

***Parecer sobre a viabilidade de alteração contratual para o
restabelecimento das condições originais da outorga***

Marçal Justen Filho

Doutor em Direito
Professor Titular da UFPR de 1986 a 2006
Advogado e parecerista em Direito Público

SUMÁRIO

I - Os fatos e os quesitos	1
II - A questão da alteração dos contratos.....	3
II.1 - A modificação do contrato de direito privado.....	3
II.2 - A modificação do contrato de direito administrativo	4
II.2.1 - A natureza consensual da avença.....	4
II.2.2 - A mutabilidade da contratação administrativa	5
II.2.3 - Os limites à alteração dos contratos administrativos.....	5
II.3 - A modificação consensual: a questão da licitação	6
II.3.1 - A consensualidade e o regime de direito privado	6
II.3.2 - A consensualidade e o regime de direito público	6
II.4 - O paradoxo jurídico: regras conflitantes	7
III - Alteração das condições contratuais e discricionariedade.....	8
III.1 - A discricionariedade em senso amplo	8
III.2 - A pluralidade de espécies de discricionariedade.....	8
III.2.1 - A competência discricionária e a margem de autonomia	8
III.2.2 - A chamada discricionariedade técnica	8
III.2.3 - A aplicação de conceitos valorativos	9
III.2.4 - A discricionariedade propriamente dita.....	9
III.3 - As modificações contratuais e a discricionariedade	9
III.3.1 - A alteração das circunstâncias	9
III.3.2 - A instituição de competência discricionária	10
III.4 - A vinculação a um fim último	10
III.4.1 - A alteração como meio de satisfação de um fim	10
III.4.2 - Ainda a concepção do dever-poder	10
III.4.3 - A alteração para implementar a melhor solução	11
IV - O caso concreto: o restabelecimento das condições originais.....	11
IV.1 - A licitação e o contrato original	11
IV.1.1 - A abrangência da outorga na licitação	11
IV.1.2 - A abrangência da outorga na contratação	11
IV.2 - A configuração de uma alteração contratual	12

IV.2.1 - Ainda o princípio da identidade da licitação	12
IV.2.2 - Ainda a possibilidade de alteração contratual	13
IV.2.3 - O momento da alteração contratual	13
IV.2.4 - As alternativas para alteração da abrangência da outorga	14
IV.2.5 - O argumento da necessidade de contrato	15
IV.3 - O restabelecimento das condições originais da outorga	16
IV.3.1 - Ainda a identidade da licitação.....	16
IV.3.2 - O restabelecimento das condições originais	16
IV.4 - Alteração posterior para desfazer alteração anterior.....	17
IV.4.1 - A avaliação de conveniência e oportunidade	17
IV.4.2 - A ausência de venire contra factum proprium	17
IV.5 - O caso concreto: síntese.....	18
V - A suposição da alteração definitiva	18
VI - As espécies de contratos administrativos e a modificação.....	19
VI.1 - Contratos de colaboração e de delegação.....	19
VI.1.1 - Os contratos de colaboração	19
VI.1.2 - Os contratos de delegação	19
VI.1.3 - A distinção e o regime de alteração contratual	20
VI.2 - A alteração dos contratos de colaboração (Lei nº 8.666).....	20
VI.3 - A alteração nos contratos de delegação	21
VI.3.1 - As regras da Lei nº 8.987.....	21
VI.3.2 - A ausência de limites explícitos na Lei nº 8.987.....	22
VI.4 - As decorrências do regime jurídico da contratação	23
VI.4.1 - A exploração por conta e risco do particular	23
VI.4.2 - A elaboração de projeto básico.....	23
VI.4.3 - A incompletude das especificações adotadas.....	23
VI.4.4 - A mutabilidade do serviço público.....	24
VI.4.5 - As contratações de longo prazo.....	25
VI.5 - As concessões como contratações incompletas	25
VI.5.1 - A competência regulatória do poder concedente	26
VI.5.2 - A concepção da adaptabilidade da contratação.....	26
VI.6 - A questão da identidade do objeto.....	27
VI.6.1 - A vedação à alteração do objeto lícito.....	27

VI.6.2 - O núcleo do problema	28
VI.6.3 - Os limites do direito público	28
VI.6.4 - A primeira questão: a concordância da parte	29
VI.6.5 - A vedação à frustração da competição	29
VI.7 - O caso concreto: a ausência de desnaturação da outorga	30
VI.7.1 - A consideração do caso concreto	30
VI.7.2 - A inaplicabilidade do argumento da distinção dos serviços	32
VI.7.3 - O descabimento da dissociação dos Municípios.....	32
VI.7.4 - Síntese	33
VII - A questão da inviabilidade da competição	33
VII.1 - O cabimento da contratação direta de concessão	33
VII.1.1 - As regras do art. 37, inc. XXI, e do art. 175	33
VII.1.2 - A comparação entre os dispositivos.....	34
VII.1.3 - A utilização do vocábulo "sempre"	34
VII.1.4 - Dois exemplos práticos	35
VII.1.5 - O método sistemático na interpretação constitucional	36
VII.1.6 - Contratação administrativa na sistemática constitucional	37
VII.1.7 - A interpretação literal e seu defeito.....	37
VII.1.8 - A natureza ampla do art. 37, inc. XXI, da CF/88	38
VII.1.9 - A diferenciação injustificada.....	39
VII.1.10 - A identidade das circunstâncias.....	40
VII.2 - A inevitabilidade da inexigibilidade de licitação.....	41
VII.2.1 - A diferenciação entre dispensa e inexigibilidade.....	41
VII.2.2 - A complexidade do conceito de inviabilidade de competição.....	42
VII.2.3 - A impossibilidade de transformar inviabilidade em viabilidade.....	42
VII.2.4 - A inviabilidade de competição relativamente às concessões.....	42
VII.3 - Síntese: a orientação mais satisfatória.....	42
VIII - O caso concreto: a inviabilidade de competição	43
VIII.1 - A outorga conjunta ocorrida	43
VIII.1.1 - O reconhecimento da unitariedade da outorga	44
VIII.1.2 - A desnaturação da solução adotada.....	44
VIII.1.3 - O comprometimento da outorga existente	45
VIII.2 - As razões da necessidade de atuação unitária.....	45

VIII.2.1 - A dimensão econômica	45
VIII.2.2 - A dimensão geográfico-ecológica	45
VIII.3 - As alternativas existentes e a proporcionalidade	46
VIII.3.1 - A licitação: extinção da outorga existente	46
VIII.3.2 - A hipótese de outorga direta: inviabilidade de competição	46
VIII.3.3 - A comparação entre as duas alternativas	47
IX - Conclusão.....	48

P A R E C E R

PROLAGOS S.A. honrou-me com a solicitação de parecer versando sobre os fatos e os quesitos abaixo expostos.

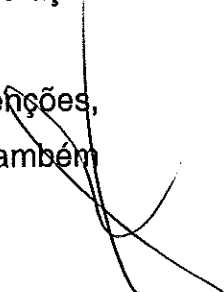
I - Os fatos e os quesitos

1. A Consulente narrou ser titular da concessão de serviços públicos de abastecimento de água e tratamento de esgoto de alguns dos municípios que compõem a chamada Região dos Lagos, no Estado do Rio de Janeiro. A outorga foi precedida de licitação (Concorrência nº 04/96), promovida pelos Municípios de Iguaba Grande, São Pedro da Aldeia, Arraial do Cabo, Cabo Frio e Armações de Búzios. O contrato foi celebrado em 25.4.1998.

2. A Consulente expôs que o edital havia previsto que a outorga compreenderia obras de implantação, ampliação, manutenção e operação dos sistemas de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto nas áreas urbanas dos municípios outorgantes.

3. A Consulente ressaltou que, por ocasião da assinatura do contrato, o Município de Arraial do Cabo reputou cabível excluir da contratação o serviço de esgotamento sanitário. Portanto e relativamente ao referido Município, a outorga compreendeu apenas o abastecimento de água. Houve a correção do desequilíbrio econômico-financeiro da outorga (Deliberação ADEP-RJ/DC nº 193/02, de que decorreu um termo aditivo).

4. Em 20.9.2009, foi firmado um Protocolo de Intenções, prevendo a realização de diversos investimentos na área da outorga. Também



houve a manifestação do Município de Arraial do Cabo no sentido de reintroduzir os serviços de coleta e tratamento de esgoto no objeto da outorga.

5. A Consulente acrescentou que, por ocasião da 2ª Revisão Quinquenal do Contrato de Concessão, formulou pleito de restabelecimento do objeto original da outorga. Isso compreendia a realização de investimentos nas exatas condições contempladas no Edital de Licitação.

6. Em 14.4.2009, o Município de Arraial do Cabo firmou um instrumento com a ora Consulente, em que mantinha a prestação direta dos ditos serviços de esgotamento sanitário. Tal se deveu, segundo a Consulente, à possibilidade de recebimento de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC.

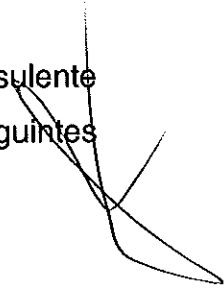
7. Os termos do instrumento acima referido motivaram a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA a não conhecer o pedido da ora Consulente de restabelecimento do objeto original da outorga. Tal se deu mediante a Deliberação nº 638/2010.

8. Posteriormente, o Município de Arraial do Cabo concluiu pela inadequação da solução de manter a prestação direta dos serviços de coleta e tratamento de esgoto no próprio território. Segundo a Consulente, tal se deveu à dificuldade na obtenção dos resultados previstos, especialmente no tocante à universalização dos serviços mas também no que se refere ao programa de despoluição da Lagoa de Araruama, de extrema relevância para a região.

9. A situação conduziu o referido Município a celebrar com a ora Consulente um Convênio de Cooperação Técnica, para adoção de ações emergenciais visando ao aperfeiçoamento da gestão do sistema existente de coleta e tratamento de esgoto.

10. Atualmente, existe a intenção das partes envolvidas de promover o restabelecimento da outorga nos termos originais, compreendendo especificamente os serviços de coleta e tratamento de esgotos no âmbito do Município de Arraial do Cabo.

11. Para dar alicerce à conduta a ser adotada, a Consulente solicitou a elaboração do presente parecer, versando sobre os seguintes



questitos:

- a) As avaliações de conveniência da Administração Pública, que se traduzem em modificação das condições da concessão, comportam revisão subsequente, eventualmente para restabelecer as condições originais?
- b) A alteração das condições originais de uma concessão de serviço público constitui-se em impedimento a que se promova o posterior restabelecimento das condições originais previstas no edital de licitação?
- c) Viola a exigência de licitação a inclusão, numa concessão existente, de um serviço público previsto por ocasião de licitação e que posteriormente dela fora excluído por conveniência da Administração?
- d) No caso concreto, é cabível o restabelecimento das condições originais da outorga, tal como previstas no Edital de Licitação nº 04/96, especificamente para o fim de incluir os serviços de coleta e tratamento de esgoto do Município de Arraial do Cabo?
- e) Ignorando a argumentação anterior, a inclusão de serviço de coleta e tratamento de esgoto relativamente a um dos cinco Municípios outorgantes da concessão configura modificação contratual incompatível com o objeto da outorga?
- f) Ignorando os argumentos anteriores, a inclusão na concessão vigente do serviço de coleta e tratamento de esgotos relativamente ao Município de Arraial do Cabo pode ser promovida diretamente e sem licitação, reconhecendo-se a inviabilidade de competição?
- g) No caso concreto, qual é o instrumento jurídico adequado para promover o restabelecimento das condições originais da outorga?

Passo a responder.

II - A questão da alteração dos contratos

12. O tema da alteração dos contratos apresenta configurações muito distintas no direito público e no direito privado brasileiros.

II.1 - A modificação do contrato de direito privado

13. A alteração dos contratos em geral, no âmbito da teoria geral do direito privado, não desperta maior controvérsia. Assim se passa

porque a modificação contratual é um tema intrinsecamente relacionado com a autonomia contratual.

14. O fundamento da força vinculante do contrato é a autonomia subjetiva. No exercício de sua liberdade, os sujeitos podem avençar convenções destinadas disciplinar a própria conduta futura. Uma vez pactuadas normas jurídicas contratuais, as partes mantêm o poder jurídico para alterá-las supervenientemente.

15. Um dos corolários dessa disciplina reside em que a alteração do contrato de direito privado apenas pode ser produzida mediante consenso entre as partes. Tal como o contrato é o resultado de um acordo de vontades, a modificação das condições originalmente previstas depende da concordância entre os contratantes.

16. A alteração contratual pela imposição da vontade unilateral de uma das partes é uma solução reputada incompatível com a essência do contrato privado. Justamente por isso, o Código Civil autoriza que o Poder Judiciário pronuncie o desfazimento do contrato tornado excessivamente oneroso em virtude de eventos supervenientes. O art. 478 determina que, *"Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato..."*. Segundo o texto literal do Código Civil, o contrato poderá ser resolvido, mas não modificado sem a concordância da outra parte.

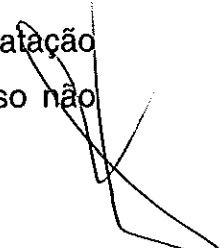
17. A alteração compulsória do contrato apenas é admitida nos casos de contratos unilaterais, em que todas as obrigações recaiam apenas sobre uma das partes (Código Civil, art. 480).

