

Juiz de Fora/MG, em 21/02/2022.

O P I N I Ã O L E G A L

I - Introdução:

1. A presente Opinião Legal tem o objetivo de analisar o enquadramento das contratualizações celebradas entre ENTE CONSORCIADO e CONSÓRCIO PÚBLICO no campo da prestação de serviços e fornecimento de bens.

2. A abordagem consiste em determinar se o procedimento formalístico a ser estabelecido é o licitatório ou não, isso considerando a disposição contida no art. 2º, § 1º, III da Lei Federal nº 11.107/2005, que diz ser dispensada a licitação, em confronto com o disposto na Lei Nacional de Licitações, especialmente em seu art. 24, XXVI (ou art. 75, XI da nova Lei), que traz uma hipótese de licitação dispensável aplicável aos Consórcios Públicos.

3. Não há pretensão de esgotar o assunto nesta assentada, mas tão somente estabelecer os fundamentos gerais que embasam a afirmativa pessoal de a contratualização do Consórcio Público, pelo seu ente consorciado, para a simples prestação de serviços e fornecimento de bens, não está submetida às formalidades da Lei de Licitações.

4. Para enfrentar o instigante tema proposto é fundamental, preliminarmente, fixar de forma clara a caracterização dos Consórcios Públicos e suas competências.

II - Da figura dos consórcios no ordenamento jurídico e suas competências:

5. Explicitamente, a figura do consorciamento público no ordenamento jurídico atual surgiu com a chamada Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990), que em seu art. 10 trouxe o seguinte dispositivo:

*"Art. 10. Os municípios poderão constituir **consórcios** para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam."* (destaque por minha conta)

6. Posteriormente, com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, o instituto dos Consórcios ganhou *status* constitucional, através da redação do art. 241 da Constituição da República:

"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)"

7. No ano de 2005 foi instituído o *Marco Legal* dos Consórcios Públicos, através da Lei nº 11.107, que trouxe a seguinte Ementa:

"Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências."

8. O Decreto Federal nº 6.017/2007, que regulamentou a Lei dos Consórcios Públicos (Lei 11.107/2005), estabeleceu o seguinte quanto à personalidade jurídica dos mesmos:

"Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I - de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II - de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da

Federação consorciados." (destaque por minha conta)

9. Como se pode notar, a Lei 11.107/05 estabeleceu nova figura jurídica na administração indireta dos entes da Federação consorciados.

10. O Código Civil, inclusive, sofreu alteração para abarcar esta nova pessoa jurídica, conforme notamos no seu art. 41:

"Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei." (destaques por minha conta)

11. Não se pode olvidar que o legislador nacional oportunamente buscou identificar a associação pública como espécie de autarquia; para tanto, promoveu a alteração do Código Civil acima explicitada, situando a associação pública dentro da referência que faz à autarquia como pessoa jurídica de direito público interno (art. 16 da Lei nº 11.107/97, que deu nova redação ao artigo 41, IV da Lei nº 10.406/02).

12. Essa figura jurídica dos Consórcios Públicos pode atuar em diversas áreas e de maneiras diferentes, seja como meros prestadores de serviços ou fornecedores de bens; seja como delegatários (ou outorgados) de um serviço público cuja titularidade pertença aos entes consorciados; seja como apoiadores e fomentadores de intercâmbios de experiências e de informações; seja como compartilhadores

(ou otimizadores) de instrumentos e equipamentos, pessoal e procedimentos licitatórios e de admissão de pessoal¹.

13. Estes elementos definidores de área (temática) e método de atuação (objetivos) estarão estabelecidos e delimitados no seu ato constitutivo (Protocolo de Intenções/Contrato de Consórcio Público), por decisão e conveniência dos seus entes consorciados.

14. Destaca-se que o limite estabelecido para a atuação dos Consórcios é o constitucional (... *observados os limites constitucionais...*), remetendo-nos ao art. 241 já colacionado acima, que nos indica que toda atividade que puder ser enquadrada dentro do conceito amplo de serviço público, será suscetível de ser viabilizada de forma consorciada.

15. Não obstante o conceito de serviço público possuir uma farta pluralidade de definições doutrinárias e ser dos mais debatidos no Direito Administrativo, tomemos como base o apontamento de José Cretella Júnior², que estabelece, de forma objetiva e lúcida, o serviço público como sendo "*toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins*".

