

SUMÁRIO

Parte I – Formas de prestação

- 1 – Prestação direta e indireta
- 2 – A prestação direta, conceito negativo
- 3 – A prestação direta, conceito positivo
- 4 – A prestação direta centralizada
- 5 – A prestação direta descentralizada
- 6 – A prestação direta descentralizada mediante outorga
- 7 – A prestação direta descentralizada mediante delegação
- 8 – O saneamento rural
- 9 – A prestação indireta

Parte II – O Contrato de Programa

- 1 – Contrato de programa não é contrato de concessão
- 2 – Gestão associada de serviços públicos
- 3 – Evolução no Brasil das formas de prestação cooperativa de serviços públicos
- 4 – O *In-house Providing Contract*
- 5 – O contrato de programa: natureza jurídica
- 6 – O contrato de programa: partes
- 7 – O contrato de programa: objeto
- 8 – O contrato programa e a prestação de serviços públicos

PARTE I

FORMAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

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

Parágrafo único.”

Prestação direta e indireta

Do artigo 75 da Constituição Federal, **quatro aspectos** podem se extraídos:

1 – A prestação do que se reconhece como serviço público é **do Poder Público**, ou seja é atividade que **somente** pode ser prestada pelo próprio Poder Público ou por quem ele **delegou** esta tarefa. Daí que, mesmo que executado por mãos privadas, a atividade continua pública - havendo um Poder Público titular (*provider*) que, muitas vezes, não se confunde com o seu prestador (*executer*).

Prestação direta e indireta

Do artigo 75 da Constituição Federal, **quatro aspectos** podem se extraídos:

2 – A prestação do serviço público se dá ***na forma da lei***. Logo, a forma de prestação do serviço público é decisão que compete não só ao Poder Executivo mas, também, ao **Poder Legislativo** – que, por exemplo, cria e atribui a determinada autarquia a competência de prestar os serviços, ou autoriza que seja ele prestado por privados, mediante concessão ou permissão.

Prestação direta e indireta

Do artigo 75 da Constituição Federal, **quatro aspectos** podem se extraídos:

3 – há duas formas de prestação de serviço público: (i) a **indireta**, que é mediante concessão ou permissão, e (ii) a **direta**, que são todas as demais formas que não se identifiquem com as formas de prestação indireta, explicitamente identificadas no texto constitucional.

Prestação direta e indireta

Do artigo 75 da Constituição Federal, **quatro aspectos** podem se extraídos:

4 – A prestação de serviço público mediante concessão ou permissão **sempre** exige licitação. Ou seja, a escolha do privado que irá desempenhar esta tarefa e, de forma legítima, tentar obter lucros, deve se dar de forma isonômica, mediante uma competição.

Prestação direta e indireta

Outros dispositivos da Constituição Federal, de forma harmônica, seguem no mesmo sentido:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

“Art. 30. Compete aos Municípios:

.....

V - organizar e prestar, **diretamente ou sob regime de concessão ou permissão**, os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo, que tem caráter essencial;

.....”

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

“Art. 21. Compete à União:

.....
XXII - **explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:**

- a) os serviços de radiofusão sonora de sons e imagens;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos curso de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

.....”

Prestação direta e indireta



Prestação Direta

Prestação Indireta

Prestação conceito negativo

Classificam-se como **Prestação Direta** todas as formas de prestação que não se identifiquem com concessão e permissão.

Prestação conceito positivo

Zanobini: Classificam-se como **Prestação Direta** todas as formas cujo interesse seja apenas a prestação dos serviços, não convivendo este interesse com outros, como a criação de excedente econômico que seja, total ou parcialmente, apropriável como lucro.

Observe que resulta nesta compreensão que o Poder Público não pode utilizar de seu privilégio de prestar serviços públicos com outros objetivos que senão a prestação do próprio serviço público. Seria *desvio de finalidade*, por exemplo, que tarifas do serviço público de abastecimento de água, prestado por uma autarquia municipal, fossem aumentadas para gerar excedentes para custear o aumento dos vencimentos dos professores municipais.

ZANOBINI, Guido. *“L’esercizio privato delle pubbliche funzioni e l’organizzazione degli enti pubblici”*, in **Scritti varii di diritto pubblico**, Milão: Giuffrè, 1955, pp. 87-125.