II.2 - A modificação do contrato de direito administrativo

18. A solução é distinta quando se cogita de contratos de direito administrativo.

II.2.1 - A natureza consensual da avença

19. Prevalece a orientação de que o contrato administrativo é um acordo de vontades. Portanto, somente se aperfeiçoa a contratação administrativa mediante o consenso entre os sujeitos. No entanto, isso não



exclui o cabimento de modificações por vontade unilateral da Administração Pública.

II.2.2 - A mutabilidade da contratação administrativa

20. O regime jurídico dos contratos administrativos comporta uma complexa integração de regras destinadas tanto a tutelar o interesse coletivo perseguido pelo Estado como também o interesse privado do particular contratado.

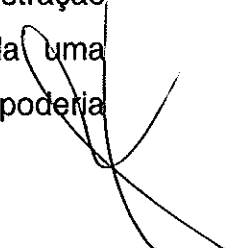
21. Costuma-se usar a expressão "*cláusulas exorbitantes*" para indicar as disposições normativas que asseguram à Administração introduzir unilateralmente inovações e modificações nas condições originais do contrato. O tema das cláusulas exorbitantes se traduz na existência de um conjunto de "potestades" jurídicas atribuídas à Administração e não encontráveis (de comum) nos contratos de Direito Privado. Essas cláusulas asseguram à Administração os poderes unilaterais de modificação das condições contratuais, de fiscalização ativa na execução do contrato pelo particular, de intervenção na estrutura empresarial do particular (assunção temporária do poder de controle) e de extinção do vínculo contratual.

II.2.3 - Os limites à alteração dos contratos administrativos

22. Mas a competência estatal de alteração unilateral dos contratos administrativos encontra limites em duas ordens de interesses.

23. Existem, por um lado, interesses de natureza coletiva, relacionados com a utilidade da licitação e com o respeito ao princípio da isonomia. No Brasil, toda contratação administrativa é subordinada à prévia licitação, visando a produzir a melhor contratação possível e respeitar o princípio da isonomia. Tal impõe a regra da identidade entre o contrato administrativo e a licitação. A Administração tem o dever de observar as condições fixadas no ato convocatório da licitação e o conteúdo da proposta selecionada como vencedora. A inovação e a alteração supervenientes materializam, em certa medida, infração à disciplina da licitação pública.

24. Por outro lado, há os interesses do próprio particular contratado, que merecem tutela jurídica. Se fosse facultado à Administração Pública introduzir modificações em termos ilimitados, seria gerada uma elevada margem de insegurança para todos os contratados. O sujeito poderia



ser constrangido a executar um objeto totalmente distinto daquele originalmente licitado, em termos muito mais onerosos.

25. O particular contratado pela Administração Pública dispõe-se a executar uma prestação em condições determinadas e específicas. A alteração superveniente da avença não pode ser tão intensa de modo a transformar radicalmente os direitos e obrigações assumidos pelo particular.

26. Aliás, ressalte-se que a ampliação da insegurança do particular conduziria à redução do próprio interesse em participar de uma contratação administrativa. Muitos potenciais licitantes desistiriam de competir por um contrato em vista dos riscos de modificações supervenientes radicais.

27. O efeito prático seria o agravamento das condições de contratação enfrentadas pela Administração Pública. A redução da competição seria acompanhada da redução da vantajosidade das propostas, que refletiriam a cautela dos particulares em assumir posição contratual de conteúdo indeterminado.

28. Pode-se concluir, portanto, que a mutabilidade dos contratos administrativos apresenta-se como necessária para o adequado atendimento das necessidades coletivas. Mas, por outro lado, não pode ser admitida de modo ilimitado e incondicionado, sob pena de transformar-se em instrumento de destruição de valores preservados pela própria ordem jurídica.

II.3 - A modificação consensual: a questão da licitação

29. A comparação entre os regimes de direito público e de direito privado conduz a uma outra constatação, relativamente ao direito brasileiro. Trata-se da existência de limites às modificações consensuais no âmbito dos contratos administrativos.

II.3.1 - A consensualidade e o regime de direito privado

30. No âmbito do direito privado, a regra é a ausência de limites para modificações contratuais consensuais. O acordo das partes legitima a contratação, a modificação das condições originais ou, mesmo, o desfazimento do contrato.

II.3.2 - A consensualidade e o regime de direito público

31. A situação é diversa no âmbito dos contratos administrativos. Como regra, a contratação administrativa é produto de um

procedimento licitatório. A vinculação do contrato às condições da licitação envolve não apenas o interesse das partes, mas também de terceiros.

32. Isso significa que a vontade unilateral da Administração Pública pode ser insuficiente para a produzir uma determinada alteração contratual. No entanto, pode existir obstáculo à alteração contratual mesmo nos casos em que o particular estiver de acordo com ela.

33. Assim se passa porque uma alteração contratual que envolvesse alterações radicais da avença original acarretaria a inutilidade da licitação. Isso equivaleria a uma contratação autônoma, original, dissociada de uma licitação – ou, mais precisamente, divorciada da licitação especificamente realizada.

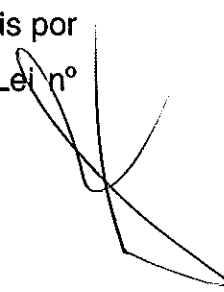
34. A vedação a modificações contratuais radicais – ainda que respaldadas pelo consenso entre as partes – relaciona-se com o princípio da utilidade da licitação. Trata-se de evitar que os particulares sejam convocados para participar de uma licitação e que a contratação posterior envolva um objeto distinto e diferenciado.

11.4 - O paradoxo jurídico: regras conflitantes

35. Verifica-se, portanto, uma situação paradoxal. Se fosse afirmada a mutabilidade absoluta e ilimitada dos contratos administrativos, o resultado seria a destruição do princípio da vinculação ao edital e da segurança do particular contratado. Porém, se a vinculação ao edital for estrita e se a garantia ao particular contratado for absoluta, então não se poderia aludir à mutabilidade dos contratos administrativos.

36. Bem por isso, a ordem jurídica estabelece uma solução destinada a assegurar todos os valores jurídicos envolvidos nessa situação. Trata-se de estabelecer o equilíbrio entre as diversas características da contratação administrativa. Nenhum dos princípios em questão pode ser consagrado de modo absoluto.

37. A ordem jurídica admite a mutabilidade do contrato administrativo. Reputa-se que o regime jurídico de Direito Público importa, de modo inexorável, a faculdade de inovações e alterações mesmo unilaterais por parte da Administração – o que está consagrado no art. 58, inc. I, da Lei nº 8.666 e no art. 29, inc. I, da Lei nº 8.987.



38. Mas, ao mesmo tempo em que se demanda a manutenção da competência estatal de alteração e inovação das condições pactuadas, exige-se que o contrato respeite as condições previstas no ato convocatório e na proposta do licitante. Impõem-se limites à alteração do contrato administrativo por se reconhecer a potencial danosidade desse fenômeno.

39. Ou seja, verifica-se a mitigação do princípio da mutabilidade do contrato administrativo tanto quanto a atenuação do princípio da vinculação do contrato à licitação. Em outras palavras, aplica-se a técnica da proporcionalidade, que conduz à ponderação dos interesses em conflito.

III - Alteração das condições contratuais e discricionariedade

40. A alteração das condições de um contrato administrativo envolve uma competência discricionária da Administração.

III.1 - A discricionariedade em senso amplo

41. Numa acepção ampla, a discricionariedade consiste na disciplina normativa que institui uma competência administrativa sem determinar, de modo exaustivo e preciso, as decisões concretas a serem adotadas. Nos casos de competências vinculadas, a norma jurídica determina a conduta da autoridade. É extremamente problemático (senão impossível) a instituição de competências integralmente discricionárias ou totalmente vinculadas.

III.2 - A pluralidade de espécies de discricionariedade

42. Indo avante, a figura da discricionariedade comporta soluções qualitativamente distintas entre si.

III.2.1 - A competência discricionária e a margem de autonomia

43. Em todos os casos de discricionariedade, a norma cria a competência sem predeterminar de modo exaustivo a decisão a ser adotada pela autoridade. Isso gera uma margem de autonomia para a referida autoridade. Mas a norma que cria a competência discricionária pode adotar diferentes modelos para dispor sobre a referida autonomia.

III.2.2 - A chamada discricionariedade técnica

44. Há casos em que a decisão a ser adotada envolve a aplicação de critérios técnico-científicos. Alude-se, em tais casos, a discricionariedade *técnica*. Em tais casos, a autoridade é investida no dever de

aplicar o conhecimento teórico para disciplinar o caso concreto. Em alguns casos, isso significará que existirá uma única solução cabível.

45. Em outras hipóteses, haverá diversas opções respaldadas pela técnica. Caberá à autoridade escolher uma delas. Ainda assim, a escolha deverá ser fundamentada em postulados técnicos ou de experiência.

III.2.3 - A aplicação de conceitos valorativos

46. Em outros casos, a decisão deverá refletir a concretização de um valor escolhido pela norma. São os casos, por exemplo, em que a decisão deverá promover os “bons costumes”, a “segurança coletiva” ou o “Bem Comum”. A norma não fornece a solução concreta a ser adotada, mas indica o valor a ser promovido.

47. Em tais casos, é criada uma margem de autonomia para a autoridade, eis que a decisão deverá ser compatível e adequada com a concretização do valor referido na norma.

III.2.4 - A discricionariedade propriamente dita

48. Há hipóteses em que a norma atribui à autoridade a competência para realizar um juízo subjetivo e eleger a solução mais satisfatória e adequada. Em tais casos, há uma margem mais significativa de autonomia de escolha, eis que a norma não elege um parâmetro determinado para modelar a decisão da autoridade. Há uma pluralidade de variáveis em jogo, cabendo à autoridade o poder jurídico de ponderar as circunstâncias e decidir segundo um juízo subjetivo.

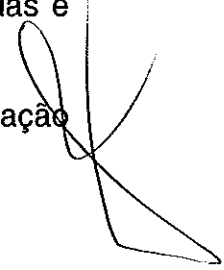
III.3 - As modificações contratuais e a discricionariedade

49. As alterações contratuais envolvem uma competência discricionária, que pode enquadrar-se em qualquer das manifestações acima referidas.

III.3.1 - A alteração das circunstâncias

50. Toda contratação administrativa contempla a disciplina reputada como satisfatória e adequada em vista das circunstâncias existentes e conhecidas num dado momento. A concepção consagrada contratualmente é o produto da avaliação da realidade, das necessidades a serem atendidas e dos recursos disponíveis num dado momento.

51. A evolução do tempo pode conduzir à posterior modificação



das variáveis tal como conhecidas ou avaliadas por ocasião da concepção do contrato. A decorrência reside na inadequação da solução originalmente consagrada. A execução do contrato tal como previsto no momento inicial conduziria a um resultado indesejável e distinto daquele anteriormente concebido.

III.3.2 - A instituição de competência discricionária

52. A ordem jurídica admite, como consequência, a alteração das condições contratuais pactuadas. A autoridade administrativa é investida em poder jurídico para promover, unilateralmente ou não, a modificação da disciplina contratual. Cabe-lhe o poder de introduzir as inovações necessárias e apropriadas para assegurar um nível mais apropriado de satisfação das necessidades buscada por meio da contratação.

III.4 - A vinculação a um fim último

53. As considerações acima são fundamentais para evitar o equívoco de reconduzir as alterações de contratação administrativa ao modelo típico de direito privado. Cabe aprofundar o exame da questão.

III.4.1 - A alteração como meio de satisfação de um fim

54. É indispensável destacar que a alteração contratual, no âmbito do direito privado, é uma decorrência da autonomia privada relativamente aos fins buscados. As razões e as finalidades da modificação de um contrato privado são questões juridicamente irrelevantes, eis que cabe ao particular a autonomia para formular escolhas e implementar decisões.

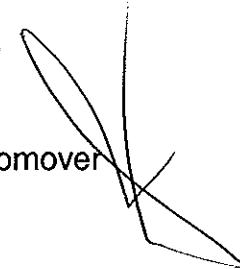
55. Essa autonomia privada não se confunde com a discricionariedade administrativa. Quando se afirma que a competência discricionária administrativa comporta uma margem de autonomia, utiliza-se a expressão "autonomia" numa acepção muito distinta.

56. A autonomia inerente à discricionariedade administrativa é uma margem de escolha consagrada normativamente para a melhor satisfação das necessidades coletivas e para a realização de valores jurídicos superiores.

57. O fim buscado no exercício da competência discricionária é transcendente em relação ao interesse próprio do agente administrativo.

III.4.2 - Ainda a concepção do dever-poder

58. Portanto, a competência discricionária para promover



alterações de contratos administrativos envolve um poder jurídico instrumental em relação ao dever de implementar a solução mais satisfatória. Trata-se de um dever-poder, concepção que reduz a dimensão da autonomia da autoridade administrativa.

III.4.3 - A alteração para implementar a melhor solução

59. Portanto, a alteração contratual não consiste numa providência destinada a atender ao interesse específico da autoridade administrativa. Trata-se de uma solução orientada a promover do modo mais satisfatório, em condições mais vantajosas, em termos mais adequados os interesses buscados pela Administração Pública.

60. Se, portanto, for evidenciado que a solução contemplada no modelo contratual original não é a mais satisfatória e adequada, existe um dever de a Administração considerar as alternativas. Em face das circunstâncias, poderá configurar-se um dever jurídico de promover as modificações e adotar todas as providências indispensáveis a promover a solução excelente.

