

# COMO VIABILIZAR O USO DE ATERROS SANITÁRIOS OBJETO DE CONCESSÃO OU PPP E REGULARIZADOS AMBIENTALMENTE POR MUNICÍPIOS PRÓXIMOS AO CONCEDENTE?<sup>1</sup>

*Lucas Navarro Prado<sup>2</sup>*  
*Marco Aurélio de Barcelos Silva<sup>3</sup>*  
*Mauricio Portugal Ribeiro<sup>4</sup>*

## RESUMO

Em agosto de 2014, encerra-se o prazo para adaptação dos municípios à exigência de disposição ambientalmente correta de resíduos sólidos, conforme art. 54 da Lei Federal nº 12.305/2010, que dispõe sobre a política nacional de resíduos sólidos.

---

<sup>1</sup> Os autores gostariam de expressar gratidão a Maria Fernanda Jaloretto e Danilo Veras pela criteriosa pesquisa de jurisprudência e doutrina necessária à redação desse artigo.

<sup>2</sup> Lucas Navarro Prado é sócio da Navarro Prado Advogados. Graduado em direito pela USP e pós-graduado em Finanças Corporativas pela FIA/USP, é coautor dos livros “Comentários à Lei de PPP”, juntamente com Maurício Portugal Ribeiro, e “Regime Diferenciado de Contratação”, juntamente com Maurício Portugal Ribeiro e Mário Engler Pinto Júnior. Foi Superintendente Jurídico da SABESP (2009-2010), assessor jurídico da Unidade de PPP do Governo Federal (2005-2007), Conselheiro de Administração da CEG Rio de Janeiro (2006-2007) e Conselheiro de Administração da SESAMM - Serviços de Saneamento de Mogi Mirim (2009-2010).

<sup>3</sup> Marco Aurélio de Barcelos Silva é superintendente de projetos na São Paulo Negócios S.A., empresa municipal responsável pela estruturação dos projetos de PPP e de concessões da Cidade de São Paulo, e consultor em PPPs da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Foi assessor de ministro do STJ e é ex-diretor da Unidade de PPP do Estado de Minas Gerais, onde participou da modelagem e implementação dos primeiros projetos de PPP do Brasil. É Mestre em Direito (LL.M.) pela Universidade de Londres (UCL), Mestre em Direito Administrativo pela UFMG, especialista em Direito Público pela PUC/Minas e especialista em Finanças pelo IBMEC. É professor da Pós-Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

<sup>4</sup> Mauricio Portugal Ribeiro, é sócio da Portugal Ribeiro Advogados, Professor da disciplina Direito de Infraestrutura do Curso de Graduação em Direito da FGV, Rio de Janeiro, Professor da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da FGV, São Paulo, Professor da SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público. Foi Chefe do Departamento de Consultoria em Infraestrutura para o Brasil, no IFC - International Finance Corporation, instituição do Grupo Banco Mundial (2008-2011), Chefe para os Setores de Infraestrutura e Setor Público, no Citibank Brasil (2007-2008), Conselheiro de Administração da CHESF (2005-2007), Conselheiro de Administração da CEG (2005-2007), Conselheiro de Administração da ACESITA (2006-2007), Chefe da Unidade de PPP do Governo Federal (2005-2007). É Mestre em Direito (LL.M.), pela Harvard Law School (2004) e autor do livro: “Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos, Editora Atlas, São Paulo, 2011, autor dos Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos, Malheiros Editores, São Paulo, 2007, 477pp, esse último em coautoria com Lucas Navarro Prado.

Isso significa que lixões e aterros controlados terão que ser fechados. Além disso, investimentos relevantes foram realizados (ou deveriam ter sido já realizados) nos aterros sanitários existentes para implantar capacidade de tratamento dos resíduos antes da sua disposição.

Alguns municípios celebraram nos últimos anos contratos de PPP ou concessão de disposição de resíduos sólidos e, nesses casos, muitas vezes os respectivos concessionários, pela necessidade de cumprimento da lei para manutenção do vínculo de longo prazo com o município, realizaram os investimentos necessários à adequação dos seus aterros sanitários às novas regras e estarão em condições de perfeita regularidade em agosto de 2014.

Esse artigo propõe desenho institucional e contratual, por meio de Convênios de Cooperação e Contratos de Programa entre municípios, para viabilizar a utilização – por municípios limítrofes ou próximos ao que contratou a concessão ou PPP para a disposição dos resíduos sólidos – dos aterros sanitários que foram regularizados para disposição ambientalmente correta de resíduos.

O desenho institucional e contratual proposto maximiza o uso dos aterros sanitários ambientalmente adequados, com ganhos de escala em alguns casos relevantes, e viabiliza a disposição ambientalmente correta dos resíduos de Municípios que, por qualquer razão, não conseguiram se preparar adequadamente para isso.

## Sumário

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO .....	3
1. Resíduos sólidos e o desafio atual dos gestores municipais: possibilidade de aproveitamento de contratos já existentes .....	3
2. Solução analisada neste artigo: somar esforços via convênio de cooperação e contratos de programa e aproveitar contratos de concessão e infraestrutura já existentes .....	4
3. A conjugação de esforços para os resíduos sólidos .....	5
4. Vantagens do modelo proposto .....	6
5. Amparo legal para o modelo de cooperação proposto .....	7
6. Representação gráfica do modelo de cooperação proposto .....	7
CAPÍTULO II - ANÁLISE DE VIABILIDADE JURÍDICA DO MODELO PROPOSTO PARA COOPERAÇÃO ENTRE OS MUNICÍPIOS .....	9
<b>1. O conceito de convênio de cooperação .....</b>	<b>9</b>
<b>1.1. Semelhanças e diferenças entre o “contrato de consórcio público” e o “convênio de cooperação” .....</b>	<b>10</b>
<b>1.2. Porque o modelo proposto sugere a utilização de “convênio de cooperação” em detrimento de “contrato de consórcio público” .....</b>	<b>11</b>
<b>2. O conceito de contrato de programa .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1. Conveniência de ter o contrato de programa associado a um convênio de cooperação .....</b>	<b>14</b>
<b>2.2. Insuficiência do convênio de cooperação para dar estabilidade de longo prazo nos compromissos assumidos pelos municípios .....</b>	<b>15</b>
<b>3. O objeto e as cláusulas necessárias de contrato de programa a ser celebrado entre entes da federação .....</b>	<b>17</b>
<b>4. A experiência de Minas Gerais .....</b>	<b>19</b>
CAPÍTULO III - DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS EM VIGOR PARA AGREGAR RESÍDUOS SÓLIDOS DE MUNICÍPIOS VIZINHOS .....	21
<b>1. A possibilidade de alteração contratual e ampliação de seu escopo como opção discricionária do Poder Público .....</b>	<b>21</b>
<b>2. O marco legal, a jurisprudência e a teoria jurídica sobre a mutabilidade dos contratos de PPPs .....</b>	<b>22</b>
<b>2.1. A mutabilidade dos contratos para atendimento do interesse público .....</b>	<b>22</b>
<b>2.1.1. O que significa a conformidade da alteração com o interesse público .....</b>	<b>22</b>