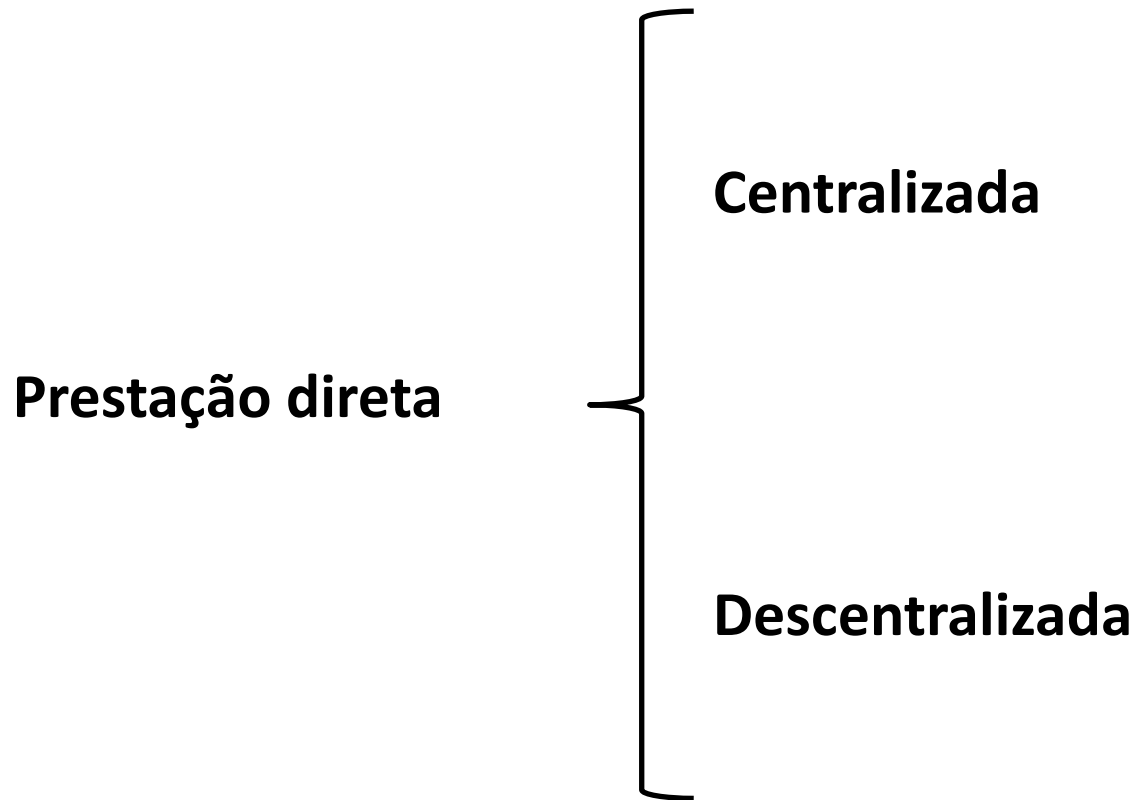
Prestação conceito positivo

Observe que *distribuir resultados* é **diferente** de possuir *resultado positivo*. Uma empresa pública ou autarquia, bem administrada, pode e deve gerar excedentes, inclusive para investir no próprio serviço ou permitir que as tarifas sejam módicas.

O que diferente de empresa pública, que presta um *serviço público* sem ter se submetido a qualquer competição, gerar lucros de atividade que atua em monopólio, distribuindo estes lucros para o fisco, e utilizando do serviço público como uma nova forma de tributação.

A situação descrita (de empresa *prestadora de serviço público*) é **diferente** da empresa pública que *explora atividade econômica*, suplementando e competindo com a iniciativa privada (por exemplo, explorando atividade bancária). Nessa outra situação, a empresa pública deve buscar o lucro, sob pena inclusive de se caracterizar *concorrência desleal* com as empresas privadas.

Prestação direta centralizada e descentralizada



Prestação direta centralizada

**Prestação direta
centralizada**

Concentrada
(régie direta ou simples)

Desconcentrada
(régie indireta ou autônoma)

Prestação direta descentralizada

**Prestação direta
descentralizada**

Mediante outorga (*lei*)

**Mediante delegação (*ato ou
contrato administrativo*)**

Prestação direta descentralizada



Última edição revisada
pelo próprio autor

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Serviço descentralizado é todo aquele que o Poder Público transfere a sua titularidade, ou, simplesmente, a sua execução, por *outorga* ou *delegação*, a autarquias, entidades paraestatais, empresas privadas ou particulares individualmente. Há *outorga*, quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, *por lei*, determinado serviço público ou de utilidade pública; há *delegação*, quando o Estado transfere, por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal.

A distinção entre *serviço outorgado* e *serviço delegado* é fundamental, porque aquele é transferido *por lei*, e só *por lei* pode ser retirado ou modificado, e, este tem apenas a sua *execução* traspassada a terceiro, por *ato administrativo* (bilateral ou unilateral), pelo que pode ser revogado, modificado e anulado como o são os atos dessa natureza. A *delegação* é menos que *outorga*, porque esta traz uma presunção de definitividade, e aquela, de transitoriedade, razão pela qual os serviços *outorgados* o são, normalmente, por tempo indeterminado, e os *delegados*, por prazo certo, para que ao seu término retornem ao delegante. Mas, em ambas as hipóteses, o serviço continua sendo público ou de utilidade pública, apenas *descentralizado*, contudo, sempre sujeito aos requisitos originários, e sob regulamentação e controle do Poder Público que os descentralizou.

Prestação direta descentralizada mediante outorga

**Prestação direta
descentralizada
mediante outorga**

Autarquia (*inclusive consorcial?*)

Empresa pública

Sociedade de economia mista

Prestação direta descentralizada mediante delegação

**Prestação direta
descentralizada
mediante delegação**

Gestão associada

Para sociedade civil (*em geral, por entidades filantrópicas e sem cobrança de tarifa*)

Para os usuários – autogestão (*associação e cooperativa de usuários – comum no saneamento rural*)

Gestão associada de serviços públicos

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

(REDAÇÃO DA EC 19/1998 -
EMENDA DA “REFORMA ADMINISTRATIVA”)

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 ente federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais aos serviços transferidos.

Gestão associada de serviços públicos

Lei Nacional de Saneamento Básico

(Redação da Lei 14.026/2020 – “Novo Marco Regulatório”)

*Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular **depende da celebração de contrato de concessão**, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, **vedada a sua disciplina mediante contrato de programa**, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.*

O saneamento rural

Decreto 10.588, de 24 de dezembro de 2020

Art. 4º (...)

§ 9º *Não constituem serviço público de saneamento básico:*

*I - as ações de saneamento básico executadas por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços, incluída a prestação de serviços realizados por **associações comunitárias** criadas para esse fim que possuam competência na **gestão do saneamento rural**, desde que delegadas ou autorizadas pelo respectivo titular, na forma prevista na legislação;*

II - as ações e os serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluído o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador; e

*III - as ações e os serviços de saneamento básico operados pelos próprios usuários, por meio de **associações comunitárias ou multicomunitárias**.*

§ 10. *Os Municípios poderão autorizar a execução das ações de saneamento básico a que se refere o § 9º às **associações comunitárias** criadas para esse fim.*

O saneamento rural



O saneamento rural



MODELO DE GESTÃO PARA O SANEAMENTO RURAL DO ESTADO DO CEARÁ

SISAR é uma federação de associações comunitárias rurais que possuem Sistema de água/esgoto para fazer a gestão COMPARTILHADA.