IV - O caso concreto: o restabelecimento das condições originais

61. No caso concreto, houve uma licitação. A contratação formalizada não refletiu, de modo integral, a amplitude da prestação prevista no procedimento licitatório. Cogita-se, agora, de promover alteração do contrato, o que redundaria em reconduzir a avença aos exatos termos contemplados na licitação.

IV.1 - A licitação e o contrato original

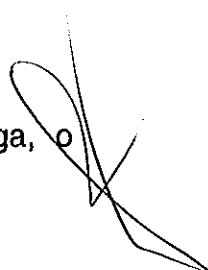
62. Segundo a documentação disponível, a outorga foi antecedida de licitação, cuja configuração original foi alterada por ocasião da assinatura do contrato.

IV.1.1 - A abrangência da outorga na licitação

63. A licitação teve por objeto a concessão de serviços públicos de saneamento básico, abrangendo o fornecimento de água e a coleta e tratamento de esgotos sanitários de cinco municípios da chamada Região dos Lagos do Estado do Rio de Janeiro.

IV.1.2 - A abrangência da outorga na contratação

64. Ocorre que, por ocasião da formalização da outorga, o



Município de Arraial do Cabo reputou que seria mais satisfatória a solução da prestação direta dos serviços públicos de coleta e tratamento dos esgotos sanitários. Como decorrência, a contratação original não contemplou tais serviços.

IV.2 - A configuração de uma alteração contratual

65. A solução adotada por ocasião da contratação original configurou, no seu conteúdo jurídico, uma alteração contratual. Cabe aprofundar o exame da questão.

IV.2.1 - Ainda o princípio da identidade da licitação

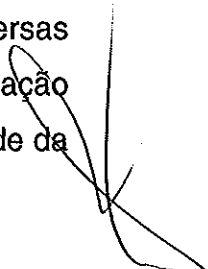
66. Tal como exposto anteriormente, um dos postulados norteadores da contratação administrativa consiste no princípio da identidade da licitação – que também pode ser referido como princípio da vinculação do contrato à licitação.

67. A disciplina jurídica impõe a conformidade entre a contratação e o resultado obtido na licitação. O contrato firmado deve refletir a proposta formulada pelo licitante e considerada como vencedora do certame. Em outras palavras, a Administração contrata o que licitou, sendo descabido promover uma contratação distinta daquela obtida por meio da licitação.

68. Assim se impõe em vista do interesse do licitante, que formula uma proposta de conteúdo preciso e determinado. Não se admite que o licitante seja constrangido a firmar contratação em condições distintas da proposta apresentada. Como visto, o contrato administrativo se configura como um acordo de vontades, o que importa a indispensabilidade da concordância do particular no tocante às condições do pacto.

69. Também assim se exige em vista dos interesses de terceiros. Se a Administração realizasse um certame com um objeto e contratasse em condições distintas, poderia frustrar a competitividade. Afinal, outros sujeitos poderiam ter ocorrido à licitação se outro fosse o objeto em disputa.

70. Enfim, existe também o interesse da própria Administração. A seleção da proposta mais vantajosa reflete a avaliação das diversas propostas formuladas em vista de um objeto determinado. Se a Administração resolver contratar objeto distinto, não existiria certeza sobre a vantajosidade da



proposta selecionada como vencedora.

IV.2.2 - Ainda a possibilidade de alteração contratual

71. Contudo e conforme exposto, isso não impede a modificação da contratação administrativa. É perfeitamente cabível, em vista das circunstâncias, que o poder concedente altere (mesmo unilateralmente) as condições da outorga.

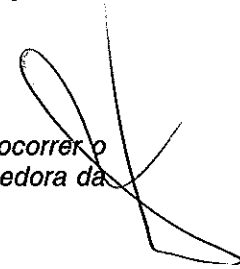
IV.2.3 - O momento da alteração contratual

72. Ora, a determinação do momento e das condições da alteração contratual envolve uma competência discricionária do poder concedente. Respeitadas as limitações inerentes à discricionariedade, o poder concedente pode optar por adotar modificações na disciplina contratual de acordo com as circunstâncias verificadas.

73. Nada impede que se produzam modificações no contrato de concessão tão logo exista a sua formalização. Assim, é perfeitamente lícito que o poder concedente estabeleça novas regras de serviço já no momento inicial da formalização da outorga.

74. Um exemplo marcante se relaciona com o valor da tarifa. A regra de reajuste tarifário ora vigente determina que as tarifas serão reajustadas com intervalo de doze meses, computado o prazo a partir da data da formulação da proposta ou da data-base do orçamento a que tal proposta se referir (Lei nº 10.192, art. 2º, §1º). Não é raro ocorrer de o prazo entre a apresentação das propostas e a assinatura do contrato superar a doze meses. Isso significa que o início da execução contratual deverá contemplar uma tarifa superior àquela prevista no edital ou na proposta vencedora. Nada impede que o instrumento contratual preveja, desde logo, o valor da nova tarifa. Isso pressupõe algumas formalidades, destinadas a esclarecer que o valor reajustado corresponde, em valor real, ao montante referido por ocasião da licitação. Muitas vezes, por razões de controle, opta-se pela assinatura do contrato com os valores nominais originais e a lavratura de termo aditivo imediato, contemplando o valor reajustado segundo as regras legais e editalícias¹.

¹ Examinando situação dessa ordem, o TCU indicou que "(...) na hipótese de vir a ocorrer o decurso de prazo superior a um ano entre a data da apresentação da proposta vencedora da



IV.2.4 - As alternativas para alteração da abrangência da outorga

75. Isso significa que a ausência de inclusão dos serviços de esgotamento sanitário do Município de Arraial do Cabo no contrato de concessão configurou o exercício de uma competência do poder concedente, cujos efeitos foram objeto de consenso entre as partes.

76. A modificação em questão poderia ter sido adotada ao longo da execução do contrato. Tratou-se de uma modificação que não importava a desnaturação da outorga, mas que envolvia a redução parcial de sua abrangência. Deve-se tomar em vista que a licitação versara sobre um conjunto de serviços públicos pertinentes a cinco municípios distintos. A redução da abrangência da outorga relativamente a um desses municípios não importava alteração essencial do objeto licitado. A dimensão dos efeitos da modificação poderiam envolver disputas com o particular – questão não pertinente no caso, eis que se presume ter ocorrido a concordância da Consulente com a alteração introduzida.

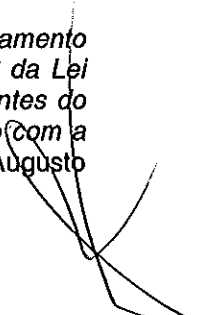
77. Portanto, a exclusão dos serviços de esgotamento sanitário relativamente ao Município de Arraial do Cabo poderia ter sido adotada ao longo da execução do contrato, nos exatos termos em que foi praticada. Insista-se que poderiam surgir controvérsias jurídicas se não existisse a concordância do concessionário.

78. Se a modificação poderia ter sido produzida ao longo do contrato, nada impedia que fosse adotada no momento inicial da avença. Existem duas opções jurídicas equivalentes.

79. Uma alternativa seria firmar o contrato nos exatos e precisos termos da proposta vencedora do certame e, no momento seguinte, firmar um termo aditivo (consensual, portanto) excluindo os serviços de esgotamento sanitário relativamente ao Município de Arraial do Cabo.

80. Outra alternativa era firmar o contrato sem abranger os ditos

licitação e a assinatura do respectivo instrumento contratual, o procedimento de reajustamento aplicável, em face do disposto no art. 28, § 1º, da Lei 9.069/95 c/c os arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001, consiste em firmar o contrato com os valores originais da proposta e, antes do início da execução contratual, celebrar termo aditivo reajustando os preços de acordo com a variação do Índice previsto no edital (...)" (Acórdão nº 474/2005, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).



serviços, excluindo-os desde logo.

81. A solução prática consistiu em produzir a modificação concomitantemente com a formalização do instrumento. Não existia obstáculo a essa solução.

IV.2.5 - O argumento da necessidade de contrato

82. Não se contraponha que somente se pode cogitar de modificar um contrato já existente e que, antes da assinatura do instrumento escrito, não existe contrato administrativo – até porque não há contrato administrativo verbal. O argumento é improcedente.

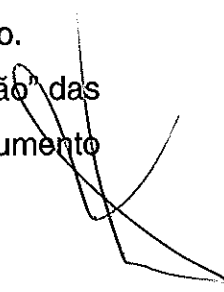
83. O regime jurídico da contratação administrativa é peculiar. Lembre-se que a licitação não configura uma formulação de proposta de contratação por parte da Administração. Na licitação, a Administração convida potenciais interessados em formular propostas.

84. Formuladas as propostas e selecionada a vencedora, desenvolve-se um procedimento administrativo que culmina com a adjudicação do objeto. Uma vez adjudicado o objeto, a manifestação de vontade da Administração para formalizar a contratação produz efeitos jurídicos diferenciados.

85. A questão fica muito evidente no art. 81 da Lei nº 8.666, que determina que *“A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas”*. Ou seja, a ausência de formalização da contratação por culpa do particular configura o inadimplemento absoluto da obrigação “assumida”.

86. Essa regra é incompatível com a asserção de que somente surgem obrigações para as partes em virtude da assinatura do contrato. A obrigação do particular em executar o objeto contratual preexiste à formalização do contrato. A convocação para formalizar a avença torna eficaz a obrigação do particular. A formalização num instrumento escrito é uma decorrência da vinculação jurídica produzida pelo procedimento licitatório.

87. Portanto, é juridicamente possível aludir a “modificação” das obrigações assumidas pelo particular mesmo não existindo um instrumento



escrito. A extensão e o conteúdo das obrigações do particular foram determinados na proposta apresentada e aceita pela Administração. Adjudicado o objeto licitado e convocado o particular para formalização da avença, estão presentes os pressupostos para eventual modificação.

88. É evidente que as modificações podem envolver alteração do equilíbrio econômico-financeiro, o que autoriza a eventual oposição do particular em aceitar uma formalização em termos distintos da proposta apresentada. Mas nada impede que o particular aquiesça com as modificações e se disponha a firmar um instrumento que contemple não apenas a formalização do contrato – mas também as alterações reputadas como adequadas e necessárias à obtenção de um resultado mais satisfatório.

IV.3 - O restabelecimento das condições originais da outorga

89. Decorrido um determinado prazo, a alteração das circunstâncias conduziu ao reconhecimento da conveniência de promover o restabelecimento das condições originais da outorga.

IV.3.1 - Ainda a identidade da licitação

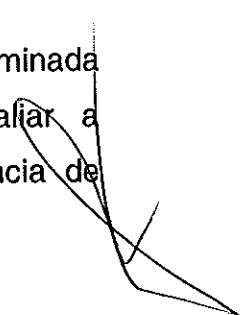
90. A primeira ponderação relevante reside em que a inclusão dos serviços de esgotamento sanitário pertinentes ao Município de Arraial do Cabo na outorga não é obstaculizada pela exigência de licitação. A licitação já ocorreu.

91. Como exposto, a licitação previa outorga configurada exatamente tal como ora se pretende adotar. Os serviços de esgotamento sanitário do Município de Arraial do Cabo estavam compreendidos no objeto da licitação realizada (Concorrência nº 04/96). A ora Consulente formulou proposta que abrangia os referidos serviços, a qual foi reputada como a mais vantajosa e selecionada como vencedora do certame.

92. Os referidos serviços não estavam contemplados na outorga até o presente em virtude de uma modificação contratual implementada por ocasião da formalização da contratação.

IV.3.2 - O restabelecimento das condições originais

93. Portanto e rigorosamente, a modificação examinada configura o restabelecimento das condições originais. Cabe avaliar a adequação da modificação, mas não é admissível invocar a ausência de



licitação como impedimento a sua efetivação.

94. A inclusão dos serviços de esgotamento sanitário pertinentes ao Município de Arraial do Cabo ao contrato em vigor não viola a exigência de licitação porque tais serviços constavam do objeto da licitação realizada.

IV.4 - Alteração posterior para desfazer alteração anterior

95. Indo avante, não existe impedimento jurídico a que, ao longo da execução do contrato, adotem-se soluções distintas para a disciplina contratual. Não há impedimento jurídico a que a solução posterior consista no desfazimento do resultado produzido por uma alteração anterior.

IV.4.1 - A avaliação de conveniência e oportunidade

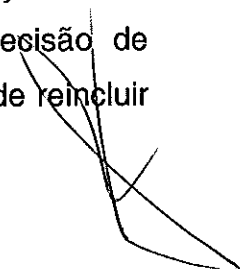
96. As modificações contratuais refletem, tal como exposto, competências discricionárias. Isso não significa, como visto, atribuição de autonomia de vontade similar àquela vigente no cenário do direito privado. Consiste num poder jurídico para adequar as condições da contratação às soluções mais satisfatórias para os interesses coletivos.

97. As variações ocorridas ao longo da vigência do contrato podem conduzir a modificações sucessivas, inclusive versando sobre o mesmo tema contratual. A alteração da disciplina específica sobre uma questão determinada não exaure a competência do poder concedente para introduzir alterações posteriores sobre aquela matéria.

98. Não existe, ademais, vedação a que a alteração contratual adotada num certo momento seja desfeita posteriormente. Pode-se exigir a existência de motivos apropriados e satisfatórios. Mas não há preclusão do poder jurídico de titularidade do sujeito estatal. A circunstância de haver deliberado pela exclusão de um serviço do âmbito de uma concessão não acarreta a vedação jurídica a que, posteriormente, seja deliberada a inclusão do mesmo serviço na outorga.