¹ Decreto Federal nº 6.017/2007: Art. 3º Observados os limites constitucionais e legais, os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes que se consorciarem, admitindo-se, entre outros, os seguintes:

I - a **gestão associada de serviços públicos**;

II - a **prestação de serviços**, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e o fornecimento de bens à administração direta ou indireta dos entes consorciados;

III - o compartilhamento ou o uso em comum de instrumentos e equipamentos, inclusive de gestão, de manutenção, de informática, de pessoal técnico e de procedimentos de licitação e de admissão de pessoal;

IV - a produção de informações ou de estudos técnicos;

V - a instituição e o funcionamento de escolas de governo ou de estabelecimentos congêneres;

VI - a promoção do uso racional dos recursos naturais e a proteção do meio-ambiente;

VII - o exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que lhe tenham sido delegadas ou autorizadas;

VIII - o apoio e o fomento do intercâmbio de experiências e de informações entre os entes consorciados;

IX - a gestão e a proteção de patrimônio urbanístico, paisagístico ou turístico comum;

X - o planejamento, a gestão e a administração dos serviços e recursos da previdência social dos servidores de qualquer dos entes da Federação que integram o consórcio, vedado que os recursos arrecadados em um ente federativo sejam utilizados no pagamento de benefícios de segurados de outro ente, de forma a atender o disposto no [art. 1º, inciso V, da Lei nº 9.717, de 1998](#);

XI - o fornecimento de assistência técnica, extensão, treinamento, pesquisa e desenvolvimento urbano, rural e agrário;

XII - as ações e políticas de desenvolvimento urbano, sócio-econômico local e regional; e

XIII - o exercício de competências pertencentes aos entes da Federação nos termos de autorização ou delegação.

§ 1º Os consórcios públicos poderão ter um ou mais objetivos e os entes consorciados poderão se consorciar em relação a todos ou apenas a parcela deles.

§ 2º Os consórcios públicos, ou entidade a ele vinculada, poderão desenvolver as ações e os serviços de saúde, obedecidos os princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde - SUS.

² JÚNIOR, José Cretella. Curso de direito administrativo. 16.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 402.

16. Portanto, nas palavras do então Secretário Adjunto de Saúde de Minas Gerais, Dr. Breno Henrique³, *os Consórcios poderão ter como atribuições todas aquelas que a legislação estabelece como da competência dos entes que os constituem.*

17. Assim e objetivamente, sendo o âmbito de atuação dos Consórcios Públicos aquele definido em seus atos constitutivos e derivativo das competências dos seus próprios entes consorciados, é fato que os mesmos (Consórcios!), como entidades de cooperação interfederativa integrantes da administração indireta de todos os entes que os integram, podem tanto prestarem serviços diversos (*lato sensu*), como assumirem a gestão associada de serviços (*stricto sensu*) cuja titularidade pertença aos entes consorciados que o integram, sempre que tal solução mostrar-se, do ponto de vista da gestão pública, como a que melhor atenda ao interesse público para o caso concreto.

18. A compreensão de que a expressão "serviços públicos" é empregada ora de forma genérica (*lato sensu*), ora de forma específica (*stricto sensu*)⁴, é fundamental.

19. Nota-se, dentro do contexto histórico legislativo da regulação dos Consórcios Públicos, que os mesmos foram idealizados como ferramentas de cooperação interfederativa, mas também como instrumentos de descentralização da Administração Pública.

20. Seguindo esta linha, e nos dizeres do Dr. Dirley da Cunha Júnior⁵:

"O Estado, para realizar a sua função administrativa, que consiste em atender concretamente os interesses da coletividade,

³ SIMÕES, Breno Henrique Avelar de Pinho. Lei de Consórcios Públicos. 1ªed. Belo Horizonte: Governo do Estado de Minas – Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, 2010, p. 18.

⁴ "A expressão 'serviço público' às vezes vem empregada em sentido muito amplo, para abranger toda e qualquer atividade realizada pela Administração Pública, desde uma carimbada num requerimento até o transporte coletivo. Quando se fala 'ingresso no serviço público', é atribuído sentido amplo ao termo. Se esta fosse a acepção adequada, todo o Direito Administrativo conteria um único capítulo, denominado 'serviço público', pois todas as atividades da Administração aí se incluiriam. No sentido amplo da expressão 'serviço público' são englobadas também as atividades do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. quando se menciona o seguinte: O Judiciário presta um serviço público relevante; o Legislativo realiza um serviço público. Evidente que aí a expressão não se reveste de sentido técnico, nem tais atividades sujeitam se aos preceitos norteadores da atividade tecnicamente caracterizada como serviço público" (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 7ª. ed., Ed. RT, 2003, p. 336).

⁵ Acessível em <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/164522999/formas-de-realizacao-da-funcao-administrativa-centralizacao-descentralizacao-concentracao-e-desconcentracao>

pode organizar-se administrativamente da forma e modo que melhor lhe aprouver, sujeito apenas às limitações e princípios constitucionais."
(destaque meu)

21. Portanto, a DESCENTRALIZAÇÃO de ações, atividades e serviços públicos, encontra respaldo e amparo no nosso ordenamento jurídico; sendo que a terceirização, trazida a reboque desta⁶, também está hodiernamente inserida na gestão pública em inúmeros micro sistemas normativos.

22. Trazemos à baila a questão da terceirização apenas de forma incidental, como pano de fundo para criar um liame que permita identificar o distinto tratamento dado às questões afetas à "mera" prestação de serviços pelos Consórcios (seja diretamente, seja através da terceirização; mediante o ganho de escala e escopo permitido por este instituto), da gestão associada de serviços públicos; gestão associada esta que depende, como condição *sine qua non* de viabilidade, que a titularidade dos mesmos seja pertencente aos entes consorciados, como veremos mais adiante quando abordarmos o Contrato de Programa.