O saneamento rural

Sedes	Fundação	Municípios atendidos 2020	População atendida 2020
Sisar de Sobral	27/01/1996	32	154.655
Sisar de Acopiara	09/10/2001	18	87.065
Sisar de Quixadá	31/08/2001	23	114.806
Sisar de Russas	07/02/2002	17	74.852
Sisar de Itapipoca	07/03/2002	18	91.536
Sisar de Fortaleza	26/06/2001	17	51.873
Sisar de Crateús	02/08/2001	16	138.975
Sisar de Juazeiro	25/10/2001	22	118.495
Total		163*	832.258**

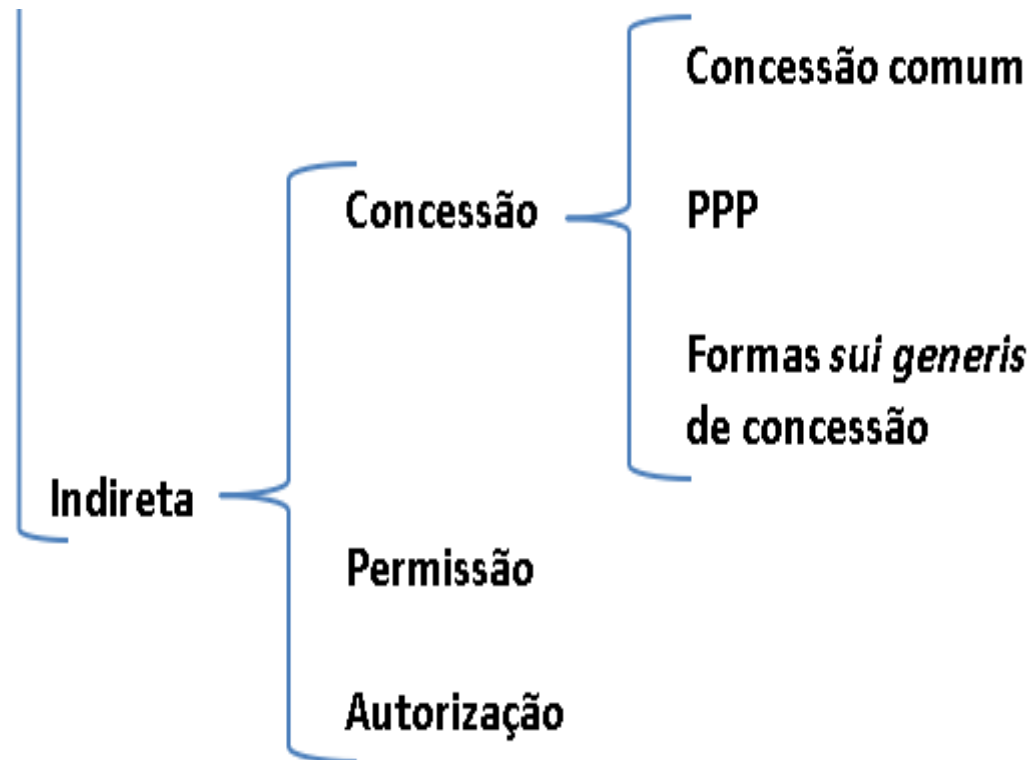
Mês de referência dezembro/2020

* 7 (sete) municípios são atendidos por mais de um Sisar.

** Taxa de ocupação meio rural 3,78

A prestação indireta

Como vimos, a prestação **indireta** se identifica com os conceitos de **concessão** e de **permissão** de serviço público (há autores, ainda, que mencionam a **autorização**).



A prestação indireta

Como já mencionado, nesta aula introdutória o tema é a prestação **direta**, sendo que a prestação **indireta** será o tema, direto ou indireto, das aulas dos dias 18 de agosto e 1º de setembro.

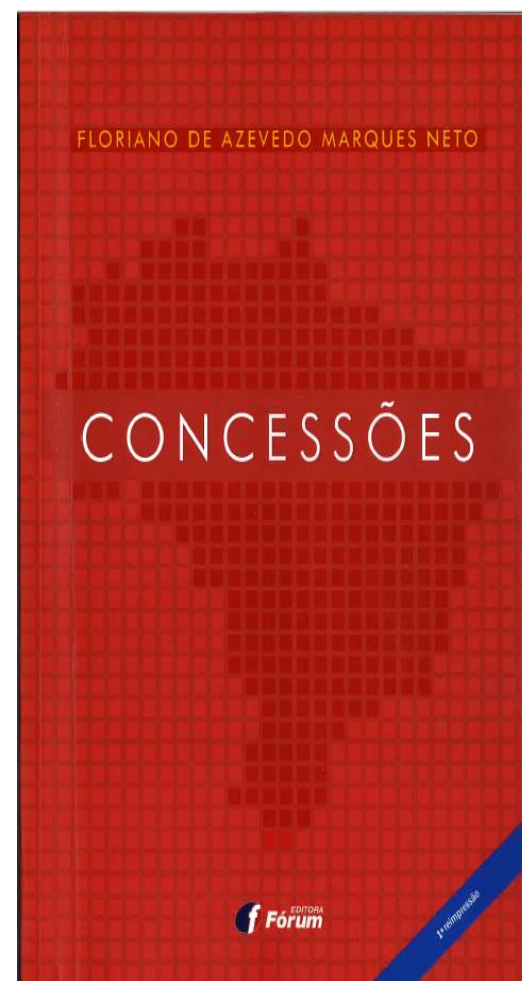
A prestação indireta

No dia 18 de agosto a aula será ministrada pelo Dr. **Marcos Augusto Perez**, Professor Associado de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo, e autor da obra “o risco no contrato de concessão de serviço público”.



