

RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE CONSÓRCIOS PÚBLICOS E ENTES DA FEDERAÇÃO CONSORCIADOS

1. CONTRATAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS PELOS ENTES DA FEDERAÇÃO CONSORCIADOS:

A relação jurídica entre consórcios públicos e entes da federação consorciados reveste-se de caráter de contratação interadministrativa, nos termos da Lei Federal nº 11.107, de 2005 (Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências) e Decreto Federal nº 6.017, de 2007 (Regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos).

A definição de contrato interadministrativo é feita “como acordo de vontades celebrado por dois ou mais sujeitos administrativos entre si através do qual é formada uma relação jurídica disciplinada essencialmente por normas de direito administrativo, estabelecendo direitos e deveres para as partes”¹.

Da própria nomenclatura do instituto não é difícil concluir pela sua natureza predominantemente contratual. Para buscar maior certeza a respeito da natureza jurídica deste tipo de pacto é necessário visitar conceitos da doutrina portuguesa, a qual caminha nesse mesmo sentido: “[...] assim, um acordo entre duas entidades públicas que constitua, modifique ou extinga direitos e deveres recíprocos para as partes, constituindo uma relação jurídica entre elas, assume natureza jurídica contratual”².

Superada essa etapa e adentrando nas partes do contrato administrativo destaca-se que o referido pacto é formado por duas ou mais pessoas administrativas, ou seja, celebrado por pessoas jurídicas de direito público entre si, podendo ter como agentes contratuais pessoas políticas (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) ou entidades administrativas descentralizadas, autarquias, fundações públicas, consórcios públicos e empresas estatais³.

¹ Almeida, Pericles Ferreira de. Contratos interadministrativos: caracterização e aspectos de seu regime jurídico. 2019. 263 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 70.

² Alexandra Leitão – Contratação Pública I. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2017. [Consulta 8/8/2023]. Disponível na internet: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=5yXjBglx9Vs%3D&portalid=30:>.ISBN: 978-989-8815-52-1, pág. 56

³ Almeida, Pericles Ferreira de. Contratos interadministrativos: caracterização e aspectos de seu regime jurídico. 2019. 263 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 89

O tema consórcios públicos, como primeiro registro histórico expresso, encontra-se previsto no art. 241, da Constituição da República Federativa do Brasil:

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Por sua vez, em 06 de abril de 2005, foi sancionada a Lei Federal nº 11.107, que dispõe sobre as normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências, sendo posterior regulamentada pelo Decreto Federal nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

Da doutrina do Professor Wladimir Ribeiro, podemos retirar:

O consórcio público é um dos instrumentos mais relevantes para a cooperação federativa. É especialmente importante para os Municípios, que são a esfera de governo mais próxima aos cidadãos e às necessidades locais, mas que, em geral, contam com menor capacidade econômica e de gestão. Para enfrentar essa limitação, muitas vezes os entes federativos podem optar por criar consórcio público, com o objetivo de alcançar ganhos de escala, de escopo ou advindos de uma melhor coordenação entre eles, inclusive para a contratação de bens e serviços.

Os consórcios públicos possuem duas características principais: (i) são pessoas jurídicas, em geral, de direito público – ou seja, autarquias, porém na espécie associação pública. -; (ii) são de natureza voluntária, pelo que os Municípios, os Estados e a União possuem liberdade para constituir um consórcio público, definindo suas finalidades e organização.

No federalismo cooperativo, é natural a atuação conjunta das esferas de governo, seja de forma compulsória, o que caracteriza a coordenação, seja de forma voluntária, em regime de cooperação, como é o caso dos consórcios públicos, pelo que podem eles ser instrumentos de cooperação horizontal (Município-Município, Estado-Estado) ou de cooperação vertical (Município-Estado-União, Estado-União).

[...]

Os consórcios públicos são pessoas jurídicas de direito público compostas pelos entes da federação. Para a criação de um consórcio público, é necessária a elaboração de um protocolo de intenções que deve ser ratificado por lei de cada pessoa jurídica política. Após a ratificação, o protocolo de intenções é convertido em contrato de consórcio público e devem ser aprovados Estatutos em Assembleia Geral do Consórcio. Acerca da natureza jurídica dos Consórcios, é essencial a definição proposta por Marçal Justen Filho:

O consórcio público com personalidade jurídica de direito público consiste numa associação pública entre entes políticos diversos, constituída a partir de autorizações legislativas, investida na titularidade de atribuições e poderes públicos para relações de cooperação

federativa, tendo por objeto o desenvolvimento de atividades permanentes e contínuas.⁴

Nesse contexto é que surge a legitimidade dos consórcios públicos para a celebração de contratos interadministrativos com os entes consorciados.

