Número 10 – maio/junho/julho - 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

PARCERIA PÚBLICO-PÚBLICO: CONTRATO DE PROGRAMA E EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS MUNICIPAIS POR ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA ESTADUAL

Prof. Luciano Ferraz

Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela UFMG, Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFMG, Professor Adjunto de Direito Financeiro da PUC/MG (licenciado)

1 – INTRODUÇÃO

A Lei 11.107, 06 de abril de 2005, estabelece normas gerais para a contratação de consórcios públicos em todos os níveis, cumprindo a missão de estabelecer parâmetros para a gestão associada de serviços públicos entre entidades que compõe a Federação brasileira.

As figuras jurídicas disciplinadas na nova legislação – a bem dizer – já se encontravam faticamente implementadas em diversos setores, não se constituindo propriamente em novidade no cenário nacional.

Com efeito, espraiam-se país afora os consórcios intermunicipais de saúde e os convênios de cooperação formalizados entre entes estatais e suas entidades da Administração Indireta para a execução de atividades e serviços públicos de interesse comum.

No âmbito dos serviços públicos locais, cuja competência é constitucionalmente atribuída aos Municípios (art. 30, V, CF), não é incomum verificar-se a execução desses serviços por entidade da Administração Indireta Estadual, fundamentalmente quando se trata de serviços de água e esgoto e saneamento básico.

A sobredita Lei 11.107/2005 registra figura jurídica adequada à

formalização desses ajustes – o contrato de programa –, que a partir de agora será um dos instrumentos aptos a viabilizar a gestão associada de serviços públicos, em arranjos que integram o gênero que particularmente intitulo parcerias público-público.

O engajamento constitucional e legal do contrato de programa será objeto de minhas considerações neste ensaio.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

O tema proposto remete ao estudo da forma federativa do Estado brasileiro (art. 1º, *caput* da Constituição) – do princípio federativo – e da subjacente repartição das competências legislativas e materiais entre as entidades federativas, porquanto a técnica de repartição de competências é elemento específico e essencial ao sistema federal.1

> *"A Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas."2*

Com efeito, o processo de descentralização política, que tipifica os Estados Federais, implica a existência de diferentes e autônomas esferas de poder com competências legiferantes genuinamente derivadas do Texto Constitucional. É esta, aliás, a característica primordial a permitir distingui-los – os Estados Federais – do Estado Unitário (v.g., França), do Estado Regional (v.g., Itália) e do Estado Autonômico (v.g. Espanha)3. É dizer:

> *"Essa autonomia conferida aos entes federativos significa que cada qual tem poder para se auto-organizar, editar suas próprias leis e executá-las, respeitados os limites impostos pela própria Constituição imediata e mediatamente."4*

No particular, o atual desenho constitucional da Federação Brasileira é único, à medida que consagra federalismo tripartite, formado pela união indissolúvel de Estados, Distrito Federal e Municípios, reconhecendo-lhes, ao lado da União, autonomia político-administrativa (arts. 1º e 18º)5 e outorgando-lhes, a

---

1 HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 363.

2 ALMEIDA, Fernanda Dias Meneses Almeida. *Competências na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas. 1991. p. 32. :

3 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. ROBERT, Cinthia. *Teoria do Estado – Democracia e Poder Local*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 14-30.

4 FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública: elementos para a compressão dos Tribunais de Contas*, Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. p. 39.

5 "Releva registrar que o art. 1º da Constituição utiliza o vocábulo 'união' com letra minúscula e o art. 18 com letra maiúscula – 'União". O primeiro trata especificamente do pacto federativo entre Estados e Municípios, levando à formação da República Federativa do Brasil e denota o poder do Estado como soberania interna, pregando a união indissolúvel, que caracteriza as federações. O segundo trata da pessoa jurídica da União, que, assim com Estados e Municípios, é autônoma nos termos da Lei Maior. A diferença se impõe, eis que sem a união de Estados e Municípios não haveria a figura da União que em nome daquela assume direitos e obrigações". (FERRAZ. *Controle...*, cit. p. 39, nota 50)

cada um deles, competências legislativas e competências materiais próprias.

Mas o federalismo consagrado no Texto Constitucional não é estanque, nem concorrencial, é cooperativo (art. 23, parágrafo único da Constituição), o que significa dizer que as esferas da Federação, a despeito do sistema de repartição de competências, têm escopos idênticos a cumprir.

Ditos escopos, por assim dizer, se fazem presentes nos artigos 1º e 3º da Constituição, donde sobrelevar-se, como núcleo axiológico comum, a dignidade da pessoa humana.