A prestação indireta

No dia 1º de setembro a aula será ministrada pelo Dr. **Floriano de Azevedo Marques Neto**, Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo, e autor da obra “Concessões”. Fundamental se ter em conta dois aspectos: (i) que a *concessão* é um **gênero**, o que abrange uma gama praticamente infinita de formas de prestação; e (ii) que se trata de um **contrato relacional**, que disciplina um sistema em que várias partes atuam e que, umas em relações às outras, possuem direitos e obrigações de variada espécie.



Prestação indireta

Apesar deste limite da aula de hoje, importante abordar relevante aspecto: *e quando a prestação direta se vale de contratos de terceirização? Até que ponto o volume de terceirização poderia descaracterizar a prestação direta?*

O tema é muito relevante, em especial para o *serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos* ou, ainda, para o *serviço público de limpeza urbana* que, não raro, são fortemente terceirizados, sendo que o Município apenas gere (e às vezes, nem isso faz...) contratos em que privados, em realidade, executam todas as etapas do serviço. Com tamanha terceirização, mediante contratos regidos pela Lei 8.666/93 ou 14.133/2021, poderia ser falar ainda em prestação **direta?**

Voltemos ao texto da Constituição:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

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

Parágrafo único.”

Prestação indireta

A questão, do ponto de vista jurídico, adquire um novo formato: o que significaria ***prestação?***

Isso porque, no caso de forte terceirização, poderia se entender que a prestação foi transferida para um privado, porém não na forma de *concessão ou de permissão de serviço público*, previstas na Constituição Federal. Ou seja, a terceirização excessiva, mediante contratos de mera prestação de serviços, pode ser uma forma de fraudar a Constituição, que impõem que, em havendo a **prestação** por privados, esta deve se dar nas formas estáveis da concessão ou da permissão.

Com isso, o desafio é saber, em face do caso concreto, se a forte terceirização seria também a **transferência da prestação**, exigindo concessão ou permissão, ou se enquadra apenas na contratação *de insumos*, sem prejuízo da legítima prestação direta. Trata-se de uma questão difícil e ainda em aberto.

PARTE II

FORMAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O contrato de programa não é contrato de concessão

O contrato de programa não pode ser confundido com contrato de concessão. Trata-se, apenas, de uma forma de se viabilizar a **prestação direta de serviços públicos, de forma descentralizada, mediante delegação.**

Lei de Consórcios Públicos

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.

Gestão associada de serviços públicos

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

(REDAÇÃO DA EC 19/1998 -
EMENDA DA “REFORMA ADMINISTRATIVA”)

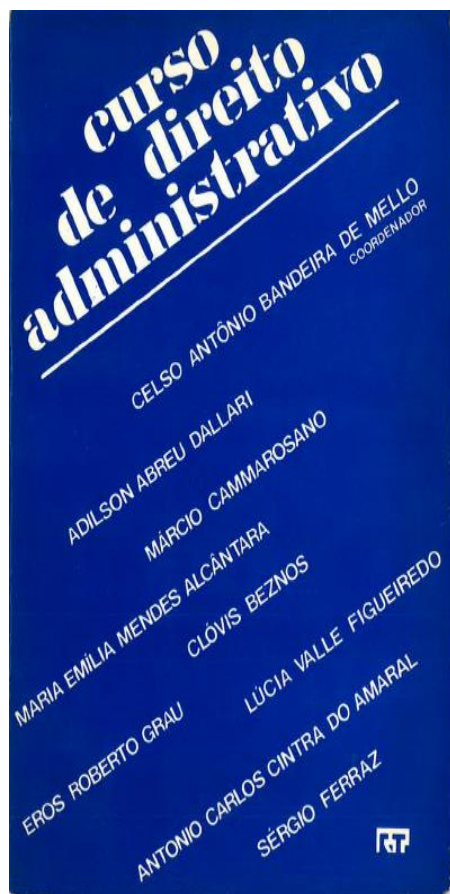
Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre ente federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens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

Evolução das formas cooperativas de serviços públicos

Na falta de instrumento específico, durante muito tempo foram utilizados instrumentos improvisados, especialmente convênios e “contratos de concessão”.

A doutrina os designava ora como “concessão convênio” (Marçal Justen) como “concessão imprópria” (Geraldo Ataliba), porque apesar do *nomen juris*, a sua natureza **não era concessão**.

Evolução das formas cooperativas de serviços públicos



6

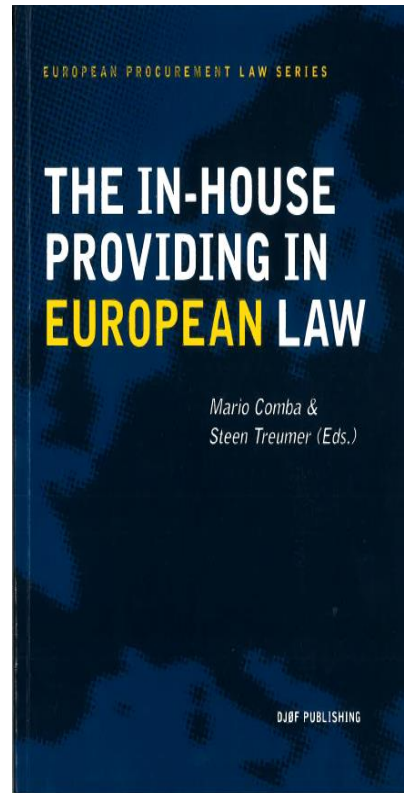
EMPRESAS ESTATAIS OU ESTADO EMPRESÁRIO

EROS ROBERTO GRAU

No momento em que digo que há empresas, ambas estatais, que desenvolvem atividade econômica e empresas, que desenvolvem serviço público, aí encontro um exemplo lapidar de ambigüidade dos vocábulos e das expressões jurídicas. Por certo que a razão de inúmeros desentendimentos que se enfrenta quando se pretende interpretar e compreender um texto normativo, está precisamente na circunstância de as palavras e as expressões jurídicas serem ambíguas e imprecisas. É só recordar o exemplo dado por Hospers, que é clássico, dos rótulos e das garrafas. Eu lembraria algo talvez mais poético: quando Julieta, na segunda cena do segundo ato de "Romeu e Julieta", descobre que Romeu é um Montecchio, ao se dar conta disso, imediatamente diz: "Mas o que é um nome? Uma rosa, se não fosse chamada de rosa continuaria a cheirar doce, da mesma maneira". A verdade é que as palavras não são conseqüências das coisas. E pode-se atribuir às coisas quaisquer nomes, desde que haja um mínimo de convenção. E, precisamente porque a

