parte do contrato, modificar suas cláusulas ou extingui-lo em detrimento dos interesses de um ou outro polo em disputa.

É nesse cenário que se constata a imprescindibilidade de verificar e esclarecer as atribuições dos entes reguladores dentro da política nacional de saneamento básico, em face tanto dos concessionários como também dos titulares de serviços públicos, os quais figuram como concedentes comuns ou parceiros públicos. Particularmente, o estudo ora desenvolvido ainda deverá contribuir para o aprimoramento da normatização elaborada pela consulente e para superar certas questões pontuais, relativas ao preenchimento de lacunas e a vícios de consentimento, como erros na formação de módulos concessórios.

Perseguindo esses objetivos, as considerações teóricas a seguir se dividirão em duas partes centrais:

- A primeira retoma as bases da política nacional de saneamento, explica suas cinco atividades fundamentais (planejamento, organização, regulação, fiscalização e execução) e delimita o papel do regulador no setor, destacando suas atribuições gerais e em que medida, no plano do direito

positivo e no plano concreto, ele assume tarefas de organização de licitações e gestão de contratos em nome dos Municípios como titulares dos serviços públicos; e

- A segunda parte, inicialmente, aprofunda questões relativas às lacunas e às cláusulas gerais nos contratos de concessão de saneamento básico como problema inerente à sua complexidade e estendida duração. Em seguida, abordam-se vícios de consentimento que maculam o contrato, sobretudo a figura do erro, que prescinde de tratamento explícito na legislação contratual pública e requer, por isso, que se recorra à teoria geral dos contratos. Com base nas considerações sobre as lacunas e os erros são finalmente esclarecidos os limites de atuação do regulador de serviços de saneamento básico diante do titular do serviço, como poder concedente ou parceiro público, e do particular contratado, como concessionário ou parceiro privado.

2 Os papéis do regulador no setor de saneamento básico

2.1 Raízes históricas da confusão entre regulador e titular dos serviços

Quem deve agir diante de lacunas e vícios de consentimento que atinjam contratos de concessão comum ou de parcerias público-privadas na área de saneamento? O regulador pode interferir na relação contratual? Pode alterar e extinguir contratos que não tenha celebrado, mas apenas homologado ou deles participado com mero anuente-interveniente? Pode integrar lacunas ou interpretar cláusulas contratuais?

Essas e tantas outras dúvidas – que se colocam com frequência aos atores do setor de saneamento e despertam os órgãos de controle na sua relevante função de tutelar interesses públicos coletivos e difusos – têm raízes históricas que merecem ser brevemente resgatadas antes de se buscar solucioná-las.

Com o escopo de promover o desenvolvimento nacional, o Estado brasileiro absorveu por longas décadas atividades de planejamento, regulação e execução de políticas públicas estratégicas, como a de saneamento básico. Ocorre que esse modelo de Estado “todo-poderoso”, titular, prestador e regulador de si mesmo, começou a ruir durante os anos de 1980 e de 1990, quando se forjaram no país

mecanismos de privatização para se reduzir o tamanho do aparelho estatal, enxugar suas finanças, torná-lo mais eficiente e responsivo às demandas sociais – mecanismos que foram gradualmente aprimorados, mas, apesar das trocas de governo, jamais abandonados.

Ao remodelar e reduzir seus papéis, o Estado necessitava simultaneamente forjar e empregar instrumentos que lhe permitissem continuar a zelar por interesses públicos primários. Exatamente por isso, nesse processo histórico de contenção e reversão do Estado multitarefas, antes muito atuante na execução de atividades econômicas e de serviços públicos como o de saneamento, dois movimentos despontaram como tática compensatória: a regulação e a agencificação.

Marcantes da década de 1990 e 2000, referidos fenômenos transformaram os modos de gestão de serviços públicos, criando um cenário subjetivamente mais complexo, em que um número de atores novos se somaram aos antigos titulares estatais e executores indiretos de serviços, gerando frequentes atritos e confusões quanto à função de cada um.

Em outras palavras, as modificações do papel do Estado e de suas formas de relação com o mercado e a sociedade nas últimas três décadas moldaram um novo palco, em que os atores ainda procuram fixar e compreender suas posições. Esse palco diferencia-se daquele em que o Estado, como titular de serviços, figurava como ator solitário, um espaço monológico em que agia sem a preocupação de dialogar, de partilhar suas tarefas e de coordenar suas ações com outros sujeitos. Agora, porém, retomam-se as formas de delegação da execução de serviços, existentes desde o século XIX, mas sob nova roupagem. Em paralelo, o titular do serviço passa a conviver com o regulador, em parte protegido contra influências políticas indevidas por meio de garantias organizacionais, pessoais e processuais.

É indubitável que o palco permanece como era. Contudo, os atores multiplicaram-se, gerando dúvidas, questionamentos e choques que justificam as preocupações e a solicitação da ARES-PCJ. O presente estudo nada mais é que a consequência dessas dúvidas naturais, porém complexas, explicitadas pela adoção do modelo de Estado regulador e resultante da fase de transição que caracteriza a Administração Pública brasileira contemporânea.

Em virtude da retomada dos módulos concessórios com o mercado e da emergência de autarquias especiais com tarefas de regulação, inclusive em arranjos interfederativos, o conteúdo e o limite das competências de cada ator envolvido no setor de saneamento básico nem sempre se mostram óbvios ou visíveis. Eis a raiz da indagação que move o estudo: num contexto subjetivamente complexo como o hodierno, quais são, afinal, os papéis do titular do serviço público, do seu regulador e do prestador?

A resposta a essa pergunta central é imperiosa para o esclarecimento subsequente de questões acerca do controle de contratos abertos, lacunosos ou afetados por vícios de consentimento, como o erro. Para construí-la, há que se resgatar inicialmente alguns pilares da política nacional de saneamento básico. Nessa análise, buscar-se-á evidenciar as atividades que materializam a política e suas diferenças, bem como delinear as competências, delegáveis e indelegáveis, dos titulares dos serviços e dos entes reguladores, de maneira a divisar seus papéis, sobretudo em relação a temas conflituosos.

2.2 Ciclo de atividades da política de saneamento

A política pública de saneamento no Brasil foi reestruturada com suporte no art. 21, inciso XX, da Constituição da República, que atribuiu à União a competência para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive em matéria de saneamento básico. Com suporte nesse mandamento, o Congresso Nacional elaborou a Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007, dispondo sobre as referidas diretrizes para todos os níveis da federação.

Na Lei das Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico de 2007 (representada doravante pela sigla LDNSB), o Congresso delineou um ciclo de política pública muito nítido e que abarca cinco atividades destacadas, a saber: (i) o planejamento; (ii) a organização; (iii) a regulação; (iv) a fiscalização e (v) a prestação dos serviços aos usuários, pessoas físicas ou jurídicas. Note-se, desde já, que a regulação aí desponta como uma das cinco peças estruturantes do sistema de saneamento, separando-se explicitamente das tarefas de organização dos serviços públicos. Vejamos cada um dos cinco elementos antes de esclarecer esse ponto.

O *planejamento* configura a atividade central e fundante da política pública em cotejo, já que precede e orienta todas as outras etapas e ações, além de condicionar a validade dos contratos de delegação, como concessões comuns e parcerias público-privadas. Na linha do que se sustentou alhures, “o planejamento é a atividade de maior expressão da titularidade do serviço público, tanto que em regra não é delegável a terceiros, sejam outros entes públicos ou particulares” (art. 9º, inciso I e art. 19, § 1º da LDNSB).¹ Isso significa que compete ao Município, na qualidade de titular dos serviços de saneamento básico, elaborar o plano, permitindo-se, sob algumas condições legais, que una forças com outros entes locais para criar planos regionais comuns (art. 17) ou que, sob outras condições, aprove

¹ MARRARA, Thiago; OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. Consórcios para prestação ou regulação de serviços de saneamento básico. In: DAL POZZO *et al.* (coord.). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 824.

planos individuais simplificados.

De acordo com a disciplina legal constante dos art. 19 e 20 da LDNSB, o plano, elaborado com suporte em estudos técnicos e aprovado por ato do titular, apresentará um conjunto mínimo de disposições que, entre outros aspectos, tratarão dos objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para os serviços de saneamento, dos programas, projetos e ações necessárias para atingi-los, de mecanismos para avaliação de eficiência e eficácia. A princípio, essas disposições abrangerão o território do ente que o elaborou, deverão se harmonizar com outros planos, como o da bacia hidrográfica, e se submeterão a revisão quadrienal.

Por sua importância, a LDNSB não prevê a faculdade de o titular do serviço delegar o planejamento a terceiros. Trata-se de tarefa exclusiva, indelegável. É do art. 8º que se extrai essa conclusão, já que referido dispositivo lista como atividades delegáveis apenas a regulação, a fiscalização, a organização e a prestação, deixando corretamente de mencionar o planejamento.

De acordo com Wladimir Antônio Ribeiro, a omissão do artigo 8º é proposital, refletindo a indelegabilidade dessa atividade essencial. Argumenta, ainda, que seria incabível cumular o planejamento com as atividades de regulação. Afinal, “dizer que o regulador é o responsável pelo planejamento seria o mesmo que dizer que o regulador define o conteúdo da política pública da qual exerce a atividade reguladora”. Essa acumulação geraria “problemas profundos de legitimidade político-democrática do regulador, porque seria a ele atribuído definir aspectos essenciais da política pública”.²

As atividades de *organização* dos serviços formam a segunda base da política de saneamento e igualmente recaem sob a responsabilidade dos titulares dos serviços públicos em questão, os Municípios. A LDNSB não chega a dedicar um capítulo especial sobre o assunto, como o fez para o planejamento e a regulação. Não obstante, a definição do que venha a ser “organização” dos serviços deriva da lei a partir de interpretação sistemática.

Em poucas palavras, a organização consiste no conjunto de ações de caráter predominantemente concreto de preparação da prestação dos serviços públicos de saneamento. Trata-se de um conjunto de tarefas que se situa entre a fase inicial de planejamento e a de execução. Nela, entre outras funções, o titular adota parâmetros para a garantia de atendimento essencial à saúde pública, detalha direitos e deveres dos usuários, estabelece e estrutura mecanismos de controle social,

² RIBEIRO, Wladimir Antônio. A forma e a função: as relações entre independências, regulação e competências do regulador. In: OLIVEIRA *et al.* (org.). *Regulação do saneamento básico*. São Paulo: Essencial Ideal Editora, 2016, p. 47.

além de implementar sistema de informações sobre os serviços, articulado com o sistema nacional de informações do setor (art. 9º, III a VI da LDNSB).

A organização ainda envolve as demais medidas necessárias para preparar a prestação do serviço, como a criação de órgãos ou entes descentralizados para a execução direta, a organização de licitações e contratos para a prestação indireta mediante colaboração de agentes de mercado e a execução de ações para instituição ou cooperação com consórcios e outros entes de gestão associada do serviço.

Diga-se bem: a opção pela execução indireta, nos termos do art. 175 da Constituição da República, gera para o titular do serviço público (Município) o ônus da contratação administrativa, o que implica selecionar a modalidade concessória mais adequada (concessão comum, PPP patrocinada ou PPP administrativa), bem como estruturar e conduzir o respectivo processo licitatório. Nesse contexto, repita-se, o titular deverá modelar o contrato, além de estruturar e executar a licitação, sobretudo com a indicação de seu tipo, ou seja, do critério de julgamento que pautará a escolha do licitante vencedor e, por conseguinte, orientará a elaboração das propostas comerciais dos agentes econômicos, públicos ou privados, interessados na execução do serviço a ser privatizado.