<b>2.2. Os limites da mutabilidade do contrato administrativo .....</b>	<b>24</b>
<b>2.2.1. A obrigatoriedade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou atribuição à Administração Pública do risco da mutabilidade dos contratos administrativos .....</b>	<b>25</b>
<b>2.2.2. A obrigatoriedade da licitação para contratos administrativos e de vinculação ao instrumento convocatório enquanto limites à mutabilidade desses contratos .....</b>	<b>27</b>
<b>2.2.2.1. Custos de transação versus ganhos decorrentes da competição...</b>	<b>28</b>
<b>2.2.3. Os limites qualitativos e quantitativos de alteração do contrato .....</b>	<b>28</b>
<b>3. Conclusões sobre a possibilidade de alteração de contratos em vigor sem necessidade de nova licitação .....</b>	<b>32</b>
<b>CAPÍTULO IV - CONCLUSÕES .....</b>	<b>34</b>

## CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO

### 1. Resíduos sólidos e o desafio atual dos gestores municipais: possibilidade de aproveitamento de contratos já existentes

Os municípios brasileiros e os seus gestores têm hoje, diante de si, um difícil desafio: implantar, no curtíssimo prazo, a disposição final, ambientalmente adequada, de resíduos sólidos. De acordo com o art. 54 da Lei Federal nº 12.305/2010, que dispõe sobre a política nacional de resíduos sólidos, **o prazo para o cumprimento dessa tarefa encerra-se em agosto de 2014**. Assim, tem-se verificado, em todo o Brasil, uma corrida pela busca de alternativas aptas a viabilizar a infraestrutura e os serviços de tratamento e disposição de resíduos, com o afastamento do risco de questionamentos e de responsabilização dos gestores envolvidos junto aos órgãos competentes de controle.

Destaque-se que alguns (poucos, infelizmente) municípios adotaram recentemente medidas para dar tratamento e destinação final adequada aos seus resíduos sólidos, particularmente mediante a licitação e contratação, em regime de concessão, da construção e operação de aterros sanitários, bem como da implantação e operação de usinas capazes de produzir energia a partir desses resíduos (usualmente energia elétrica, a partir de tecnologias que aproveitam os gases gerados por processos de decomposição dos materiais).

Esse contexto abre espaço para se pensar em aproveitar contratos de concessão já existentes, firmados entre determinados municípios e seus respectivos concessionários, para tratamento e disposição final de resíduos sólidos oriundos de municípios vizinhos.

Essa proposta traz consigo algumas questões jurídicas relevantes que serão tratadas ao longo do presente estudo. A primeira versa sobre a possibilidade de diversos municípios se reunirem a fim de implantar uma solução conjunta para os resíduos sólidos de cada um deles. Trata-se, nesse ponto, de compreender os instrumentos jurídicos disponíveis para se proceder a essa cooperação entre municípios. Uma segunda questão é saber em que medida poderia ser aproveitado um contrato de concessão já existente e firmado por um desses municípios, para que o mesmo concessionário pudesse passar a receber, tratar e dar a destinação final adequadas aos resíduos oriundos dos municípios vizinhos.

A primeira questão é mais facilmente respondida em abstrato, dado que existem instrumentos legais claramente previstos na legislação em vigor para instrumentalizar a cooperação entre municípios. Já a segunda questão envolverá, necessariamente, análise de casos concretos. Para efeito deste artigo, discutem-se parâmetros de análise que auxiliarão o gestor público a responder essa segunda questão em cada caso concreto. Não se trata aqui, no entanto, de afirmar que a solução será cabível em todo e qualquer caso, devendo-se, sempre, analisar as peculiaridades envolvidas.

De fato, a possibilidade de aproveitamento de contratos de concessão já execução (cujo escopo seria ampliado para permitir o tratamento e disposição final de resíduos sólidos oriundos de municípios vizinhos ao Poder Concedente) implica discutir, em cada caso concreto, os limites para alteração dos respectivos contratos administrativos.

Particularmente, preocupa o limite desenvolvido a partir do princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação. Cabe arguir, por exemplo, se, caso essa agregação de municípios fosse prevista por época da licitação, haveria modificação relevante não apenas do conjunto de licitantes, mas também dos valores das propostas.

Em face do princípio da eficiência, conforme se discutirá em detalhes no Capítulo 3 deste artigo, o entendimento em torno da exigência de prévia licitação deve ser flexibilizado na situação em que a realização de aditivo contratual claramente tenha por efeito a obtenção de uma melhor relação qualidade/custo para a Administração Pública.

## **2. Solução analisada neste artigo: somar esforços via convênio de cooperação e contratos de programa e aproveitar contratos de concessão e infraestrutura já existentes**

Sem dúvida, os largos investimentos exigidos, a complexidade dos processos e, ainda, os altíssimos custos de transação compreendidos na hipótese de contratação de empresas especializadas intensificam a dificuldade de se atender à exigência contida na Lei nº 12.305/2010, por cada municipalidade. Alguns instrumentos jurídicos, no entanto, por permitirem a **conjugação dos esforços** dos diversos entes enquadrados na mesma situação, podem servir de importantes facilitadores para o cumprimento da tarefa.

A possibilidade de **gestão associada de serviços públicos** entre União, Estados ou Municípios vem contemplada na própria Constituição Federal, em seu art. 241. Essa previsão é regulamentada pela Lei Federal nº 11.107/2005, que cuidou de criar os **consórcios públicos**, os **convênios de cooperação** e os **contratos de programa**, como figuras úteis à colaboração mútua dos entes federados para a consecução de objetivos comuns.

Dentre as alternativas trazidas na legislação, a **celebração de contratos de programas**, no âmbito de **convênio de cooperação** formalizado entre municípios mostra-se juridicamente adequada, operacionalmente eficaz e, quanto à estruturação, mais simples que a constituição de um consórcio público (o qual exige a criação de uma nova entidade a eles distinta). Esse, portanto, é o modelo proposto neste estudo.

Usualmente, os contratos de programa têm sido utilizados no Setor de Água e Esgoto para viabilizar a contratação sem licitação de empresas estatais (as companhias estaduais de saneamento básico).

No Setor de Resíduos Sólidos, no entanto, é possível pensar em outra vantagem para a utilização dos contratos de programa. A ideia seria utilizá-los para instrumentalizar, em caráter obrigacional, inclusive com previsão de sanção em caso de descumprimento, a delegação dos serviços de tratamento e disposição final de resíduos sólidos entre os municípios envolvidos.

Aproveitar-se-ia, assim, a potencialidade de um município-chave, assim considerado por já dispor da infraestrutura com possibilidade clara de expansão, no âmbito de contrato de concessão já em execução para tratamento e disposição final de resíduos sólidos.