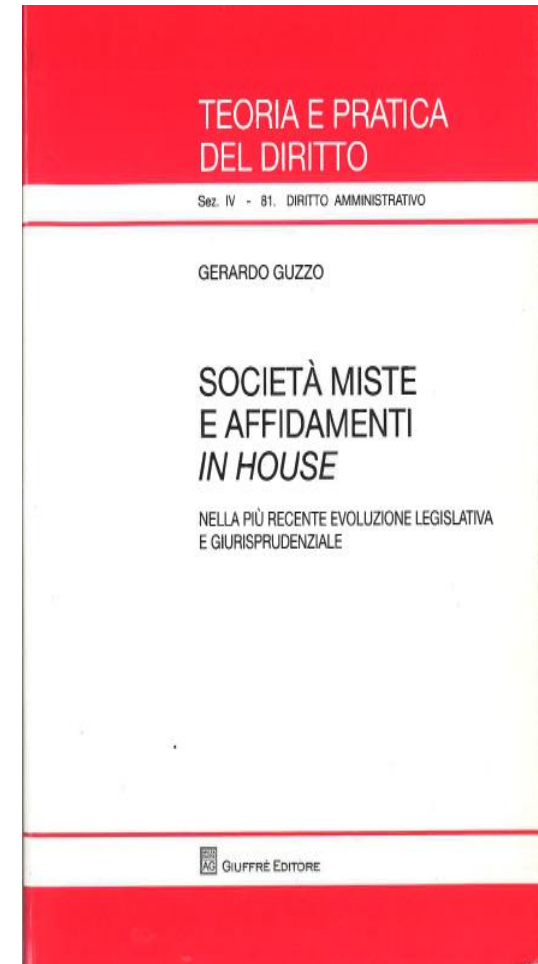
O *In-house providing contract*

Contrastando com a penúria de instrumentos para disciplinar a prestação de serviços públicos em regime de cooperação intergovernamental, na Europa há muito se consolidou o *in-house providing contract*, que possui este específico objetivo.



O *In-house providing contract*

Apesar de o direito europeu ter disciplinado minuciosamente o *in-house providing contract*, inclusive para evitar que a em vez de prestação direta se caracterize como concorrência desleal com o setor privado há aspecto que fica em aberto: *porque tratar diferente a empresa estatal que busca no mercado, especialmente na bolsa de valores, recursos para os investimentos, em relação à empresa que apenas contrata empréstimos? Porque empresa que busca o lucro não pode ser contratada diretamente, sem licitação, na modalidade in-house?*



O In-house providing contract

Na Itália o *in-house providing contract* é designado como *accordo di programma*, e é um complemento natural da *gestione associata di servizi pubblici*, especialmente de abastecimento de água e de esgotamento sanitário (*servizio idrico integrato*) e de manejo de resíduos sólidos urbanos (*gestione dei rifiuti urbani*). Foi a origem da denominação brasileira do instituto: contrato de programa.

CONVENZIONE PER REGOLAMENTARE
I RAPPORTI FRA L'AGENZIA DI AMBITO PER I SERVIZI
PUBBLICI
ED IL GESTORE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO
(ART. 11 COMMA 2° L.N.36/1994 E ART. 14 COMMA 1°
L.R. N. 25/99 come modificata dalla L.R. n. 1/2003)

L'anno 2004 giorno 20 del mese di Dicembre, in
Bologna

tra

1) l'Agenzia di Ambito per i Servizi Pubblici
dell'ATO n°5 (di seguito "Agenzia"), legalmente
rappresentata ai sensi dell'art. 19 della propria
Convenzione costitutiva dalla Prof.ssa Beatrice
Draghetti la quale interviene nella sua qualità di
Presidente, in esecuzione della deliberazione
dell'Assemblea n. .45.. del 20 dicembre 2004

2) HERA S.p.A. (di seguito "Gestore"), legalmente
rappresentata ai sensi del punto 33 della Delibera
del Consiglio di Amministrazione del 4 novembre 2002
dal Dott. Ing. Stefano Aldrovandi, il quale
interviene nella sua qualità di Amministratore
Delegato.