Importante destacar que a oficialização deste contrato ou acordo de vontades se dará sem a realização de um processo licitatório.

Isso porque a Lei Federal nº 11.107, de 2005 traz em seu artigo 2º que, para cumprimento dos seus objetivos, o Consórcio Público poderá ser contratado pela administração direta **ou indireta** dos entes da Federação consorciados, **dispensada a licitação**:

Art. 2º Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais.

§ 1º Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá:
[...]

III – ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação. (sem grifo no original)

Por sua vez, o Decreto Federal nº 6.017, de 2007, prevê em seu art. 18:

Seção IV

Da Contratação do Consórcio por Ente Consorciado

Art. 18. O consórcio público poderá ser contratado por ente consorciado, ou por entidade que integra a administração indireta deste último, sendo dispensada a licitação nos termos do art. 2º, inciso III, da Lei nº 11.107, de 2005.

Parágrafo único. O contrato previsto no caput, preferencialmente, deverá ser celebrado sempre quando o consórcio fornecer bens ou prestar serviços para um determinado ente consorciado, de forma a impedir que sejam eles custeados pelos demais. (sem grifo no original)

Trazendo a aplicação da lei do plano teórico para a prática percebe-se que os consórcios públicos podem ser contratados pela administração direta ou indireta dos Entes Consorciados dispensada a licitação.

Conforme se infere do teor do parágrafo primeiro, do art. 6º, da Lei dos Consórcios Públicos “o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados”.

Face ao exposto, havendo submissão do caso dos autos à hipótese de licitação dispensada prevista na legislação de regência dos Consórcios Públicos, para conclusão da análise do presente processo, necessário verificar a compatibilidade desse com a licitação dispensada.

⁴ Opinião Legal de lavra do Dr. Wladimir Antonio Ribeiro (maio/2023).

A temática em análise – licitação dispensada – é assunto alvo de longa discussão no âmbito da doutrina e jurisprudência pátria. Isso porque, se por um lado há uma corrente que adota como sinônimos os conceitos de licitação dispensada e licitação dispensável, há outra que entende que se trata de institutos distintos:

Não apresenta maior utilidade a distinção entre licitação dispensada e dispensável. A diferença foi afirmada sob a vigência da Lei 8.666/1993, tomando em vista o teor literal de dois dispositivos. A terminologia foi mantida pela Lei 14.133/2021, o que autoriza a reafirmar o posicionamento (Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/2021 / Marçal Justen Filho. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 940)

Filiamo-nos ao entendimento de que são institutos diferentes.

Isso porque a Lei Federal nº 11.107/05 inclui a previsão no art. 24, XXVI, na já revogada Lei Federal nº 8.666/93, com a seguinte redação:

Art. 24

[...]

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 contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

Da mesma forma, a previsão contida no art. 75, da Lei Federal nº 14.133, de 2021:

Art. 75. É dispensável a licitação:

[...]

XI - para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua Administração Pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

O *caput* do art. 24 (Lei 8.666) e art. 75 (Lei 14.133) referidos estabelecem que é **dispensável** a licitação. É necessário entender a diferença entre licitação **dispensável** e **dispensada**, para melhor elucidação do tema.

Na licitação **dispensável** prevista no art. 24, da Lei Federal nº 8.666, de 1993 e no art. 75, da Lei Federal nº 14.133, de 2021, o gestor público, caso queira, poderá realizar o procedimento licitatório, sendo assim uma faculdade, porque efetivamente existe a possibilidade de concorrência.

Por sua vez, na licitação **dispensada** o gestor público não deve licitar, pois não haverá competição. Logo, não realizará processo de dispensa de licitação.

O dicionário define “dispensar” como verbo transitivo para “*Conceder dispensa ou isenção a. = ISENTAR*”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-

2024, Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/dispensada>>. Acesso em: 01 abr. 2024.

Empreste-se, com todo o respeito e reservas, um raso conceito de Isenção Tributária⁵:

Isenção – é a dispensa do pagamento do tributo devido, feita por disposição expressa da lei e por isso mesmo excepcionada da tributação.