Como as atividades de organização estão sujeitas à delegação, conforme autoriza o art. 8º da Lei, nada impede que sejam transferidas, por exemplo, ao ente regulador. Todavia, essa delegação não ocorrerá de modo automático ou informal. Dependerá sempre de uma decisão político-administrativa e da anuência e capacidade do regulador para assumi-las e executá-las nos limites de sua lei de instituição – o que, adiante-se, jamais se cogitou na estruturação da ARES-PCJ, como consórcio interfederativo de regulação fundado em protocolo de intenções firmado por inúmeros Municípios paulistas.

Reitere-se: somente nas hipóteses de delegação formal e expressa, o regulador se responsabilizará pela licitação, pela modelagem do contrato administrativo, sua celebração e gestão. Exclusivamente neste caso específico é que ele assumirá, por exemplo, a responsabilidade por falhas na definição de metodologias, parâmetros e regras de formulação de propostas. Se a delegação dessas atividades de organização ao regulador não for explícita, permanecerá nas mãos do titular a responsabilidade pela organização do serviço, de sorte que ele deverá promover medidas resolutivas das falhas de modelagem ou contratação. Nessa hipótese, caberá também ao titular do serviço exercer alguns poderes, como o de intervir e retomar a operação dos serviços delegados por indicação da agência nas hipóteses legais e contratuais pré-estabelecidas (art. 9º, inciso VIII e art. 11, § 2º, inciso VI da LDNSB).

Em contraste com as tarefas de organização, a *regulação* foi disciplinada expressa e amplamente em inúmeros dispositivos da LDNSB, sobretudo os art. 21

a 28. O desempenho dessa atividade caberá originariamente ao titular, que poderá exercê-la por um órgão da própria Administração Direta ou por ente especializado da Administração Indireta, inclusive consórcios interfederativos, como a ARES-PCJ. A regulação deverá ser exercida em linha com os princípios da independência decisória, da transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade. Por força dessas determinações, a figura do regulador jamais se confundirá com a do executor do serviço público. O direito brasileiro adota, aqui, o que se pode denominar de “vedação do regulador de si mesmo” (conforme se vislumbra no art. 2º do Decreto Federal n. 7.217/2010).

Na prática, a função reguladora desenvolve-se antes, durante e depois das fases de organização e de execução dos serviços. Nos termos do art. 11, inciso II e III da LDNSB, a validade dos contratos está condicionada não apenas ao plano, mas também a estudos de viabilidade técnica e econômica e à existência de normas de regulação. Condicionar o contrato à regulação é inevitável, pois, como se demonstrará oportunamente, a função reguladora no setor de saneamento envolve atividades prioritariamente normativas, de orientação, de gestão de informações e de controle tarifário. No campo contratual, a lei ainda atribui ao regulador o poder de interpretar cláusulas e fixar critérios para execução das obrigações pactuadas. A princípio, porém, a lei não lhe permite integrar o contrato para suprir lacunas, modificá-lo ou rescindi-lo no lugar do titular do serviço público.

Embora a regulação geralmente abarque a fiscalização em inúmeros setores, a LDNSB preferiu apontá-la como atividade individualizada da política pública de saneamento no Brasil. Essa dissociação material se compreende por motivos de ordem prática. Em primeiro lugar, ela é útil, porque existem diferentes tipos de fiscalização. Um deles se realiza com foco na verificação de cumprimento de obrigações contratuais. Trata-se de poder fiscalizatório de fundamento contratual, portanto. Outro se desenvolve com foco na observância, pelo titular e pelo prestador, de normas legais e regulamentares da política de saneamento básico. Trata-se de ação fiscalizatória mais abrangente, lastreada no poder de polícia.

Em segundo lugar, considerando-se que a fiscalização do contrato não se confunde necessariamente com a fiscalização de normas extracontratuais que pautam o funcionamento do setor e o comportamento dos atores que nele atuam, a distinção entre fiscalização e regulação prevista na lei serve para indicar que o titular do serviço poderá manter para si as tarefas fiscalizatórias e punitivas ou transferi-las, total ou parcialmente, para o regulador, contanto que seu ato de criação autorize o exercício dessa função e que assim se preveja, por exemplo, em contrato de programa, convênio ou acordo congênere com ele firmado, quando

couber.³ A fiscalização é, assim, atividade sujeita à delegação mediante cumprimento de certos requisitos e ao seu responsável caberá verificar o cumprimento quer de leis e regulamentos (*fiscalização extracontratual*), quer do contrato de delegação do serviço (*fiscalização contratual*), sempre à luz do plano de saneamento vigente para a localidade (art. 20 da LDNSB).

A fechar o ciclo da política pública em comento, a lei nacional cuida da *execução* do serviço de saneamento básico, ou seja, do conjunto de atividades jurídicas e materiais concretas que viabilizam o tratamento de esgoto, a drenagem de águas pluviais, a limpeza urbana ou o serviço de abastecimento de águas.

Resta indubitável que, à luz do art. 38 da LDNSB, a execução é igualmente delegável, ou seja, poderá ser realizada de modo direto (pelo titular do serviço público) ou indireto (por delegatários). A execução indireta dependerá de contrato de concessão ou permissão (aos particulares, normalmente para serviços em localidades de médio e grande portes) ou de instrumento de delegação a cooperativas ou associações (para serviços restritos a condomínio ou localidade de pequeno porte, ocupada com primazia por população de baixa renda e onde outras formas de prestação gerarem custos de operação e manutenção muito elevados, incompatíveis com a capacidade de pagamentos dos usuários).⁴ Permite-se, ainda, a execução regionalizada, situação em que um único órgão, entidade pública descentralizada ou empresa prestará os serviços para vários titulares, territorialmente contíguos ou não, submetendo-se todos eles a um ente fiscalizador e regulador comum (art. 14 e art. 16).

2.3 Papel do regulador conforme a LDNSB

O esclarecimento do marco regulatório do saneamento básico, com o delineamento dos cinco pilares que o estruturam, é imprescindível para superar a obscuridade que ronda a delimitação dos papéis do regulador diante de outros

³ Disso se extrai que não gera efeito prático a mera previsão, no contrato de delegação dos serviços públicos a particular, do exercício de ações de fiscalização contratual pelo regulador. As partes da concessão ou da PPP, isoladamente, não podem criar obrigação para o regulador sem a observância de outros requisitos. Para se delegar as tarefas de fiscalização contratual, é preciso que o ato instituidor do regulador – como órgão ou entidade, de um nível federativo ou de vários em consórcio – confira-lhe essa competência fiscalizatória e – quando o regulador atuar por adesão de titulares a arranjos interfederativos – que o convênio, contrato de programa ou instrumento congêneres, firmado com o regulador, também contenha previsão de igual teor.

⁴ MARRARA, Thiago; OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. Consórcios para prestação ou regulação de serviços de saneamento básico. In: DAL POZZO *et al.* (coord.). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 826.

atores, sobretudo os titulares dos serviços públicos. Mas isso não basta. É preciso explicitar outros fatores que condicionam os limites de ação do regulador e, por conseguinte, influenciam a construção de respostas às legítimas indagações formuladas pela ARES-PCJ.

Não existe no Brasil um direito regulatório, senão direitos regulatórios! Há setores regulados variados, juridicamente assimétricos, cada qual com leis próprias, que aumentam ou reduzem o papel do regulador. Mais que isso. Dentro dos setores, também existem variações, seja pelo fato de se fragmentarem em modelos próprios de regulação estadual e local, definidos conforme as opções políticas de cada esfera federativa, seja por abrangerem um conjunto vasto de serviços públicos, somados ou não a atividades econômicas.

No campo do saneamento básico, todos os mencionados fatores complicadores estão presentes! Os titulares dos serviços são municipais e, dessa maneira, cabe a mais de cinco mil entes federativos decidir a quem delega e como delega tais tarefas. Fora isso, o setor reúne uma gama de serviços, com características próprias sob os pontos de vista econômico, técnico e de infraestruturas, exigindo normas regulatórias próprias e, simultaneamente, harmônicas.

Não bastassem tantos complicadores, a regulação aceita aprofundamentos e amplitudes distintas em razão de outras variáveis, como a forma de execução de serviço público (individualizada ou regionalizada) e a quantidade de atividades adicionais que o regulador assume em cada caso, como fiscalização e tarefas de organização. A confirmar essa riqueza de arranjos, o art. 23, § 1º da LDNSB é explícito ao dispor que “a regulação de serviços de saneamento poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora e o *ato de delegação explicitará a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas*” (g.n.).

A diversidade e mutabilidade do cenário regulatório são frequentemente ressaltadas pelos especialistas da área. Wladimir Ribeiro, por ilustração, constata a flexibilidade que marca a regulação do saneamento básico no Brasil ao afirmar objetivamente que “não há modelo único de entidade reguladora”. As competências sofrem grande mutação, já que a entidade reguladora “pode ter como atribuição apenas regular ou pode cumular essa atribuição com outras, por exemplo, a de gerir contratos; pode ocorrer, também, que a entidade reguladora exerça apenas funções estritamente regulatórias, porém referentes a diversos serviços públicos...”⁵

⁵ RIBEIRO, Wladimir Antônio. A forma e a função: as relações entre independências, regulação e competências do regulador. In: OLIVEIRA *et al.* (org.). *Regulação do saneamento básico*. São Paulo: Essencial Ideal Editora, 2016, p. 41-42.

Em face dessa realidade, resta perquirir quais são as atribuições do regulador de saneamento e se elas são obrigatórias ou específicas para determinados arranjos. É preciso igualmente evidenciar em que medida as referidas atribuições se estendem a questões contratuais. Melhor dizendo: a legislação permite ou determina que o regulador modifique ou corrija contratos administrativos de natureza concessória, anule esses ajustes por conta de vícios de consentimento, como erros substanciais, ou integre lacunas diante de contratos incompletos?

Seja um órgão do titular do serviço, seja um ente especializado, que integra ou não sua Administração Indireta, o regulador assume competências disciplinadas de modo relativamente claro nos art. 22 e seguintes da PNDSB. Nesses dispositivos, de início, o legislador destacou os objetivos da regulação, ou seja, os fins que ela deve perseguir e que, na prática, orientam todas as suas medidas e tarefas. Nos termos do art. 22, esses objetivos consistem em buscar a satisfação do usuário, garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas, além de definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por meio de mecanismos que induzam a eficiência e a eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários.

Para tanto, o regulador dos serviços de saneamento executará um conjunto mínimo de tarefas legalmente estipuladas e que podem ser agrupadas nos quatro grandes grupos a seguir sumarizados:

- *NORMATIZAÇÃO*. A esse primeiro tipo de ação regulatória a legislação dedicou um número extenso de dispositivos. Prescreve o art. 23 da LDNSB que o regulador editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social dos serviços, atinentes a um conjunto mínimo de assuntos legalmente determinados. Esse rol abrange padrões e indicadores de qualidade; requisitos operacionais e de manutenção de sistemas; metas de expansão e qualidade com prazos; regime, estrutura e níveis tarifários, bem como fixação, reajuste e revisão de tarifas; medição, faturamento e cobrança de serviços; monitoramento de custos; avaliação de eficiência e eficácia; mecanismos de informação e auditoria; padrões de atendimento ao público e participação de usuários; medidas de segurança etc. Reitere-se que todos esses temas são objeto de *normatização* pelo regulador por força de mandamento legal. Não se trata de um rol de tarefas executórias, nem de tarefas que dependam de previsão contratual mais ou menos detalhada.
- *GESTÃO DE INFORMAÇÃO*. O art. 25 da LDNSB destaca que os “prestadores de serviços públicos de saneamento básico deverão fornecer à

entidade reguladora *todos os dados e informações* necessários para o desempenho de suas atividades, na forma das normas legais, regulamentares e contratuais” (g.n.). Esse dever imputado ao prestador abrange dados e informações próprios, como de empresas ou profissionais contratados para executar os serviços ou fornecer materiais e equipamentos. De um lado, pois, o regulador receberá, organizará, armazenará e protegerá dados e informações do setor regulado, devendo utilizá-las para viabilizar suas atividades, inclusive produzir relatórios, estudos e decisões. De outro lado, como gestor de informações, o regulador exercerá um papel de provedor, devendo dar publicidade a seus documentos, decisões e atos de regulação e fiscalização, e garantir o direito de amplo acesso à informação por qualquer do povo, salvo nas situações autorizadas e motivadas de sigilo (art. 26 e 27).