Em matéria de serviço público – expressão candente dessa humana dignidade –, o constituinte optou por arrolar (não todos) os serviços de competência da União (art. 21, X, XI e XII), dos Estados (art. 26, § 2º) e dos Municípios (art. 30, V).6

No âmbito municipal, a caracterização dos serviços públicos prende-se, a teor do inciso V do art. 30, ao signo do 'interesse local' (antes 'peculiar interesse'), cuja dimensão conceitual, sintetiza-se na expressão de Sampaio Dória:

> *"Peculiar não é nem pode ser equivalente a privativo. Privativo, dizem os dicionários, é o próprio de alguém, ou de alguma coisa, de sorte que exclui outra da mesma generalidade, uso, direito. A diferença está na idéia de exclusão: privativo importa exclusão, e peculiar, não. A ordem pública de um Estado é seu interesse peculiar, mas também interesse da Nação [...] O entrelaçamento dos interesses dos Municípios com os interesses dos Estados, e com os interesses da Nação, decorre da natureza mesma das coisas. O que os diferencia é a predominância, e não a exclusividade."7*

Como se vê, o interesse local do Município a tracejar sua competência de execução de serviço público não é de molde a afastar o interesse – nessa execução – também do Estado e da União, porquanto o princípio do federalismo cooperativo deixa ver a comunidade de interesses de ambos – predominando o interesse do Município – na adequada prestação desse serviço à população da comuna.

É a partir desse pressuposto normativo – o princípio do federalismo cooperativo –, que se deve buscar a exegese adequada do art. 175 da Constituição:

> *"Art. 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."*

---

6 Cabe registrar que a tarefa de caracterizar dado serviço como público *"remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada da Constituição do país, na lei e na tradição"*, mas não se deve olvidar a existência de núcleo pacífico dos serviços públicos a englobar: água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza pública, correio, esgotamento sanitário. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 369-70.

7 Apud MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 13ª ed., São Paulo: Malheiros. 1996. p. 110.

Não se ignora que autores de nomeada sustentam que a expressão 'sempre' constante do preceito, induz a que a execução, por interposta pessoa, de serviço público de competência de determinado ente da Federação, deva, em todo e qualquer caso, se realizar mediante concessão ou permissão precedidas de licitação.

De igual modo, não se ignora a existência de posicionamentos que defendem a necessidade de realização de licitação mesmo quando o trespasse da atividade se estabelece entre uma e outra entidade estatal, diretamente ou por intermédio de entidade pertencente à sua Administração Indireta.

Mas é preciso perceber que a interpretação do art. 175 da Constituição, mercê do princípio federativo-cooperativo –, não pode – nem nunca pôde – ser restritiva e literal, em ordem a afastar, por exemplo, o interesse do Estado-membro – reflexivamente das entidades de sua Administração Indireta – na prestação de serviços públicos locais no âmbito dos respectivos Municípios.

É por isso que atribuo razão a Carlos Ari Sundfeld ao professar:

> *"Quanto ao art. 175 e à exigência de licitação para delegação de serviço público a terceiros, o argumento, baseado em leitura meramente literal, era equivocado e provava demais. É que, segundo a letra do dispositivo, a licitação seria a única alternativa à prestação direta do serviço pelo próprio Poder Público.*
>
> *Ora, a levar a literalidade a extremos, seria impossível a delegação até mesmo a empresa estatal do próprio entre titular do serviço. Deveras, a empresa estatal nem integra a Administração Direta (logo, não poderia estar executando serviço estatal diretamente) nem se confunde com o Poder Público (pois nem exerce poder, nem é público).*
>
> *Caso, em leitura mais razoável se entenda que a expressão 'Poder Público' tem no art. 175 um sentido mais genérico, correspondendo a Estado ou Administração (incluídos quaisquer entes administrativos), o argumento cairá automaticamente por terra. Afinal, a empresa estadual também integra o Poder Público; logo, se executa serviço público municipal por delegação, também haverá aí uma espécie de execução direta a que se refere o art. 175.*
>
> *Perceba-se que o art. 175 não diz que a licitação é a única alternativa à execução feita diretamente pelo Poder Público que seja o titular do serviço. Destarte, desde que o serviço esteja a cargo de entidade estatal – independentemente de sua natureza jurídica ou vinculação – não se cogitará de licitação [...]*
>
> *Para dizê-lo sistematicamente: qualquer ente governamental, seja de que esfera for, pode prestar serviços públicos. O fato de existir uma discriminação constitucional de competências para esses serviços apenas exige a concordância da pessoa estatal competente. Trata-se de arranjo de competências interno ao Estado..."*8

As conclusões de Sundfeld – sem dizê-lo expressamente – corroboram a noção do federalismo de cooperação, à medida que os serviços públicos

8 SUNDFELD, Carlos Ari. O Saneamento básico e sua execução por empresa estadual. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ, V. I, n. 5, agosto, 2001, disponível em: www.direitopublico.com.br.

municipais não se apresentam à sociedade local infensos à seara de interesse do Estado-membro a que pertence o Município.