23. Estabelecida esta preliminar contextualização, avancemos no raciocínio.

III - Da distinção entre o Contrato de Programa e o Contrato firmado entre o ente consorciado e o Consórcio Público para fornecimento de bens ou prestação de serviços:

24. Por toda legislação afeta aos Consórcios Públicos há claros e inegáveis elementos distintivos entre o Contrato de Programa e o Contrato firmado entre o ente consorciado e o Consórcio Público para fornecimento de bens ou prestação de serviços, o qual denominaremos de "Contrato de Prestação de Serviços".

⁶ Tal assertiva quanto à terceirização não se consubstancia em um ilação de cunho pessoal, mas de relevante derivativo legal estabelecido no Decreto-Lei nº 200/1967, que em seu art. 10, § 7º, vaticinava ao estabelecer diretrizes para a Reforma Administrativa:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução" (destaques nossos).

25. Desde o nuclear estabelecimento dos **objetivos** dos Consórcios Públicos, a legislação destaca o elemento originador do Contrato de Programa (gestão associada de serviços públicos) do elemento originador do Contrato de Prestação de Serviços (prestação de serviços pura - *lato sensu*), vejamos:

Decreto Federal nº 6.017/2007

Art. 3º Observados os limites constitucionais e legais, os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes que se consorciarem, admitindo-se, entre outros, os seguintes:

I - a **gestão associada de serviços públicos**;

II - a **prestação de serviços**, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e o fornecimento de bens à administração direta ou indireta dos entes consorciados;

26. Notem que o Contrato de Programa só deve existir quando há TRANSFERÊNCIA dos serviços próprios dos entes consorciados para serem executados através de "gestão associada", na extada dicção do art. 30 do mesmo Decreto:

Art. 30. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações contraídas por ente da Federação, inclusive entidades de sua administração indireta, que tenham por objeto a prestação de serviços **por meio de gestão associada** ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade **dos serviços transferidos**.

27. A própria norma se incumbiu de conceituar a gestão associada de serviços públicos, vejamos:

Art. 2º. Para os fins deste Decreto, consideram-se:

.....

IX - gestão associada de serviços públicos: **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;

28. Tem-se, aqui, que a gestão associada de serviços públicos pode vir acompanhada ou não da prestação de serviços, sendo que a conceituação contida na norma avançou em explicitar, no mesmo art. 2º, que:

XIII - prestação de serviço público em regime de gestão associada: execução, por meio de cooperação federativa, de toda e qualquer atividade ou obra com o objetivo de permitir aos usuários o acesso a um serviço público com características e padrões de qualidade determinados pela regulação ou pelo contrato de programa, inclusive quando operada por transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos;

29. Creio que o legislador, atento à pluralidade conceitual de "Serviço Público", decidiu por taxar a interpretação que se prestaria a ser considerada para os fins daquela norma, e assim o fez:

XIV - serviço público: **atividade ou comodidade material fruível diretamente pelo usuário, que possa ser remunerado por meio de taxa ou preço público, inclusive tarifa;**

30. Fica cristalino que o Contrato de Programa envolverá, necessariamente: 1) que o ente consorciado seja o TITULAR do serviço público (aqui caracterizado como serviço público *stricto sensu*); 2) a transferência da gestão deste serviço público ao Consórcio Público; 3) a observância de cláusulas necessárias estabelecidas no art. 33 do Decreto Regulamentador, que se reporta à legislação de concessões e permissões de serviços públicos. Deve haver, portanto, a DELEGAÇÃO de um serviço público pelo poder concedente (o município, no caso de consórcios intermunicipais, deve ser TITULAR do serviço!).

31. Constitui-se um cenário bastante distinto da simplicidade de uma mera prestação de serviços (execução material)! Assim é porque o parágrafo único, do art. 18, do Decreto Regulamentador, estabelece que *"o contrato previsto no caput"* (não o Contrato de Programa, mas o de Prestação de Serviços!!!) *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.*

32. A norma legal está em perfeita concatenação e por isso não há qualquer remissão aos dispositivos que tratam do Contrato de Programa quando a mesma está se referindo à "simples" PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, e vice e versa!

33. Vejam que os institutos (Contrato de Programa X Contrato de Prestação de Serviços) estão bem delineados, isolados um do outro, sem remissões cruzadas que permitam qualquer inferência de que a licitação dispensável de um se confunde com a contratação DISPENSADA de licitação do outro!

34. Muitas manifestações jurídicas torcem o texto normativo ao acrescentarem um elemento de discricionariedade inexistente na norma. Geralmente, ao abordarem o dispositivo estabelecido no art. 2º, § 1º, III, da Lei nº 11.107/2005⁷, informam que: *"para essa contratação a licitação poderá ser dispensada"*.

35. O acréscimo indevido do vocábulo, dando ideia de possibilidade / faculdade, não se alinha à impositividade do texto normativo, que taxativamente assevera que a contratação do Consórcio Público pela administração direta ou indireta dos entes da federação consorciados **SERÁ DISPENSADA DE LICITAÇÃO.**

36. O que **PODERÁ**, é haver ou não a contratação do Consórcio Público pelos seus entes consorciados (*"§ 1º Para*

⁷ 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.