Só se pode isentar o que esteja a priori tributado. Em princípio, somente pode isentar o legislador que tenha competência para criar o tributo, pois a isenção é uma dispensa da obrigação de pagar. O CTN estabelece que a isenção é uma das modalidades de exclusão do crédito tributário (art. 175, 1). (p. 167) (Grifos do subscritor)

Em complemento, na opinião legal do Dr. Wladimir Antonio Ribeiro, Consultor do Governo Federal na elaboração da Lei de Consórcios Públicos, existe diferença entre a licitação dispensada e a licitação dispensável. O consultor afirma que a contratação de consórcio público se dá por licitação dispensada:

A expressão retida pelo diploma normativo, “licitação dispensada”, contudo, não deve ser tomada como de menor significância. Trata-se de diferenciação da dispensa de licitação de que beneficiam os consórcios daquela ordinariamente retida pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos, exprimida pela expressão “licitação dispensável”. Na licitação dispensável prevista pelo artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 e pelo artigo 75 da Lei Federal 14.133/21, estamos face a hipóteses em que a competição do certame licitatório é viável – diferentemente dos casos de inexigibilidade –, mas para a qual o legislador faculta a não realização de licitação por entendê-la desnecessária ou excepcionalmente contrária ao interesse público. 24 Assim, mesmo diante de uma hipótese de licitação dispensável, o gestor público, caso assim decida, poderá optar por realizar o procedimento licitatório, viável em decorrência da existência de concorrência possível. Por sua vez, na licitação dispensada, o gestor público não se encontrará face a uma faculdade de escolha entre a realização ou não de procedimento licitatório. A dispensa de licitação, nesse caso, se impõe pela própria característica do contrato de prestação de serviços enquanto instrumento de gestão para os consorciados. Reitera-se, portanto, que a hipótese de contratação de consórcio público pela administração direta ou indireta dos entes consorciados, conforme previsto pela legislação, enquadra-se nessa segunda categoria: a licitação dispensada (Páginas 26-27 da Opinião Legal em anexo)

In casu, estando diante de hipótese na qual o gestor público não pode realizar a licitação, encampo o entendimento esposado por Jacoby Fernandes no sentido de que não é necessário a formalização de um processo nos termos do art. 26 da Lei Federal nº 8.666/93 ou do art. 72 da Lei nº 14.133/21:

⁵NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de direito tributário. 13. ed. São Paulo: IBDT/Saraiva, 1994.

A principal distinção entre licitação dispensada, tratada no art. 17, e as dispensas de licitação, estabelecidas no art. 24, repousa no sujeito ativo que promove a alienação, figurando no primeiro caso a Administração, no interesse de ceder parte de seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços; e, nos casos do art. 24, a situação é oposta, estando a Administração, como regra, na condição de compradora ou tomadora dos serviços. Outro aspecto distintivo entre licitação dispensada e dispensável é o fato de que, em princípio, na primeira não é necessário observar as formalidades do art. 26 da Lei 8.666/93, significando, com isso, simplificação (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. 2000, pg. 191.)

Em razão do exposto, tratando-se de hipótese de licitação **dispensada**, em que o gestor público é isento de realizar o procedimento licitatório, entendemos que, **não deve ser realizado processo licitatório de contratação direta, seja por dispensa de licitação ou inexigibilidade, por não aplicação da lei de licitações na contratação de consórcios públicos por seus entes consorciados.**

Tem-se ainda de enfrentar o disposto no inciso IX do Artigo 75 da Lei 14.133/21, com a seguinte disposição:

Art. 75. É dispensável a licitação:

(...);

IX - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

(...).

A previsão mencionada aplica-se às hipóteses de licitação dispensável para a contratação, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade da Administração Pública não integrante do respectivo ente público.

Importante destacar que quando o ente público contratar consórcio público que faça parte de sua administração indireta, aplica-se exclusivamente o disposto na Lei 11.107/2005 e no Decreto Federal 6.017/2007, não aplicando-se o disposto no inciso IX do Artigo 75 da Lei 14.133/21.

2. DESNECESSIDADE DE FORMALIZAR CONTRATO DE PROGRAMA:

A Lei dos Consórcios Públicos condiciona a criação do contrato de programa à existência de **prestação de serviço público** ou transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos:

Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da

Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de 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.

De igual maneira, o Decreto Federal nº 6.017/07 que regulamenta a Lei Federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, traz a definição de contrato de programa: "instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro ente da Federação, ou para com consórcio público, **no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa**"⁶.

Por serviço público, o já citado instrumento normativo conceitua com "**atividade ou comodidade material fruível diretamente pelo usuário, que possa ser remunerado por meio de taxa ou preço público, inclusive tarifa**"⁷.