### **3. A conjugação de esforços para os resíduos sólidos**

Tratando-se, então, da busca por soluções para a questão dos resíduos sólidos, imagina-se a consolidação de um modelo em que a articulação dos municípios envolvidos viria amparada em dois instrumentos jurídicos distintos, os quais cumpririam as seguintes **funções complementares**:

- a) **Convênio de cooperação**: instrumento criado para afirmar a conjugação genérica de esforços entre os partícipes, prevendo, especificamente, a **colaboração federativa** para a **organização, regulação, fiscalização e viabilização** de serviços de tratamento e disposição final de resíduos sólidos gerados pelos municípios convenientes. Seriam **estipulações-chave do convênio**, dentre outras:
- a designação de um “município-líder” ou “delegatário”, assim indicado em face da capacidade que detiver de mais facilmente viabilizar a prestação material das atividades veiculadas no convênio (quer por já dispor da infraestrutura necessária à realização dos serviços, quer por já deter contrato em andamento com terceiro para a consecução desse objeto, quer por apresentar outra facilidade relacionada);
  - a previsão de se celebrar, entre os “municípios delegantes” e o “município-líder”, o contrato de programa que contemplaria, detalhadamente, as características atinentes ao serviço esperado no âmbito do convênio, bem como as obrigações financeiras subjacentes;
  - a delegação, ao “município-líder, das competências relacionadas à gestão dos serviços que serão viabilizados no contrato de programa, autorizando-o, inclusive, a se articular com terceiros já contratados ou a serem contratados, nos termos da legislação;
  - é possível contemplar-se a interveniência de órgãos como o Ministério Público no convênio de cooperação, a fim de se garantir menores riscos de questionamento à solução adotada.<sup>5</sup>
- b) **Contrato de programa**: é o instrumento jurídico criado para disciplinar as obrigações, inclusive de ordem financeira, dos municípios comprometidos com a conjugação de esforços prevista no convênio de cooperação. Tendo recebido a atribuição de viabilizar os serviços atinentes ao tratamento e disposição de resíduos, o município-líder figuraria como contratado no âmbito desse instrumento e assumiria, assim, obrigações de resultado para com os demais. A ideia é garantir transparência na gestão operacional, econômica e financeira do objeto da cooperação entre os contratantes, fixando-se, ainda, consequências para o caso de inadimplemento das obrigações pactuadas por quaisquer dos envolvidos. Seriam **estipulações-chave do contrato**, dentre outras:

---

<sup>5</sup> Essa solução foi contemplada em Minas Gerais em convênio de cooperação formalizado pelo Estado e outros 49 municípios, também para a viabilização de serviços de saneamento vinculados a resíduos sólidos.

- a definição do objeto do ajuste, englobando (dentre outras que possam ser previstas, como o transporte e o transbordo de dejetos) as atividades de **tratamento e disposição** de resíduos sólidos;
- a definição das obrigações do município-líder, relativamente à disponibilização dos serviços de disposição e tratamento de resíduos produzidos nos municípios delegantes, com base em parâmetros qualitativos e quantitativos devidamente definidos;
- a autorização para que o município-líder, na condição de delegatário das competências envolvidas no convênio de cooperação firmado, possa, nos termos da legislação pertinente, formalizar contratos ou se utilizar de contratos que já tenha celebrado com terceiros para a consecução das atividades objeto do contrato de programa;
- na hipótese em que os serviços objeto da cooperação entre os municípios sejam viabilizados por meio de contratos, como de concessão, celebrados pelo município-líder, a previsão de que as cláusulas desse contrato deverão, tanto quanto possível, vir replicadas na cooperação, incluindo-se aquelas atinentes aos prazos, níveis de serviço, ao cálculo das tarifas ou preços públicos (que impactarão nos valores do repasse dos municípios delegantes) e a regulação das atividades (conforme o art. 13, da Lei Federal nº 11.107/2005);
- a obrigação de os municípios delegantes repassarem ao município-líder, em períodos e em condições definidas (sempre com base nos padrões havidos em contrato de concessão eventualmente já celebrado por esse último), os valores necessários à manutenção dos serviços objeto da cooperação;
- a criação de uma conta vinculada, mantida por instituição financeira de primeira linha, para receber e auxiliar a movimentação dos recursos veiculados no contrato de programa;
- a fixação de sanções para o caso de descumprimento de obrigações por quaisquer dos municípios delegantes e pelo município-líder.

#### **4. Vantagens do modelo proposto**

A convergência de esforços obtida com o modelo proposto traduz uma alternativa eficaz para se contornar o desafio de, no brevíssimo espaço de tempo, equacionar-se o problema da disposição ambientalmente adequada de rejeitos. Todos os municípios envolvidos, na verdade, têm condições de se beneficiar da solução, quer pelo aproveitamento eficiente de infraestrutura já existente; quer pela redução dos custos de transação envolvidos em uma iniciativa isolada; quer pela redução dos custos logísticos e econômicos suportados por cada município solitariamente; quer pelos ganhos de escala obtidos com a prestação centralizadas dos serviços almejados.

A estimativa, ainda, é a de assegurar, a cada partícipe, a redução do preço da tonelada produzida e processada sob o modelo da gestão cooperativa, que, além de ser mais eficiente, reflete uma opção economicamente justificável e sustentável.

De outro lado, o contrato de programa celebrado no âmbito do convênio de cooperação traz, em si, outras vantagens. Destaca-se, nesse sentido: a definição clara das obrigações atribuídas a cada município participante, com a geração de expectativas sólidas quanto aos serviços a serem acessados pelos delegantes, no longo prazo; a disciplina do fluxo de recursos a que o município-líder fará jus, nesse tempo, para suportar a viabilização dos serviços. A maior estabilização do vínculo criado para as partes, através do contrato de programa, é ilustrada pelo art. 13, § 4º, da Lei Federal nº 11.107/2005, segundo o qual o contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços correlatos.

## **5. Amparo legal para o modelo de cooperação proposto**

Já foi visto que a cooperação entre os entes federativos – União, Estados e Municípios – para a consecução de objetivos comuns está prevista na própria Constituição Federal, em seu art. 241.<sup>6</sup>

Paralelamente, a Lei Federal nº 11.445/2007<sup>7</sup> (a qual inclui o manejo de resíduos sólidos como integrante do núcleo de serviços que compõe o conceito de saneamento básico) prevê expressamente, em seu art. 8º, a possibilidade de os titulares dos serviços públicos de saneamento delegarem a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, valendo-se dos instrumentos contidos na Lei Federal nº 11.107/2005 – como os convênios de cooperação e os contratos de programa.

Ainda, a Lei Federal nº 12.305/2010, em seu art. 6º, inciso VI, prevê, como **princípio** da Política Nacional de Resíduos Sólidos, a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade, para a viabilização dos serviços de que trata.