- **ESCLARECIMENTO E ORIENTAÇÃO.** O terceiro grupo de atividades regulatórias que fica evidente na LDNSB congrega funções de esclarecimento e orientação para titulares de serviços, prestadores e usuários. A esse respeito, o art. 27 da lei prevê que o regulador deverá: dar prévio conhecimento aos usuários de seus direitos e deveres, bem como das penalidades a que estão sujeitos; homologar manual de prestação de serviço e de atendimento do usuário elaborado pelo prestador e divulgar relatório periódico sobre a qualidade dos serviços regulados. As atividades de esclarecimento e orientação beneficiam igualmente os titulares e prestadores, como dito. Nesse sentido, ingressando na esfera contratual, o art. 25, § 2º da Lei prevê que nas atribuições do regulador se incluem “a interpretação e a fixação de critérios para a fiel execução dos contratos, dos serviços e para a correta administração de subsídios” (g.n.). Note-se que esse dispositivo trata unicamente de “interpretação” no sentido de esclarecimento de disposições contratuais, notadamente as cláusulas gerais explícitas e implícitas constantes do instrumento contratual. Ele não confere ao regulador poderes de alteração substancial do contrato, nem de integração de lacunas no intuito de superar problemas decorrentes da incompletude contratual.
- **CONTROLE TARIFÁRIO.** O quarto e último grupo de atividades centrais pode ser chamado de regulação tarifária. De acordo com o art. 37 da LDNSB, “os reajustes de tarifas de serviços públicos de saneamento básico serão realizados observando-se o intervalo mínimo de 12

(doze) meses, de acordo *com as normas legais, regulamentares e contratuais*” (g.n). Disso se conclui que as alterações tarifárias, por reajuste ou por revisão periódica ou extraordinária, não se submeterão apenas à legislação concessória e aos contratos firmados pelos titulares dos serviços, mas também à regulamentação construída no âmbito regulatório de modo dialógico e transparente. A confirmar esse mandamento, o art. 38, § 1º da lei esclarece de forma explícita que “as revisões tarifárias terão suas pautas definidas pelas respectivas entidades reguladoras, ouvidos os titulares, os usuários e os prestadores”. Em relação aos instrumentos contratuais celebrados, porém, tais dispositivos não conferem ao regulador qualquer poder, a não ser o de estabelecer mecanismos que autorizem o prestador de serviços a repassar aos usuários custos e encargos tributários “*não previstos originalmente* (sic)” e por ele não administrados (art. 38, § 4º).

Em 2018, a Medida Provisória n. 868 alterou a disciplina do setor em exame e, entre outras coisas, colocou as agências reguladoras sob a orientação da Agência Nacional de Águas (ANA), que deverá instituir normas nacionais de *referência* para a regulação da prestação de serviços públicos de saneamento básico (art. 4º-C da Lei da ANA – Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000). Referidas normas, que ainda não foram editadas, tratarão de padrões de qualidade e manutenção, regulação tarifária, padronização de instrumentos negociais de prestação firmados entre o delegatário e o prestador etc. Isso significa que a ANA pautará as ações dos inúmeros titulares, reguladores e prestadores ativos no país, sobretudo no sentido de estabelecer uma padronização mínima para o exercício da função de organização dos serviços, de normatização e de controle tarifário.

2.4 Síntese provisória: o regulador e os contratos de concessão

A descrição do ciclo da política de saneamento, com as cinco atividades centrais que a compõem e o reconhecimento de seu conteúdo e limites de delegação, assim como o exame mais aprofundado dos quatro grupos de tarefas centrais do regulador permitem que se exponham conclusões iniciais sobre seus poderes em matéria contratual e se demonstre como ele se dissocia do titular e do prestador dos serviços. Essas conclusões podem ser assim sintetizadas:

- 1) A legislação setorial não confere ao regulador de saneamento básico tarefas de organização de licitação, modelagem, celebração e gestão de contratos administrativos de concessão em qualquer das suas modalidades. Nesse aspecto, o setor de saneamento difere, por exemplo, de setores como

o de transporte terrestre, em que o Congresso atribuiu expressamente à agência, ANTT, atribuições de publicar editais, julgar licitações, celebrar contratos de concessão e administrá-los.⁶ A referida agência federal de transportes terrestres organiza e realiza as licitações, além de firmar o contrato de delegação de serviços públicos como parte e em nome da União – modelo legal, como dito, completamente distinto do vigente no setor de saneamento básico, em que a ARES-PCJ, consulente, opera como ente regulador interfederativo.

- 2) Considerando-se que as tarefas de organização e realização de licitações e de modelagem e gestão de contratos enquadram-se no conceito de organização, a legislação setorial as atribui ao titular dos serviços públicos de saneamento, que poderá exercê-las por seus próprios órgãos e agentes públicos ou delegá-la, desde que o faça de modo expresso e compatível com o plano de saneamento que lhe compete, com exclusividade, elaborar.
- 3) Apesar da possibilidade legal de delegação de atividades de organização, a ARES-PCJ, agência em formato de consórcio público interfederativo, não as assumiu, o que se percebe pelo exame da cláusula 8ª do Protocolo de Intenções⁷ que lhe deu vida e foi ratificado por lei em sentido formal de

⁶ Nos termos do art. 25, da Lei 10.233, com redação dada pela MP n. 576, de 2012, cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário: I – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para a prestação de serviços de transporte ferroviário...; II – administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferroviários celebrados até a vigência desta lei...; III – publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para a construção de novas ferrovias, com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados; IV – fiscalizar diretamente com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados (...).

⁷ Assim dispõe a cláusula 8ª do Protocolo de Intenções que originou a ARES-PCJ: “Os objetivos específicos da Agência Reguladora PCJ são: I – realizar a gestão associada de serviços públicos, plena ou parcialmente, através do exercício das *atividades de regulação e fiscalização de serviços públicos de saneamento básico*, aos Municípios consorciados; II – verificar e acompanhar, por parte dos prestadores dos serviços públicos de saneamento, o cumprimento dos Planos de Saneamento Básico dos Municípios consorciados; III - *fixar, reajustar e revisar os valores das taxas, tarifas, preços públicos* e outras formas de contraprestação dos serviços públicos de saneamento básico nos Municípios consorciados e conveniados, a fim de assegurar tanto o equilíbrio econômico-financeiro da prestação desses serviços, bem como a modicidade das tarifas, mediante mecanismos que induzam a eficiência dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade; IV - *homologar, regular e fiscalizar, inclusive as questões tarifárias, os contratos de prestação de serviços públicos* de saneamento básico nos Municípios consorciados; V – prestar serviços de interesse da gestão dos serviços públicos de saneamento básico aos Municípios consorciados e aos seus prestadores desses serviços, através de: a) apoio técnico e administrativo para a organização

cada ente consorciado. Ademais, uma análise do art. 7º do Estatuto da ARES-PCJ, aprovado pela sua Assembleia, confirma que referidas atividades não se encontram sob sua responsabilidade, cabendo-lhe tão somente, nos termos do inciso IV do artigo mencionado, *homologar, regular e fiscalizar*, inclusive em questões tarifárias, os *contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico nos Municípios consorciados e conveniados*. Como ente externo que homologa o contrato, a ARES-PCJ tem o papel de verificar se o ajuste se alinha à legislação e a normas regulamentares, não podendo, entretanto, intervir na dinâmica licitatória e nas tarefas de julgamento realizadas pelo titular do serviço. Em linha com esses documentos, estão fora de sua competência, por conseguinte, a preparação e a execução de processos de licitações e a celebração de contratos de concessão, bem como sua gestão, no lugar dos titulares de serviços com ela conveniados ou consorciados.

- 4) Nesse contexto, ao exercer suas atividades de gestão tarifária, nos momentos de fixação, revisão e reajuste de valores, a ARES-PCJ deverá observar a legislação dada pelo Congresso Nacional, os regulamentos próprios do setor, as metas de investimentos dos planos de saneamento elaborados e os contratos elaborados única e exclusivamente pelos titulares, que figuram como parte contratante ao lado dos prestadores, cabendo somente a eles a modificação e rescisão do ajuste nos termos e limites estabelecidos pela legislação das concessões comuns, das PPPs e do setor regulado em debate.

- 5) Disso tudo se conclui que, em matéria contratual, a ARES-PCJ tem duas

e criação de órgãos ou entidades que tenham por finalidade a prestação ou controle de serviços públicos de saneamento básico; b) assistência ou assessoria técnica, administrativa, contábil e jurídica; c) apoio na implantação de procedimentos contábeis, administrativos e operacionais; d) apoio no desenvolvimento de planos, programas e projetos conjuntos destinados à mobilização social e educação e conscientização ambiental voltados às questões relativas ao saneamento básico, preservação, conservação e proteção do meio ambiente e uso racional dos recursos naturais; VI – prestar serviços de assistência técnica e outros não descritos no inciso V desta Cláusula, e fornecer e ceder bens a: a) órgãos ou entidades dos Municípios consorciados, em questões de interesse direto ou indireto para o saneamento básico (art. 2º, § 1º, inc. III, da Lei federal n. 11.107/2005); b) municípios não consorciados ou a órgãos, instituições e entidades públicas e privadas, desde que sem prejuízo das prioridades dos consorciados; VII – representar os Municípios consorciados em assuntos de interesses comuns, em especial relacionados à gestão associada de serviços públicos de regulação e fiscalização de serviços públicos de saneamento básico, perante quaisquer órgãos ou entidades de direito público ou privado, nacionais e internacionais” (g.n.).

atribuições centrais, definidas na legislação e em seus instrumentos constitutivos e regimentais: (i) gerir os procedimentos de reequilíbrio com reajuste ou revisão tarifária, respeitando os contratos firmados pelos titulares de serviços conveniados ou consorciados e (ii) interpretar os ajustes contratuais nos termos do art. 25, § 2º da LDNSB. *A contrario sensu*, sob pena de violar o princípio da legalidade administrativa, não poderá a agência consultante usurpar competências dos contratantes ou de órgãos de controle externo no sentido de integrar lacunas, modificar ou extinguir o contrato concessório por qualquer forma, inclusive quanto aos vícios de consentimento, como o erro.

A partir desse arcabouço normativo, resta saber quais as providências que devem ser tomadas pelo ente regulador, no caso a ARES-PCJ, diante de problemas que atinjam a formação ou a estrutura do contrato administrativo de concessão firmado entre os titulares e os prestadores, sobretudo as lacunas contratuais e os vícios de consentimento, como o erro. Para tanto, é preciso aprofundar esses conceitos técnico-jurídicos, levando-se em conta a teoria geral do direito contratual, dada a ausência de normas específicas de direito administrativo.