*o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público **poderá:**"*), mas uma vez realizada tal contratação, a mesma **SERÁ DISPENSADA DE LICITAÇÃO** ("III - ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, **dispensada a licitação.**"

37. Todos os dispositivos existentes na Lei Federal nº 11.107/2005 e em seu Decreto Regulamentador nº 6.017/2007, tratam do tema de forma direta e taxativa, sendo que além do dispositivo constante no art. 2º, § 1º, III (acima reproduzido), temos os seguintes:

Decreto Federal nº 6.017/2007

Art. 10. Para cumprimento de suas finalidades, o consórcio público poderá:

.....

II - ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, **dispensada a licitação;** e

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.](#)

38. Perceba-se a antítese, o contraste nítido, quando a mesma norma trata da celebração do Contrato de Programa, cuja licitação é DISPENSÁVEL:

Art. 21. O consórcio público somente mediante licitação contratará concessão, permissão ou autorizará a prestação de serviços públicos.

.....

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica ao contrato de programa, que **poderá ser contratado com dispensa de licitação conforme o art. 24, inciso XXVI, da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.**

Art. 32. O contrato de programa poderá ser celebrado por dispensa de licitação nos termos do art. 24, inciso XXVI, da Lei nº 8.666, de 1993.

Parágrafo único. O termo de dispensa de licitação e a minuta de contrato de programa deverão ser previamente examinados e aprovados por assessoria jurídica da Administração.

39. Sob qualquer prisma, é imperioso reconhecer que se trata de dois institutos diversos (Contrato de Programa X Contrato de Prestação de Serviços), com tratamentos específicos e bem delineados.

40. Reparem que as tratativas relacionadas à contratação do Consórcio Público pelos seus entes consorciados estão estabelecidas no Decreto Regulamentador dentro do Capítulo III, que trata da "Gestão dos Consórcios Públicos" (é donde se extrai a afirmação de que a licitação é DISPENSADA no art. 10, II e também, dentro de uma Seção ESPECÍFICA que trata "da Contratação do Consórcio por Ente Consorciado" (Seção IV), no seu art. 18.

41. Já quando trata da licitação DISPENSÁVEL em razão da celebração do Contrato de Programa, o faz o legislador em Capítulo apartado (Capítulo VI), referindo-se não mais à Lei de Consórcios, mas à Lei de Licitações (art. 24, inciso XXVI, da Lei nº 8.666, de 1993.) e sempre acrescido do "PODERÁ", conotando a discricionariedade do gestor na realização, ou não, de procedimento licitatório no caso do Contrato de Programa.

42. Diferentemente, portanto, dos Contratos **de Prestação de Serviços** celebrados entre os municípios consorciados e o Consórcio Público - estes cuja licitação é DISPENSADA (não dispensável!) nos exatos termos do art. 18 do Decreto regulamentador -, o Contrato **de Programa** deve ser instituído observadas as exigências procedimentais contidas no art. 26 da Lei Geral de Licitações, posto se tratar de uma hipótese onde a licitação é DISPENSÁVEL (não dispensada!).

43. A boa técnica legislativa, encampada pelas diretrizes sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único

do art. 59 da Constituição Federal⁸, encontra definição na Lei Complementar nº 95/1998, que nos indica que para a obtenção de ORDEM LÓGICA, as disposições relacionadas devem se reunir nas categorias de agregação (subseção, seção, Capítulos etc.)⁹, o que reforça positivamente a assertiva anterior acerca da localização dos dispositivos no texto normativo.

44. Ademais, a mesma Lei Complementar determina que para obtenção de PRECISÃO legislativa, deve-se *expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico*¹⁰ e, ainda, que se evite o emprego de *expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto*¹¹.

45. É certo que sobre os textos legais (não somente estes, mas aqui especificamente a eles) há inúmeros entendimentos a partir de cada intérprete que os analisam; mas há, também, métodos interpretativos sistematizados dentro da Hermenêutica Jurídica, visando proporcionar diretrizes e princípios para uma boa interpretação dos dispositivos legais. Tais métodos são classificados em gramatical, sistemático, histórico, teleológico-axiológico e sociológico e, no decorrer desta assentada, podemos notar conectivos interpretativos a partir de cada uma dessas classificações, o que nos permite lançar um olhar amplo e intrínseco ao objeto que nos é posto a opinar.

46. Como se percebe, portanto, há uma base interpretativa sólida, que corrobora com a exegese acerca da licitação dispensada quando a relação contratual a ser estabelecida se dá entre ENTE CONSORCIADO e CONSÓRCIO PÚBLICO do qual seja integrante, visando o fornecimento de bens e a prestação de serviços (execução material).

⁸ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

⁹ Vide art. 11, III, a, da Lei Complementar nº 95/1998.

¹⁰ Vide art. 11, II, b, da Lei Complementar nº 95/1998.