Da análise dos dispositivos acima, vê-se que "a delegação de serviços públicos entre entes consorciados (ou conveniados) há de ser formalizada por meio de contrato próprio, o contrato de programa"⁸.

Com efeito, "nas hipóteses em que a titularidade do serviço é exclusiva do Estado, a sua prestação pode ser realizada por ele ou por alguém em seu nome, admitindo-se a transferência da titularidade de sua prestação para os entes da Administração Indireta e para os particulares. Nesse grupo de atividades, Estado conserva a titularidade do serviço e transfere somente a prestação, o que ocorre por meio do instituto da delegação"⁹.

Assim, **vê-se que o contrato de programa é exigido quando há a prestação (delegação/transferência) de um serviço público**. Tanto é verdade que o referido contrato deve, inclusive, **atender à legislação das concessões e permissões de serviço público**¹⁰.

Fernanda Marinela, ao tratar do contrato de programa, deixa clara a exigência do referido instrumento quando haja a prestação de um serviço público:

⁶ Art. 2º, inciso XVI, do Decreto n. 6017/07.

⁷ Art. 2º, inciso XIV, do Decreto n. 6017/07.

⁸ Direito Administrativo – Brasil I. Nohara, Irene Patrícia. II. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. III. Título. IV. Sério. Pág. 500.

⁹ Manual de Direito Administrativo/ Fernanda Marinela.- 16 ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, pág. 709).

¹⁰ Art. 13, § 1º, inciso I, da Lei 11.107/2005.

As obrigações que um ente da Federação firmar para com outro ou para com o consórcio público, no âmbito de gestão associada **em que haja a prestação de serviços públicos** ou transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários **à continuidade dos serviços**, devem ser **constituídas e reguladas por contrato de programa** (Manual de Direito Administrativo/ Fernanda Marinela.- 16 ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, pág. 668, sem grifo no original).

Tanto o é, que a referida doutrinadora menciona que o contrato de programa deve atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos entre outros instrumentos. Veja-se:

O contrato de programa deve atender: à legislação de concessões e permissões de serviços públicos, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos; à legislação de regulação dos serviços a serem prestados; e deve prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

Veja que o § 1º, do art. 13, da Lei Federal nº 11.107/05:

§ 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

Portanto, quando um Consórcio Público NÃO se destina à prestação de serviços públicos **fruível diretamente pelo usuário, que possa ser remunerado por meio de taxa ou preço público, inclusive tarifa**, e não recebe qualquer delegação de serviço público de qualquer dos seus entes consorciados, tampouco as suas atividades são usufruídas diretamente pelos usuários e remuneradas por taxa ou preço público, não se deve formalizar Contrato de Programa.

Dessa forma, vê-se que, no âmbito dos consórcios públicos (e conforme determina a legislação), a confecção do contrato de programa está limitada às hipóteses em que o Consórcio Público é contratado para **prestar serviço público de forma associada**.

A modalidade de prestação de serviço público de forma associada, nos termos do art. 2º, inciso IX, do Decreto 6017/07 é definida como "*exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos*".

Analisando caso concreto do consórcio público CINCATARINA, a diretoria técnica do TCE/SC emitiu o relatório DEC – 138/2022, entendendo que:

2.2 Análise e sugestão de encaminhamento

Com efeito, os relatos apresentados e os documentos acostados pelo denunciante (fls. 06/32) enfatizam a ausência de contratos de programa nas relações que envolvem prestação de serviços públicos entre municípios e Consórcio CINCATARINA, bem como inexistência de contratos de rateio para os demais serviços executados pela Unidade. Quanto à inexistência de contratos de programa, tramita nesta Casa o Processo @REP 22/00608947, que trata de representação formulada pelo próprio 37, onde este trouxe diversos relatos que vislumbram indícios de irregularidades na prestação das atividades pactuadas na contratação da empresa QUARK ENGENHARIA LTDA. para execução dos serviços de manutenção da iluminação pública para 52 (cinquenta e dois) municípios consorciados da Unidade, sendo que o valor global contratado foi de R\$ 96.936.789,00 (noventa e seis milhões, novecentos e trinta e seis mil, setecentos e oitenta e nove reais). Dentre as supostas irregularidades, destaca-se a ausência de contrato de programa.