Contrato de programa: natureza jurídica

Contratos Interadministrativos

Alexandra Leitão

DOCTORA EM DIREITO

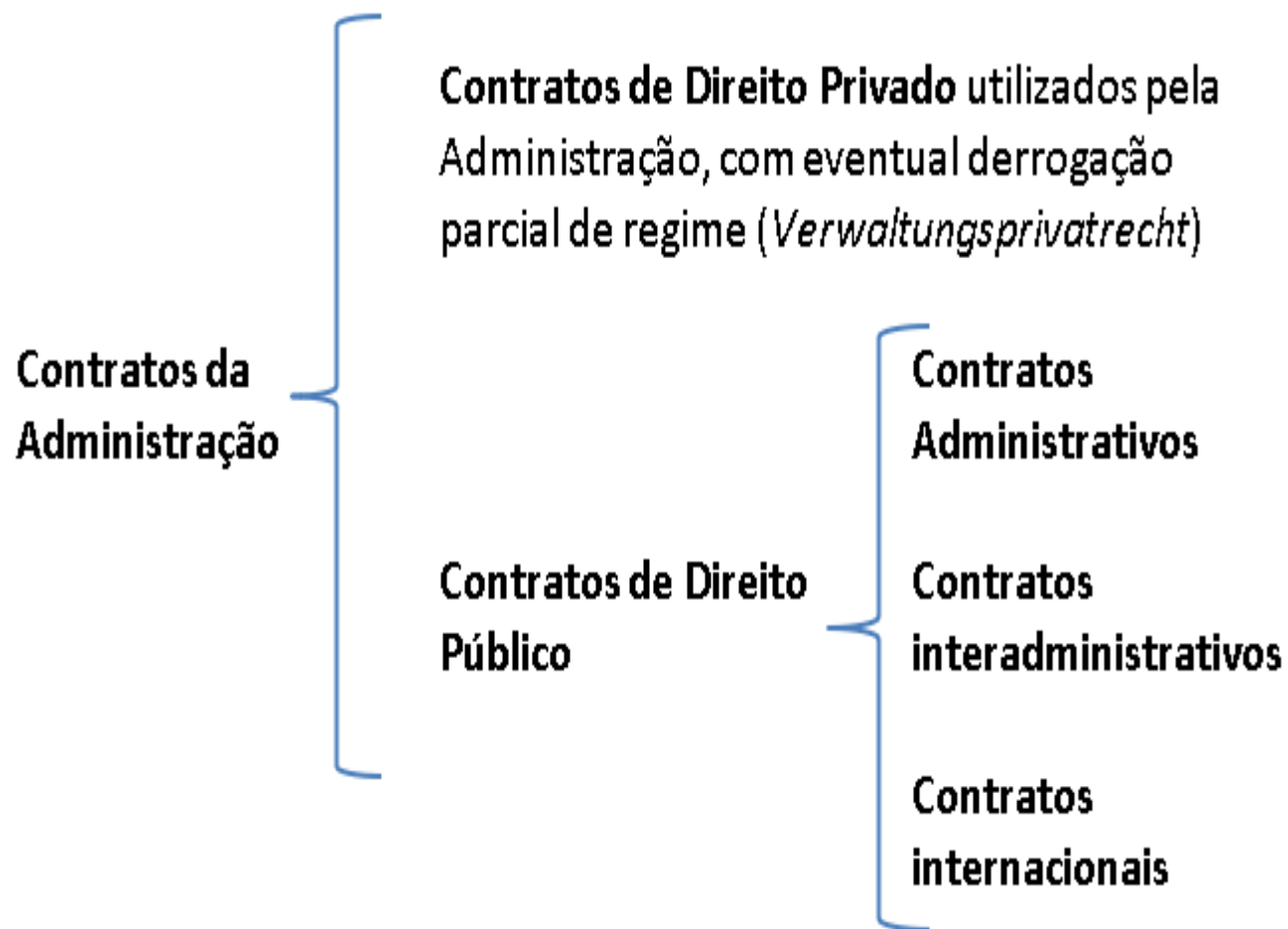
PROFESSORA AUXILIAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

VOGAL DO CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O contrato de programa, como todos os demais contratos previstos na Lei de Consórcios Públicos, é contrato da Administração Pública, porém **não é contrato administrativo.**

Característica essencial é que, como há o interesse público em ambos os polos contratuais, **são inviáveis as cláusulas exorbitantes.** Ou seja: não cabe a uma parte do contrato alterar algumas de suas cláusulas de forma unilateral.

Contrato de programa: natureza jurídica



Contrato de programa: natureza jurídica

O Novo Marco Regulatório do Saneamento, no que se refere à inserção de metas, **equiparou** os contratos de concessão aos contratos de programa. Apesar de os primeiros continuarem a ser contratos administrativo, para este efeito **não pode haver alteração unilateral**, dependendo a inserção de metas de termo aditivo celebrado de comum acordo.

LNSB – redação da Lei 14.026/2020

Art. 11-B. (...)

§ 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no **caput** deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no **caput** deste artigo, incluídas as seguintes:

- I - prestação direta da parcela remanescente;
- II - licitação complementar para atingimento da totalidade da meta; e
- III - aditamento de contratos já licitados, incluindo eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que **em comum acordo** com a contratada.

Contrato de programa: partes

Como todo **contrato interadministrativo**, todas as partes do contrato **devem ser entidades da Administração Pública**.

Contudo, por o contrato de programa, em seu regime legal, se vincular ao conceito constitucional de *gestão associada de serviços públicos* é necessário que haja tal gestão formalizada, por *convênio de cooperação entre entes federados* ou *por consórcio público*, e somente os entes que fazem parte desta cooperação é que podem ser partes de contrato de programa. Ou seja, as partes do contrato de programa são pré-qualificadas, mediante o instituto da gestão associada de serviços públicos, nos termos do previsto na nova redação do artigo 241 da Constituição Federal.

Contrato de programa: partes

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

(REDAÇÃO DA EC 19/1998 -
EMENDA DA “REFORMA ADMINISTRATIVA”)

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 ente federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais aos serviços transferidos.

Contrato de programa: objeto

O objeto do contrato de programa é a coordenação de atividades dos órgãos ou entidades públicas, de entes federativos diferentes ou interfederativos, na realização de específicos objetivos de interesse público, desde que estes não se resumam na mera transferência de recursos financeiros. Logo, "assevere-se que a prestação de serviços públicos em regime de gestão associada não é o único objeto possível do contrato de programa" . Esta coordenação pode se realizar de duas maneiras: (i) por meio de **associação**; e (ii) por meio de **delegação**.

Contrato de programa: objeto

No caso de **associação**, cada parte executa parcela do objeto contratual, em cooperação com a outra, na busca de um resultado de interesse comum. É a hipótese mais comum dos contratos de programa celebrados entre consorciado e consórcio público.

Contrato de programa: objeto

Já na hipótese de **delegação**, um ente federativo ou entidade interfederativa delega a outro ente, ou a uma entidade interfederativa, o exercício de determinada competência.

Insista-se que a delegação é da execução, não da competência em si que, outorgada pela Constituição ou pela lei, não poderá, evidentemente, ser mercadejada por meio de negócio jurídico.