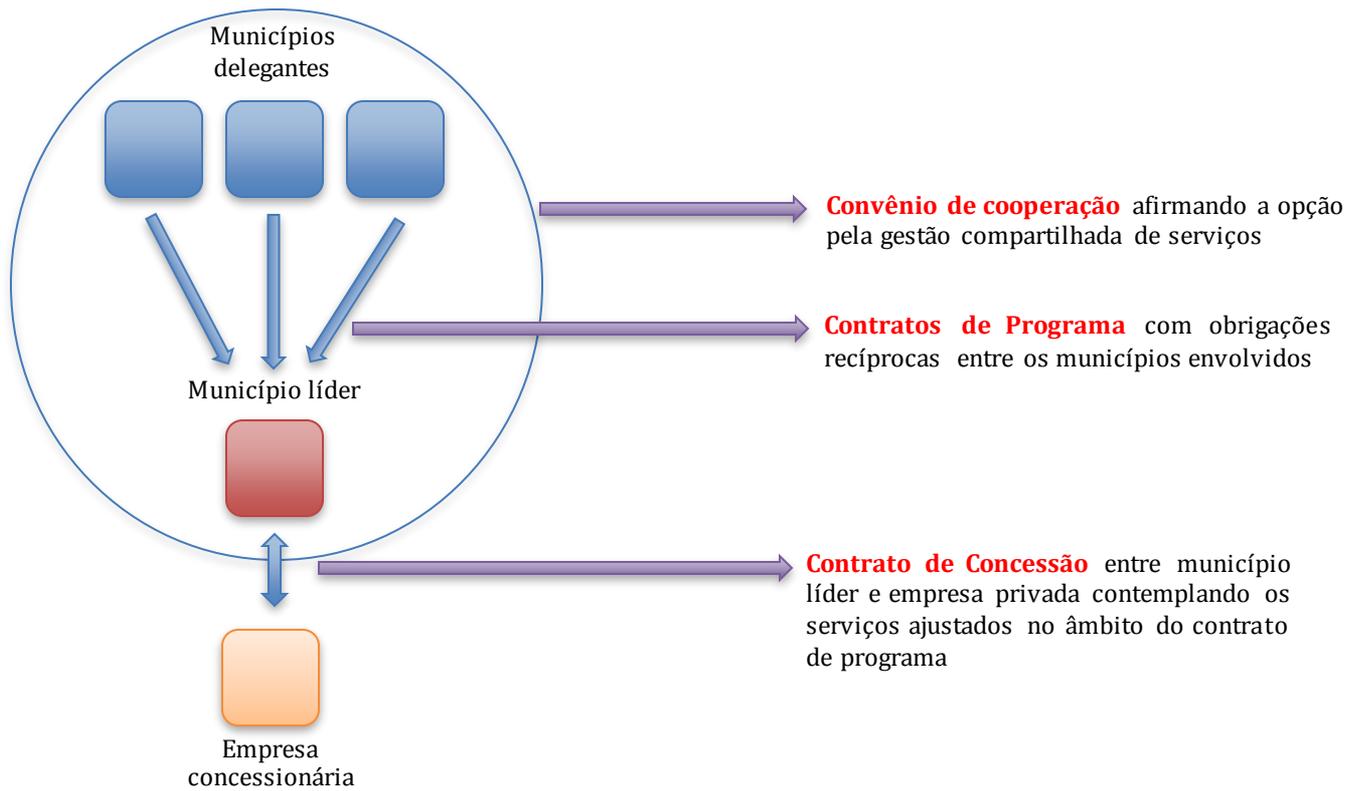
Por tudo quanto se extrai da legislação brasileira, não é difícil compreender que, **além de uma possibilidade**, a atuação conjugada entre os entes da federação como a que aqui se propõe (em especial por se tratar da atividade de saneamento, a qual, embora de titularidade municipal, traz repercussões de âmbito regional) constitui, na verdade, uma **solução** fomentada pelo legislador.

## **6. Representação gráfica do modelo de cooperação proposto**

---

<sup>6</sup> “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.”

<sup>7</sup> Também conhecida como “Lei do Saneamento Básico”.



## **CAPÍTULO II - ANÁLISE DE VIABILIDADE JURÍDICA DO MODELO PROPOSTO PARA COOPERAÇÃO ENTRE OS MUNICÍPIOS**

### **1. O conceito de convênio de cooperação**

A Constituição da República de 1988, em seu art. 241 (conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998), estabeleceu que: “[a] União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei **os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos**, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

A Lei Federal nº 11.107/05 disciplinou a figura dos “consórcios públicos” em detalhes, mas pouco tratou dos “convênios de cooperação”. A expressão “convênio de cooperação” aparece apenas nas seguintes referências:

- a) art. 13, § 4º, que determina a permanência da vigência do contrato de programa mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos;
- b) art. 13, §§ 5º e 6º, que, respectivamente, autorizam a celebração de contrato de programa com entidade da Administração Indireta (empresas estatais, por exemplo) mediante previsão em contrato de consórcio público ou convênio de cooperação, e determinam a extinção desse contrato caso a entidade contratada deixe de pertencer à Administração Pública ;
- c) no dispositivo (art. 17) que altera a Lei Federal nº 8.666/93, para acrescentar uma hipótese de dispensa de licitação (celebração de contrato de programa), que pressupõe a celebração de consórcio ou de convênio de cooperação; e
- d) na ressalva quanto ao âmbito de aplicação da lei (art. 19), para esclarecer que a Lei Federal nº 11.107/05 não se aplica aos convênios de cooperação, contratos de programa ou instrumentos congêneres, celebrados anteriormente à vigência dessa lei.

Por conta dessa omissão de tratamento legal em relação à figura do “convênio de cooperação”, existem divergências doutrinárias relevantes a seu respeito.

Isso não impediu, no entanto, que o instrumento de “convênio de cooperação” se tornasse muito mais difundido que a figura do “contrato de consórcio público”. Aliás, possivelmente o fato de que o instrumento de “convênio de cooperação” é pouco regulado contribuiu fortemente para sua disseminação em detrimento do “contrato de consórcio público”.

No setor de abastecimento de água tratada e esgotamento sanitário, por exemplo, as companhias estaduais têm sido frequentemente contratadas (contam-se às centenas os casos concretos) pelos municípios por meio de contratos de programa precedidos de “convênios de cooperação”, e não de “contratos de consórcios públicos”.

### ***1.1. Semelhanças e diferenças entre o “contrato de consórcio público” e o “convênio de cooperação”***

Os juristas tendem a assemelhar o “contrato de consórcio público” e o “convênio de cooperação” na medida em que ambos são previstos como instrumentos hábeis para formalizar a “gestão associada de serviços públicos”, mas não deixam de apontar diferenças marcantes.

Uma diferença tem se tornado consenso: o contrato de consórcio público leva à constituição de uma pessoa jurídica (associação de natureza pública ou pessoa jurídica de direito privado<sup>89</sup>, a critério dos consorciados); já o convênio de cooperação não cria nem tem a intenção de criar pessoa jurídica nova.

Outra diferença, esta mais polêmica entre os doutrinadores, versa sobre a necessidade de ratificação por lei do protocolo de intenções que precede à celebração do contrato de consórcio (bem como ratificação também por lei de alteração ou extinção do contrato de consórcio público), enquanto alguns juristas argumentam que não seria necessária ratificação por lei nem autorização legislativa para celebração de “convênios de cooperação”<sup>10</sup>.

Essa última suposta diferença é rechaçada pelo Decreto nº 6.017/07, que regulamenta a Lei Federal nº 11.107/05 e estabelece o conceito de “convênio de cooperação” como o “pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, **desde que ratificado ou previamente**

---

<sup>8</sup> A adoção do modelo de associação pública faz com que a nova pessoa jurídica funcione em regime equivalente ao das tradicionais autarquias.