Referido Processo encontra-se em análise pela Diretoria de Licitações e Contratos (DLC) deste Tribunal, o qual já foi elaborado o Relatório DLC nº1013/2022, onde foi sugerida e autorizada diligência com vistas a apresentação de documentos e informações por parte da Unidade. Dentre as documentações solicitadas está o contrato de programa que envolveu a relação do Consórcio CINCATARINA com os 52 (cinquenta e dois) municípios beneficiados.

De acordo com informações do Sistema de Processos do TCE/SC (eSiproc), a Unidade atendeu a diligência da DLC no dia 31/01/2023 (Protocolo nº 1593/2023, fls. 462/19580 do Processo @REP 22/00608947), quando encaminhou sua manifestação munida de documentos comprobatórios. A respeito da ausência de contrato de programa na relação envolvendo a empresa QUARK ENGENHARIA LTDA. e os 52 (cinquenta e dois) municípios beneficiados, extrai-se o seguinte (fls. 463/470):

O denunciante noticia a inexistência do contrato de programa, o qual seria exigido pela Lei Federal nº 11.107/2005. Entretanto, como passa-se a expor, para o caso deste Consórcio Público, ele não é aplicável em razão dos serviços que são prestados. De fato, o referido contrato não existe no CINCATARINA (grifo nosso).

A Lei dos Consórcios Públicos condiciona a criação do contrato de programa à existência de prestação de serviço público ou transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

De igual maneira, o Decreto Federal n. 6.017/07, o qual regulamenta a Lei Federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, traz a definição de contrato de programa: "instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro ente da Federação, ou para com consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa".

Por serviço público, o já citado instrumento normativo conceitua com "atividade ou comodidade material fruível diretamente pelo usuário, que possa ser remunerado por meio de taxa ou preço público, inclusive tarifa".

Da análise dos dispositivos acima, vê-se que “a delegação de serviços públicos entre entes consorciados (ou conveniados) há de ser formalizada por meio de contrato próprio, o contrato de programa”. Com efeito, “nas hipóteses em que a titularidade do serviço é exclusiva do Estado, a sua prestação pode ser realizada por ele ou por alguém em seu nome, admitindo-se a transferência da titularidade de sua prestação para os entes da Administração Indireta e para os particulares. Nesse grupo de atividades, Estado conserva a titularidade do serviço e transfere somente a prestação, o que ocorre por meio do instituto da delegação.

Assim, vê-se que o contrato de programa é exigido quando há a prestação (delegação/transferência) de um serviço público. Tanto é verdade que o referido contrato deve, inclusive, atender à legislação das concessões e permissões de serviço público.

Conforme será demonstrado, o CINCATARINA não é um Consórcio Público que se destina à prestação de serviços públicos fruível diretamente pelo usuário, que possa ser remunerado por meio de taxa ou preço público, inclusive tarifa, dado que em nenhum momento recebeu qualquer delegação de serviço público de qualquer dos seus Municípios consorciados, tampouco as suas atividades são usufruídas diretamente pelos usuários e remuneradas por taxa ou preço público.

Dessa forma, vê-se que, no âmbito do CINCATARINA (e conforme determina a legislação), a confecção do contrato de programa está limitada às hipóteses em que o Consórcio Público é contratado para prestar serviço público de forma associada. (grifo nosso).

A modalidade de prestação de serviço público de forma associada, nos termos do art. 2º, inciso IX, do Decreto 6017/07 é definida como “exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

No caso denunciado, entendeu-se, portanto, que o CINCATARINA não recebeu a delegação e, por consequência, não prestou qualquer serviço público no âmbito do contrato celebrado com a empresa QUARK ENGENHARIA LTDA, já que a Unidade apenas licitou a prestação do serviço de manutenção de iluminação pública para que esse ficasse à disposição dos municípios consorciados. Além disso, não recebeu de nenhum deles qualquer delegação de serviço público, como a determinação do cálculo das tarifas (Cosip), a cobrança direta do usuário e a regulação dos serviços prestados, pois tudo isso permanece sob a responsabilidade dos titulares do serviço público, no caso os municípios consorciados.

Em resumo, pode-se dizer que, ao invés de realizar uma licitação própria, os municípios, visando maior poder de compra e economia em escala, reuniram-se através do CINCATARINA para realizar uma só licitação de manutenção de iluminação pública, a qual foi feita pelo CINCATARINA, sendo apenas uma licitação (procedimento administrativo) e não uma delegação de serviço público. (fl. 470 do @REP 22/00608947)

Considerando as argumentações apresentadas, entende-se que o objeto do contrato em questão não se enquadra em delegação de serviço público, não sendo, desta forma, necessária a celebração de contrato de programa. Essa situação se estende também para os demais serviços oferecidos e contratados junto aos consorciados.