Contrato de programa: objeto

Não pode ser objeto de contrato de programa:

A atividade de mera transferência de recursos financeiros, porque, neste caso, o contrato de programa se confundiria com outros instrumentos, que possuem exigências legais específicas – como o convênio de repasse de recursos, disciplinado pelo artigo 116 da Lei 8.666/93, ou, em algumas situações, o contrato de rateio, previsto no artigo 8º da Lei de Consórcios Públicos.

Observe-se que a vedação é de contrato de programa apenas para transferência de recursos financeiros, pelo que, evidentemente, se houver outros objetos, o contrato de programa pode disciplinar aspectos econômicos e financeiros com eles conexos.

Contrato de programa: objeto

Não pode ser objeto de contrato de programa:

A prevista no art. 13, § 3º, da Lei de 11.107/2005: *“é nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados”*.

O sentido da vedação é evidente: garantir que a função de planejamento, como as funções de regulação e de fiscalização, sejam exercidas de forma independente, de forma a que se orientem pelos interesses da política pública, sem eventual indevida influência dos interesses específicos do prestador dos serviços.

Contrato de programa: forma

O **contrato de programa**, quando tem por objeto a **prestação de serviço público**, é consequência da *gestão associada de serviços públicos*.

Como o art. 241 da Constituição Federal prevê que toda a gestão autorizada de serviços públicos precisa ser *disciplinada por lei dos entes cooperantes e ou por consórcio público ou por convênio de cooperação entre entes federados*, a sua forma é de pacto que possui por **ato-condição** o ato que tenha instituído (ou autorizado) a *gestão associada de serviços públicos*, e, uma vez celebrado, passa a vigor sem dependência desse ato-condição.

Contrato de programa e a prestação de serviços públicos

Como toda a forma de **prestação direta**, a delegação por via do *contrato de programa* não pode ter outro interesse senão a própria prestação dos serviços. Para fazer jus ao lucro, necessário participar de competição com o setor privado.

Apesar dessa obviedade, já anotada por Zanobini quando caracterizou positivamente a prestação direta, este é um tema que o direito brasileiro reconhece, porém de forma indireta.

Exemplo é a **jurisprudência do STF** sobre a imunidade tributária de empresas estatais prestadoras de serviços públicos:

Contrato de programa e a prestação de serviços públicos

Quando o prestador, mesmo sendo empresa, atua apenas com o interesse na prestação dos serviços, o STF reconhece o direito à imunidade tributária.

Sobre saneamento, vejam-se os seguintes precedentes: (i) RE 765.930/DF, decisão monocrática do Min DIAS TOFFOLI de 20.2.2015, transitada em julgado, que reconheceu imunidade tributária à CAESB – Companhia de Saneamento Básico do Distrito Federal; (ii) ACO nº 2.757/RJ, que reconheceu imunidade tributária para a CEDAE – Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro, Min. Rel. LUIZ FUX, j. 11.5.2017. v.u.; (iii) RE 253.472/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 1.2.2011, no qual se reconheceu imunidade tributária para a Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP; (iv) ARE 944.558, Rel. Min. ROSA WEBER, j. 20.9.2016, no qual se reconheceu a imunidade tributária para a Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU; (v) ACO 2.243/AL, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 27.5.2016, que reconheceu imunidade tributária para a Companhia de Saneamento de Alagoas – CASAL; (vi) AC 1.851/QO, Rel. Min. ELLEN GRACE, j. 17.6.2008, em que se reconheceu a imunidade tributária para a Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia – CAERD; (vii) ACO 2.730 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, j. 3.4.2017, que se reconheceu imunidade tributária para a Companhia Santense de Saneamento – CESAN.

Contrato de programa e a prestação de serviços públicos

Quando o prestador, mesmo público, atua com o interesse também no lucro, o STF nega a imunidade tributária:

“Sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, ‘a’, da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas” .

(STF, Pleno, **Tema de Repercussão Geral 508**, RE 600.868-SP, Redator do Acórdão Min. Luiz FUX, Sessão Virtual de 14.8.2020 a 21.8.2020, v.u.)

Lei Nacional de Saneamento Básico

(Redação da Lei 14.026/2020 – “Novo Marco Regulatório”)

*Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, **vedada a sua disciplina mediante contrato de programa**, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.*

Contrato de programa e a prestação de serviços públicos

A nova redação do Artigo 10 da Lei Nacional de Saneamento Básico, e o acrescentado § 8º do artigo 13 da Lei de Consórcios Públicos **vedam**, a partir do dia 16 de julho de 2020, a utilização do contrato de programa para disciplinar a delegação da prestação de serviços públicos de saneamento básico. *Seria esta vedação constitucional?*

Lei Nacional de Saneamento Básico (Redação da Lei 14.026/2020)

Art. 10. A **prestação dos serviços públicos de saneamento básico** por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, **vedada a sua disciplina mediante contrato de programa**, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

Lei de Consórcios Públicos (Redação da Lei 14.026/2020)

Art. 13. (...)

§ 8º Os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico deverão observar o art. 175 da Constituição Federal, **vedada a formalização de novos contratos de programa para esse fim.**

Contrato de programa e a prestação de serviços públicos

A competência reconhecida à União de *instituir diretrizes para o saneamento básico* (art. 21, XX) é sempre compreendida como a competência de fixar *objetivos (direção)*, reconhecendo a autonomia dos entes federados para eleger os meios para tanto. Se o meio escolhido for um contrato da Administração Pública, por conta de outra competência da União (art. 22, XXVII, CF/88), haverá que se atender as *normas gerais* fixadas em lei federal.

Contudo, os dispositivos não estão condicionando ou disciplinando os requisitos para os contratos, mas vedando o uso de um determinado tipo de contrato o que, na prática, inviabiliza que o Município possa prestar os serviços públicos de saneamento básico no regime da *gestão associada de serviços públicos* prevista no artigo 241 da Constituição Federal.