IV.4.2 - A ausência de *venire contra factum proprium*

99. Nem mesmo seria cabível afirmar que uma situação dessa ordem configuraria conduta contraditória da Administração. A decisão de excluir o serviço num dado momento não é conflitante com aquela de reincluir o mesmo serviço anos depois.



100. A ausência de contraditoriedade decorre de que as duas decisões administrativas não são entre si conflitantes. As circunstâncias que conduziram à primeira decisão podem ter deixado de existir ao longo do tempo. Aquilo que era a solução satisfatória e adequada num dado momento histórico pode deixar de sê-lo com o passar do tempo. O problema não é a decisão em si mesma, mas os motivos e as circunstâncias que conduziram à sua adoção.

101. Aliás, se assim não o fosse, existiria um impedimento absoluto à própria modificação contratual. Se a Administração estivesse impedida de alterar o entendimento anterior, então as condições constantes do edital teriam de ser observadas de modo imutável ao longo do contrato. Assim não o é e se reconhece que a Administração tem o dever de adequar as condições contratuais durante a execução da avença. Essa competência compreende inclusive o restabelecimento das condições originais, em virtude da alteração das circunstâncias que conduziram a uma alteração anterior.

IV.5 - O caso concreto: síntese

102. Em face de todos os pressupostos anteriores, cabe reconhecer que não existe impedimento jurídico ao restabelecimento, no caso concreto, da abrangência da outorga. A inclusão dos serviços de esgotamento sanitário pertinentes ao Município de Arraial do Cabo não infringe a licitação realizada. Apenas se verifica o restabelecimento das condições originais da outorga, tal como delineada por ocasião do certame que originou a concessão.

V - A suposição da alteração definitiva

103. Admita-se, apenas para argumentar, que o entendimento acima exposto fosse incorreto. Suponha-se que a redação adotada no Contrato teria consolidado uma situação definitiva.

104. É evidente que não se poderia negar que a licitação realizada compreendia a outorga dos serviços de esgotamento sanitário do Município de Arraial do Cabo. No entanto, imagine-se que, ao excluir tais serviços por ocasião da formalização da contratação, ter-se-ia criado uma situação definitiva. Seguindo essa linha de raciocínio, dir-se-ia que a posterior inclusão dos ditos serviços no âmbito da concessão não estaria respaldada por licitação.

105. Tal como já afirmado, essa orientação é juridicamente incorreta. No entanto e para fins de argumentação, adote-se esse posicionamento, consistente em supor que os serviços públicos de coleta e tratamento de esgoto do Município de Arraial do Cabo não estivessem compreendidos na outorga realizada em favor da Consulente. Ainda assim, permaneceria plenamente cabível a sua inclusão na concessão posteriormente.

VI - As espécies de contratos administrativos e a modificação

106. A disciplina jurídica da modificação dos contratos administrativos varia conforme a espécie contratual de que se trate.

VI.1 - Contratos de colaboração e de delegação

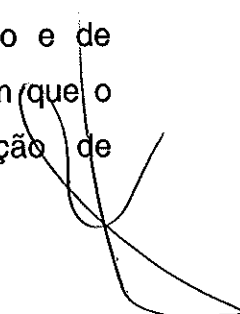
107. Os contratos administrativos propriamente ditos são aqueles em que pelo menos uma das partes integra a Administração Pública, sendo disciplinados pelo regime de direito público. Existem basicamente duas espécies de contratos administrativos propriamente ditos.

VI.1.1 - Os contratos de colaboração

108. Há os contratos de colaboração, disciplinados basicamente pela Lei nº 8.666. Configuram-se como um instrumento para que particulares estabeleçam um relacionamento em face de uma entidade integrante da Administração Pública. Por meio desses contratos, a Administração Pública contrata compras, vendas, serviços e obras. Os particulares executam as prestações contratuais em face da entidade contratante. Usualmente, esses contratos têm um prazo de vigência reduzido no tempo.

VI.1.2 - Os contratos de delegação

109. Já os contratos de delegação são subordinados à Lei nº 8.987 e a diversos outros diplomas. Por meio dessas contratações, a Administração atribui a um particular a implantação de um empreendimento, o qual envolverá atuação em face de terceiros. A prestação é executada pelo particular em benefício de um número indeterminado de sujeitos, mediante uma organização estruturada segundo os postulados empresariais. Basicamente, essas contratações assumem a feição de concessão e de permissão. Um dos aspectos característicos desse modelo reside em que o particular arca com os investimentos necessários à implantação de



infraestruturas e de serviços, recebendo uma remuneração correspondente aos benefícios ofertados. Justamente por isso, o prazo de vigência de tais contratos costuma ser muito mais longo do que se passa com os contratos de colaboração.

110. É relevante acrescentar que a evolução legislativa acabou propiciando a aproximação das duas categorias contratuais – sem que isso tenha importado o desaparecimento da distinção. Especificamente, a figura da concessão administrativa apresenta traços muito próximos dos contratos de colaboração, ainda que a modelagem contratual seja inerente à dos contratos de delegação.²

VI.1.3 - A distinção e o regime de alteração contratual

111. A distinção entre contratos de colaboração e de delegação é relevante para fins de exame da questão da modificação contratual. Assim se passa porque o regime da modificação contratual apresenta variações significativas nas duas espécies contratuais referidas.

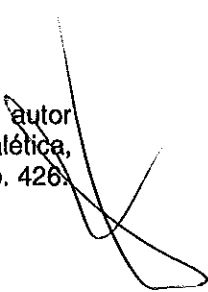
VI.2 - A alteração dos contratos de colaboração (Lei nº 8.666)

112. A modificação nos contratos de colaboração é disciplinada no art. 65 da Lei nº 8.666. Ali se impõem dois limites, a serem observados cumulativamente.

113. Por um lado, há um limite qualitativo. Não se admite modificação contratual que acarrete a desnaturação do objeto contratado. Isso não significa vedar a alteração da prestação a ser executada. Lembre-se que o próprio art. 65, inc. I, al. “a”, alude a alterações de projeto e especificações. Daí não se segue, no entanto, o cabimento de alterações que transformem a identidade do contrato.

114. A alteração, mesmo que refletindo o consenso entre as partes, não pode acarretar a substituição do objeto contratual por outro radicalmente distinto. É verdade que, nos casos concretos, há situações mais complexas, que podem gerar dúvidas. É evidente que existirá alteração indevida quando se pretender modificar um contrato de compra em um

² Para uma avaliação mais aprofundada sobre a distinção, confirmam-se as opiniões do autor em *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15. ed., São Paulo: Dialética, 2012, p. 806, e no *Curso de Direito Administrativo*, 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 426.



contrato de obra. Mas nem sempre é possível estabelecer um limite exato e preciso para modificações relevantes pertinentes à qualidade da prestação executada.

115. Por outro lado, há um limite quantitativo, previsto no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666³. Como regra, a modificação não pode acarretar a elevação em mais de 25% (ou 50%, em caso de contratações versando sobre reforma) do valor original atualizado do contrato.

116. Deve-se ter em vista que esses limites refletem as características dos contratos administrativos de colaboração. Tais contratos são custeados mediante recursos orçamentários. Seu objeto é predeterminado pela Administração Pública, que determina ao menos o projeto básico a ser observado⁴. O prazo da execução de tais contratos é relativamente reduzido. Isso tudo permite não apenas a previsão relativamente ao futuro, mas também reduz o risco de eventos supervenientes que alterem as condições pertinentes à execução do objeto.

VI.3 - A alteração nos contratos de delegação

117. A disciplina das alterações nos contratos de delegação é sensivelmente distinta.

VI.3.1 - As regras da Lei nº 8.987

118. O regime da alteração das concessões de serviço público é muito mais flexível do que aquela aplicável aos contratos de colaboração. Na Lei nº 8.987, não existem regras tão minuciosas sobre a modificação do objeto contratual. O § 4º do art. 9º estabelece que, *“Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”*. Essa regra evidencia a existência de uma competência estatal para promover a alteração unilateral do contrato.

119. O art. 23, inc. V, do referido diploma determina que o

³ O signatário, tal como a generalidade da doutrina, reconheceu que o limite quantitativo não seria aplicável às modificações ditas qualitativas. No entanto, essa orientação foi rejeitada pelo TCU. A interpretação prevalente na aplicação do direito é a de que o limite dos §§ 1º e 2º do art. 65 aplica-se não apenas às alterações ditas quantitativas, mas também às qualitativas. Para aprofundar o exame da questão, confirmam-se os *Comentários...*, 15. ed., cit. p. 924 e ss.

⁴ Nesse ponto, o regime do RDC contempla uma inovação, eis que o regime de contratação integrada comporta a transferência para o particular do poder-dever de elaborar o projeto básico.

contrato deverá contemplar cláusula relativa *“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 consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações”*. Mas essa determinação não significa que a competência estatal para as alterações seja instituída e limitada pelo contrato.

120. O dispositivo importa que as modificações **previsíveis** devem ser disciplinadas – o que não exclui a competência do poder concedente para promover modificações nas hipóteses de acontecimentos imprevisíveis.

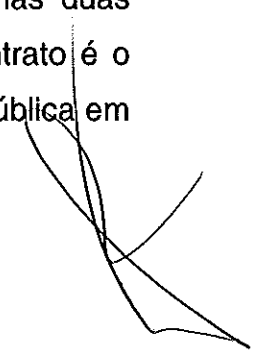
121. Aliás, nem poderia ser diverso o entendimento. A regra do art. 23, inc. V, da Lei nº 8.987 pode ser interpretada no sentido de que modificações supervenientes decorrentes de eventos previsíveis estarão desde logo disciplinadas no contrato. Portanto, a sua implementação até poderá dispensar uma manifestação de concordância do particular.

122. Já as modificações imprevisíveis dependerão de acordo entre as partes. Isso não significa a vedação à sua ocorrência, o que importaria consagrar o caos quando eventos imprevisíveis se consumassem durante a execução do contrato.

VI.3.2 - A ausência de limites explícitos na Lei nº 8.987

123. É relevante destacar, então, a ausência de regras explícitas na Lei nº 8.987 relativamente à alteração dos contratos de concessão de serviço público. Mais especificamente, não existem normas detalhadas sobre o tema, nem há um limite aritmético semelhante àquele estabelecido na Lei nº 8.666.

124. Não existe um limite quantitativo a ser observado nas alterações dos contratos de delegação. Não se aplica, nesse âmbito, a limitação a 25% do valor atualizado do contrato. Assim se passa, inclusive, porque o “valor do contrato” é um conceito radicalmente distinto nas duas espécies contratuais. Nos contratos de colaboração, o valor do contrato é o montante da remuneração a ser desembolsada pela Administração Pública em



favor do particular⁵. Já nos contratos de delegação, a remuneração a ser auferida pelo particular é indeterminada, eis que dependerá das circunstâncias. Os valores de desembolso a cargo do particular são variáveis, igualmente. Há uma estimativa, que poderá variar em vista das circunstâncias e que fica dependente da disciplina do caso concreto.

125. Isso não significa, como é evidente, a ausência de limites à alteração do contrato de concessão. O tema foi objeto de exame pelo signatário há muito⁶, mas comporta um aprofundamento.

VI.4 - As decorrências do regime jurídico da contratação

126. As características do regime jurídico da concessão de serviço público se refletem sobre a disciplina das modificações contratuais.

VI.4.1 - A exploração por conta e risco do particular

127. Na concessão de serviço público, existe a outorga ao particular da exploração de um serviço público por sua conta e risco⁷. Isso significa que o concessionário recebe a autonomia para organizar o empreendimento, visando ao exercício com o maior grau possível de eficiência. O Estado atribui ao particular o poder jurídico para realizar as escolhas empresariais.

VI.4.2 - A elaboração de projeto básico

128. O âmbito da autonomia do particular atinge o ponto de assumir a própria elaboração do projeto básico. Somente nas concessões antecedidas de execução de obra pública é que se exige que o edital contemple "*os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização*" (Lei nº 8.987, art. 18, inc. XV). Ou seja, não há necessidade de um projeto básico completo nem mesmo nessas hipóteses.

VI.4.3 - A incompletude das especificações adotadas

129. Sob outro enfoque, a concessão de serviço público envolve, como regra, a implantação de infraestruturas e de serviços dotados de

⁵ A asserção se aplica aos contratos de compra, serviços e obras. É evidente que não se aplica relativamente aos contratos de venda. Mas é até discutível a possibilidade jurídica de modificações contratuais nos contratos de alienação.

⁶ Sobre a questão, confira-se o entendimento do signatário em *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 443 e ss.

⁷ Essa formula verbal exige interpretação cautelosa. Sobre a questão, confira-se o entendimento do signatário em *Teoria Geral das Concessões...* cit., p. 332 e ss.

complexidade variável. Isso significa a impossibilidade de predeterminação exata das características das atividades a serem executadas. Nesse ponto, há diferenças marcantes entre a concessão e os contratos da Lei nº 8.666.

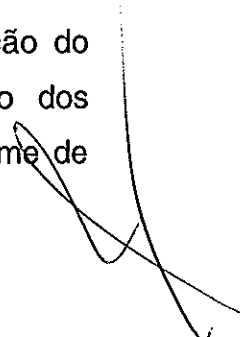
130. Numa contratação da Lei nº 8.666, é indispensável a determinação precisa e exata do objeto a ser executado. Qualquer alteração de projeto significa uma modificação relevante no objeto do contrato. Já numa concessão, o objeto a ser executado envolve a prestação do serviço público. As soluções técnicas previstas são relevantes, mas comportam alteração em vista das circunstâncias.