<sup>9</sup> A previsão de “pessoa jurídica de direito privado”, em princípio, permitiria vislumbrar a instrumentalização de consórcios públicos por meio da constituição de empresas, fundações ou associações multifederativas. Todavia, afasta-se a possibilidade de constituição de empresa estatal porque o art. 4º, inc. IV, exige a ausência de “fins econômicos”; e, também fica implicitamente afastada a utilização da forma de “fundação”, pois o art. 15 estabelece que “no que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela **legislação que rege as associações civis**”. Nesse contexto, parece-nos que a pessoa jurídica constituída deverá adotar sempre a forma de associação, de natureza pública ou privada. Cabe criticar essas restrições, particularmente quanto à possibilidade de que a cooperação fosse instrumentalizada por meio de uma empresa estatal multifederativa, a qual poderia, em princípio, ser instrumento eficiente para promover a gestão associada de serviços públicos. Uma possível estratégia para contornar essa restrição legal – injustificada, diga-se de passagem – é a utilização do convênio de cooperação. Isso porque as regras do art. 4º, inc. IV, e do art. 15 foram previstas especificamente para os “contratos de consórcios públicos”.

<sup>10</sup> A doutrina que advoga a favor da tese da desnecessidade de autorização legislativa apoia-se no entendimento de que tal autorização só se aplicaria aos Consórcios, visto que motivada pela exigência do art. 37, XIX, da Constituição Federal, o que não se passaria no caso de assinatura de Convênios. Neste sentido, os autores Florivaldo Dutra de Araújo e Gustavo Alexandre Magalhães resumem: “Em síntese, embora semelhantes, os convênios e os consórcios não se confundem, distinguindo-se essencialmente em três aspectos: b.1) os consórcios são celebrados apenas entre entes públicos, ao passo que convênios podem ser celebrados entre o Estado e instituições privadas; b.2) a celebração de consórcios públicos acarreta a constituição de uma nova pessoa jurídica, com personalidade distinta dos entes consorciados, ao passo que convênio não acarreta a criação de um novo ente; b.3) a celebração de consórcios depende de autorização legislativa nos termos do art. 37, XIX da Constituição; já a celebração de convênio não depende de lei autorizativa”. (Florivaldo Dutra de Araújo e Gustavo Alexandre Magalhães, em *Consórcios Públicos – Instrumento do Federalismo Cooperativo*. Coordenadoras Maria Coeli Simões Pires e Maria Elisa Braz Barbosa, Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 136).

**disciplinado por lei editada por cada um deles”** (grifo acrescentado). Também há doutrina relevante nesse sentido<sup>11</sup>, e até mesmo posicionamento de tribunal de contas estadual<sup>12</sup>.

Para evitar maiores questionamentos, os entes federativos convenientes costumam obter autorizações legislativas, particularmente no âmbito das câmaras de vereadores. Em alguns casos, verificam-se autorizações genéricas para celebração de convênios de cooperação. É o caso, por exemplo, do Estado de São Paulo, que recebeu autorização genérica por meio do art. 45 da Lei Complementar Estadual nº 1.025/05<sup>13</sup>.

Fundamentalmente, no entanto, a diferença mais importante entre o “convênio de cooperação” e o “contrato de consórcio público” é que o último se encontra detalhadamente regrado na Lei Federal nº 11.107/05, e o primeiro tem limites muito gerais definidos nessa lei. Em tese, o regramento detalhado da figura do “contrato de consórcio” deveria significar um incentivo para os entes federativos se utilizarem desse instrumento, por conferir maior segurança jurídica. Todavia, foram tantas as amarras estabelecidas legalmente para a utilização desse instrumento, que, paradoxalmente, a Lei Federal nº 11.107/05 acabou incentivando os entes federativos a se utilizarem do instrumento de convênio de cooperação, dada sua maior flexibilidade.

### ***1.2. Porque o modelo proposto sugere a utilização de “convênio de cooperação” em detrimento de “contrato de consórcio público”***

São especialmente três as razões que sugerem a utilização de “convênio de cooperação” em detrimento do “contrato de consórcio público”:

---

<sup>11</sup> Em defesa da necessidade de autorização legislativa para a celebração de convênios de cooperação, o autor José dos Santos Carvalho Filho leciona: “O Decreto nº 6.017, de 17.01.2007, que regulamenta a Lei nº 11.107/2005, incluiu no elenco de conceituações, a definição do que denominou convênio de cooperação entre entes federados, deixando assentado o seguinte: “pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles.” Destaque-se o mesmo autor afirma que os convênios que não tenham por objeto a “gestão associada de serviços públicos” podem ser celebrados independentemente de autorização legislativa: “A ratificação do convênio por lei ou a disciplina normativa sobre convênios, instituída pelos pactuantes, condições exigidas no dispositivo regulamentar, só se aplicam se o objeto do ajuste for a gestão associada de serviços públicos na acepção já mencionada. Caso dois entes federativos, por exemplo, resolvam ajustar a execução de alguma atividade específica de interesse comum, que não demande planejamento e regulação, podem celebrar convênio administrativo sem qualquer problema, e isso porque se trata de atividade eminentemente administrativa, cujo desenvolvimento depende apenas da decisão de órgãos da Administração”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Consórcios Públicos - Lei nº 11.107, de 06.04.2005 e Decreto nº 6.017, de 17.01.2007- Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p.10).

<sup>12</sup> O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em resposta à Consulta nº 751.717, publicada na Revista do TCE de Minas Gerais, v. 70 – n. 1 – ano XXVII, entendeu ser necessária a promulgação de lei de iniciativa de cada ente público local para adesão ao convênio de cooperação, mas que a celebração do contrato de programa prescinde de lei autorizativa.

<sup>13</sup> Artigo 45 - Fica o Poder Executivo do Estado de São Paulo, diretamente ou por intermédio da ARSESP, autorizado a celebrar, com Municípios de seu território, convênios de cooperação, na forma do artigo 241 da Constituição Federal, visando à gestão associada de serviços de saneamento básico, pelos quais poderão ser delegadas ao Estado, conjunta ou separadamente, as competências de titularidade municipal de regulação, fiscalização e prestação desses serviços.

- a) A “gestão associada de serviços públicos” pode ser igualmente instrumentalizada por meio de ambos os instrumentos, nos termos do art. 241 da Constituição da República. Não se pode questionar, nesse contexto, a validade do instrumento do convênio de cooperação que, embora não regrado em detalhes pela Lei Federal nº 11.107/05, é expressamente reconhecido por esse diploma legal. Há, pois, segurança jurídica na utilização do instrumento “convênio de cooperação”.
- b) O modelo proposto não demanda a constituição de uma pessoa jurídica nova, especialmente criada com a finalidade de promover a cooperação arquitetada entre os entes federativos. Dessa perspectiva, a principal vantagem do consórcio público — justamente a possibilidade de constituição de pessoa jurídica específica — não tem relevância no modelo proposto.
- c) A opção pelo “contrato de consórcio público” levaria a uma rigidez elevada do modelo. Dada a dinâmica de um negócio de longo prazo, tal qual o tratamento e a destinação final de resíduos sólidos, essa rigidez poderia prejudicar a eficiência da cooperação e até mesmo da prestação de serviços. A título exemplificativo, a opção por consórcio público implicaria:
- i. necessidade de ratificação por lei do “protocolo de intenções”, o que, dado o nível de detalhamento exigido pela Lei para esse documento<sup>14</sup>,

---

<sup>14</sup> O protocolo de intenções, nos termos da Lei Federal nº 11.107/05, deve ser um documento bastante detalhado. *In verbis*:

“Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

- I – a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;
- II – a identificação dos entes da Federação consorciados;
- III – a indicação da área de atuação do consórcio;
- IV – a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;
- V – os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;
- VI – as normas de convocação e funcionamento da assembléia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;
- VII – a previsão de que a assembléia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;
- VIII – a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado;
- IX – o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;
- X – as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;
- XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:
  - a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;
  - b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;
  - c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;
  - d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;
  - e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e
- XII – o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público”.

tende a levantar debates legislativos e exigências parlamentares muito mais significativos do que seria esperado para a emissão de uma autorização legislativa genérica para celebração de convênio de cooperação;

- ii. a representação legal do consórcio público, obrigatoriamente, por Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado (art. 4º, inc. VIII);
- iii. a necessidade de ratificação mediante lei por todos os entes consorciados de qualquer alteração do contrato de consórcio público (art. 12).