Contrato de programa e a prestação de serviços públicos

Por causa disso, estas mudanças estão sendo questionadas no STF por meio de quatro Ações Direta de Inconstitucionalidade, todas de relatoria do Ministro Luiz Fux: ADI 6.492, proposta pelo PDT em 22.7.2020; a ADI 6536, proposta pelo PCdoB, PSOL, PSB e PT; a ADI 6583, proposta pela ASSEMAE – Associação Nacional dos Serviços Municipais de Água e Esgoto e a ADI 6.882, proposta pela AESBE – Associação das Empresas de Saneamento Básico Estaduais.

As ADIs 6.492 e 6536 estão na pauta da sessão do STF de **24 de novembro de 2021**. As demais, até agora, não foram pautadas para a mesma sessão.

Contrato de programa e a prestação de serviços públicos

A questão constitucional principal é: a competência para a União instituir *diretrizes para o saneamento básico*, prevista no artigo 21, XX, da Constituição Federal, permite que ela vede a utilização de tipo contratual?

Não haveria aqui uma eleição de *meios* por parte da União, em detrimento da autonomia municipal?

Ou seja, o tema é saber o limite e conteúdo da expressão *diretrizes*. A jurisprudência constitucional, tanto brasileira como a comparada, reconhece que as diretrizes se referem aos **objetivos** ou à **performance**, não aos meios. Inclusive o STF, em agosto de 2020, considerou **inconstitucional** dispositivo de Constituição Estadual que vedava ao Município o uso de determinado meio contratual para a prestação de serviço público de saneamento básico:

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 23

05/08/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE **4.454** PARANÁ

RELATORA	: MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(s)	: PARTIDO HUMANISTA DA SOLIDARIEDADE
ADV.(A/S)	: ARNOLDO WALD E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ

Contrato de programa e a prestação de serviços públicos

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 3º DO ART. 210-A DA CONSTITUIÇÃO DO PARANÁ, ACRESCENTADO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 24/2008. EXIGÊNCIA DE SEREM PRESTADOS OS SERVIÇOS LOCAIS DE SANEAMENTO E ABASTECIMENTO DE ÁGUA POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA SOB CONTROLE ACIONÁRIO E ADMINISTRATIVO DO ESTADO OU DO MUNICÍPIO. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL: SANEAMENTO BÁSICO. INCS. I E V DO ART. 30 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.

Contrato de programa e a prestação de serviços públicos

7. Ao tornar obrigatória a prestação de serviços de saneamento e abastecimento de água por pessoas jurídicas de direito público ou por sociedade de economia mista sob controle acionário e administrativo do poder público estadual ou municipal, a norma do § 3º do art. 210-A da Constituição paranaense, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 24/2008, usurpou a competência dos Municípios para legislarem sobre saneamento básico, assunto de interesse local. Confira-se a norma questionada:

“Art. 210-A. A água é um bem essencial à vida. O acesso à água potável e ao saneamento constitui um direito humano fundamental.

[...]

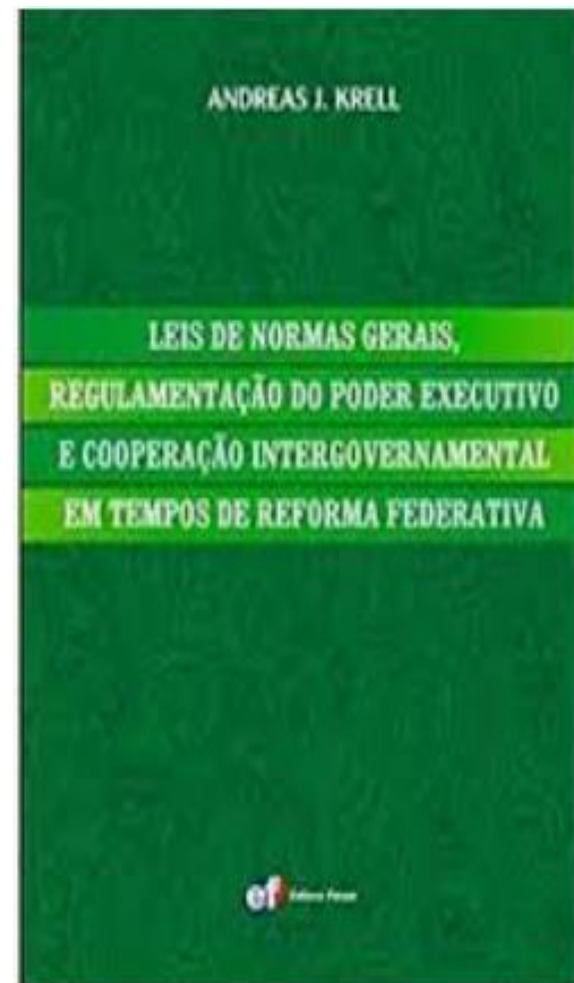
§ 3º Os serviços públicos de saneamento e de abastecimento de água serão prestados por pessoas jurídicas de direito público ou por sociedade de economia mista sob controle acionário e administrativo, do Poder Público Estadual ou Municipal”.

Contrato de programa e a prestação de serviços públicos

Observem que no precedente citado, por se referir a Emenda Constitucional Estadual, **não estava em jogo** o alcance e conteúdo da competência da União em instituir *diretrizes para o saneamento básico*.

Acrescente-se que as *diretrizes*, como deixou claro Andreas Krell, não é apenas instituída mediante lei – pode ela ser instituída mediante decreto (por ex., o Decreto 6.017/2010 – que regulamentou a Lei de Consórcio Públicos).

Por isso, o julgamento do STF possui grande importância no sistema federativo brasileiro.



XI Congresso Brasileiro de Regulação

Formas de prestação dos serviços
públicos de saneamento básico

Obrigado!

Foz do Iguaçu, 10 de novembro de 2021

Wladimir Antonio Ribeiro

wladimir_ribeiro@manesco.com.br