Portanto, quando determinado serviço público municipal é repassado à entidade que integra a Administração Indireta Estadual, estar-se-á no âmbito da execução direta dos serviços, hipótese expressamente admitida pelo art. 175 (primeira parte) da Constituição, que utiliza a expressão 'Poder Público' em sentido amplo, semelhante ao da definição de Administração Pública, prevista no art. 6º, XI da Lei 8.666/93.

Logo, quando se está diante de exploração direta do serviço (público) pelo Poder Público (qualquer que seja a esfera da federação: contrato-convênio de cooperação), a licitação não é necessária, diferentemente de quando esta exploração é realizada pelo particular, hipótese em que a licitação – ou pelo menos o enquadramento do ajuste num dos casos de dispensa ou inexigibilidade9 – é 'sempre' necessária, a teor da segunda parte do art. 175 da Constituição.

Em outros termos: o advérbio 'sempre', previsto no dispositivo constitucional citado (art. 175) – referindo-se à licitação –, dirige-se às hipóteses em que a prestação do serviço público é trespassada à iniciativa privada.

Logo, no âmbito da prestação de serviços públicos, ao Poder Público concedente cabe a opção por uma das seguintes três hipóteses:

a) explorar o serviço ele próprio;

b) aliar-se a outra esfera da federação para explorar o serviço num arranjo de pareceria público-público (convênio de cooperação);

c) trespassar a execução do serviço à iniciativa privada, mediante contrato de concessão (ou permissão) puro – que não deixa de ser parceria – ou mediante contrato de parceria público-privada sempre através de licitação.

É certo que a preferência num regime de mercado é, em princípio, pela busca de parecerias com a iniciativa privada, mas não se deve desprezar arranjos institucionais que não raro se afiguram solução mais segura e ajustada ao desiderato de bem executar serviços públicos.

Nesse sentido, recomenda a Comissão da União Européia em seu Guia Sobre Diretrizes para as parecerias público-privadas:

> *"Embora os benefícios das parcerias em PPP com o setor privado sejam claros, tais relacionamentos não devem ser encarados como o único curso de ação possível que, com efeito, seja complexo para projetar, implementar e operar. Estão disponíveis diversas fontes alternativas de financiamento, inclusive arranjos institucionais 'público-público', que não devem ser desprezados na*

9 Cf., na doutrina, SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004. p. 46; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 284; AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público. São Paulo: Malheiros*, 2002. p. 27.

esperança de que as PPP's ofereçam solução milagrosa".10

Ciente da importância de projetos público-institucionais conjuntos, e guindado pela noção de federalismo cooperativo, o constituinte reformador inseriu, no corpo da Constituição, mediante a EC n. 19/98, o art. 241:

> *"Art. 241 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos."*

A inserção desse preceito no Texto Constitucional, fundamentalmente a alusão a "gestão associada de serviços públicos", repercute na interpretação que se deve dar ao já citado art. 175, impondo-se entender uma vez mais a locução 'Poder Público' em sentido amplo a envolver as três esferas da Federação, incluídas as respectivas entidades da Administração Indireta.

Percebe-se que a linha de argumentação que defendia o caráter restrito da locução 'Poder Público' constante do art. 175 da Constituição, entendendo que quando se ajusta a execução de serviço público com entidade pertencente a outra esfera da Federação, está-se diante – mesmo assim – de contrato de concessão, exigindo-se, destarte, licitação, há de ser reavaliada em função do que passou a dispor o art. 241 da Constituição.

Assim sendo, à base apenas da interpretação constitucional, chegar-se-ia à conclusão de que o ajuste entre Municípios e entidade da Administração Indireta Estadual pode ser realizado e independe de licitação, ainda que particularmente não se concorde com a fundamentação do ajuste no art. 24, VIII da Lei 8.666/93, dispositivo que se encontra naturalmente vocacionado a sedimentar contratos em que a Administração é a adquirente do bem ou tomadora do serviço.11

A controvérsia, ao que parece, será dirimida pela nova Lei dos Consórcios Públicos, que versou o tema da gestão associada de serviços públicos e o correlativo contrato de programa, dispondo no art. 13, *in totum*:

> *"Art. 13 – Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito da gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.*
>
> *§ 1º - O Contrato de programa deverá:*
>
> *I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente, no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e*

---

10 União Européia. *Diretrizes para parcerias público-privadas bem-sucedidas*. Março de 2003. http://europa.eu.int/comm/regional. p. 4.