Destaque-se ser possível encontrar entendimento entre os juristas segundo o qual o convênio de cooperação não precisaria de lei específica autorizativa, conforme acima já apontado. Não advogamos essa tese, porque o Decreto nº 6.017/07, conforme acima já esclarecido, estabelece o conceito de “convênio de cooperação” como o “pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, **desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles**”. Não nos parece razoável que o modelo proposto corra o risco desse questionamento. Daí a sugestão de que se obtenham as respectivas autorizações legislativas, mesmo diante de convênio de cooperação.

## **2. O conceito de contrato de programa**

A Lei Federal nº 11.107/05 define o contrato de programa como o instrumento hábil para 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 total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos”.

Por sua vez, o Decreto 6.017/07 define contrato de programa como o “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”.

Dada a redação da Lei Federal nº 11.107/05 e de seu regulamento, não deve haver dúvidas quanto à possibilidade de que um ente da federação firme com outro o instrumento de contrato de programa. Essa conclusão, aliás, é corroborada pela doutrina<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> José dos Santos de Carvalho Filho, em sua obra sobre a Lei 11.107/05, destaca: “De acordo com o art. 13 da mesma lei, duas são as possibilidades de vinculação contratual para os fins de contrato de programa: a primeira é a que se estabelece entre dois entes federativos, e a segunda, entre um ente federativo e um consórcio público.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Consórcios Públicos (Lei nº 11.107, de 06.04.2005 e Decreto nº 6.017, de 17.01.2007). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009). A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao discorrer também sobre o art. 13 da lei em questão aponta: “o instrumento utilizado deverá indicar, ‘como condição de validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com o consórcio público quando haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial

## ***2.1. Conveniência de ter o contrato de programa associado a um convênio de cooperação***

Existe entendimento doutrinário no sentido de que o contrato de programa pode se constituir em instrumento autônomo de cooperação, em paralelo e independentemente da celebração de “contrato de consórcio público” e “convênio de cooperação”<sup>16</sup>.

Esse entendimento parece-nos fazer sentido, particularmente, naqueles casos em que o objeto do contrato de programa seja o regramento da *cooperação* e não propriamente da *prestação dos serviços públicos*<sup>17</sup>.

Apesar disso, sob a perspectiva de mitigação de riscos do modelo proposto, parece-nos mais adequada a associação de um ou mais contratos de programa a um convênio de cooperação. O último funcionaria como um acordo “guarda-chuva” a que os contratos de programa estariam submetidos.

São duas as razões, em linhas gerais, para essa recomendação:

- a) A experiência em torno dos contratos de programa — particularmente no setor de abastecimento de água tratada e esgotamento sanitário, no qual esse instrumento vem se difundindo por força das empresas estaduais que ainda mantém a maior parcela do mercado — tem apontado para sua utilização principalmente como instrumento de regramento da *prestação de serviços*

---

de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos” (DI PIETRO, Maria Sylvania. O consórcio público. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). Curso de direito administrativo econômico. Vol I. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 785) Dessa forma, parece não restar dúvidas sobre a possibilidade de realização de contrato de programa entre dois entes federados.

<sup>16</sup> Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro, o contrato de programa pode ser realizado independentemente de vinculação a convênio de cooperação ou a contrato de programa. De fato, a Professora o considera como uma possibilidade para a gestão associada de serviços públicos que: “pode estar vinculado a um consórcio público ou a um convênio de cooperação, ou pode ser independente de qualquer ou tipo de ajuste, podendo, inclusive, ser celebrado diretamente entre um ente federativo com entidade da Administração Indireta de outro ente federativo”. DI PIETRO, Maria Sylvania. O consórcio público. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). Curso de direito administrativo econômico. Vol I. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 773-74). José dos Santos de Carvalho Filho afirma que para a celebração de contrato de programa não há necessidade de se estar no âmbito de um consórcio público: “A despeito da ementa da Lei 11.107/2005, que alude a normas gerais de contratação de consórcios públicos, nem toda a disciplina nela contida demanda a participação de consórcios. Existem certos mandamentos que se relacionam à gestão associada, mas não necessariamente à vinculação com os consórcios. É o caso do contrato de programa”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Consórcios Públicos (Lei nº 11.107, de 06.04.2005 e Decreto nº 6.017, de 17.01.2007). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 132).

<sup>17</sup> Quanto o objeto do contrato de programa for a prestação de serviços públicos pela entidade contratada, o instrumento passa a ser equivalente a um contrato de concessão celebrado com dispensa de licitação. Nesse caso, a Lei exigiu, para caracterizar a dispensa de licitação, que “a prestação de serviços públicos de forma associada” seja autorizada “em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação” (art. 24, XXVI, da Lei Federal nº 8.666/93, conforme redação dada pela Lei Federal nº 11.107/05). Logo, quando o objeto do contrato de programa for a prestação de serviços públicos, parece-nos inviável concebê-lo como instrumento autônomo.

*públicos*, e não propriamente da *cooperação* entre entes federativos. Esta tem sido usualmente estabelecida mediante o convênio de cooperação.

a.1) No modelo proposto, o objeto do contrato de programa não é propriamente reger a *prestação de serviços públicos*. Esse instrumento deve se limitar a oferecer diretrizes gerais e/ou específicas para quem vier a ser, efetivamente, o prestador de serviços, i.e., um contratado do “município-líder”.

a.2) No contexto dessa novidade, em que o objeto do contrato de programa não é aquilo a que usualmente as pessoas o associariam, parece-nos que a ausência do “convênio de cooperação” poderia ampliar eventuais questionamentos.

a.3) Recomenda-se, pois, a utilização do convênio de cooperação, como instrumento precedente ao contrato de programa, como forma de mitigar eventuais críticas a respeito, até porque o art. 241 da Constituição refere-se apenas a “consórcios públicos” e “convênios de cooperação” como instrumentos para a gestão associada de serviços públicos.

b) A dissociação entre “convênio de cooperação” e “contrato de programa” permite ter um instrumento celebrado entre todos os municípios envolvidos (o convênio) e outros instrumentos celebrados entre cada município e o município-líder.

b.1) Nesse contexto, as obrigações de cada município em face do município-líder podem ser individualizadas, até mesmo diferenciadas em relação aos demais municípios envolvidos, particularmente quanto aos preços envolvidos por conta da prestação dos serviços que vier a ser feita pelo contratado do município líder.

b.2) Ganha-se, portanto, em flexibilidade para ajustar peculiaridades no pacto entre cada município envolvido e o município-líder.