131. Um exemplo prático permite compreender a distinção. Suponha-se um contrato de obra pública para construção de uma usina hidrelétrica. A licitação pressuporá a determinação da tecnologia a ser adotada, o que incluirá por exemplo a identificação do tipo de turbina a ser utilizado. A alteração da especificação da turbina configurará modificação muito relevante, que poderá afetar a própria identidade do contrato. Diversamente se passa numa hipótese de concessão de serviço público de geração de energia elétrica. É perfeitamente possível que o edital nem sequer discrimine o tipo de turbina a ser utilizado. Portanto, caberá ao concessionário escolher o tipo adequado de turbina e arcar com os custos correspondentes.

132. Assim se passa porque o objeto a ser executado, numa concessão, é muito mais complexo do que o de um contrato da Lei nº 8.666. Em ambos os exemplos, existirá uma hidrelétrica a ser executada. A diferença residirá em que, no contrato de obra, todos os elementos fundamentais terão sido previamente determinados num projeto básico – isso se não existir o projeto executivo. Numa concessão, cabe ao particular a determinação das condições do empreendimento. Isso significa, portanto, que somente durante a execução do contrato haverá a especificação dessas informações.

VI.4.4 - A mutabilidade do serviço público

133. Uma característica essencial do regime de serviço público reside na mutabilidade. Essa peculiaridade apresenta especial relevância quando se tenha produzido a delegação a um particular da exploração do serviço. O serviço público reflete a indisponibilidade da satisfação dos interesses a serem atendidos. Sob um certo prisma, a adoção do regime de



serviço público reflete a decisão da Nação de retirar a satisfação de um interesse do âmbito das escolhas próprias à concepção da livre iniciativa.

134. Mas a indisponibilidade da satisfação dos interesses relacionados ao serviço público também significa o dever de adaptar as soluções segundo a variação das circunstâncias. Novas necessidades, surgidas em vista da alteração do cenário fático, podem ser incorporadas ao âmbito do serviço público. Novas soluções para a prestação do serviço público devem ser adotadas à medida que a ciência e o conhecimento evoluam.

135. A mutabilidade é uma decorrência do dever de atualidade que caracteriza o serviço público. Manter o serviço adequado significa propiciar a alteração das condições originalmente estabelecidas. Isso significa que a disciplina jurídica estabelecida a propósito de um serviço público não é imutável, mas comporta permanente e inevitável alterabilidade. É indispensável assegurar a atualidade dos serviços, das técnicas e das condições de sua prestação.

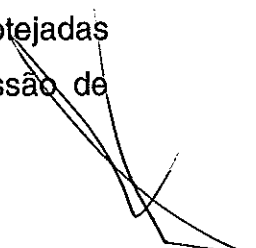
VI.4.5 - As contratações de longo prazo

136. Mas o problema da variação contratual também envolve a existência de empreendimentos a serem executados em períodos mais longos de tempo. Como regra, os contratos da Lei nº 8.666 devem ser contratados para execução durante o prazo de vigência da lei orçamentária. Excepcionalmente, admite-se a contratação com execução superior a esse prazo desde que o objeto esteja incluído no plano plurianual. Essas são as regras do art. 57, *caput* e inc. I, da Lei nº 8.666.

137. O problema do prazo é muito distinto no âmbito das concessões de serviço público. Como regra, o prazo deve ser aquele necessário para assegurar a amortização dos investimentos. Quanto maior o prazo, tanto mais reduzidas tendem a ser as tarifas. No entanto, a elevação do prazo acarreta a ampliação do risco de serem necessárias alterações relevantes no tocante às condições originais da contratação.

VI.5 - As concessões como contratações incompletas

138. É correto afirmar que as concessões de serviço público se configuram como contratações incompletas, especialmente quando cotejadas com os contratos da Lei nº 8.666. A asserção indica que a concessão de



serviço público envolve uma finalidade a ser atendida, mediante soluções, meios e condições que se encontram estipulados de modo inicial. Ao longo da execução do contrato, serão estabelecidas as condições precisas e exatas das obrigações das partes.

VI.5.1 - A competência regulatória do poder concedente

139. A afirmativa da existência de um contrato incompleto não significa a ausência de regras a serem observadas no relacionamento entre poder concedente e concessionário. O que se afirma é a existência de uma competência regulatória na titularidade do poder concedente.

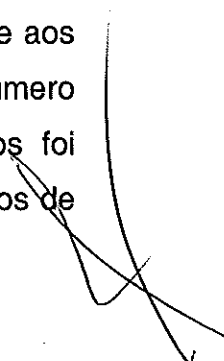
140. Nesse ponto, a distinção entre os contratos da Lei nº 8.666 e as concessões de serviço público são muito claras. Ao longo de um contrato da Lei nº 8.666, a autoridade administrativa exercita uma tarefa essencialmente de aplicação das condições contratuais. Eventualmente, serão necessárias modificações das condições originalmente previstas, observados os limites pertinentes.

141. Já nas concessões, admite-se que as condições originais são um marco inicial e incompleto, que serão complementadas ao longo da execução do contrato. Cabe ao poder concedente (ou a uma autoridade administrativa independente) determinar as condições específicas que complementares às regras contratuais.

VI.5.2 - A concepção da adaptabilidade da contratação

142. Isso significa que as concessões de serviço público, desde o seu momento original, são concebidas como contratações em aberto. Não é possível estabelecer um modelo único e invariável para todas as concessões. Algumas comportam determinação mais precisa e exata do que outras. Mas é ponto comum a todas a característica da adaptabilidade e da mutabilidade das condições essenciais.

143. Ainda que o contrato não preveja expressamente tais modificações, reputa-se que a natureza do objeto contratual comporta alterações dessa natureza. Um exemplo pode ser lembrado relativamente aos próprios serviços de saneamento básico. Depois da CF/88, um grande número de concessões de serviço público de coleta e tratamento de esgotos foi outorgada com previsão de universalização do serviço em períodos longos de



tempo. Houve uma tomada de posição da sociedade para exigir a universalização em prazos mais reduzidos. Isso conduziu à necessidade de alteração das outorgas existentes, o que envolveu modificações relevantes e significativas. Grande parte das outorgas nesse setor sofreu modificações para elevar as exigências assumidas pelos concessionários, o que envolvia elevação e antecipação de investimentos. Em muitos casos, houve a necessidade de inclusão no âmbito da concessão de obras não previstas originalmente. Todas essas modificações foram reputadas como compatíveis com as outorgas existentes, mesmo que envolvessem alterações muito relevantes e significativas.

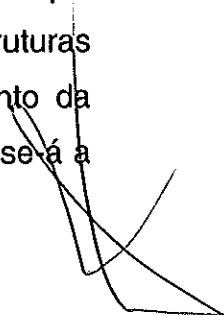
VI.6 - A questão da identidade do objeto

144. As considerações anteriores não equivalem ao reconhecimento da ausência de limites à competência do poder concedente para alterar as condições predeterminadas no edital. Nem equivale a reconhecer poderes incondicionados à autoridade investida da competência regulatória.

VI.6.1 - A vedação à alteração do objeto licitado

145. A concessão envolve uma outorga pertinente a um objeto, cuja identidade não pode ser transmutada ao longo da contratação. Isso envolve uma avaliação do caso concreto, eis que a expressão “objeto” não apresenta um significado preciso e determinado. Não é possível estabelecer uma regra abstrata, que compreenda todos os casos e que possa ser aplicada de modo aritmético.

146. Um exemplo permite compreender a dificuldade prática da questão. Suponha-se uma concessão para abastecimento de água tratada. Imagine-se que o edital tenha previsto a implantação de duas estações de tratamento de água. Admita-se que, durante a execução do contrato, verificasse a necessidade de implantação de mais uma estação. Essa alteração não afeta a identidade do contrato. O mesmo se pode dizer se houver a necessidade de alteração da tecnologia para tratamento da água – ainda que isso acarrete modificações relevantes no tocante às infraestruturas necessárias. Ainda que inovações quanto aos processos de tratamento da água demandem novas concepções relativamente às estações, manter-se-á a



identidade do contrato original.

VI.6.2 - O núcleo do problema

147. Alguém poderia indagar o fundamento normativo da vedação à alteração radical do objeto licitado. Afinal, não existe nenhum elemento normativo explícito que dê respaldo à afirmativa anterior. A questão se relaciona com a seleção do particular e com a determinação da proposta mais vantajosa.

VI.6.3 - Os limites do direito público

148. No âmbito de contratações puramente privadas, não existe dificuldade no tocante a modificações contratuais. Havendo acordo entre as partes, não há impedimento a que as condições originais sejam alteradas na mais ampla extensão.

149. A razão jurídica para o impedimento à modificação contratual no âmbito do direito público envolve aspectos não cogitados relativamente aos sujeitos privados.

150. Em primeiro lugar, existe a problemática da alteração por vontade unilateral de uma das partes. Essa solução, como regra, não é admitida no âmbito do direito privado. Portanto, o primeiro limite à modificação radical do objeto contratual se relaciona com a vedação à submissão do particular a deveres e obrigações insuportáveis. Se fosse possível a modificação unilateral ilimitada do contrato administrativo, os particulares não se disporem a contratar com a Administração Pública ou exigiriam contrapartidas muito elevadas.

151. Em segundo lugar, a contratação administrativa é subordinada a uma licitação prévia. A alteração radical do objeto torna inútil a licitação. E isso produz duas ordens de efeitos jurídicos. Por um lado, potenciais competidores deixam de participar do certame – se as condições adotadas depois da modificação contratual tivessem sido consagradas desde o início, eventualmente haveria a possibilidade de competição mais ampla. Em outras palavras, a alteração do contrato pode tornar o objeto contratual mais atraente do que se afigurava inicialmente.

152. Por outro lado, a licitação envolveu a apresentação da proposta mais vantajosa possível. Ao selecionar o licitante vencedor, o poder

público tomou em vista uma certa concepção para execução do objeto. Alterado radicalmente o objeto, torna-se questionável a vantajosidade da proposta selecionada. Afinal, a seleção do vencedor no procedimento licitatório tomou em vista a proposta para execução de objeto distinto daquele resultante da alteração contratual.

153. Essas ponderações justificam a vedação à alteração radical do objeto. No entanto, elas também comportam critérios e soluções jurídicas para neutralização dos impedimentos.

VI.6.4 - A primeira questão: a concordância da parte

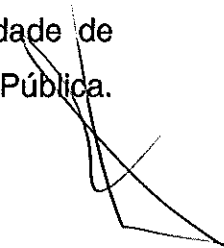
154. O primeiro obstáculo pode ser afastado mediante a exigência de concordância entre as partes. Uma alteração consistente e significativa do objeto contratual não configurará violação à disciplina jurídica nem introduzirá elementos negativos no desempenho da atividade empresarial se houver a submissão à exigência de concordância entre as partes. Ou seja, a competência para alteração do contrato por determinação unilateral da Administração Pública não pode apresentar extensão tão ampla que afete radicalmente o objeto. Mas esse problema não se põe quando o particular manifestar a sua concordância com as novas condições.

155. Lembre-se que essa solução está consagrada no próprio art. 65, inc. II, al. "d", da Lei nº 8.666. Quando se trata de modificações decorrentes de eventos imprevisíveis, estranhos à álea ordinária, exige-se a concordância entre as partes. Isso se destina a evitar que o particular seja constrangido a executar um contrato radicalmente distinto daquele a que se propusera. Portanto, reduzem-se os riscos do particular e se evita que a ampliação das competências estatais gere situação de insegurança insuportável para os particulares.

156. Mas a concordância das partes não é suficiente para eliminar a problemática da licitação e de seus efeitos vinculantes.

VI.6.5 - A vedação à frustração da competição

157. É evidente que o princípio da vinculação à licitação não pode ser levado a ponto de impedir modificações na contratação original. Uma das características da contratação administrativa reside na possibilidade de sua modificação, inclusive pela vontade unilateral da Administração Pública.



Portanto, deve-se interpretar de modo sistemático a afirmativa de que a contratação deve ser executada em termos estritamente vinculados ao conteúdo da licitação e da proposta.

158. Devem ser respeitadas as condições originais da licitação e da proposta, mas se admitem alterações destinadas a adequar o objeto às necessidades coletivas. Em princípio, alterações de pequena dimensão são admissíveis. No entanto e como visto, não há modo de estabelecer um critério aritmético para determinar o limite para alterações, especificamente no tocante a concessões de serviço público.

159. O que não se pode admitir é que as alterações sejam aptas a comprometer a competitividade da licitação anterior. O princípio da isonomia estaria comprometido se fosse facultado realizar uma licitação e, depois de selecionado o vencedor, estabelecer condições mais atraentes, facilitadas e simples para execução do objeto. Somente se admitem modificações necessárias à satisfação das necessidades coletivas. Mais ainda, somente é correto juridicamente determinar supervenientemente condições que não frustrem a competição tal como originalmente prevista.

160. Então, se a licitação original contemplara certas condições que impediam a ampla competição, não é cabível promover alteração que elimine as restrições. As modificações nunca poderão, então, conduzir a um contrato mais simples, menos complexo do que aquele originalmente previsto. Isso não afasta, como é evidente, a necessidade de avaliar a variação no tocante a vantagens e a encargos produzida em vista da modificação.