Em relação à ausência de contratos de rateios para as demais atividades operacionais do Consórcio CINCATARINA, mister salientar

que não necessariamente todos os serviços de um consórcio público devam ser albergados por tal instrumento contratual, haja vista que nem todo município consorciado "A" vai demandar o mesmo serviço do município "B".

No caso da Unidade em questão, há serviços oferecidos que são específicos para cada município e são operacionalizados conforme às necessidades de cada ente, como são os casos da realização de diagnósticos socioambientais, de estudos técnicos, de elaboração e análise de planos diretores e de mobilidade urbana, de plano de saneamento, dentre outros.

Há também a possibilidade de alguns serviços interessarem a um grupo de prefeituras por serem menos custosos aos seus respectivos orçamentos, mas, por outro lado, tais serviços nem sempre serão vantajosos economicamente e necessários a outros grupos de prefeituras, como exemplos têm-se as prestações de serviço de iluminação pública (52 prefeituras atendidas), de telefonia móvel (38 prefeituras atendidas) e de eficiência energética (65 projetos destinados a 65 prefeituras)

Por outro lado, a "Central de Compras Públicas" é um projeto que atende a todos os 231 (duzentos e trinta e um) municípios consorciados por intermédio de licitações compartilhadas. Nessa situação o Consórcio Público entende que os recursos advindos dos contratos de rateio, além de "financiarem" suas despesas administrativas, são capazes e suficientes para executar o referido projeto. Desse modo, os municípios não necessitam remunerar o Consórcio por cada certame licitatório realizado ou por produto adquirido por meio da Unidade, pois os custos desses serviços já são definidos nos contratos de rateio firmados.

Outro aspecto a ressaltar é que a formalização dos contratos de rateio não necessariamente obriga os consórcios públicos a oferecerem um ou mais serviços de forma gratuita. Pelo que consta no art. 2º, inciso VII, do Decreto Federal nº 1.067/2007, os contratos de rateio "são os meios pelos quais os entes consorciados comprometem-se a fornecer recursos financeiros para a realização das despesas do consórcio público". Em outras palavras, os recursos originados desses instrumentos contratuais visam efetivamente custear as despesas operacionais do respectivo consórcio, tais como pessoal, material de consumo, aluguel de imóvel (se for o caso), máquinas e equipamentos para escritórios, veículos, publicidade e outras despesas administrativas (luz, telefone, água etc.). Entende-se, portanto, que dependendo de cada Protocolo de Intenções firmado, o consórcio público competente pode decidir se algum dos seus serviços serão oferecidos gratuitamente aos consorciados ou se os contratos de rateios possam cobri-los. No caso do CINCATARINA apenas o projeto "Central de Compras Públicas" está albergado por contrato de rateio.

Importante salientar, na oportunidade, o real significado do teor do art. 8º da Lei nº 11.107/2005, onde define que "os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio". Isso não deve ser interpretado que todos os serviços dos consórcios públicos devam ser abrangidos 1 Dados extraídos do site do Consórcio CINCATARINA e constam também no Processo @LEV 22/80042929 41 por recursos provenientes dos contratos de rateio. O dispositivo legal deixa claro de que se trata de "repasse de recursos aos consórcios", que é diferente de pagamento de serviços por ele oferecidos.

Por derradeiro, ressalta-se que os recursos provenientes dos contratos de rateio não são os únicos a serem computados como receitas para os consórcios públicos. Esses entes públicos, podem, de acordo com o art. 2º, §1º, da Lei nº 11.107/2005, obter outras receitas, como aquelas

provenientes de contratação para serviços específicos dos entes consorciados, por meio de dispensa de licitação, conforme ensina o inciso III, §1º, art. 2º do mesmo diploma legal. Diante das considerações expostas, sugere-se o arquivamento dos presentes autos.

A discussão ocorreu nos autos do Processo nº @PAP 22/80084095, do TCE/SC. O referido entendimento da área técnica foi acompanhado pelo Relator, na proposta de voto COE/GSS – 698/2023 e decisão definitiva do Tribunal Pleno, em sessão do dia 26/07/2023.