3 Lacunas e erros em contratos de concessão

3.1 Módulos concessórios: aspectos gerais e formação

Em semelhança ao que ocorre em outros setores, por força do art. 175 da Constituição da República, a prestação de serviços públicos de saneamento básico se dá de modo direto ou indireto. Por exigência constitucional, a execução indireta a cargo de entidade que não integre a Administração do ente titular deverá ser precedida de licitação e da celebração de contrato administrativo de natureza concessória, moldado de maneira a garantir a sustentabilidade econômico-financeira por meio de tarifas, subsídios e/ou contraprestações do titular do serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais urbanas (art. 29 da LDNSB).

Na modalidade comum ou nas modalidades de parcerias público-privadas, o contrato administrativo de concessão como ajuste de vontades e vínculo obrigacional entre Estado e agente econômico, constitui um verdadeiro pilar regulatório, pois todo o seu conjunto de cláusulas soma-se às disposições do plano de saneamento, dos regulamentos setoriais, dos decretos e leis na formação do bloco

normativo que orienta uma política pública e que deve ser levado em consideração pelo regulador no exercício de suas funções legais.

No setor de saneamento básico, para que seja válido, referidos contratos de delegação do serviço público dependerão do cumprimento de requisitos específicos, a saber: a existência prévia de um plano de saneamento básico;⁸ o estudo comprobatório da viabilidade técnica e econômico-financeira (nos termos estabelecidos no plano); normas regulatórias que disponham sobre o meios para o cumprimento das diretrizes da LDNSB, inclusive através da previsão da entidade de regulação e fiscalização, sem contar a necessidade de realização prévia de audiência e de consultas públicas acerca do edital de licitação e da minuta do contrato (art. 11 da LDNSB).

Além disso, como todo e qualquer contrato administrativo voltado ao mercado, deverá ser necessariamente precedido por um processo licitatório, guiado por um edital e seus respectivos anexos, como a obrigatória minuta de contrato – tudo nos termos da legislação concessória aplicável segundo a modelagem escolhida. Excepcionalmente, a contratação será direta, como a que se dá para contratos de programa firmados entre titulares e companhias estaduais de saneamento básico, mas, mesmo nesta hipótese, a minuta de contrato será imprescindível e deverá respeitar a legislação geral e setorial.

Com ou sem licitação, portanto, os instrumentos concessórios deverão trazer em seu corpo um conjunto mínimo de cláusulas essenciais (art. 10-D da LDNSB), referentes: a) ao objeto, à área e ao prazo da concessão; b) ao modo, à forma e às condições de prestação do serviço; c) aos critérios, aos indicadores, às fórmulas e aos parâmetros definidores da qualidade do serviço; d) ao preço do serviço e aos critérios, bem como aos procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; e) aos direitos, às garantias e às obrigações do poder concedente e da concessionária, incluindo-se àqueles atrelados às previsíveis necessidades futuras de alteração e expansão do serviço e consequente modernização e aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e instalações; f) aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; g) à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; h) às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplica-

⁸ De acordo com o art. 19, § 9-A, inserido pela Medida Provisória n. 868 de 2018, “os Municípios com população inferior a vinte mil habitantes poderão apresentar *planos simplificados* com menor nível de detalhamento dos aspectos previstos nos incisos I ao V do *caput*, conforme regulamentação do Ministério das Cidades”.

ção; i) às hipóteses de extinção da concessão; j) aos bens reversíveis; k) aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das eventuais indenizações devidas à concessionária; l) às condições para prorrogação do contrato; m) à obrigatoriedade, à forma e à periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; n) à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; o) ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais; p) no caso de concessão precedida de execução de obra pública, as cláusulas relativas aos cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão e à garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão (art. 23 da Lei n. 8.987/1995); q) eventual previsão do emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (art. 23-A da Lei n. 8.987/1995).

Encerrados o procedimento licitatório ou a preparação da contratação direta, atendidos os requisitos de validade e observado o imperativo atinente às cláusulas essenciais, o contrato de concessão poderá ser finalmente celebrado e, se considerado hígido, homologado pelo regulador, nos termos de normas regulamentares pertinentes. Todavia, é perfeitamente concebível que os instrumentos concessórios, formados e válidos, revelem-se vagos e/ou lacunosos em certos aspectos. Isso ocorre em virtude de três motivos principais: (i) falhas na elaboração da minuta e na modelagem, sobretudo porque tais ajustes são menos corriqueiros e mais distantes da prática contratual diária dos Municípios; (ii) sua complexidade natural, já que abrangem inúmeros deveres e obrigações comutativas entre as partes, concernentes a serviços e a infraestruturas tecnicamente intrincados, e (iii) sua longa duração, que demanda uma redação menos detalhada para permitir que o instrumento sobreviva às mudanças do tempo e se ajuste à realidade ao longo de sua vigência.

Como qualquer tipo de negócio jurídico, é igualmente possível que os instrumentos concessórios sejam maculados por vícios de consentimento. Em outras palavras, o atendimento aparente aos requisitos legais e editalícios pela proposta vencedora na licitação que precede a concessão comum ou a parceria público-privada não impede que, posteriormente à celebração, identifiquem-se, por exemplo, erros de diferentes espécies ou até mesmo algum tipo de fraude.

Ao reconhecer essas ocorrências se conclui que, apesar da ausência de disposições pormenorizadas na legislação administrativa e setorial em relação a muitos tópicos do direito contratual geral, os fenômenos da incompletude contratual e vício de consentimento não são exclusivos do direito privado. Eles também existem no direito público e atingem contratos firmados para a delegação de

um ou mais serviços, como os de saneamento básico. Para resolver os eventuais conflitos decorrentes dessas lacunas e vícios, não basta examinar a legislação de saneamento, ou de concessões e de parcerias público-privadas. Apesar de sua ocorrência prática, esses temas são ignorados nessas leis. Assim, é preciso buscar novos caminhos, resgatando-se a teoria geral dos contratos e, em seguida, promovendo seu alinhamento ao direito regulatório.

3.2 Lacunas e cláusulas gerais em contratos

Em qualquer das suas modalidades, o contrato administrativo de concessão de serviço público insere-se em um palco global de complexidade das demandas sociais, da constante modificação dos parâmetros de excelência para a consecução do bem-estar,⁹ sobretudo em uma área sensível como a do saneamento básico, que tem direta ligação com a saúde das populações. Sob essas circunstâncias, seu conteúdo requer flexibilidade e adaptabilidade às demandas e às necessidades humanas e estatais que possam surgir no decorrer de sua longa vigência. Não é por outro motivo que o art. 23, inciso V, da Lei n. 8.987/1995 prevê como cláusula essencial da concessão a referente “aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive *os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações*” (g.n.).

Nesse e noutros dispositivos, o legislador reconheceu de forma expressa que o contrato administrativo em causa tem como características naturais a mutabilidade e a flexibilidade que, como dito, justificam-se tanto pela sua extensa duração quanto pela complexidade do seu objeto – fatores que impedem a concessão de se adequar ao modelo neoclássico do direito contratual,¹⁰ baseado em cláusulas minudentes e com a previsão integral de todas os caminhos obrigacionais que a relação contratual, geralmente de curto prazo, poderá seguir ao longo de sua vigência.

Sob essa lógica, as partes envolvidas no contrato de concessão (*i.e.*, o titular do serviço público como concedente e o executor do serviço como concessionária

⁹ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, vol. 22, n. 2, 1979, p. 238: “A recognition that the world is complex, that agreements are incomplete, and that some contracts will never be reached unless both parties have confidence in the settlement machinery thus characterizes neoclassical contract law”.

¹⁰ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, vol. 22, n. 2, 1979, p. 238.

rio), mesmo que adstritas a cláusulas essenciais, são estimulada a explorar as “*virtualidades do contrato incompleto*”,¹¹ de modo a promover a maior eficiência do instrumento entabulado entre as partes, com vistas à consecução perene do interesse público primário (*in casu*, o incremento do serviço de saneamento básico em benefício da população e do ambiente).

Essa imprescindível flexibilidade e a proposital abertura semântica acaba por ensejar o emprego de uma figura específica: as cláusulas gerais. Como se demonstrará, ainda que aparentemente semelhantes em uma análise perfunctória, essa figura difere das chamadas lacunas contratuais em natureza e quanto ao modo como se deve solucionar os impasses contratuais que elas ocasionam. Para se compreender essa afirmação, importa retomar a definição de cláusulas gerais e lacunas para, então, abordar as respectivas soluções oferecidas pelo ordenamento jurídico para sua superação.

As *cláusulas gerais* possuem diversas acepções na doutrina contratual. Tome-se aqui a lição de Menezes Cordeiro,¹² que as divide em três grandes grupos, quais sejam: a) o restritivo, que “(...) opera contra uma série de permissões singulares, delimitando-as, como no caso da *expectio doli*”; b) o extensivo, que “(...) amplia uma regulação dispersa em vários preceitos”, como no caso da utilização da expressão “entre outras”; e c) o regulativo, que “[...] não se ordena, como as anteriores, em função de outras disposições, surgindo de modo independente”, diante da relativização decorrente de fenômeno fundado em fatores históricos ou utilização de direito comparado.

No âmbito do contrato de concessão, vislumbram-se diversos tipos de cláusulas gerais. De um lado, notam-se cláusulas gerais restritivas, lastreadas nos ditames do art. 37 da Constituição Federal. A flexibilidade decorrente da relação contratual não pode ser irrestrita, absoluta, pois há uma relação de direito administrativo, balizada por parâmetros decorrentes dos princípios da moralidade, da legalidade, da publicidade, entre outras imposições próprias da legislação de licitações e contratos administrativos, bem como da lei de concessões e da legislação setorial.

De outro lado, o contrato de concessão, inclusive no setor de saneamento básico, poderá conter cláusulas gerais extensivas, sobretudo as relativas ao incremento na qualidade da prestação de serviço. Por força do princípio da atualidade

¹¹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 405.

¹² CORDEIRO, António Menezes. *A boa fé no direito civil*, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013, p. 1184.

inerente ao conceito de serviço adequado, consagrado na Constituição e na legislação concessória, parâmetros de qualidade podem ser adaptáveis a crescentes exigências baseadas em estudos científicos e novas tecnologias, o que poderá ensejar modificações práticas no negócio jurídico, sem violar a sistemática publicista de respeito ao instrumento convocatório. Como se demonstrou, consta da própria legislação regente da matéria a necessidade de inserção de cláusula que cuide da ocorrência de necessidades futuras de alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e instalações, como forma de evitar litígios, por meio da oportunização de “condições de renegociação às exigências que surgirem ao longo do período da concessão”.¹³

A despeito do tipo, o que importa esclarecer é que, em contraste com as lacunas, as proposições jurídicas caracterizadas como cláusulas gerais não representam ausência normativa da relação jurídica contratual, mas sim abertura semântica que se reflete em grande amplitude interpretativa. De maneira mais simples: uma cláusula geral não pede integração, senão interpretação. E mais: o resultado dessa interpretação variará de acordo com o contexto histórico, normativo e técnico em que o contrato se inserir no momento em que for interpretado quer pelas partes, quer pelo regulador, quer pelos órgãos públicos de controle e solução de conflitos.

A partir dessa lição, conclui-se facilmente que: (i) quanto maior for o prazo de vigência do contrato, maior será a necessidade de se desenhá-lo de modo aberto, vago, semanticamente impreciso e, a despeito do desejo das partes, maior será a suscetibilidade de que ele se harmonize à realidade do momento e (ii) na Administração Pública, os contratos de concessão de serviços públicos, pela sua natural extensão temporal, submetem-se ao processo de interpretação de cláusulas abertas com mais frequência que os meros contratos administrativos instrumentais de aquisição de bens, obras ou serviços em vínculos mais breves.