¹¹ Vide art. 11, II, c, da Lei Complementar nº 95/1998

IV - Da distinção entre a hipótese de licitação DISPENSÁVEL e a contratualização DISPENSADA DE LICITAÇÃO entre ente consorciado e Consórcio Público:

47. Há, na doutrina, uma auspiciosa distinção entre os vocábulos jurídicos DISPENSÁVEL (ou DISPENSA) e DISPENSADA, quando se refere à incidência da Lei Nacional de Licitações.

48. É que o comando Constitucional contido no art. 37, XXI, estatui uma regra geral e também uma excepcionante, vejamos:

"Art. 37.

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

49. Referido dispositivo constitucional foi regulamentado inicialmente pela Lei Federal nº 8.666/1993 e, mais recentemente, pela Lei Federal nº 14.133/2021, que brevemente substituirá a anterior de forma definitiva.

50. Compulsando estas duas normas legais, encontramos a razão de ser das mesmas (seus objetivos intrínsecos), a qual destacamos:

Lei Federal nº 8.666/1993

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do

juízo objetivo e dos que lhes são correlatos.

Lei Federal nº 14.133/2021

Art. 11.º processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

51. Nota-se que o legislador, visando alcançar os princípios insculpidos no *caput* do art. 37¹², estabeleceu o processo licitatório como mecanismo burocrático necessário a tal fim; em outras palavras, sempre que a Administração Pública pretender acessar o mercado privado para contratar prestações de serviços em geral ou aquisições de bens, deve fazê-lo em observância à Lei de Licitações, como instrumento apto a concretizar (*pelo menos em tese*) os objetivos delineados na legislação.

52. Há exceções à regra licitatória, algumas delas como decorrência lógica da relação que se pretende estabelecer; outras, impostas pela inviabilidade de disputa e, outras ainda, oriundas de liberalidade legislativa, que optou por deixar ao gestor público a análise do caso concreto e, diante da conveniência e oportunidade, proceder ou não com a licitação.

¹² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impeccabilidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

53. Assim, três hipóteses distintivas exsurgem: contratações dispensadas de licitação; licitações dispensáveis e inexigibilidades.

54. Em artigo que aborda estas três hipóteses, Daiene Vaz Carvalho Goulart¹³, assim registrou:

A maioria da doutrina brasileira faz a distinção entre licitação dispensada (art. 17 da Lei de Licitações), dispensável (art. 24 da Lei de Licitações) e inexigível (art. 25 da Lei de Licitações), contudo não há unanimidade sobre o assunto.

Para Justen Filho não há distinção entre licitação dispensada e dispensa de licitação, visto que em ambos os casos o legislador autoriza a contratação direta. Trata-se de autorização legislativa não vinculante para o administrador, isto é, cabe ao administrador a decisão discricionária entre realizar a licitação ou não. [1]

Por outro lado, Fernandes indica que a principal distinção entre licitação dispensada e a licitação dispensável estaria no sujeito ativo que promove a alienação, visto que no primeiro caso quem figura como alienante é a Administração no interesse em ceder parte de seu patrimônio e no segundo caso seria a situação oposta, ou seja, a Administração estaria, como regra, na condição de compradora ou tomadora de serviços. [2]

Outra distinção indicada pelo autor é a observância obrigatória das formalidades instituídas no artigo 26 da Lei de Licitações. Na dispensa de licitação, com ressalva dos incisos I e II do artigo 24, é sempre obrigatória a observância das formalidades do referido artigo, já na licitação dispensada, a observância do artigo 26 da Lei 8.666/93 seria apenas nas hipóteses dos parágrafos 2º e 4º do artigo. 17. [3]

(..) (destaque meu)

55. Na doutrina de Hely Lopes Meirelles também encontra-se menção à licitação dispensada, configurada no

¹³ Acessível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/contratacao-direta-na-administracao-publica/>

art. 2º, § 1º, III, da [Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005](#) (Lei dos Consórcios Públicos).

56. Tal inclusão do dispositivo contido no art. 2º, § 1º, III da Lei nº 11.107/2005 também foi objeto de abordagem em nota de redação da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes¹⁴:

Destacam-se duas modalidades de dispensa. De um lado, a licitação **dispensada, hipótese em que a liberação, pela lei, da realização do procedimento licitatório cria, para o administrador, uma vedação em realizá-la.** São as situações previstas no art. [17](#), [I](#) e [II](#), da Lei [8.666](#) /93, com as alterações introduzidas pela MP 335 /06 **e art. 2º, III da Lei de Consórcios Públicos (Lei [11.107](#) /02).**

Em contrapartida, fala-se em licitação dispensável quando a lei traz ao administrador, a possibilidade de dispensar a licitação. Com a discricionariedade que lhe é conferida, é ele quem decide se a realizará ou não. Trata-se de disposição do art. [24](#) da Lei [8.666](#)/93, que nos contempla com 23 hipóteses específicas, dentre elas, aquela em que resta configurada si (rol taxativo) situação de emergência ou calamidade pública, objeto de questionamento no enunciado em análise. (destaques por minha conta)

57. Em outro artigo contido no prestigiado portal da RHS Licitações¹⁵, encontramos o que segue:

Na licitação dispensável, o administrador, se quiser, poderá realizar o procedimento licitatório, sendo, portanto, uma faculdade. **Com relação à licitação dispensada, o administrador não pode licitar, visto que já se tem a definição da pessoa com quem se firmará o contrato.**

Portanto, na licitação dispensada não existe a faculdade para se realizar a licitação, enquanto que na licitação dispensável essa alternativa é possível, cabendo ao

¹⁴ Disponível em: [Licitação dispensável \(jusbrasil.com.br\)](#) Acesso em 06 dez. 2021.