Da mesma forma, o relatório DLC – 222/2023, nos autos do processo nº @REP 22/00608947, citando o parecer da DEC, também entendeu não ser caso de contrato de programa quando o objeto não se enquadra em delegação de serviço público:

2.1. Ausência de contrato de programa (art. 13 da Lei nº 11.107/2005) e de transparência da gestão econômica e financeira (art. 13. § 1º, II, da mesma Lei)

O Representante relata a ausência de contrato de programa e de transparência da gestão econômica e financeira do respectivo contrato nas relações que envolvem prestação de serviços públicos entre os municípios e o Consórcio [...].

Cumprir informar que esta questão já foi analisada pela Diretoria de Estatais e Congêneres – DEC no Relatório n.º DEC-138/2022 (Processo @PAP 22/80084095).

Em breve resumo, a Diretoria entendeu que o [...] não recebeu a delegação e, por consequência, não prestou qualquer serviço público no âmbito do contrato celebrado com a empresa Quark Engenharia Ltda, já que a Unidade apenas licitou a prestação do serviço de manutenção de iluminação pública para que este ficasse à disposição dos municípios consorciados.

Além disso, não recebeu de nenhum deles qualquer delegação de serviço público, como a determinação do cálculo das tarifas (Cosip), a cobrança direta do usuário e a regulação dos serviços prestados, pois tudo permaneceu sob a responsabilidade dos titulares do serviço público, no caso, os municípios consorciados.

Assim, entendeu que o objeto do contrato em questão não se enquadra em delegação de serviço público, não sendo, desta forma, necessária a celebração de contrato de programa.

Obviando, os consórcios públicos que prestam tais serviços públicos fruíveis diretamente pela população e por ela remunerada por taxa, tarifa ou preço público, devem elaborar os contratos de programas, aplicando-se integralmente as disposições da Lei Federal nº 14.133, de 2021, conforme determina o artigo 75, XI, devendo instaurar o devido processo de contratação direta, por dispensa de licitação, obedecendo as disposições do art. 72.

A par de todas as considerações acima, concluímos que se os serviços prestados pelos consórcios públicos, não configurarem uma efetiva prestação ou delegação de um

serviço público, fruível diretamente pela população e por ela remunerada por taxa, tarifa ou preço público, não há que se falar em Contrato de Programa.

3. HIPÓTESES PARA CELEBRAR CONTRATO DE RATEIO:

Nem todas as atividades de um Consórcio Público precisam ser regidas por contratos de rateio, já que cada ente consorciado pode ter demandas diferentes, conforme apontado pelo próprio Tribunal de Contas no excerto acima.

Diversos serviços podem ser prestados de forma personalizada para cada consorciado de acordo com suas necessidades, tais como diagnósticos socioambientais, estudos técnicos, planos diretores, mobilidade urbana e saneamento. Ademais, determinados serviços podem ser economicamente mais atraentes para um grupo de entes devido ao menor impacto em seus orçamentos, no entanto, esses mesmos serviços podem não ser economicamente vantajosos ou necessários para outros. Nesses casos, não se costuma celebrar contratos de rateio.

Em contrapartida, é possível que um projeto beneficie a todos os consorciados. Neste caso, o Consórcio Público acredita que os recursos provenientes dos contratos de rateio são suficientes para custear suas despesas administrativas e realizar tal projeto, como acontece com as licitações compartilhadas. Assim, os entes consorciados não precisam pagar ao consórcio público por cada processo de licitação realizado, já que os custos desses serviços são especificados no contrato de rateio estabelecido, consoante se infere do art. 2º, inciso VII do Decreto nº 6.017/2007.¹¹

Os recursos provenientes do contrato de rateio têm como objetivo cobrir as despesas operacionais do consórcio público, como salários, material de escritório, aluguel, equipamentos, veículos e outras despesas administrativas. Assim, é compreendido que de acordo com cada Protocolo de Intenções assinado, o consórcio público pode optar por oferecer ou não serviços com expensas garantidas pelos contratos de rateio.

O art. 8º da Lei nº 11.107/2005 merece atenção ao passo que menciona que: *os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio.*

A interpretação equivocada de tal dispositivo pode trazer um resultado diverso daquele pretendido. A legislação quer referir que transferências ou repasses de recursos

¹¹ BRASIL. Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007. *Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se: ... VII - contrato de rateio: contrato por meio do qual os entes consorciados comprometem-se a fornecer recursos financeiros para a realização das despesas do consórcio público;*

para o consórcio devem ser realizados mediante contrato de rateio, o que não deve ser confundido com o pagamento por serviços prestados pelo consórcio público.