Diversamente da cláusula geral, a lacuna representa falta de dispositivo mandamental específico a reger uma situação concreta, por exemplo, entre os contratantes. Longe de uma abordagem unitária,¹⁴ esse fenômeno aceita inúmeras classificações e compreensões que extrapolam os limites do presente estudo.

¹³ CONFORTO, Gloria. Descentralização e regulação da gestão de serviços públicos. *Revista de Administração Pública*, vol. 32, n. 1, 1998, p. 34.

¹⁴ Em detalhes, cf. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 117-118.

Por ora, basta destacar a proposta de Karl Larenz,¹⁵ desenvolvida com foco nas lacunas de leis, mas igualmente aplicável para as lacunas contratuais. Segundo o jurista alemão, sob um critério temporal, existem lacunas iniciais, presentes no momento de elaboração do ato, e lacunas supervenientes, que surgem em virtude da evolução técnica ou econômica e colocam entre os sujeitos novas questões. A possibilidade de superveniência de lacunas é de igual modo admitida por Canaris¹⁶ como decorrentes de alterações nas circunstâncias fáticas ou nas valorações imanentes à ordem jurídica.

Para a resolução dos problemas decorrentes de lacunas, originárias ou supervenientes, a mera interpretação é inútil. Após a constatação do vazio mandamental, é preciso que um ou mais sujeitos, legitimados a tanto, criem norma nova por meio de técnicas de “integração” aceitas pelo ordenamento jurídico. Especificamente no direito positivo brasileiro, essas técnicas foram indicadas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasil (Decreto-Lei n. 4.657/1942). Ao tratar de lacunas legais, seu art. 4º assim dispõe: “[q]uando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a *analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*” (g.n.). Segundo Alípio Silveira, o legislador objetivou evitar um “subjetivismo anárquico”¹⁷ e, por isso, estabeleceu esses parâmetros.

No âmbito dos serviços públicos delegados, não interessam unicamente as lacunas legais, existentes na legislação setorial. As *lacunas contratuais* merecem atenção, já que podem comprometer diretamente a execução do serviço e a atividade regulatória que sobre ele se desenvolve. É aqui que ganha relevância a figura do contrato incompleto, definido por Luciano de Camargo Penteado, como “o contrato em que o clausulado contém *omissão relevante* para a gestão das contingências que sucederão ao longo do relacionamento contratual” (g.n.).¹⁸ A omissão relevante é expressão fluida, que admite diferentes sentidos. No campo do direito administrativo, todavia, pode-se partir da presunção (relativa) de que é relevante toda omissão sobre aquilo que a legislação considera cláusula essencial de uma minuta contratual.

A despeito do que se repute omissão relevante, de modo semelhante ao caso da lacuna legal, o preenchimento da contratual demanda integração através da

¹⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 537.

¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. Berlin: Duncker e Humblot, 1964, p. 135.

¹⁷ SILVEIRA, Alípio. Hermenêutica no direito social. *Revista Forense*, v. 135, 1951, p. 24.

¹⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. Ribeirão Preto: tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP), 2013, p. 249.

qual, segundo Karl Larenz,¹⁹ limita-se ou amplia-se o dever de prestação para além das previsões mandamentais. Resta apenas esclarecer se, no Brasil, as metanormas da LINDB (art. 4º) se aplicam aos contratos que apresentem lacunas impeditivas ou prejudiciais à sua execução. A esse respeito, em tese sobre o assunto, Penteado manifesta-se positivamente, porém adverte que a analogia se mostra a melhor solução ao tipo de problema aqui examinado. É possível empregar, assim, tanto a analogia realizada pelas próprias partes contratantes, como a determinada pelos órgãos de soluções de controvérsias previstos nos contratos, como as câmaras arbitrais ou o Judiciário.

Seja por analogia ou outras técnicas, o que se deve ter sempre em mente é que “ao integrar uma lacuna, seja legal, seja contratual, o agente de direito que o faz *está criando direito novo...*” (g.n), afinal ela “tem caráter nitidamente negativo (ausência de regulamento jurídico) em fase de uma gama de realidades regradadas, estas de caráter nitidamente positivo”.²⁰

3.3 Lacunas e cláusulas gerais em contratos de saneamento regulados

Com suporte nessas considerações introdutórias é que se deve formular soluções aos problemas narrados pela ARES-PCJ e resultantes de lacunas em contratos administrativos de concessão de serviços públicos de saneamento. Nesse contexto setorial, cláusulas gerais são aquelas que não carecem de complemento, cuja indefinição de um sentido próprio decorre de meras faltas de explicitação declarativa, que não comprometem as metas e os parâmetros objetivados com a contratação pelo poder concedente, sendo passíveis de interpretação tanto pelos contratantes quanto por terceiros, como o regulador, dentro ou fora de seu poder normatizador.

As faltas atinentes ao *sentido* das cláusulas gerais do contrato não devem se resolver por sua integração, por criação de cláusulas (substanciais) inexistentes no ajuste originário. Basta simplesmente recorrer à interpretação do texto formativo do instrumento firmado entre o poder concedente e a concessionária. Nesses casos, a agência reguladora de saneamento poderá agir plenamente, pois, como se demonstrou anteriormente, o art. 25, § 2º da LDNSB confere-lhe expressa atribuição ao dispor que: “*Compreendem-se nas atividades de regulação dos serviços de*

¹⁹ LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. *Revista de Derecho Privado*, 1956, p. 210-212.

²⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. Ribeirão Preto: tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP), 2013, p. 352-353.

saneamento básico a interpretação e a fixação de critérios para a fiel execução dos contratos, dos serviços e para a correta administração de subsídios” (g.n.).

Por outro lado, a lacuna contratual reflete a falta de estipulação de um mandamento necessário (substantivo ou essencial) ao desenvolvimento efetivo do contrato – falta essa que, pela sua gravidade, não pode ser saneada mediante interpretação, senão por meios de integração. As lacunas dizem respeito ao bojo do contrato, a mandamentos sem os quais ele não poderá atingir sua finalidade, enfim, a suas cláusulas essenciais. O preenchimento da lacuna, por conseguinte, requer integração, técnica por meio da qual se limitam ou ampliam direitos ou obrigações das partes contratantes, para além do previsto no ajuste originário. Enquanto a integração exige que se diga o que não foi dito, nem estipulado, a interpretação trata de fixar o sentido daquilo que foi expressa ou implicitamente pactuado, ainda que de modo aberto.

Partindo-se dessa compreensão, conclui-se que o regulador, quando não dispuser de competência para realização de atividades de organização dos serviços públicos de saneamento básico, a exemplo da ARES-PCJ, não figurará como parte contratante e não poderá licitamente integrar as lacunas. Referida tarefa caberá tão somente a quem coube elaborar a minuta de contrato e celebrá-lo, ou seja, o titular do serviço que figura como concedente, juntamente com o prestador, na qualidade de concessionário. Igualmente competentes para exercer a integração serão os órgãos de controle e solução de conflitos, como o Judiciário e as câmaras arbitrais – se previstas no contrato de concessão e desde que a lacuna se refira a direitos patrimoniais disponíveis.²¹

Dizendo de outro modo: se, num modelo regulatório específico, o ente regulador dos serviços de saneamento básico não tiver assumido as atribuições organizacionais, que incluem a preparação da licitação e da minuta do ajuste, não figurará como parte contratante. Sua posição se limitará à de terceiro, com eventuais poderes de homologação daquilo que for expressa ou implicitamente acordado, sem qualquer legitimidade para, diante de um conflito entre titular e executor dos serviços, impor medida integrativa das lacunas contratuais que modifiquem o jogo de obrigações originariamente estipuladas. É exatamente essa a posição em que se encontra a ARES-PCJ.

Em síntese: em face do ordenamento jurídico pátrio, a autoridade reguladora de serviços de saneamento básico está legalmente autorizada a interpretar faltas relacionadas ao sentido das cláusulas contratuais, porém não dispõe de

²¹ Sobre os limites da arbitrabilidade nos contratos administrativos, cf. MARRARA, Thiago; PINTO, João Torelli. Arbitragem e Administração Pública – considerações sobre a proposta de alteração da legislação. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 46, 2014, em geral.

atribuição para integrar as omissões essenciais do contrato de concessão, uma vez que a integração, diferentemente da interpretação, envolve a criação de mandamentos novos. Isso significa que essa atividade recairá nas mãos do poder concedente como titular do serviço público delegado – primariamente competente pela organização da licitação e do contrato nos termos da LDNSB – ou, em caso de conflito não dirimido entre as partes, nas mãos dos órgãos, públicos ou privados, competentes para solucionar disputas contratuais.

3.4 Poder normativo do regulador, lacunas e cláusulas gerais

Um das principais funções do regulador de saneamento é normatizar. Como se demonstrou, o art. 23 da LDNSB prevê expressamente sua competência para editar normas atinentes às dimensões técnica, econômica e social dos serviços, relativas a: a) padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços; b) requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas; c) metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos; d) regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão; e) medição, faturamento e cobrança de serviços; f) monitoramento dos custos, quando aplicável; g) avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados; h) plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação; i) subsídios tarifários e não tarifários; j) padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação; k) medidas de segurança, de contingência e de emergência, inclusive quanto a racionamento; l) diretrizes para a redução progressiva da perda de água.

O elenco apresentado pela legislação, diferentemente de um rol de tarefas executórias, corresponde a temas que são objeto de normatização pelo regulador, ou seja, compõem normas gerais e abstratas que servem para orientar de modo uniforme a execução dos serviços regulados. Aliás, é preciso lembrar que normas regulatórias que “prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes” da LDNSB representam condição expressa de validade do contrato de delegação dos serviços públicos de saneamento básico. Elas devem existir, destarte, antes que o contrato venha a ser celebrado, conforme manda o art. 11, inciso III e § 1º da lei.

Nessas circunstâncias, cumpre indagar se, no tocante a matérias dependentes de normatização nos termos da lei, poderá o regulador estipular, por meio de regulamentos instrumentalizados por resoluções e formas congêneres, obrigações para as partes contratantes como se estivesse a integrar lacunas contratuais ou a detalhar cláusulas gerais. Dizendo de modo mais prático: se o contrato administrativo não estipular qualquer obrigação expressa ao concessionário, por exemplo, sobre atendimento ao público, prioridades de ação, mecanismos de

controle social, o regulador poderá lhe impor deveres específicos? Ou, variavelmente, se o contrato tratar dessas questões, porém de maneira extremamente vaga e imprecisa, caberá ao regulador detalhar as cláusulas abertas por meio de normas técnicas, cambiantes ao longo da execução do contrato?

Para sanar essas dúvidas, é preciso separar novamente as lacunas e as cláusulas gerais. Como se explanou anteriormente, a lacuna contratual consiste na falta de disposição expressa do ajuste a respeito de temas essenciais à sua execução e ao atingimento de suas finalidades. *Grosso modo*, esses temas essenciais equivalem aos mencionados nos art. 23 e 23-A da Lei 8.987/1995 e no art. 5º da Lei n. 11.079/2004, entendidos como obrigatórios para contratos de delegação de serviço de saneamento consoante a disposição do art. 10-D da LDNSB. A falta de uma dessas cláusulas essenciais exigirá, como se demonstrou anteriormente, que as partes contratantes exerçam a atividade de integração por meio de técnicas como a analogia ou outras aceitas pela teoria contratual. Contudo, é indubitável que essa ação integrativa se tornará completamente desnecessária na situação em que o ordenamento jurídico conferir ao regulador o poder de normatizar o assunto por regulamentos técnicos e ele tiver exercido essa competência.