¹⁵ Acessível em <https://licitacao.com.br/index.php/hipoteses-de-dispensa-e-inexigibilidade-de-licitacao/>

administrador fazer a análise do caso concreto, inclusive com relação ao custo-benefício desse procedimento e a bem do interesse público, levando-se em conta o princípio da eficiência, pois, em certas hipóteses, licitar pode não representar a melhor alternativa.

58. Temos, em linhas gerais, que a licitação DISPENSADA escapa à discricionariedade administrativa, já que a Lei taxativamente e expressamente a determina, conforme lição de Hely Lopes Meirelles¹⁶: **"A licitação dispensada é aquela que a própria lei declarou-a como tal"**.

59. Por outro lado, também nos dizeres de Meirelles, a licitação DISPENSÁVEL **"é toda aquela que a Administração poderá dispensar, caso lhe convier."**

60. Nos parece bastante crível, assim, que o legislador, ao editar a Lei de Consórcios Públicos, buscou expressamente criar uma hipótese de contratação DISPENSADA DE LICITAÇÃO, e esta dedução carrega em si um silogismo lógico¹⁷.

61. Necessário considerar, ainda, que sendo os Consórcios Públicos entidades integrantes da Administração Pública (art. 6º, § 1º da Lei 11.107/2005), dotados de personalidade jurídica própria (art. 41, IV da Lei 10.406/2002) e, portanto, sujeitos às normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à admissão de pessoal (art. 6º, § 2º, da Lei 11.107/2005), estaríamos instituindo um duplo procedimento de contratação ao considerarmos que para formalização do ajuste entre ENTE CONSORCIADO e CONSÓRCIO PÚBLICO, estariam presentes as amarras da Lei Federal nº 8.666/1996.

62. Reparem que o Consórcio Público, ao contratar um serviço ou adquirir um bem por meio de cooperação interfederativa (aproveitando a aglutinação de demandas dos entes consorciados) o fará, necessariamente, observando todos os preceitos da Lei Geral de Licitações, já que ele É ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998 (páginas 242/243)

¹⁷ Desde que previstas em Lei, há hipóteses de contratações excepcionadas da aplicabilidade da Lei de Licitações; a Lei dos Consórcios Públicos expressamente institui um caso de contratação dispensada de licitação, logo, para esta especificidade legal, o procedimento formalístico não é o licitatório!

V - Da vontade legislativa (buscando a finalidade da norma):

63. Para Humberto Eco¹⁸:

"entre a intenção do autor e a intenção do intérprete que simplesmente desbasta o texto até chegar a uma forma que sirva a seu propósito existe uma terceira possibilidade. Existe a intenção do texto".

64. Na minha visão, este sentido/intenção textual decorre do interesse público, revestido pela atividade legislativa, que no caso em estudo, a meu ver, teve como finalidade sistematizar a flexibilização no estabelecimento das relações interfederativa.

65. Com relação à figura dos Consórcios Públicos, Di Pietro (2005, p. 3)¹⁹ afirma que o objetivo da norma constitucional é o de consolidar a gestão associada entre os entes, visando à implementação ou à consecução de fins **de interesse comum**. Normalmente, o serviço que um ente não pode exercer sozinho torna-se mais fácil com a participação dos demais entes.

66. E de acordo com Alexandre e Deus (2015, p. 311)²⁰, **os consórcios públicos não se confundem com contratos administrativos entre entes federados. Nestes, os contratantes têm interesses opostos, enquanto, no consórcio público, os entes possuem interesses de igual teor.**

67. Para além das visões hermenêuticas dos renomados e respeitados doutrinadores indicados nos dois tópicos anteriores, podemos tentar extrair a vontade legislativa compulsando o nascedouro da norma (o processo legislativo!), vejamos o *animus* durante a tramitação desta legislação consorcial (Emenda Constitucional e Lei de Consórcios Públicos, respectivamente):

¹⁸ ECO, Humberto. *Interpretação e Superinterpretação*. (Trad., MF) – São Paulo: Martins Fontes, 1993.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Consórcio público na Lei Nº 11.107, de 6.4.2005. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 3, jul./ago./set. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=40>. Acesso em: 28 mar. 2019.

²⁰ ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito administrativo esquematizado*. São Paulo: Método, 2015.

**Exposição de motivos Emenda Constitucional n°
19/1998²¹**

A revisão de dispositivos constitucionais não esgota a reforma administrativa, mas representa etapa imprescindível ao seu sucesso, promovendo a atualização de normas, concomitante à remoção de constrangimentos legais que hoje entravam a implantação de novos princípios modelos e técnicas de gestão.