Isso porque os consórcios públicos contam com variadas fontes de receita, o que significa que nem todos os serviços dos consórcios públicos devem ser financiados somente com recursos provenientes dos contratos de rateio:

Art. 2º Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais.

§ 1º Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá:

I – firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;

II – nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e

III – ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

Em suma, os Consórcios Públicos possuem flexibilidade em relação ao financiamento de suas atividades. Embora certas necessidades possam ser supridas de forma individual para cada integrante do grupo, outras podem ser divididas e pagas por meio de acordos de rateio. Contudo, é essencial compreender que o contrato de rateio não é a exclusiva fonte de recursos acessível. Os consórcios públicos podem se beneficiar de várias fontes de renda para pagar por suas atividades. Assim, é essencial uma compreensão precisa das leis para assegurar uma administração eficiente e equilibrada dos recursos nos Consórcios Públicos.

O contrato de rateio também é hipótese de licitação **dispensada**, em que o gestor público é isento de realizar o procedimento licitatório. Na lei de licitações, o rol de dispensa é taxativo e não exemplificativo. Por isso, entendemos que **não deve ser realizado processo licitatório de contratação direta, seja por dispensa de licitação ou inexigibilidade, por não aplicação da lei de licitações na contratação de consórcios públicos por seus entes consorciados.** O fundamento do contrato de rateio é a própria Lei nº 11.107/2005.

3. CONCLUSÕES

Com base em toda a fundação retro, **CONCLUÍMOS** que:

- a) A relação contratual entre os Consórcios Públicos e os Entes da Federação consorciados reveste-se de natureza contratual interadministrativa, já que envolve a própria Administração Pública;
- b) Com base na Lei Federal nº 11.107, de 2005 (Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências) e Decreto Federal nº 6.017, de 2007 (Regulamenta a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos), a contratação dos Consórcios Públicos pelos Entes da Federação consorciados é dispensada de licitação, ou seja, não se aplicando a lei de licitações (Lei Federal nº 14.133, de 2021), **não devendo ser formalizado qualquer processo licitatório de contratação direta, seja por dispensa de licitação ou inexigibilidade, por não aplicação da lei de licitações na contratação de consórcios públicos por seus entes consorciados;**
- c) Para a contratualização entre ente consorciado e consórcio que integre, não se aplica o disposto no inciso IX do Artigo 75 da Lei 14.133/2021;
- d) A formalização da relação contratual interadministrativa poderá ser efetivada por meio de contrato administrativo ou documentos congêneres, como termos de uso, termos de adesão, entre outros., sem necessidade de processos de contratação direta (dispensa ou inexigibilidade), não se aplicando a lei de licitações, nos exatos termos do art. 2º, III, da Lei Federal nº 11.107, de 2005, art. 18 e parágrafo único do Decreto Federal nº 6.017, de 2007;
- e) Somente deverá ser formalizado contrato de programa se os Consórcios Públicos prestarem serviços públicos, fruíveis diretamente pela população e por ela remunerada por taxa, tarifa ou preço público, aplicando-se integralmente as disposições da Lei Federal nº 14.133, de 2021, conforme determina o artigo 75, XI, devendo instaurar o devido processo de contratação direta, por dispensa de licitação, obedecendo as disposições do art. 72;
- f) Se os serviços prestados pelos Consórcios Públicos, não configurarem uma **efetiva prestação ou delegação de um serviço público, fruível diretamente pela população e por ela remunerada por taxa, tarifa ou preço público**, não há que se falar em Contrato de Programa e nem aplicação da lei de licitações;
- g) O contrato de rateio também é hipótese de **licitação dispensada**, em que o gestor público é isento de realizar o procedimento licitatório. Na lei de licitações, o rol de dispensa é taxativo e não exemplificativo. Por isso,

entendemos que não deve ser realizado processo licitatório de contratação direta, seja por dispensa de licitação ou inexigibilidade, por não aplicação da lei de licitações na contratação de consórcios públicos por seus entes consorciados. O fundamento do contrato de rateio é a própria Lei nº 11.107/2005.

- h) Anexo segue Opinião Legal – Aspectos Jurídicos da Lei de Consórcios Públicos, emitida em 05 de maio de 2023, pelo professor Dr. Wladimir Antonio Ribeiro, do escritório Manesco, Ramires, Peres, Azevedo Marques Sociedade de Advogados.

Florianópolis, junho de 2024.

Documento elaborado pela:

CÂMARA TÉCNICA JURÍDICA DO COLEGIADO DE CONSÓRCIOS PÚBLICOS DA FECAM