Em outras palavras, o aspecto obrigacional carente de tratamento no contrato administrativo de delegação do serviço ou que nele receba tratamento parcialmente lacunoso não demandará integração acerca daquilo que estiver disciplinado em normas expedidas pelo ente regulador dentro dos limites de suas competências regulamentares. Nessas situações, não estará o regulador a integrar o contrato no lugar dos contratantes. Na verdade, a integração se tornará desnecessária, uma vez que o exercício do poder normativo suprirá plenamente o vazio obrigacional! A lacuna se tornará irrelevante, não porque as partes criarão um mandamento contratual mediante integração, senão porque o regulador já terá expedido um mandamento geral e abstrato, porém técnico, a partir de seus poderes normativos setoriais.

Outra situação é a das cláusulas gerais. Como visto, diante da complexidade, da longa duração e da tecnicidade dos contratos de delegação de serviços públicos, é bastante usual e, até mesmo, sugerível que se abordem alguns assuntos essenciais de modo vago, impreciso, indeterminado, deixando-se propositalmente obscura, incompleta ou mutável certa obrigação das partes contratantes. Se houver cláusula essencial, mas tal disposição não for clara – ou for implícita – estar-se-á diante de uma cláusula geral, pelo que caberá tanto às partes quanto ao regulador a sua interpretação para a consecução dos fins da política de saneamento básico estabelecida pelo ente federativo em questão.

A interpretação realizada pelo regulador, autorizada expressamente no art. 25, § 2º da LDNSB, poderá ocorrer em duas situações distintas: (i) pontualmente,

com o objetivo de construir uma decisão concreta sobre questão ou conflito presente em processos administrativos sob sua competência, como os de fiscalização ou de sancionamento ou (ii) genericamente, consolidada em atos normativos de regulamentação técnica aprofundada nos assuntos sob seu poder regulamentar. Isso significa que, diante de cláusulas gerais, a atuação técnico-normativa do regulador a criar obrigações para os contratantes (titulares e executores dos serviços de saneamento básico) tem lastro tanto em seu poder legal de interpretação contratual quanto na sua simultânea vinculação à Constituição da República, aos princípios da Administração Pública e às suas finalidades regulatórias, consagradas na política nacional de saneamento básico.

Seja no sentido de detalhar cláusulas gerais de contratos regulados, seja para tratar de temas sobre os quais o contrato silenciou de modo parcial ou total, é essencial registrar que a ação normativa do regulador de serviços de saneamento básico nos temas previstos na LDNSB prevalecerá sobre a integração ou a interpretação realizada pelas partes contratantes. E essa predominância da norma regulatória se justifica por dois mandamentos legais. A LDNSB, a uma, dá a entender que a validade do contrato está subordinada às normas regulatórias (art. 11, inciso III) e, a duas, que “os contratos não poderão conter cláusulas que prejudiquem as atividades de regulação e de fiscalização ou o acesso às informações sobre os serviços contratados” (art. 11, § 3º). Pois bem, se nem mesmo uma cláusula expressa poderá obstar ou contrariar as funções regulatórias, inclusive as normativas, tampouco poderão as partes contratantes fazê-lo ao interpretar cláusulas gerais ou integrar lacunas.

3.5 Erros na teoria geral dos contratos e no direito privado

A despeito de seu inegável caráter de adesão, decorrente de uma forma de elaboração muitas vezes solitária e marcada por baixo grau de diálogo, os contratos de concessão e de parcerias público-privadas assentam-se sobre um *elemento voluntário*, imprescindível à formação do vínculo entre a Administração Pública, como delegante, e o particular, como delegatário de um serviço concedido. É a presença da vontade convergente entre as partes que transforma a concessão em contrato e a torna suscetível, como os demais instrumentos desse gênero, aos chamados vícios de consentimento.

Não cabe aqui retomar todos os vícios enumerados e debatidos na teoria geral dos contratos. Para as concessões de serviços públicos, em suas várias modalidades, há dois tipos mais relevantes: a fraude e o erro. O primeiro é facilmente manejado, pois tem a sua disciplina criminalizada até mesmo na legislação

de licitações e contratos administrativos (art. 96 da Lei n. 8.666/1993)²² e, por conseguinte, enseja a nulidade contratual,²³ sem prejuízo de outras formas de responsabilidade, como as previstas na Lei Anticorrupção (art. 5º, inciso IV, alínea 'd' da Lei n. 12.846/2013).

Já o erro como vício de consentimento e suas consequências no âmbito da contratação pública, inclusive na celebração de contrato administrativo de concessão, não encontram tratamento legislativo, quer em normas gerais, quer em normas setoriais, pedindo avaliação e tratamento cuidadosos. Na verdade, diante da falta de disciplina legal bem definida, a solução para esse vício contratual exige que se resgate a teoria geral dos contratos e se recorra à disciplina dos contratos de direito privado.

Não é demais esclarecer que a remissão a normas da teoria geral, bem como a suas expressões na legislação privada, não se mostra apenas aceitável. Ela também é determinada pela legislação que cuida de contratos administrativos. O art. 1º da Lei n. 8.987/1995 afirma que se aplicam às concessões “normas legais *pertinentes*” (g.n.), ou seja, abre espaço para a incidência da teoria geral dos contratos naquilo que se harmonize com a lógica concessória. No mesmo sentido, a Lei n. 8.666/1993, em seu art. 54,²⁴ prevê claramente a aplicação supletiva dos princípios da *teoria geral dos contratos* e as *disposições de direito privado* aos contratos administrativos.²⁵

Mesmo que inexistissem referidos dispositivos legais, a aplicação supletiva

²² Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

²³ “A fraude, no caso, refere-se à finalidade da licitação (selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, mediante disputa entre os particulares). A expressão indica, de um lado, a frustração desse intento; de outro, a utilização de meio ardiloso que conduz a Administração a um equívoco. Esse equívoco consiste em supor que a proposta selecionada é a melhor do mercado, quando, na realidade, não o seria. Somente se aperfeiçoa o crime quando a Administração, após selecionar uma proposta, efetivar a contratação com o particular”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*, 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 616.

²⁴ Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*, 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 34.

da teoria geral dos contratos à Administração Pública jamais poderia ser negada ou rechaçada por dois motivos básicos: (i) os contratos administrativos são meras espécies do contrato como um instituto lógico-jurídico de caráter transdisciplinar presente em inúmeras áreas do direito e (ii) sendo assim, não haveria motivo para que o legislador, ao criar diferentes figuras de contratos administrativos, reproduzisse em todas as leis as normas básicas da teoria geral dos contratos. Entretanto, como bem alerta Marçal Justen Filho, a teoria geral e as normas de direito privado incidirão de maneira supletiva, contanto que não haja norma própria a reger o assunto (lacuna legal) e desde que sejam compatíveis com os princípios de direito administrativo e com as regras especiais de cada tipo de contrato firmado por entes estatais.²⁶

Feito esse registro preliminar, cumpre retomar o conceito de erro como vício de consentimento reconhecido pela teoria geral dos contratos para, em seguida, verificar suas implicações no âmbito das concessões de serviços públicos, que, repita-se, não disciplinou o assunto.

Na lição de Orlando Gomes, o erro como vício negocial se configurará sempre que a declaração de vontade sofrer uma falsa representação por não abarcar o elemento verdadeiro da intenção, tendo o agente a formado sem ter o conhecimento exato ou completo da situação em que negocia e celebra o contrato.²⁷ Para Maria Helena Diniz,²⁸ a figura tem sede na inexatidão sobre um objeto que influencia a formação da vontade do declarante, de modo diverso se dele tivesse o exato conhecimento. Silvio Rodrigues o considera como um engano adulterador da vontade do agente, que ocasiona a invalidade do negócio²⁹. Maurício Mota, a seu turno, sintetiza o erro como “um vício de consentimento ocasionado por uma representação falsa do negócio jurídico, seja por carência de elementos, seja por má apreciação destes”, diferindo da ignorância, espécie de erro consistente na

²⁶ Nas palavras do autor: “A aplicação dos princípios de direito privado (acerca da matéria contratual) far-se-á sempre supletivamente. Vale dizer, somente serão aplicáveis quando inexistir solução emanada dos princípios de direito público e na medida em que a solução não seja incompatível com o regime de direito público. Bem por isso, a vigência do Código Civil de 2002 produzirá efeitos não tão significativos em relação à contratação administrativa. Ainda estão por ser avaliados, em termos mais exatos, os dispositivos da Lei n. 8.666 afetados pelo diploma”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*, 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 480.

²⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 485.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 14ª ed., rev., atual. Saraiva: São Paulo: 2009, p. 170.

²⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil 1: parte geral*, 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 187.

“total ausência de conhecimento sobre o negócio”.³⁰

Na disciplina contratual, as consequências desse fenômeno capaz de distorcer as vontades variam conforme as diferentes acepções da figura. O erro em sentido amplo se deixa classificar em essencial (ou substancial) e não essencial (ou não substancial). O primeiro é vício de vontade, que atinge elementos fundamentais à formação do contrato, sem os quais as partes poderiam não o ter firmado, com a possibilidade de anulação do negócio.³¹ Nos termos do art. 139 do Código Civil: “O erro é substancial quando: I - interessa à *natureza do negócio*, ao *objeto principal da declaração*, ou a alguma das *qualidades a ele essenciais*; II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico” (g.n.).

Para os fins do presente estudo, mais relevante é a figura do erro quanto à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração ou a alguma das qualidades essenciais do ajuste. Em pesquisa sobre o tema, Maurício Mota,³² professor de direito privado da UERJ, explica que o *error in negotio*, proveniente do direito romano, ocorre quando os contratantes se manifestam pela conclusão do negócio jurídico com divergência quanto à sua espécie. Nessa primeira situação, também se inserem os erros relativos à base negocial, que, segundo Antonio Menezes Cordeiro, são os referentes a representações dos contratantes sobre circunstâncias essenciais relativas ao contrato e que, se fossem conhecidas, não teriam permitido sua celebração.³³

A seu turno, o erro quanto ao objeto principal da declaração é o que recai sobre a identidade do objeto que condicionou a contratação. Imagine-se, no campo do direito administrativo e especificamente quanto à matéria de saneamento, a celebração de um contrato para realização apenas de serviços de esgotamento sanitário, quando se pretendia contratar conjuntamente serviços de abastecimento de água potável. Além disso, há o erro quanto às qualidades essenciais do objeto. Segundo Mota, ele atinge aspectos relativos às condições naturais e às circunstâncias de fato e de direito que, “como consequência de seu

³⁰ MOTA, Maurício. O erro inescusável no negócio jurídico. *Empório do Direito*, edição digital de 30/08/2017, s.p.

³¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil 1: parte geral*, 34^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 187.

³² MOTA, Maurício. O erro inescusável no negócio jurídico. *Empório do Direito*, edição digital de 30/08/2017, s.p.

³³ CORDEIRO, Antonio Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, ano 65, v. II, 2005, p. 1.035.

caráter e duração, influem sobre a utilidade e o valor” da relação negocial para aquele que comete o erro.³⁴

Por outro lado, no direito privado, o erro não substancial representa um mero equívoco retificável, como em relação à pessoa cogitável, à coisa identificável ou ao cálculo nitidamente equivocados, a teor dos artigos 142 e 143 do Código Civil de 2002.³⁵ Segundo Diniz, o erro a que se refere o Código ocorre, por exemplo, na contagem inexata de componentes do preço, na inversão de algarismos, no engano sobre operações aritméticas, de modo a representar um resultado matemático inverídico.