161. A afirmativa não equivale a afirmar que seria vedada qualquer alteração que fosse apta a criar vantagens originalmente não existentes. Não é isso que se afirma. O que se defende é que o conjunto das vantagens e encargos produzidos em virtude da alteração não pode conduzir a um cenário radicalmente distinto daquele originalmente existente.

VI.7 - O caso concreto: a ausência de desnaturação da outorga

162. A inclusão de serviços de esgotamento sanitário não configura alteração incompatível com a outorga existente.

VI.7.1 - A consideração do caso concreto

163. O exame da inovação em face do objeto da contratação

deve necessariamente tomar em vista a outorga concretamente existente. Isso significa examinar o objeto e as condições da concessão outorgada.

164. Apenas para fins de argumentação, pode-se ignorar que a licitação previra que a outorga compreenderia os serviços de esgotamento sanitário do Município do Arraial do Cabo. Tal como exposto acima, ignore-se esse dado.

165. Segundo esse enfoque, deve-se tomar em vista a existência de um concessão que compreende os serviços públicos de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgotos das áreas urbanas dos Municípios de Cabo Frio, São Pedro da Aldeia, Iguaba Grande e Armação de Búzios e dos serviços públicos de abastecimento de água das áreas urbanas de Arraial do Cabo. A modificação considerada envolve a inclusão dos serviços públicos de coleta e tratamento de esgotos das áreas urbanas do Município de Arraial do Cabo.

166. Ou seja, a outorga vigente compreende não apenas os serviços de abastecimento de água quanto a cinco Municípios. Também abrange os serviços de coleta e tratamento de esgotos de quatro desses cinco Municípios. A alteração considerada consiste na inclusão dos serviços de coleta e tratamento de esgotos quanto ao quinto Município.

167. Não se pode afirmar que essa modificação configuraria uma alteração radical do objeto da outorga, da sua desnaturação, de uma transmutação da outorga. A concessão já compreende os referidos serviços (de coleta e tratamento de esgotos) na área urbana dos outros quatro Municípios. A modificação propiciará, tão somente, a ampliação da abrangência da concessão para um dos Municípios outorgantes e relativamente a uma parcela dos serviços.

168. Não seria excessivo afirmar, portanto, que a modificação em questão refere-se a uma mera questão geográfica. A modificação não conduz ao surgimento de uma outorga não existente – eis que a Consulente é titular da concessão da mesma espécie de serviços nos outros quatro Municípios. Envolve a extensão da outorga para uma área geográfica mais ampla. Não se contraponha que o território de cada Município representa uma unidade política distinta. O argumento é procedente, mas esbarra numa circunstância



do caso concreto. Ocorre que os cinco Municípios se congregaram para produzir uma outorga conjunta e harmônica de serviços públicos de saneamento básico de interesse comum. Portanto, existe uma manifestação de vontade inclusive do Município de Arraial do Cabo de participar dessa solução.

VI.7.2 - A inaplicabilidade do argumento da distinção dos serviços

169. Portanto, nem é aplicável o argumento de que serviços de fornecimento de água são qualitativamente distintos dos serviços de coleta e tratamento de esgotos – afirmativa que pode ou não ser procedente, a depender das circunstâncias.

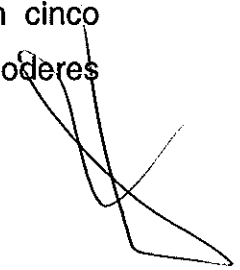
170. No caso concreto examinado, existe outorga que compreende **ambos** os serviços. A modificação não consiste em adicionar à concessão serviços públicos nela até então não previstos. A situação concreta não se confunde com a hipótese de uma concessão abrangente apenas do fornecimento de água ser ampliada para compreender também a coleta e o tratamento de esgotos. Insista-se em que a concessão examinada já compreende os serviços de coleta e tratamento de esgotos.

171. O argumento não equivale a reconhecer que existiria vedação a incluir numa concessão de fornecimento de água a coleta e tratamento de esgotos. Essa questão não pode ser resolvida de modo teórico, mas depende do exame de um caso concreto. O argumento ora utilizado apenas assinala que nem sequer essa controvérsia existe no caso.

VI.7.3 - O descabimento da dissociação dos Municípios

172. O enfoque acima não poderia ser atacado mediante o argumento de que caberia examinar a outorga relativamente a cada Município, argumento que conduziria à tese de que a Consulente seria titular da concessão exclusivamente do fornecimento de água relativamente ao Município de Arraial do Cabo.

173. Essa argumentação é incompatível com os fatos e com a disciplina jurídica adotada. Houve uma licitação **única**, de que resultou um contrato **único** entre cinco Municípios e a Consulente. Não existem cinco concessões, mas uma outorga única compreendendo cinco poderes concedentes e uma concessionária.



174. Pretender dissociar a outorga única, objeto de uma só licitação, em cinco vínculos jurídicos distintos conduziria, isto sim, a desnaturar o vínculo jurídico instaurado. Agregar o serviço de coleta e tratamento de esgotos em um dos Municípios outorgantes não viola a outorga existente. Afirmar que existem cinco outorgas e que cada qual deve ser considerada como um vínculo jurídico autônomo é incompatível com a disciplina jurídica adotada.

VI.7.4 - Síntese

175. A incorporação dos serviços de coleta e tratamento de esgoto na área urbana do Município de Arraial do Cabo não configura, portanto, uma modificação essencial do contrato de concessão em vigor. Trata-se de adicionar a área do referido Município à prestação de parcela de serviços já compreendidos no âmbito da outorga tal como se encontra presentemente em vigência.

VII - A questão da inviabilidade da competição

176. O exame anterior é complementado por uma avaliação de outra ordem, que confirma a conclusão atingida. A outorga dos serviços públicos de coleta e tratamento de esgoto da área urbana do Município de Arraial do Cabo não pode ser realizada para um terceiro em virtude da inviabilidade de competição. Admitindo-se, para argumentar, que a incorporação desses serviços configurasse uma alteração radical da outorga, ter-se-ia de convir com a inexigibilidade de licitação no caso concreto.

VII.1 - O cabimento da contratação direta de concessão

177. A primeira questão a ser enfrentada se relaciona com o cabimento de outorga de concessão sem licitação, nas hipóteses de inviabilidade de competição. A questão desperta alguma controvérsia em virtude da redação do art. 175 da CF/88.

VII.1.1 - As regras do art. 37, inc. XXI, e do art. 175

178. No art. 37, inc. XXI, está fixado que *“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação...”*.

179. Por outro lado, o art. 175 estabelece que *“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou*

186. A diferença mais marcante entre interpretação de texto legislativo e de ato jurídico privado não reside na margem de autonomia do intérprete. O ponto significativo é a **finalidade** buscada. O intérprete do ato jurídico privado busca descobrir a vontade da parte. Quando se trata de texto legislativo, busca-se revelar a ***mens legis***, entendida como algo totalmente distinto da *mens legislatoris*. Um dado que peculiariza a norma legal é sua dissociação da vontade do legislador. O texto legislativo não é um veículo de exteriorização da "vontade" de um legislador (individual ou coletivo). O conteúdo, significado e extensão das normas legais decorrem do conjunto sistemático do ordenamento jurídico.

187. Por isso, as palavras permitem a revelação (quando muito) da *mens legislatoris* – a qual não apresenta relevância jurídica. Reconhece-se que a vontade normativa é autônoma em relação àquela exteriorizada pela pessoa que redigiu o texto legal.

VII.1.4 - Dois exemplos práticos

188. Bastam dois exemplos práticos para demonstrar a improcedência da tese da vedação absoluta à contratação direta para outorga de concessões. São hipóteses em que é irrefutável o cabimento de delegação de serviço público a particular **sem** licitação.

189. O primeiro caso é o da emergência. Suponha-se que ocorra a falência de um concessionário de serviço público de transporte coletivo. A Administração poderá (deverá) outorgar, sem licitação, permissão para exploração da atividade⁸. O princípio da continuidade do serviço público exige que seja mantido o desempenho da atividade necessária à satisfação das necessidades coletivas.

⁸ Alguém poderia sustentar que o caso conduziria a uma autorização de serviço público. Em algumas situações, a autorização seria a solução apropriada. Mas não caberia a autorização em hipóteses nas quais se fizesse necessária uma atuação contínua. A autorização se refere a casos de excepcionalidade, em que o serviço público será prestado pelo particular durante brevíssimo espaço de tempo. Assim, por exemplo, a Lei Federal nº 10.233 determina, no art. 49, que "É facultado à Agência autorizar a prestação de serviços de transporte sujeitos a outras formas de outorga, em caráter especial e de emergência". E o § 1º do mesmo dispositivo estabelece que "A autorização em caráter de emergência vigorará por prazo máximo e improrrogável de cento e oitenta dias, não gerando direitos para continuidade de prestação dos serviços". Se houver necessidade de uma outorga por prazo superior a cento e oitenta dias, a solução será uma permissão, a ser outorgada sem licitação. Por outro lado, é evidente que essa autorização para serviço público não se confunde com a autorização para a exploração de atividades econômicas sob regime de direito privado.

190. Não se contraponha que permissão de serviço público é instituto jurídico distinto da concessão. Esse argumento é imprestável porque o art. 175, ao estabelecer a obrigatoriedade da licitação, faz explícita alusão tanto à concessão como à permissão. O texto constitucional utiliza a expressão **sempre** tanto em relação à concessão como quanto à permissão.

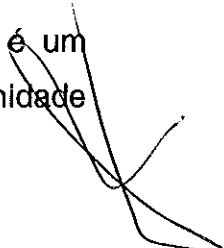
191. Logo, admitir a ressalva para a permissão significa reconhecer que o art. 175 necessita ser interpretado em termos. Tal como o **sempre** não é absoluto em relação à permissão também pode não o ser quanto à concessão.

192. Para confirmar a orientação, pode-se fornecer exemplo de inexigibilidade de licitação em relação a uma concessão. Suponha-se a existência de um único particular em condições de ser contratado para a concessão do serviço público. Tal se passaria, por exemplo, se o Estado escolhesse uma tecnologia objeto de patente de invenção para a prestação de um serviço público (de telecomunicações, por exemplo). Nesse caso, o próprio Direito asseguraria ao titular do invento o direito de exclusividade na sua exploração. Logo, somente se poderia fazer a concessão de serviço público em favor do titular do privilégio de invenção. Estar-se-ia diante de uma situação de inviabilidade de competição, eis que não haveria outra alternativa para o poder concedente senão escolher o único particular em condições de desempenhar a atividade necessária à satisfação dos interesses coletivos.

193. Portanto e não obstante a redação textual do art. 175 da CF/88, é perfeitamente cabível a outorga de concessão **sem** licitação. Embora impertinentes ao caso, os dois exemplos confirmam que o art. 175 da CF/88 não pode ser interpretado literalmente. É necessário ter em mente os fins buscados pela norma e os diferentes princípios consagrados constitucionalmente, tal como abaixo exposto.

VII.1.5 - O método sistemático na interpretação constitucional

194. Para fins de interpretação-aplicação da Constituição, o método mais adequado é o sistemático, o qual se fundamenta tanto na superioridade hierárquica das normas constitucionais como no postulado da integração dos princípios constitucionais entre si. A Constituição não é um conjunto de compartimentos autônomos e estanques. Há uma unidade



insuprimível na Constituição. Como ensina CANOTILHO, *“Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”*⁹.

VII.1.6 - Contratação administrativa na sistemática constitucional

195. Ora, é inquestionável que a disciplina contemplada no art. 175 se relaciona com aquela delineada, em termos muito mais genéricos e amplos, no art. 37, inc. XXI, também da CF/88. Ali se determina que os contratos administrativos sejam pactuados mediante licitação pública, *“ressalvados os casos especificados na legislação”*. A conexão inafastável entre as duas disposições conduz à impossibilidade de interpretação segregada entre elas.

VII.1.7 - A interpretação literal e seu defeito

196. Alguém poderia aferrar-se à interpretação literal e insistir que o dispositivo referido (art. 37, inc. XXI) diz respeito apenas a *“obras, serviços, compras e alienações”*, daí se inferindo a não abrangência a concessões e a permissões.

197. Evidencia-se a incorreção do raciocínio, eis que interpretação literal restritiva resultaria em submeter à disciplina do inc. XXI do art. 37 da CF/88 apenas as modalidades contratuais explicitamente ali referidas. Portanto, todas as contratações que não se enquadrassem no conceito de *obras, serviços, compras e alienações* não estariam subordinadas à regulação ali prevista.

198. Essa interpretação produziria efeitos descabidos. Assim, por exemplo, as concessões e permissões de uso de bens públicos poderiam ser contratadas sem licitação – na exata medida em que esses institutos não foram referidos expressamente pelo referido art. 37, XXI. Essa tese seria absolutamente contrária à Constituição.

199. Como resultado, ter-se-ia de convir, por exemplo, com a dupla inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.666, que determina que as

⁹ *Direito Constitucional*, 5ª ed., Lisboa: Almedina, 1992, p. 233. No mesmo sentido, PIETRO MEROLA CHIERCHIA, *L'Interpretazione Sistemática della Costituzione*, Padova: Cedam, 1978, p. 207 e ss.



“obras, serviços ..., compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, ... serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

200. Haveria a primeira inconstitucionalidade pela submissão das concessões e permissões de bens públicos e de locações ao regime de licitação – algo que, seguindo essa linha, não estaria contemplado explicitamente na Constituição.