No difícil contexto do retorno a democracia, que em nosso país foi simultâneo a crise financeira do Estado, a Constituição de 1988 corporificou uma concepção de administração pública verticalizada, hierárquica, rígida, que favoreceu a proliferação de controles muitas vezes desnecessários. Cumpramos agora, reavaliar algumas das opções e modelos adotados, assimilando novos conceitos que reorientem a ação estatal em direção a eficiência e à qualidade dos serviços prestados ao cidadão.

A revisão de dispositivos constitucionais e inúmeras outras mudanças na esfera jurídico-legal que a acompanharão, estão direcionadas para o delineamento de condições propícias a implementação de novos formatos organizacionais e institucionais, a revisão de rotinas e procedimentos e à substituição dos controles formais pela avaliação permanente de resultados.

Coerente com estes propósitos, Sr. Presidente, acreditamos que as emendas constitucionais ora apresentadas venham a contribuir decisivamente para o revigoramento da administração pública, com impactos positivos sobre o conjunto da ação governamental e sobre a sociedade. Como resultados esperados da reforma administrativa, vale destacar o seguinte:

** incorporar a dimensão da eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte:*

²¹ Disponível em: [Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](http://portal.da.camara.deputados.camara.leg.br) Acesso em 02 abr. 2016.

* *contribuir para o equilíbrio das contas públicas*: as esferas de Governo que enfrentam desequilíbrio das contas públicas disporão de maior liberdade para a adoção de medidas efetivas de redução de seus quadros de pessoal, obedecidos critérios que evitem a utilização abusiva ou persecutória de tais dispositivos:

* **viabilizar o federalismo administrativo**: a introdução de novos formatos institucionais para gestão em regime de cooperação dos serviços públicos, envolvendo a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e a remoção de obstáculos legais à transferência de bens e de pessoas aprofundarão a aplicação dos preceitos do federalismo na administração pública, particularmente no que tange à descentralização dos serviços públicos:

* **romper com formatos jurídicos e institucionais rígidos e uniformizadores**: a reforma constitucional permitirá a implantação de um novo desenho estrutural na Administração Pública brasileira que contemplará a diferenciação e a inovação no tratamento de estruturas, formas jurídicas e métodos de gestão e de controle, particularmente no que tange ao regime jurídico dos servidores, aos mecanismos de recrutamento de quadros e a política remuneratória:

* *ênfase na qualidade e o desempenho nos serviços públicos*: a assimilação pelo serviço público da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas de desempenho conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos.

Parecer do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 148, de 2001 (PL 1071/1999 - número originário na Câmara dos Deputados)²²

²² Disponível em:

<https://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Flegis.senado.leg.br%2Fdiarios%2FBuscaPaginasDiario%3FcodDiario%3D3198%26paginaInicial%3D1949%26paginaFinal%3D1963&chunk=truc> Acesso em 20 abr. 2016.

7 - É instituído um contrato específico, o contrato de programa, para regular a gestão associada de serviços públicos, igualmente prevista no art. 241 da Constituição Federal (art. 14). Esse contrato se prestará a constituir e regular, 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 parcial ou total de encargos, pessoal, serviços ou bens necessários à continuidade dos serviços transferidos. Prevê-se para o contrato de programa uma disciplina simplificada, por meio de remissão à Lei de concessões e permissões de serviços públicos (art. 14, § 1º, I). (destaques acrescentados ao original).

68. Percebe-se, ainda que numa leitura superficial, que o intento do legislador era o rompimento com o modelo meramente burocrático e com formatos jurídicos e institucionais rígidos. Logo, certamente não passou pela concepção legislativa encaixotar as inovações legislativas trazidas com a Emenda Constitucional, nem tampouco com a Lei de Consórcios (decorrente da primeira e editada já em 2005), em procedimentos engessadores, como a necessidade de submeter a relação entre ente consorciado e Consórcio Público, na simples prestação de serviços, ao procedimento licitatório.

69. Quero dizer: o município não necessita estabelecer um procedimento administrativo de dispensa de licitação para contratualizar com o Consórcio Público a prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e o fornecimento de bens à sua administração direta ou indireta, pois esta, definitivamente, não foi a intenção do legislador!

70. Há de se considerar, ainda, o princípio da especialidade das normas, que determina a prevalência da norma especial sobre a geral, sendo que uma norma geral não pode revogar ou derogar preceito ou regra disposta e instituída em norma especial, como é o caso da Lei 11.107/2005, que inclusive temporalmente regulou a matéria dos Consórcios Públicos quase doze anos após a edição da

Lei de Licitações e indubitavelmente trata-se de uma norma ESPECIAL. Que, creio, se harmoniza com a legislação até então existente, até se considerarmos o princípio da conciliação, que permite a coexistência dos dispositivos tratados.

VI - Da materialização da ação administrativa:

71. Devo destacar, entretanto, que não se olvida, contudo, a importância e necessidade de se estabelecer o devido processo administrativo (não licitatório!), assim compreendido como **o instrumento indispensável para o exercício de função administrativa**, de acordo com Di Pietro²³.