Como erro acidental, ele não induz a anulação do negócio “por não incidir sobre a declaração de vontade”. Para superá-lo, basta retificar a declaração “se as duas partes tiverem ciência do exato valor do negócio por elas efetivado”.³⁶ Isso demonstra, portanto, que o mero erro de cálculo não se confunde com *erro de metodologia*, que ultrapassa a mera contagem inexata e não se sujeita à retificação simples. Erro de metodologia de cálculo que interfira, por exemplo, no valor geral dos investimentos ou seu retorno, bem como na utilidade geral do contrato para uma das partes é, em verdade, erro substancial, concernente às qualidades essenciais do objeto contratado.

Além de se verificar o elemento sobre qual incide o erro, de acordo com a teoria geral dos contratos, é preciso igualmente examinar a escusabilidade. Essa exigência busca afastar as consequências do vício de consentimento em debate diante de hipóteses de erro grosseiro, claramente perceptível por aquele que o cometeu. Exatamente por essa função, ainda que o Código Civil de 1916 não tenha tratado de modo explícito desse requisito, a doutrina já o reconhecia desde então. A ilustrar essa visão, Orlando Gomes sustentava que “o erro deve ser essencial e escusável”.³⁷ Para Maria Helena Diniz, dizer que o erro é escusável implica demonstrar que tem fundamento numa “razão plausível” ou que possa ser cometido por “pessoa de atenção ordinária ou de diligência normal” em face das

³⁴ MOTA, Maurício. O erro inescusável no negócio jurídico. *Empório do Direito*, edição digital de 30/08/2017, s.p.

³⁵ Art. 142. O erro de indicação da pessoa ou da coisa, a que se referir a declaração de vontade, não viciará o negócio quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada. Art. 143. O erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração de vontade.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 14^a ed., rev., atual. Saraiva: São Paulo: 2009, p. 175.

³⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 485.

circunstâncias do negócio.³⁸ Gustavo Tepedino, por sua vez, confirma que, independentemente da omissão do Código anterior, a escusabilidade constituía um “requisito tacitamente atribuído pelo sistema ao declarante”.³⁹

O Código Civil de 2002, em seu art. 138, tratou desse requisito ao afirmar que serão anuláveis os negócios jurídicos em virtude de ocorrência de erro que pudesse ter sido percebido por pessoa de diligência normal em face das circunstâncias do negócio. Em sentido contrário, a regra afirma ser incabível a anulação do contrato para prestigiar os interesses do contratante que foi vítima de erro, mas não agiu com a diligência normal ao celebrar o contrato à luz das circunstâncias fáticas do momento.

De acordo com a precisa e concisa lição de Mota,⁴⁰ “se houver falta injustificável da parte de quem caiu no erro o contrato subsiste”, pois “o direito não protege o erro grosseiro, que poderia ser percebido por uma pessoa rústica, sem grandes conhecimentos ou cultura”. Na seara privatista, assim, a extinção do negócio com erro, enquanto vício que prejudica o interesse daquele que o comete, tem como requisito a proteção da boa-fé do sujeito que age dentro dos limites mínimos esperados pelos parâmetros aceitáveis de diligência.

Em conclusão: para se superar o erro substancial como vício de consentimento que atinge um contratante diligente, o direito privado prevê a anulabilidade do negócio jurídico, limitada a prazo quadrienal, mas permite alternativa-mente sua manutenção caso a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirigiu, ofereça-se para executá-lo na conformidade da vontade real do manifestante que errou (art. 144 do Código Civil). Em particular, os erros substanciais quanto à pessoa ou à identidade do objeto tampouco comprometerão a validade do negócio quando se puder identificar a coisa ou a pessoa cogitada (art. 142). Enfim, os erros não substanciais, como os simples cálculos incorretos, poderão ser superados mediante retificação (art. 143). Cabe agora verificar em que medida essas conclusões se transportam ao direito administrativo, sobretudo no intuito de solucionar às legítimas indagações apresentadas pela ARES-PCJ.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 14^a ed., rev., atual. Saraiva: São Paulo: 2009, p. 170.

³⁹ TEPEDINO, Gustavo *et. al.* *Código Civil interpretado*, vol. 1, 2^a ed., rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 272.

⁴⁰ MOTA, Maurício. O erro inescusável no negócio jurídico. *Empório do Direito*, edição digital de 30/08/2017, s.p.

3.6 Erros em contratos públicos

Ainda que a legislação se omita por completo a respeito do erro como um vício de consentimento dentro do direito público, sua ocorrência nas relações contratuais travadas pela Administração Pública é incontestável e, por algumas razões, até mais relevante que no direito privado. A uma, os contratos administrativos, principalmente os concessórios, são naturalmente complexos, já que abarcam serviços e infraestruturas de grande porte e tecnicamente sofisticadas. Não é raro que órgãos de contratação pública menos estruturados prescindam de *expertise* suficiente para compreender aquilo que colocam em licitação e para desenhar contratos que contenham as cláusulas essenciais previstas na legislação. A duas, pelo mesmo motivo apontado e também pelos altos custos de transação que as licitações ocasionam para os agentes de mercado, tampouco é incomum que alguns deles se equivoquem sobre o objeto contratual que assumem quando vencem as licitações.

Por esses e outros aspectos e frente à referida lacuna normativa, a questão que se põe é se e em que medida as classificações e regras construídas no âmbito do direito privado se encaixam no direito público e, mais importante, quais as consequências dos erros que viciam a vontade das partes em contratos administrativos, como os de concessão de serviços públicos de saneamento regulados pela ARES-PCJ.

Quanto às classificações, a resposta se afigura menos dificultosa. Para se compreender o conjunto de vícios relativos à declaração de vontades que sustenta contratos administrativos, como os de concessão de serviços públicos, é novamente útil a distinção entre erros materiais ou não essenciais, passíveis de rápida e simples retificação, dos erros substanciais, relativos à identidade do contratante ou do objeto, bem como à natureza do negócio ou a alguma de suas qualidades essenciais.

Especificamente no que se refere aos erros sobre qualidades essenciais do negócio, no direito administrativo, mostra-se adequado partir da presunção relativa de que tudo aquilo que o legislador considerou como elemento obrigatório do contrato público, seja qual for sua espécie, deverá se enquadrar a princípio no conceito de qualidade essencial. Com base nessa premissa, especificamente para os contratos de concessão comum, essenciais são os aspectos previstos nos art. 18 e 23 da Lei n. 8.987/1998, a exemplo dos relativos ao modo, à forma e às condições de prestação do serviço adequado, aos direitos e deveres dos usuários, às possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, aos critérios de reajuste e revisão, à lista de bens reversíveis e aos dados relativos à obra (se houver), inclusive seu cronograma de execução.

Diante da identificação de erro substancial, quanto ao objeto, inclusive à base circunstancial do negócio jurídico, e quanto às suas características essenciais, as soluções que se abrem no direito administrativo são, porém, bem mais complexas que as previstas no direito privado. A necessidade de se garantir a anulabilidade do contrato em favor da parte que cometeu, de forma escusável, o erro substancial e danoso exige adaptações. A partir da legislação nacional de licitações e do regime exorbitante que marca os contratos administrativos no Brasil, as implicações desse tipo de erro requerem exame conforme o sujeito que o tenha cometido, ou seja, o sujeito que tenha sua vontade viciada e sua situação e seus interesses consequentemente prejudicados.

De um lado, o erro substancial do *particular contratado*, como o delegatário do serviço público em contrato de concessão comum ou de parceria público-privada, poderá ser superado de três formas:

- (i) Pela *modificação do contrato em consenso* com a Administração Pública (como concedente). Nesse caso, deve-se comprovar que o contrato, acaso fosse corrigido no momento da licitação (ainda como minuta), não teria alterado a ordem de classificação das propostas e a seleção do licitante vencedor. Essa ressalva é relevante, pois as licitações para concessão, ainda que regidas por lei própria, sujeitam-se a princípios gerais da matéria, como os previstos na Lei n. 8.666/1993. Entre outras normas que esta lei impõe a todos os níveis da federação, duas merecem destaque, quais sejam: (1) “Todos quantos participem de licitação... tem direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento...” (art. 4º, *caput*) e (2) “qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, *reabrindo-se prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação de propostas*” (art. 21, § 4º). Desses dois dispositivos resulta a vedação de que o contrato em execução, cuja minuta fez parte do edital, seja modificado de maneira a transformar completamente as condições em que se apoiou e correu o certame, ainda que essa modificação consensual se destine a afastar um erro substancial no intuito de salvar o contrato viciado;

- (ii) Pelo *distrato*, ou seja, pela extinção amigável e consensual do contrato administrativo, desde que, novamente, comprove-se o erro escusável e que haja conveniência para a Administração Pública contratante, expressa em autorização escrita e fundamentada da autoridade competente para tanto (por força das previsões do art. 79, inciso II e § 1º da Lei n. 8.666/1993, aplicáveis às concessões por analogia); e

- (iii) Pela *anulação judicial do contrato*, requerida pelo particular contratado, quando o ente público contratante se recusar à rescisão amigável. Nessa hipótese, caberá a ele a comprovação de que o erro: (i) é substancial; (ii) é escusável, ou seja, não poderia ter sido percebido por agente econômico que empregasse as diligências exigidas ao contratar com a Administração Pública e (iii) lhe gere efetivo prejuízo.

De outro lado, o erro substancial e danoso, cometido pelo *Estado na qualidade de contratante*, por exemplo, como concedente de serviço público de saneamento básico, poderá ser superado: (i) pela modificação consensual do contrato, desde que respeitadas as condições de competição que pautaram a licitação nos termos esclarecidos anteriormente; (ii) pela anulação judicial, solicitada pela Administração Pública como prejudicada pelo erro que cometeu na ausência de consenso para o distrato; (iii) pelo distrato ou “rescisão amigável”, bem como (iv) pela modificação unilateral do contrato e (v) pela rescisão unilateral do contrato, de que é espécie a encampação de concessões de serviços públicos. Vejamos em mais detalhes essas duas últimas situações.

Como poder exorbitante que marca tanto os contratos administrativos instrumentais (como os de aquisição de bens, serviços e obras), como os módulos concessórios, a modificação unilateral constitui uma técnica de superação de vícios de consentimento como erros que desfavorecem o Estado na qualidade de contratante, desde que a correção do elemento viciado seja compatível com a pessoalidade do contrato público (o que afasta modificações para superar erros quanto à identidade da particular contratado), com os limites de exercício do poder de modificação (o que impede a modificação para alterações quantitativas incompatíveis com eventuais tetos legais) e, ainda, com o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro e com a intangibilidade das cláusulas econômicas do contrato.

Além da modificação unilateral, a Administração Pública poderá se valer da rescisão unilateral de contratos, utilizando-se, por exemplo, da técnica da encampação de contratos de concessão, sempre que o erro, escusável ou não, gerar prejuízo comprovado a interesse público primário. De acordo com o art. 37 da Lei n. 8.987/1995, a encampação consiste em extinção que ocasiona a “retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, *por motivo de interesse público*, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização (...)” (g.n.). Isso significa que a presença de um erro danoso à execução devida do serviço público adequado, independentemente de ser escusável ou

não, enquadra-se perfeitamente como motivo de interesse público, dando ao Estado a possibilidade de extinguir unilateralmente o contrato de delegação do serviço, respeitadas as exigências de reserva legal concreta e da indenização prévia, principalmente dos bens reversíveis adquiridos pelo contratado, mas ainda não amortizados ou depreciados. Neste caso, por óbvio, a parte contratada deverá receber indenização adicional pelos lucros cessantes sempre que houver erro inescusável da Administração a justificar a encampação.