201. E haveria um segundo vício por se facultar a contratação direta (sem licitação) de concessões e permissões, eis que as concessões de serviços públicos estariam sujeitas ao art. 175, mas não ao art. 37, inc. XXI, ambos da CF/88. Como aquele não previu explicitamente a possibilidade de contratação direta, ter-se-ia de reconhecer o defeito da disciplina normativa.

202. Alguém poderia argumentar que a primeira inconstitucionalidade não existiria, eis que a previsão constitucional impondo a obrigatoriedade da licitação poderia ser ampliada por lei ordinária.

203. Mas os adeptos da tese não podem negar que o art. 2º da Lei nº 8.666 expressamente determina que as *“concessões e permissões”* serão antecedidas de licitação **exceto** quando a contratação direta for autorizada. A redação do dispositivo examinado é clara e inquestionável. Enquanto o art. 175 da CF/88 determina que a delegação **sempre** será antecedida de licitação, o art. 2º da Lei nº 8.666 estabelece que as concessões e permissões poderão ser contratadas sem licitação (nos casos previstos em lei).

204. Mas a contradição acima apontada é meramente aparente. É inquestionável que o art. 2º da Lei nº 8.666 não padece de qualquer inconstitucionalidade. Nem o art. 175 pode ser interpretado isoladamente nem o art. 37, inc. XXI, aplica-se exclusivamente às modalidades de contratação expressamente nele referidas.

VII.1.8 - A natureza ampla do art. 37, inc. XXI, da CF/88

205. O art. 37 da CF/88 disciplina de modo amplo toda e qualquer atividade da Administração Pública. Ali estão contidos os princípios fundamentais, aplicáveis inclusive nas hipóteses de intervenção no domínio econômico. Bem por isso, o inc. XXI disciplina toda e qualquer contratação

administrativa (e não apenas as espécies contratuais explicitamente ali referidas).

206. A delegação a um particular de uma concessão de serviço público é uma atividade administrativa subordinada ao art. 37. Os princípios gerais ali estabelecidos incidem sobre o caso.

207. Bem por isso, ainda que o art. 175 da CF/88 não existisse, continuaria a ser obrigatória a licitação para outorga de concessão de serviço público. Assim se imporia em vista da natureza ampla e geral da norma constante do art. 37, inc. XXI, da mesma Constituição.

VII.1.9 - A diferenciação injustificada

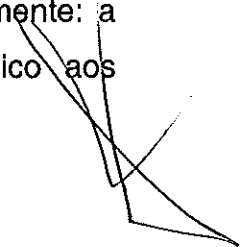
208. Mais ainda, o argumento da especialidade do art. 175 funda-se numa pressuposição indefensável. Trata-se de supor que a Constituição teria adotado duas soluções distintas para hipóteses rigorosamente semelhantes, substancialmente idênticas.

209. Ter-se-ia de reconhecer que existiria alguma característica diferencial na outorga de concessões de serviço público em face dos demais contratos administrativos. Daí se seguiria que a Constituição teria imposto de modo absoluto a licitação prévia para concessões, adotando uma solução distinta relativamente aos demais contratos administrativos.

210. Ora, basta uma indagação para demonstrar a improcedência desse raciocínio: por que motivo a Constituição teria reputado cabível contratação direta em contratos versando sobre *obras, serviços, compras e alienações* e teria proibido sua ocorrência quanto a concessões e permissões de serviço público?

211. Não há resposta satisfatória para essa indagação. É evidente que os mesmos princípios fundamentais norteiam toda e qualquer contratação promovida pela Administração Pública. Isso significa o dever de promover sempre a contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia.

212. Lembre-se que a licitação não é um fim em si mesmo, mas é o instrumento para promover dois fins prestigiados constitucionalmente: a obtenção da contratação mais vantajosa e o tratamento isonômico aos particulares interessados.



213. A incidência desses dois princípios se faz de modo equivalente em face de qualquer contratação administrativa, independentemente do regime jurídico preponderante. Por isso, é obrigatória a licitação para contratos de direito privado tal como também o é para qualquer outra contratação. Mas a contratação direta poderá ser imposta **se** estiverem presentes determinados pressupostos. E assim se passará em vista de qualquer contratação administrativa.

VII.1.10 - A identidade das circunstâncias

214. A ressalva atinente à contratação direta, contida no art. 37, inc. XXI, foi adotada em vista de certas circunstâncias, cuja ocorrência pode-se verificar em qualquer modalidade de contratação (inclusive nas concessões de serviço público).

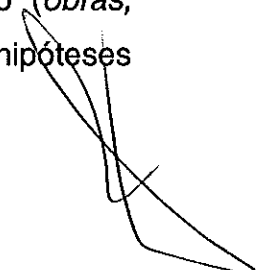
215. Essa interpretação se impõe não apenas pela natureza geral e abrangente das normas contempladas no art. 37, inc. XXI, da CF/88. Mais ainda, a ressalva autorizando a contratação direta decorre da própria natureza do instituto da licitação e de outros princípios constitucionais.

216. Existem situações em que a licitação se configurará como impossível (por ausência de viabilidade de competição), tal como existirão casos em que a obrigatoriedade da licitação ofenderia ao princípio da proporcionalidade.

217. As situações de inexigibilidade e de dispensa, sistematizadas pela Lei nº 8.666 para as contratações em geral, retratam eventos e circunstâncias cuja ocorrência podem perfeitamente verificar-se em relação às hipóteses de delegação de serviços públicos para a iniciativa privada.

218. Mais precisamente, os mesmos fundamentos pelos quais se admite contratação direta em relação a *obras, serviços, compras e alienações* podem verificar-se no tocante à concessão ou permissão de serviço público.

219. Os motivos pelos quais se admite a possibilidade de contratação direta no tocante aos contratos ditos de colaboração (*obras, serviços, compras*) não são necessariamente incompatíveis com as hipóteses de contratação de atribuição (*alienações, concessões e permissões*).



VII.2 - A inevitabilidade da inexigibilidade de licitação

220. As considerações acima são confirmadas por um argumento que, ao ver do signatário, é irrefutável. Trata-se da impossibilidade de eliminar as hipóteses de inviabilidade de competição. A vontade legislativa – mesmo constituinte – é insuficiente para excluir a consumação de situações em que a competição é inviável. Portanto, sempre existirão casos de inexigibilidade de licitação.

VII.2.1 - A diferenciação entre dispensa e inexigibilidade

221. A contratação direta, no Direito brasileiro, verifica-se em vista da dispensa ou da inexigibilidade de licitação. As duas figuras são inconfundíveis e a sua diferenciação permite compreender a razão pela qual é inafastável admitir a ausência de licitação nas concessões de serviço público por efeito da inexigibilidade de licitação.

222. Nos casos de dispensa de licitação, a lei elimina a obrigatoriedade da licitação por reputar inconveniente sua efetivação. Trata-se de aplicar o princípio da proporcionalidade e verificar que a realização da licitação produziria efeitos negativos quanto à concretização de outros valores protegidos juridicamente.

223. A lei estabelece um rol taxativo dos casos de dispensa, com base em um critério de avaliação dos benefícios (possíveis) e dos prejuízos (inevitáveis) que poderiam concretizar-se em virtude do desenvolvimento do procedimento licitatório em cada caso. Em tais hipóteses, a autorização legal para contratação direta deriva da previsão do legislador de prejuízos superiores aos potenciais benefícios.

224. É fundamental destacar que, nos casos de dispensa, o legislador exaure a especificação dos casos de contratação direta. Por isso, a dispensa de licitação depende de previsão explícita em lei, cujo rol é exaustivo e não pode ser ampliado.

225. Já a inexigibilidade de licitação envolve a inutilidade ou impossibilidade de licitação, independentemente da vontade do legislador¹⁰. A inexigibilidade de licitação não depende da previsão ou autorização legislativa

¹⁰ Sobre o conceito de inexigibilidade de licitação, confira-se a obra do signatário: *Comentários...* 15. ed., cit. p. 405 e ss..



(contrariamente ao que se passa com a dispensa), na medida em que reflete uma situação do mundo dos fatos que é incompatível com a licitação.

VII.2.2 - A complexidade do conceito de inviabilidade de competição

226. O conceito de inviabilidade de competição é complexo e abrange hipóteses heterogêneas. O exame do art. 25 e de seus parágrafos da Lei nº 8.666 é muito elucidativo.

227. O inc. I do art. 25 trata dos casos de inviabilidade de competição por ausência de competição. O inc. II dispõe sobre hipóteses de impossibilidade de julgamento objetivo quanto à aptidão para o desempenho de serviços técnico-científicos especializados de objeto singular. O inc. III refere-se à contratação fundada em critérios artísticos. Mas essas situações são meramente exemplificativas.

228. Isso significa que a inviabilidade de competição compreende toda e qualquer situação em que a escolha do particular a ser contratado não comporta uma competição norteadas por critérios rigorosamente objetivos.

VII.2.3 - A impossibilidade de transformar inviabilidade em viabilidade

229. A inviabilidade de competição se **superpõe** à vontade legislativa (inclusive constitucional). Não reflete uma avaliação jurídica, mas decorre das circunstâncias do mundo real. As hipóteses de inexigibilidade de licitação retratam, por isso, o mero reconhecimento por parte do legislador quanto à inadequação da licitação para produzir o contrato mais vantajoso, com a observância do princípio da isonomia.

VII.2.4 - A inviabilidade de competição relativamente às concessões

230. A inviabilidade de competição pode ocorrer não apenas relativamente aos contratos de colaboração. É viável a sua ocorrência relativamente aos contratos de delegação. Mais precisamente, não existe uma característica jurídica inerente aos contratos de delegação que acarrete a eliminação da inviabilidade de competição.

VII.3 - Síntese: a orientação mais satisfatória

231. A tese acima desenvolvida foi adotada pelo signatário há longo tempo. Em 1997, exteriorizou esse entendimento a propósito do art. 14 da Lei nº 8.987/1995, afirmando que, "*Embora o silêncio da Lei nº 8.987, é admissível a contratação direta, sem prévia licitação, para concessões e*

*permissões*¹¹. O raciocínio foi desenvolvido de modo um pouco mais extenso posteriormente¹².

232. As hipóteses de contratação direta, no âmbito da delegação de serviço público, são muito mais raras do que se passa nos contratos de colaboração. Essa ponderação foi realizada pelo próprio signatário anteriormente¹³.

233. A natureza das atividades objeto de delegação conduz, normalmente, à viabilidade de competição entre diversos agentes econômicos. Existe usualmente a pluralidade de alternativas equivalentes para a Administração e a seleção dos potenciais interessados faz-se segundo critérios objetivos, especialmente porque a prestação de serviço público geralmente envolve o fornecimento de utilidades materiais comparáveis objetivamente entre si.

234. Mas daí não se segue a impossibilidade absoluta de configuração de inviabilidade de competição para a delegação da competência a um particular.

235. Ou seja, a conclusão atingida é a de que o art. 175 da CF/88 não importa vedação à delegação de concessões e permissões **sem** prévia licitação, nas hipóteses em que tal se afigure inviável ou se tal for imposto em vista do princípio da proporcionalidade. Enfim, deve-se interpretar a expressão “sempre” no sentido de “sempre que possível e cabível”.

VIII - O caso concreto: a inviabilidade de competição

236. No caso concreto, configura-se uma situação de inviabilidade de competição relativamente a uma eventual outorga autônoma dos serviços de coleta e tratamento de esgotos na área do Município de Arraial do Cabo.

VIII.1 - A outorga conjunta ocorrida

237. Há um dado inicial e irrefutável. Trata-se de um fato, cuja ocorrência e extensão não comporta controvérsia. Os cinco Municípios da Região dos Lagos deliberaram outorgar uma única concessão para os serviços

¹¹ *Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 1997, p. 167.

¹² Conforme *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 284.

¹³ *Teoria Geral...*, cit., p. 284.

públicos de fornecimento de água e de coleta e tratamento de esgotos.

VIII.1.1 - O reconhecimento da unitariedade da outorga

238. A decisão de produzir uma contratação única, mediante uma só licitação, decorreu necessariamente da constatação de que existiam interesses comuns e indissociáveis, cuja satisfação exigia a atuação de um concessionário único. Ao invés de cada Município desenvolver uma atuação isolada, todos reconheceram que a obtenção dos resultados pretendidos dependia da unidade de atuação.

239. Como decorrência, existe uma concessão em curso, que compreende os serviços públicos dos diferentes Municípios. Somente houve uma exceção, relacionada com a concepção do Município de Arraial do Cabo no sentido de promover a prestação direta dos serviços de coleta e tratamento de esgotos.

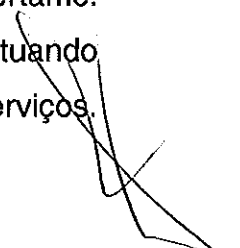
240. Portanto e como decorrência, existe a afirmação inquestionável de que é inviável um terceiro – que não a Consulente – assumir os serviços de coleta e tratamento de esgotos do Município de Arraial do Cabo.

241. Se tal solução fosse possível, outra teria sido a decisão adotada anteriormente. Se fosse compatível com a satisfação das necessidades comuns que cada Município investisse um particular distinto na titularidade de uma concessão específica, essa teria sido a solução adotada anteriormente. A outorga de uma concessão única foi o resultado do reconhecimento de que a execução satisfatória dos serviços públicos delegados somente poderia ocorrer mediante a atuação de um concessionário único.

VIII.1.2 - A desnaturação da solução adotada

242. Isso significa que a eventual realização de uma licitação específica para concessão dos serviços de coleta e tratamento dos esgotos do Município de Arraial do Cabo propiciariam o surgimento de uma situação insuportável.