11 No mesmo sentido, Cf. JUSTEN FILHO. *Teoria Geral...*, cit. p. 286; SOUTO. *Direito...*, cit. p. 47.

II – prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

§ 2º - No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam:

I – os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;

II – as penalidades no caso de inadimplemento em relação aos encargos transferidos;

III – o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade;

IV – a indicação de quem arcará com os ônus e os passivos do pessoal transferido;

V – a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado;

VI – o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas ou tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços.

§ 3º - É nula a cláusula do contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados.

§4º - O contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos.

§5º - Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

§6º - O contrato celebrado na forma do §5º deste artigo será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação.

§ 7º - Excluem-se do previsto no caput deste artigo as obrigações cujo descumprimento não acarrete ônus, inclusive financeiro, a ente da Federação ou a consórcio público."

Depreende-se que o legislador ordinário elegeu o contrato de programa como instrumento apto a viabilizar a gestão associada de serviços públicos, admitindo, conforme previsão do § 5º, a formalização mediante consórcio público ou convênio de cooperação, que poderá ser firmado por quaisquer entidades estatais, bem como pelas entidades públicas ou privadas que integrem as

respectivas Administrações Indiretas.

Com o objetivo de afastar definitivamente as dúvidas relativamente à possibilidade de contratação, sem licitação, de entidade da Administração Indireta pertencente a outra esfera da Federação, em ordem viabilizar a gestão associada de serviços públicos – o que de resto seria desnecessário à vista do que acima argumentei a propósito do art. 175 da Constituição –, o legislador federal incluiu no rol do art. 24 da Lei 8.666/93 o inciso XXVI, disciplinando nova hipótese de dispensa de licitação:

> *"Art. 24 – É dispensável a licitação:*
>
> *[...]*
>
> *XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em consórcio público ou em convênio de cooperação."*

Portanto, desnecessário continuar a indagar da possibilidade da formalização, sem licitação, de ajuste entre o Município e entidade da Administração Indireta Estadual, cujo objeto é, por assim dizer, a gestão associada de serviços públicos, porquanto a pertinência do contrato de programa ao objetivo é indiscutível.

Como diria DARBELAY: *"Ce n'est pas en livrant des combts de retardement pour maintenir un état de chose révolu qu'on résoudra lês problèms de notre époque."*12

3 – CONCLUSÃO

Em síntese do que se expôs ao longo deste ensaio, pode-se concluir:

a) a Constituição Federal autorizou os entes federados a diretamente explorarem serviços públicos (art. 175), podendo concedê-los ou permiti-los à iniciativa privada;

b) No âmbito da execução direta dos serviços deve-se compreender enquadrada a hipótese de arranjo entre o Município e entidade da Administração Indireta Estadual, mercê da conceituação ampla da locução 'Poder Público' utilizada pelo constituinte no art. 175;

c) Tratando-se de execução direta, não se há de cogitar de licitação, cuja exigência é destinada às hipóteses de concessão ou permissão que se ajustam entre o Poder Concedente e os particulares;

---

12 DARBELAY, Jean. Vers la revision de la constitution fédérale, *Revue de Droit Suisse*, Vol. 87, 1968. p. 425-37. Traduzindo: "o que importa é não perder tempo em puros combates de retardamento, para manter um estado de coisas do passado, com o que não se resolverão os problemas do nosso tempo."

d) O art. 241 da Constituição deixou clara a possibilidade de se estabelecer gestão associada de serviços públicos entre entidades distintas da Federação – incluídas as da respectiva Administração Indireta –, corroborando a interpretação adequada do art. 175 da Carta;

e) A Lei 11.107/05 disciplinou, além dos consórcios públicos, os convênios de cooperação para implementação dos contratos de programa, instrumentos aptos a levarem ao cabo a gestão associada de serviços públicos;

f) A inserção, também pela Lei 11.107/05, de nova hipótese de dispensa de licitação (art. 24, XXVI da Lei 8.666/93) autoriza a celebração do contrato de programa entre entes da Federação e entidades de suas Administrações Indiretas, patenteando aquilo que a Constituição implicitamente quis dizer nos artigos 175 e 241.

g) O instrumento ideal a ser utilizado com tal objetivo é o contrato de programa, precedido de consórcio público ou convênio de cooperação, que o formalize.

Belo Horizonte, janeiro de 2006.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FERRAZ, Luciano. Parceria Público-Público: contrato de programa e execução de serviços públicos municipais por entidade da administração indireta estadual. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da

qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.