Em síntese, no direito contratual público brasileiro, a definição das implicações do erro como típico vício de consentimento exige uma série de análises que podem ser assim sistematizadas:

- **ERRO SUBSTANCIAL?** Em primeiro lugar, cumpre verificar se o erro é simples (material ou não substancial) ou se ele é substancial. Para viabilizar essa distinção, pode-se tomar como parâmetro aquilo que a legislação pública define como cláusula essencial de um contato administrativo. Se o erro for material, bastará que as partes o retifiquem.
- **ERRO DANOSO?** Em segundo lugar, será imprescindível perquirir se o erro substancial é igualmente danoso. Se o erro não for capaz de gerar prejuízos a direitos ou interesses tutelados dos contratantes, não haverá necessidade de se interferir na relação contratual. Mas não é só isso: tal como ocorre no juízo de convalidação de atos administrativos viciados (art. 55 da Lei de Processo Administrativo Federal), o referido dano resultante do ato viciado deve ser examinado em perspectiva ampla. No direito público, é preciso que se considerem não somente as partes contratantes, como os outros licitantes e demais interessados de mercado no negócio em questão. Como o contrato somente pode ser celebrado com aquele que apresenta a melhor proposta habilitada, será preciso verificar se o vício não teve real impacto na atratividade da licitação e na classificação operada na fase de julgamento. Nesse momento, far-se-ão duas indagações simples: se o erro não tivesse ocorrido no momento da licitação e da contratação, haveria mais licitantes no certame? O licitante vencedor seria o mesmo?
- **ERRO ESCUSÁVEL?** Em terceiro lugar, identificado um erro substancial e danoso, então será necessário verificar se ele é escusável. Como visto, o direito socorre apenas aqueles que agem de modo diligente

e com respeito aos cânones da boa-fé à luz das circunstâncias do momento da contratação. Não será salvo pelo direito aquele que cometer erro grosseiro decorrente de comportamento negligente ou marcado pela imprudência e pela imperícia. No entanto, isso não significa que os efeitos do erro não possam ser combatidos. Assim, ainda que o particular que cometa erro grosseiro deva a princípio suportar os ônus de sua falta de diligência, de modo a manter o cumprimento contratual, são lícitas modificações consensuais do objeto destinadas a corrigir os efeitos nocivos do erro caso não haja prejuízo para a Administração Pública. Já na hipótese de erro inescusável cometido pela Administração Pública, além da modificação consensual, poderá ser utilizada a rescisão unilateral, de que é espécie a encampação de contratos de concessão, desde que se comprove dano e, portanto, motivo de interesse público a inviabilizar a continuidade do contrato administrativo.

- **QUEM O ERRO PREJUDICOU?** Em quarto e último lugar, comprovado que o erro é substancial, danoso e, finalmente, escusável, então novos caminhos se abrirão para tutelar a boa-fé do sujeito que o cometeu e em razão dele se prejudicou. Se cometido pelo particular contratado, o erro escusável autorizará, além da modificação consensual do contrato, a rescisão amigável ou extinção por anulação judicial. Se o erro escusável, em sentido diverso, for praticado pelo Estado como contratante, além de todas as soluções já apontadas (modificação e rescisão amigáveis, anulação judicial e rescisão administrativa unilateral), poderá ser igualmente empregada a modificação unilateral com as restrições debatidas.

3.7 O papel do regulador diante de erros contratuais

Em todas as soluções apontadas no tocante aos erros materiais, nota-se uma característica comum imprescindível à solução das dúvidas da ARES-PCJ como reguladora de contratos de concessão de serviços públicos de saneamento básico. Todas as soluções dependem da ação isolada ou conjunta dos contratantes ou de quem os represente! E, diante de conflitos entre os dois polos, restará tão somente aos órgãos públicos e privados de solução de controvérsias agir.

Do mesmo modo que não está autorizado a substituir-se às partes para integrar lacunas contratuais, senão apenas a exercer seu poder normativo no sentido de torná-las irrelevantes, o regulador jamais poderá empregar quaisquer das

técnicas referidas de superação de erros como vícios de consentimento quando, em um determinado setor, a legislação não lhe imputar expressamente o dever de organizar licitações, celebrar e gerir contratos em nome do ente público titular do serviço a ser concedido (tal como ocorre no setor de transportes terrestres). Tampouco poderá o regulador agir na situação em que não absorver essas atividades organizacionais em suas funções estatutárias ainda que a legislação setorial permita sua delegação (tal como ocorre no campo do saneamento básico).

Na medida em que a consulente, ARES-PCJ, não desempenha tarefas de condução de licitações e celebração de contratos pelos Municípios consorciados ou conveniados, titulares dos serviços públicos de saneamento básico, ela permanecerá como mero terceiro diante dos entes concedentes e das empresas concessionárias. E, também no caso de erro, uma intervenção de terceiro – ainda que como ente regulador – jamais será concebível sem base legal.

Em sua função típica de regulação, a agência de saneamento não poderá eleger ou realizar qualquer procedimento de correção desse tipo de vício de consentimento, cabendo-lhe esperar que as partes contratantes, com os poderes que o ordenamento jurídico e o próprio contrato lhes conferem, optem pelas soluções que lhes pareçam mais convenientes à luz dos princípios gerais de direito administrativo, sobretudo os da razoabilidade, do serviço adequado e da segurança jurídica.

Enquanto garantidor da normatização reguladora da relação contratual e zelador da efetividade de política pública de saneamento básico, a ARES-PCJ, agência reguladora em forma de consórcio público interfederativo, poderá tão somente apontar aos contratantes, diante de eventuais conflitos ou erros observados, os caminhos que poderão seguir no intuito de regularizar a relação jurídica contratual, estabilizando-a para que possa desempenhar suas funções regulatórias precípuas, como a de controle tarifário.

4 Conclusões

- *Quais são os poderes do regulador de serviços públicos de saneamento básico dentro da política nacional instituída pela Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007?*

A Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (LDNSB) divide a política pública de saneamento em tarefas de planejamento, organização, regulação, fiscalização e execução dos serviços em questão. Ao regulador compete, por força da lei, exercer quatro dessas atividades, quais sejam: (i) normatização; (ii) gestão de informação; (iii) esclarecimento e orientação, inclusive a interpretação

e fixação de critérios para a fiel execução dos contratos (art. 25, § 2º da referida lei) e (iv) controle tarifário, sempre de acordo com as normas legais, regulamentares e contratuais. A depender do arranjo estabelecido entre o titular dos serviços e o regulador, ele também poderá assumir atividades de organização da licitação, de celebração e de gestão de contratos de concessão comum, parcerias público-privadas e instrumentos congêneres. A LDNSB, porém, não imputa essa tarefa obrigatoriamente ao regulador, ao contrário do que ocorre na legislação que trata de serviços de transportes terrestres e disciplina o funcionamento da agência reguladora do setor, a ANTT. Na verdade, a legislação nacional de saneamento básico apenas faculta a possibilidade de delegação de atividades organizacionais ao regulador, mas essa faculdade, como se demonstrou, não foi utilizada no consorciamento dos Municípios para a criação da ARES-PCJ como agência reguladora interfederativa atuante nesse setor.

- *Cabe ao regulador preencher lacunas de contratos de concessão de serviços de saneamento básico que tenham sido elaborados, licitados e celebrados diretamente por Município, titular do serviço delegado?*

De acordo com o art. 25, § 2º da LDNSB, a autoridade reguladora de serviços de saneamento básico pode interpretar cláusulas contratuais, ou seja, aquilo que já está determinado no contrato administrativo, seja de modo explícito ou implícito. Todavia, o regulador não tem a atribuição de integrar lacunas. Em face da ausência de autorizativo legal para tanto e na falta de uma delegação expressa de atividades organizacionais, não cabe a ele criar estipulações concretas que deixaram de ser inseridas, de modo proposital ou involuntário, no instrumento contratual. Em linha com as determinações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, adaptadas à lógica das lacunas contratuais, o uso de técnicas de integração de contratos públicos incompletos, como a analogia ou o recurso a princípios gerais do direito, caberá às partes contratantes ou aos órgãos, públicos e privados, que elas ou o ordenamento elegeram para dirimir os conflitos contratuais. Assim, além das partes contratantes, somente câmaras arbitrais e o juiz poderão integrar as lacunas contratuais que prejudiquem sua exequibilidade. Como terceiro sem poderes de organização da licitação, celebração e gestão do contrato

de concessão, sem, portanto, qualquer poder de autotutela contratual e sem competência para exercer atividades de controle jurisdicional, o regulador não poderá integrar lacunas.

- *O poder normativo do regulador pode ser obstado ou prejudicado em razão da atuação das partes contratantes na interpretação do contrato e na integração de suas lacunas?*

De acordo com a legislação setorial, em primeiro lugar, os contratos de delegação de serviços públicos de saneamento apenas serão válidos quando baseados em normas regulatórias. Em segundo lugar, dispõe a lei que nenhuma norma contratual poderá prejudicar as funções do regulador (art. 11, § 3º da LDNSB). Em terceiro, confere expressamente ao regulador um poder de interpretação contratual (art. 25, § 2º). A partir desses mandamentos se conclui que as normas editadas pelo regulador com respeito às suas competências legais de regulamentação setorial prevalecem sobre normas contratuais em contrário. Por conseguinte, também prevalecem as normas regulatórias sobre interpretações que as partes contratantes façam das cláusulas gerais do contrato de concessão e, ainda, sobre as normas posteriormente criadas mediante integração de lacunas. Isso não significa que o regulador realizará a integração da lacuna no lugar do titular e do prestador dos serviços como contratantes, mas simplesmente que a integração se tornará inútil e impertinente a partir do momento em que o objeto da lacuna já tiver sido objeto de norma regulamentar de natureza técnico-jurídica, expedida com base e nos limites das funções legais do regulador.

- *Cabe ao ente regulador determinar a alteração ou extinção de contratos de concessão de serviços de saneamento básico por falhas na sua formação ou diante de vícios de consentimento, como os erros substanciais?*

O erro como tipo de vício do consentimento da teoria geral dos contratos não foi disciplinado na legislação administrativa, nem na legislação setorial de saneamento básico. Apesar disso, por remissão da legislação de concessões e de contratos administrativos à teoria geral dos contratos, é possível transportar ao direito administrativo a divisão dos erros em substanciais e não substanciais, bem como a sua superação quer por decisão exclusiva das partes contratantes, quer

por decisão de órgãos legitimados para exercer o controle dos contratos e os conflitos dele oriundos. Em contraste com o que se vislumbra no direito privado, no direito administrativo, as vias de solução para o erro substancial e danoso são variáveis conforme ele prejudique o Estado como contratante ou o particular como contratado. Isso, porque o direito público é relativamente verticalizado e confere poderes distintos a cada polo, como os de alteração e de extinção unilateral do contrato – técnicas que podem manejadas também para a superação de erros. Apesar das soluções possíveis, que passam por formas amigáveis e unilaterais de modificação e extinção contratual, fato é que a superação de erros como vícios de consentimento em contratos administrativos não está a princípio sob a competência das agências reguladoras. Se essas entidades não participarem ou assumirem as atividades de organização das licitações, celebração e gestão do contrato em nome do Município como titular do serviço público concedido, permanecerão como terceiro diante do contrato e dos contratantes. Assim, não caberá a elas interferir na relação contratual e se substituir às partes. Na falta de delegação de atividades organizacionais, a superação do vício de consentimento, por uma ou outra técnica aceita pelo ordenamento jurídico-administrativo, caberá exclusivamente aos contratantes e, em caso de conflito, aos órgãos públicos e privados de controle e solução de controvérsias contratuais.



Thiago Marrara

Professor Associado de Direito Administrativo da FDRP/USP