243. Haveria o risco de que um terceiro vencesse o certame. Como decorrência, passariam a existir dois concessionários distintos atuando na Região. A ora Consulente seria responsável pela maior parte dos serviços.



E um outro sujeito assumiria os serviços pertinentes à nova licitação realizada. Isso significaria o rompimento da concepção original, colocando em risco o atendimento dos interesses comuns aos cinco Municípios.

VIII.1.3 - O comprometimento da outorga existente

244. Dito de outro modo: se fosse possível a multiplicação de concessionários, outra teria sido a decisão adotada no passado. Mais ainda, o novo cenário colocaria em risco a obtenção dos resultados previstos para a contratação atual.

245. Se dois concessionários distintos iniciarem atuação concorrente na mesma Região, tornar-se-á difícil a continuidade dos programas estabelecidos em conjunto. Poderá romper-se a unidade de ação dos diversos Municípios. A própria Consultante poderá ter frustrados os seus esforços quanto ao cumprimento de obrigações assumidas.

VIII.2 - As razões da necessidade de atuação unitária

246. Existem diversos motivos possíveis para afirmar-se a necessidade de atuação unitária.

VIII.2.1 - A dimensão econômica

247. Por um lado, podem ser imaginadas razões de ordem econômica. A união dos diversos Municípios propicia a ampliação da escala de atuação. Passa a existir um número mais elevado de usuários, o que permite investimentos mais relevantes. Por outro lado, os custos são reduzidos e há a possibilidade de ganhos decorrentes de atuação conjunta.

248. Logo, é perfeitamente possível imaginar que a multiplicação de concessões não se constitui na solução economicamente mais eficiente. A existência de uma única concessão produz a otimização dos recursos econômicos e financeiros envolvidos.

VIII.2.2 - A dimensão geográfico-ecológica

249. Mas há claramente uma dimensão geográfico-ecológica envolvendo a existência de uma única concessão. Os cinco Municípios compartilham recursos naturais.

250. O abastecimento de água envolve o aproveitamento de recursos hídricos comuns. É problemático dissociar a captação da água para cada Município e a existência de concessões distintas propiciaria conflitos

indesejáveis e insolúveis.

251. Mais ainda, os cinco Municípios se encontram próximos à Lagoa da Araruama. A questão da coleta e tratamento de esgotos apresenta relevância extrema para as providências relacionadas com a recuperação desse recurso natural. A descontaminação da Lagoa, uma providência indispensável para o progresso social e econômico da região, exige a adoção de políticas conjuntas, uniformes e unificadas.

252. A existência de duas concessionárias distintas no tocante aos serviços de coleta e tratamento de esgotos dos diversos Municípios impede o desenvolvimento de atuações coordenadas. Cada concessionário disporia de autonomia para desenvolver as suas próprias soluções. Isso colocaria em risco a eficiência das políticas e das soluções adotadas.

253. Ter-se-ia de reconhecer que a outorga de uma concessão específica para os serviços de coleta e tratamento do esgoto do Município de Arraial do Cabo abriria a oportunidade para concepções específicas e para práticas diferenciadas daquelas adotadas pela ora Consulente. A frustração dos resultados pretendidos tornar-se-ia um risco real, configurando uma solução incompatível com a solução até agora vigente.

VIII.3 - As alternativas existentes e a proporcionalidade

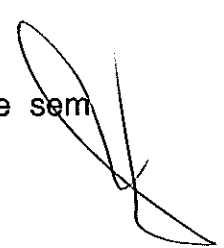
254. Em face disso, existiriam apenas duas alternativas para assegurar a existência de um único concessionário desempenhando os serviços públicos pertinentes aos cinco Municípios.

VIII.3.1 - A licitação: extinção da outorga existente

255. A primeira alternativa seria promover uma licitação compreendendo todos os serviços públicos pertinentes aos cinco Municípios. Isso somente poderia ocorrer mediante a encampação dos serviços públicos delegados à ora Consulente. Isso significaria promover um processo administrativo destinado a apurar a indenização devida à ora Consulente, liquidando-a mediante pagamento em dinheiro antes da nova outorga. Então, um novo concessionário, escolhido mediante licitação, seria investido na titularidade de todos os serviços públicos em questão.

VIII.3.2 - A hipótese de outorga direta: inviabilidade de competição

256. A segunda hipótese é promover a outorga direta e sem



licitação dos serviços de coleta e tratamento de esgotos do Município de Arraial do Cabo em favor da Consulente. Essa outorga se faria mediante o reconhecimento da inexigibilidade da licitação, por inviabilidade de competição.

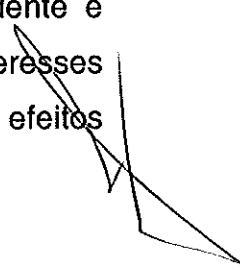
257. Essa solução decorre de que a Consulente é titular das concessões dos outros quatro Municípios e da outorga de fornecimento de água relativamente ao Município de Arraial do Cabo. Portanto, trata-se de único sujeito em condições de assumir a concessão de serviços públicos de coleta e tratamento de esgotos do Município de Arraial do Cabo sem que isso conduza à multiplicidade de concessionários. A circunstância de já se encontrar investido nas outras concessões acarreta uma situação jurídica que é singular e diferenciada. Nenhum outro possível interessado preenche os mesmos requisitos. A realização da licitação apenas poderia conduzir a um resultado incompatível com a execução satisfatória dos serviços públicos em questão.

VIII.3.3 - A comparação entre as duas alternativas

258. A comparação entre as duas alternativas evidencia o despropósito da primeira. Acarretaria elevados prejuízos a todos os cinco Municípios, que seriam obrigados não apenas a encerrar todos os programas de saneamento básico em curso. Seria indispensável, ademais, desembolsar elevados valores financeiros para indenizar a ora Consulente. Como se não bastasse, a nova concessão envolveria verbas de remuneração coincidentes com aquelas desembolsadas por ocasião da indenização. Em suma, o resultado final seria prejudicial inclusive sob o aspecto financeiro.

259. Ao invés de encerrar a concessão relativamente aos cinco Municípios é muito mais compatível com a proporcionalidade e com a razoabilidade determinar a modificação do contrato ora vigente, de modo a passar a abranger também os serviços de coleta e tratamento de esgotos na área urbana do Município de Arraial do Cabo. Caso se reputasse inviável a alteração contratual, restaria a opção pela contratação direta – que produziria resultado idêntico.

260. O cotejo entre as duas alternativas conduz à evidente e inquestionável prevalência da segunda opção. Seria ofensivo aos interesses coletivos adotar a primeira alternativa, tomando em vista a ausência de efeitos



materiais e jurídicos nocivos decorrentes da ampliação da contratação.

IX - Conclusão

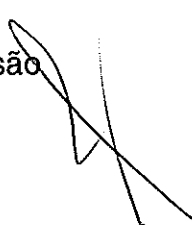
261. Em face dos pressupostos acima alinhados, apresento as seguintes respostas para os quesitos formulados.

- a) As avaliações de conveniência da Administração Pública, que se traduzem em modificação das condições da concessão, comportam revisão subsequente, eventualmente para restabelecer as condições originais?

Resposta: **Sim. A competência discricionária autoriza a adoção de uma dentre diversas escolhas possíveis. Uma vez exercitada uma escolha, no exercício de competência discricionária, a autoridade administrativa permanece investida nas mesmas competências e nos mesmos deveres jurídicos. A evolução dos fatos pode conduzir a variações nas circunstâncias, aptas a exigir a modificação de decisões anteriores. Justamente por isso, aliás, admite-se a modificação dos contratos administrativos, o que envolve a alteração do entendimento pretérito. A realização de uma modificação contratual não impede que a Administração Pública promova outras alterações posteriores. E pode impor-se que a alteração posterior mais satisfatória e conveniente consista em restabelecer a situação anterior, que fora alterada um primeiro momento.**

- b) A alteração das condições originais de uma concessão de serviço público constitui-se em impedimento a que se promova o posterior restabelecimento das condições originais previstas no edital de licitação?

Resposta: **Não. Não há óbice à revisão de uma solução que não se mostra apta a atingir as finalidades pretendidas. A constatação da insuficiência do modelo decorrente da alteração autoriza o Estado a promover as modificações aptas a assegurar que o fim buscado seja efetivamente atingido (observados determinados limites), ainda que tal envolva a adoção de soluções reputadas como não adequadas e convenientes anteriormente.**

- c) Viola a exigência de licitação a inclusão, numa concessão
- 

existente, de um serviço público previsto por ocasião de licitação e que posteriormente dela fora excluído por conveniência da Administração?

Resposta: Não. O referido serviço estava previsto por ocasião da licitação. Todos os potenciais interessados tinham ciência de que a outorga abrangeria inclusive o referido serviço. A sua exclusão por ocasião da formalização da outorga não produziu efeitos relativamente à amplitude da licitação realizada. Excluído o serviço depois da licitação, a sua reinclusão em momento posterior não viola a exigência da licitação. Não se trata de ampliar a concessão para passar a compreender um serviço não previsto por ocasião da licitação.

d) No caso concreto, é cabível o restabelecimento das condições originais da outorga, tal como previstas no Edital de Licitação nº 04/96, especificamente para o fim de incluir os serviços de coleta e tratamento de esgoto do Município de Arraial do Cabo?

Resposta: Sim. Não há óbice jurídico à revisão da decisão de exclusão desses serviços do objeto da outorga. A solução da prestação direta dos referidos serviços pelo Município de Arraial do Cabo se revelou insatisfatória, eis que não propiciou o atingimento dos resultados previstos. Não é cabível que prevaleça a solução insatisfatória, como se houvesse uma espécie de decisão irretratável. É indispensável a adoção das providências aptas a alcançar os resultados esperados. E as circunstâncias existentes evidenciam que a reinserção dos referidos serviços no objeto da concessão, de modo a propiciar a prestação conjunta dos serviços pela Consulente, é a providência é a mais adequada para a satisfação das necessidades envolvidas no caso concreto.

e) Ignorando a argumentação anterior, a inclusão de serviço de coleta e tratamento de esgoto relativamente a um dos cinco Municípios outorgantes da concessão configura modificação contratual incompatível com o objeto da outorga?

Resposta: Não. A existência de uma concessão única envolvendo cinco Municípios não pode deixar de ser considerada, especialmente



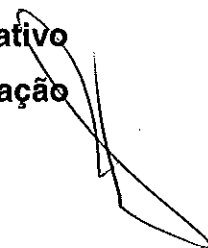
porque a outorga abrange serviços de coleta e tratamento de esgoto relativamente a quatro desses Municípios. Portanto, a outorga já abrange os referidos serviços públicos. A alteração pretendida se relaciona com a ampliação do objeto, de modo a compreender os mesmos serviços também em relação ao Município de Arraial do Cabo.

f) Ignorando os argumentos anteriores, a inclusão na concessão vigente do serviço de coleta e tratamento de esgotos relativamente ao Município de Arraial do Cabo pode ser promovida diretamente e sem licitação, reconhecendo-se a inviabilidade de competição?

Resposta: **Sim. Os cinco Municípios da Região dos Lagos promoveram uma concessão única para a prestação dos serviços de fornecimento de água e de coleta e tratamento de esgotos. A licitação isolado dos serviços de coleta e tratamento de esgotos do Município de Arraial do Cabo conduziria ao potencial surgimento de dois concessionários, o que é incompatível com a solução adotada como satisfatória, conveniente e necessária. Portanto, configura-se que somente a ora Consulente dispõe de condições para assumir a concessão dos serviços de coleta e tratamento de esgotos do Município de Arraial do Cabo sem que isso resulte na multiplicação de concessões e concessionárias. Nenhum outro particular se encontra em condições de competir com a Consulente para a obtenção desse resultado. A solução de outorgar diretamente a concessão em questão em favor da Consulente configura-se com a única medida apta a realizar os fins e os interesses coletivos em questão.**

g) No caso concreto, qual é o instrumento jurídico adequado para promover o restabelecimento das condições originais da outorga?

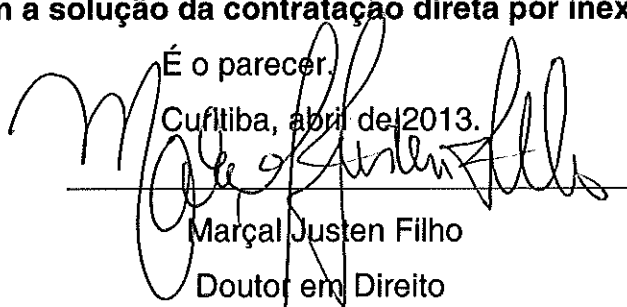
Resposta: **O restabelecimento das condições originais da outorga, com a inserção dos serviços de esgotamento sanitário no âmbito do Município de Arraial do Cabo, deve ser promovido através de aditivo contratual. Mas é recomendável que o processo administrativo indique que a solução é respaldada não apenas pela licitação**



originalmente adotada, mas também é compatível com as normas que disciplinam a alteração dos contratos de concessão e, inclusive, com a solução da contratação direta por inexigibilidade de licitação.

É o parecer.

Curitiba, abril de 2013.

A large, stylized handwritten signature in black ink, which appears to read 'Marçal Justen Filho', is written over a horizontal line. The signature is fluid and cursive, with the first letter 'M' being particularly large and prominent.

Marçal Justen Filho

Doutor em Direito

OAB/PR 7.468