72. Segundo o Dr. Benigno Núñez Novo²⁴:

"o processo é a forma de atuação do Estado. Atos estatais não surgem "do nada". Sempre derivam de um processo decisório que, em um Estado de Direito, deve ser formalizado, por intermédio de atos que se sucedem no tempo, e que visam à edição de um ato final. Processo é, pois, o mecanismo por intermédio do qual o poder estatal se materializa em atos."

73. Neste sentido, bem delineado, a materialização da contratação de um Consórcio Público se dará em um processo administrativo, assim como TODO e QUALQUER ato estatal, mas não em um procedimento licitatório!

74. O que ocorre é que inúmeros entes têm desprezado a inovação legislativa trazida pela Lei dos Consórcios Públicos e engessado sua relação com o próprio organismo jurídico criado constitucionalmente para lhes auxiliar na gestão pública. Fazem isso ao forçarem o enquadramento do ajuste estatuído no art. 18 do Decreto Federal nº 6.017/2007 dentro dos preceitos de uma DISPENSA DE LICITAÇÃO, exigindo altas formalidades e até, pasmem, atestados de capacidade técnica para formalização do procedimento; quando a Lei, definitivamente, não o exige!

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁴ Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34443/conceito-abrangencia-e-funcionalidade> - Jus.com.br | Jus Navigandi
Acesso em 17 jan. 2022.

75. O processo administrativo de contratação de um Consórcio Público para a simples prestação de serviços ou fornecimento de bens não está sujeito aos regramentos da Lei Nacional de Licitações, posto ser tal contratação DISPENSADA de licitação (repito insistentemente) ao contrário do que ocorre no processo de celebração de um Contrato de Programa, este, especificamente submetido às exigências procedimentais do art. 26 da ainda vigente Lei 8.666/1996, ou do art. 72 da Lei 14.133/2021.

76. A diferença é fundamental e essencial para preservar a pertinência de a Administração Pública criar uma pessoa jurídica, integrante de sua Administração Indireta, visando a descentralização de sua atuação e poder utilizar-se da mesma sem entraves burocráticos materialmente não exigidos na legislação.

VII - Fechamento:

77. Diante dos fundamentos apresentados e ancorado nas metodologias de hermenêutica declinadas ao longo desta exposição, concluo reafirmando minha opinião legal de que o procedimento formalístico a ser estabelecido na contratualização entre ente consorciado e Consórcio Público para a prestação de serviços e fornecimento de bens não é o licitatório.

78. Que à exceção do estabelecimento do Contrato de Programa, este sim, formalizado mediante procedimento formalístico de dispensa de licitação, nos termos do art. 24, XXVI da Lei nº 8.666/1993 (ou do art. 75, XI da nova Lei de Licitações - Lei nº 14.133/2021), as relações contratuais oriundas do denominado "Contrato de Prestação de Serviços" (art. 18 do Decreto Federal nº 6.017/2007) encontram-se excepcionadas da observância da lei licitatória.

79. Que diferentemente do Contrato de Prestação de Serviços, onde o Consórcio Público assume o objetivo delineado no art. 3º, II, do Decreto Regulamentador, o Contrato de Programa assume funções correlatas às de um contrato de concessão (art. 3º, I c/c art. 33 do Decreto Regulamentador), motivo pelo qual, o tratamento dispensado a ambos é diferente; para o primeiro, contratação dispensada de licitação, para o segundo, licitação dispensável.

80. Por fim, que como materialização de qualquer ato estatal, a decisão pelo estabelecimento do Contrato de Prestação de Serviços entre Consórcio Público e ente estatal consorciado também deve se dar em regular processo, conforme esmiuçado alhures; entretanto, a exigência das formalidades requeridas para a contratação de um terceiro estranho à Administração não se aplica à esta relação! Sendo indevida, na minha ótica, estender as exigências da Lei de Licitações à esta contratualização, como por exemplo, a exigência de atestados de capacidade técnica, orçamentos, certidões e mesmo as limitações, como percentual de acréscimos e supressões etc.; isso porque, sendo o Consórcio Público integrante da Administração Indireta do ente consorciado, há outros instrumentos legais de controle e aferição destes elementos.

É o que se tinha a apresentar, de forma sucinta, com meu irrestrito respeito às manifestações divergentes.

Cordialmente,

Rômulo Hastenreiter Rocha²⁵

Advogado - OAB/MG 99.590

Hastenreiter & Reis Sociedade de Advogados

(32) 99112-9601

hastenjf@hotmail.com

²⁵ Graduado em Direito; especialista em Direito Público; foi Consultor Legislativo por dez anos; Assessor Jurídico do Colegiado dos Secretários Executivos dos Consórcios Intermunicipais de Saúde de Minas Gerais / Agência de Políticas Públicas – COSECS-MG/APP (2010 a 2016); consultor especial da Presidência e Superintendência da Confederação Nacional de Consórcios Intermunicipais do Brasil – CONACI/BR; é consultor da Associação Mineira de Consórcios Intermunicipais – AMICIs e atua, também como consultor jurídico, em diversos Consórcios; expositor e palestrante acerca da política consorcial.