## ***2.2. Insuficiência do convênio de cooperação para dar estabilidade de longo prazo nos compromissos assumidos pelos municípios***

Discute-se a alternativa em que o convênio de cooperação fosse instrumento único, por meio do qual os municípios pactuariam as obrigações entre si, relativas à cooperação, inclusive de repasse de recurso.

Duas críticas podem ser levantadas a essa possibilidade, em especial:

- a) A tradição em torno dos convênios, que costuma assegurar a possibilidade de denúncia a qualquer tempo, sem imposição de sanções<sup>18</sup>, embora exista entendimento jurisprudencial em sentido diverso<sup>19</sup>.
- b) A expressa redação do art. 13 da Lei Federal nº 11.107/05 que estabelece, como **condição de validade** de obrigações assumidas entre os entes federativos, sua constituição mediante contrato de programa.

Destaque-se que a Lei Federal nº 11.107/05 pressupõe a possibilidade de os entes federativos denunciarem o convênio de cooperação, a qualquer tempo, mas estabeleceu que, nessa hipótese, o contrato de programa permanecerá vigente (art. 13, § 4º). O Decreto Presidencial 6.017/07, por sua vez, agregou a isso a regra de que “[a] extinção do contrato de programa não prejudicará as obrigações já constituídas e dependerá do prévio pagamento das indenizações eventualmente devidas” (art. 35).

Nesse contexto, parece-nos que o contrato de programa oferece mais estabilidade jurídica e abertura para que se pactuem obrigações (e sanções em caso de descumprimento) nas relações entre os entes federativos.

Por derradeiro, cabe notar a existência de risco de caracterização de improbidade administrativa em se pactuar a *prestação de serviços públicos*, no âmbito de cooperação

---

<sup>18</sup> No âmbito da União, por exemplo, o Decreto nº 6.170/07, estabelece-se o seguinte: “Art. 12. **O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo**, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo, **não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes**”. Destaque-se, ademais, que para dar maior estabilidade aos compromissos de transferências de recursos, no âmbito do PAC – Programa de Aceleração de Crescimento, por exemplo, tem sido utilizada a figura do “contrato de repasse” ao invés do instrumento de convênio. Vale notar que o mesmo Decreto nº 6.170/07 também trata dos contratos de repasse, mas a regra do art. 12 está prevista apenas para os convênios.

<sup>19</sup> Nesse sentido, já manifestou o Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. CONVÊNIO. DISTINÇÃO. CONTRATOS. DENÚNCIA UNILATERAL. POSSIBILIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. PRESCINDIBILIDADE. PREJUÍZOS MATERIAIS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES ESTABELECIDAS NO INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A ação mandamental foi impetrada contra ato do Prefeito do Município de São Paulo e do Secretário Municipal do Trabalho que rescindiriam unilateralmente a participação do Município de São Paulo na qualidade de interveniente, em convênio firmado com o impetrante para a capacitação de jovens em situação de risco social e a inserção desses no mercado de trabalho. 2. Os convênios administrativos são ajustes firmados entre pessoas administrativas, ou entre essas e particulares, cujo objetivo é a obtenção de determinados interesses em comum. Diferem dos contratos administrativos, basicamente, pela ausência de interesses contrapostos, já que o elemento principal da união entre os convenientes é a cooperação e não o lucro geralmente visado nos contratos. 3. O vínculo jurídico existente nos convênios não possui a mesma rigidez inerente às relações contratuais, daí porque o art. 116, caput, da Lei 8.666/93 estabelece que suas normas se aplicam aos convênios apenas “no que couber”. Diante disso, **tem-se como regra a possibilidade de cada pactuante denunciar livremente o convênio, retirando-se do pacto. Entretanto, se essa atitude causar prejuízos materiais aos outros convenientes, é cabível a aplicação de sanções, a serem estabelecidas, via de regra, no próprio instrumento de colaboração.** 4. No caso, a despeito da possibilidade de denúncia unilateral, deu-se efetiva oportunidade para a impetrante manifestar-se no processo administrativo e comprovar o cumprimento das prestações contempladas no pacto firmado. No entanto, da análise dos documentos anexados aos autos, não se demonstrou a impertinência das constatações realizadas pelo ente público. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.”. (RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.634 - SP - 2009/0194709-0).

federativa, sem a celebração de contato de programa. Isso decorre do disposto no Decreto Presidencial 6.017/07, em seu art. 30, § 2º: “[c]onstitui ato de improbidade administrativa, a partir de 7 de abril de 2005, celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa **sem a celebração de contrato de programa**, ou sem que sejam observadas outras formalidades previstas em lei, nos termos do disposto no art. 10, inciso XIV, da Lei no 8.429, de 1992”.

### **3. O objeto e as cláusulas necessárias de contrato de programa a ser celebrado entre entes da federação**

Como já alinhavado acima, o modelo proposto versa sobre um contrato de programa cujo objeto é o regramento da *cooperação* entre os entes federativos, e não propriamente da *prestação dos serviços públicos*, que se dará, efetivamente, por um contratado do município-líder.

Isso levanta alguns conflitos aparentes em face de determinados dispositivos da Lei Federal nº 11.107/05 e de seu regulamento, estabelecido pelo Decreto Presidencial nº 6.017/07, que claramente têm em perspectiva aqueles casos em que o objeto do contrato de programa seria a *prestação de serviços públicos* propriamente dita, por meio de entidade da administração indireta (usualmente, uma empresa estatal).

A doutrina tem se manifestado sobre esse ponto, deixando clara sua perplexidade, particularmente quanto à redação do art. 13, § 1º, inc. I, da Lei Federal nº 11.107/05, que, claramente, apenas faz sentido quando o contrato de programa tiver por objeto a *prestação de serviços públicos*<sup>20</sup>.

O referido dispositivo afirma que o *contrato de programa deverá atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao*

---

<sup>20</sup> José dos Santos de Carvalho Filho é um dos doutrinadores que aponta essa questão. Ao se referir ao requisito legal do art. 13, § 1º, I, de atendimento à legislação de concessões e permissões de serviços públicos, afirma: “só é possível compreendê-lo diante da hipótese em que o contrato de programa é celebrado entre pessoa federativa, de um lado, e consórcio ou pessoa da administração indireta vinculada a diverso ente federativo, de outro. Se o ajuste é firmado entre dois entes federativos, não há como considerar qualquer um deles como concessionário ou outro; sendo titulares dos serviços, sua posição é sempre a de concedente”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Consórcios Públicos (Lei nº 11.107, de 06.04.2005 e Decreto nº 6.017, de 17.01.2007). Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 134). Maria Sylvania Zanella de Pietro é ainda mais incisiva quanto à questão: “É difícil imaginar que um ente Federativo assumira a posição de concessionário em relação a outro ente Federativo. Quando muito, pode ocorrer que a entidade da Administração Indireta vinculada a um ente Federativo (uma sociedade de economia mista ou empresa pública, por exemplo) assumira, como concessionária, a prestação de serviço público de que é titular determinado ente federativo. Isto já ocorre. É o caso da SABESP, comumente contratada por municípios para a prestação de serviços públicos de saneamento. E ocorreu, com grande frequência, antes das privatizações de empresas estatais, nas áreas de telecomunicações e energia elétrica, quando a União, titular do serviço, os delegava por concessão, a empresa estatal de outra esfera de governo, como a Telesp, a Eletropaulo, e Cesp etc.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O consórcio público na Lei nº 11.107, de 06.04.2005. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 4, n. 46, out. 2005).

*cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados.*

Obviamente, quando não se tratar de contrato de programa cujo objeto seja *prestação de serviços públicos*, ter-se-á que interpretar sistematicamente o dispositivo, como um comando não direcionado ao instrumento que rege a relação entre os entes federativos, mas direcionado, isto sim, ao instrumento que rege a relação com o prestador dos serviços. Isso porque não é concebível, na nossa tradição, que um ente federativo se torne diretamente o *prestador de serviços* de outro ente federativo. Usualmente, quem prestaria o serviço, nesses casos, seria alguma entidade da Administração Indireta, uma autarquia ou uma empresa pública.

Caso, excepcionalmente, o ente federativo seja efetivamente o prestador de serviços — o que apenas se concebe para efeito de argumentação, aí então realmente o contrato de programa teria que atender estritamente a legislação sobre concessões e permissões de serviços públicos.

Nessa mesma linha, o Decreto Presidencial nº 6.017/07, em seu art. 33, ao estabelecer as cláusulas necessárias do contrato de programa, ignorou que esse instrumento pode ter por objeto (i) tão somente a *cooperação* entre os entes federativos ou (ii) a *prestação de serviços públicos* propriamente dita.

De fato, diversos dos incisos do art. 33 são cláusulas típicas dos contratos de prestação de serviços públicos, tais como: (a) os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade dos serviços; (b) os direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização dos serviços; (c) as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita o prestador dos serviços e sua forma de aplicação; (d) os critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas ao prestador dos serviços, especialmente do valor dos bens reversíveis que não foram amortizados por tarifas e outras receitas emergentes da prestação dos serviços etc.

Assim como se passa em relação ao comando do art. 13, § 1º, inc. I, da Lei Federal nº 11.107/05, também o comando do art. 33 do Decreto Presidencial nº 6.017/07 deve ser interpretado sistematicamente, isto é, como um comando não direcionado ao instrumento que rege a relação entre os entes federativos, mas direcionado ao instrumento que rege a relação com o prestador dos serviços.

A fim de mitigar eventuais questionamentos, no entanto, recomenda-se que o contrato de programa verse sobre os assuntos indicados no art. 33 do referido Decreto, mas sob uma perspectiva metalinguística. Ou seja, para efeito do modelo ora proposto, a redação do contrato de programa deve ensejar ao município-líder a obrigação de replicar, no contrato com o efetivo prestador dos serviços, as normas pactuadas no contrato de programa por conta do indigitado art. 33.

Porém, não se deve chegar ao ponto de caracterizar o município-líder como o prestador de serviços perante os demais municípios. Primeiro, porque isso não representaria, de fato, a intenção dos municípios. Segundo, porque tal configuração poderia implicar reflexos tributários negativos, particularmente a caracterização como receita tributável dos recursos repassados ao município-líder. Obviamente, estaria afastada a incidência dos impostos, por conta do princípio constitucional de imunidade entre os entes

federativos<sup>21</sup>, mas restaria eventual incidência das contribuições. No contexto atual, por exemplo, haveria, em tese, incidência da contribuição ao PIS<sup>22</sup> pela alíquota de 1% incidente sobre a “receita” arrecadada. Em princípio, não haveria incidência da COFINS, por falta de previsão legal<sup>23</sup>.

#### **4. A experiência de Minas Gerais**

Destaque-se que o modelo ora proposto não é inteiramente novo no contexto brasileiro. De fato, o Estado de Minas Gerais e os Municípios da Região Metropolitana de Belo Horizonte conceberam modelo muito semelhante.

Inicialmente, celebrou-se convênio de cooperação entre o Estado de Minas Gerais e os Municípios da Região Metropolitana de Belo Horizonte, cuja versão assinada se encontra disponível inclusive na internet<sup>24</sup>. Atualmente, encontra-se em fase de consulta pública a minuta do contrato de programa<sup>25</sup>.

O objeto do contrato de programa é a delegação dos Municípios para o Estado da prestação dos serviços públicos municipais de transbordo, tratamento e disposição final

---

<sup>21</sup> O princípio da imunidade tributária recíproca vale apenas para os impostos: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; (...)”.

<sup>22</sup> Conforme a Lei Federal nº 9.715/98, em seu art. 2º: “A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente: (...) pelas pessoas jurídicas de direito público interno, com base no valor mensal das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas”. Alíquota é de 1% sobre a base de cálculo. Nesse sentido, também vale notar reiterados entendimentos da Receita Federal no Brasil. Por todos, cite-se o seguinte: “7ª REGIÃO FISCAL. SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 334, DE 18 DE JUNHO DE 2012. ASSUNTO: Contribuição para o PIS/Pasep. EMENTA: PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO. AUTARQUIA. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. **Sujeitam-se à contribuição para o PIS/Pasep as pessoas jurídicas de direito público interno, entre as quais se incluem as autarquias, com base no valor mensal das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas.** DISPOSITIVOS LEGAIS: art. 2º da Lei nº 9.715, de 1998; art. 11 da Lei nº 4.320, de 1964. JOSÉ CARLOS SABINO ALVES Chefe”.

<sup>23</sup> Nesse sentido, vale citar entendimentos recentes da Receita Federal do Brasil, mas que pressupõem a não exploração de atividade econômica: “MINISTÉRIO DA FAZENDA. SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 9 de 05 de Julho de 2011. ASSUNTO: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins. EMENTA: AUTARQUIA. RECEITAS. NÃO-INCIDÊNCIA. Estão livres de incidência da Cofins as receitas auferidas por autarquia, pessoa jurídica de direito público, na prestação de serviços públicos próprios e típicos do Estado, funções essas diversas da exploração de atividade econômica a que, necessariamente, se aplica o regime de direito privado”. E, “MINISTÉRIO DA FAZENDA. SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 4 de 10 de Junho de 2011. ASSUNTO: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins. EMENTA: AUTARQUIA. RECEITAS. INCIDÊNCIA. A Cofins não incide sobre as receitas auferidas por autarquia, pessoa jurídica de direito público, criada para executar atividades administrativas próprias e típicas de Estado.”

<sup>24</sup> <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos-ppp/projetos-em-elaboracao/residuos-solidos/arquivo-para-download/Convenio%20de%20Cooperacao%20-%20Assinado.pdf>

<sup>25</sup> <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos-ppp/projetos-em-elaboracao/residuos-solidos/arquivo-para-download/arquivos-de-consulta-e-audiencia-publica-residuos-solidos/MINUTA%20DO%20CONTRATO%20DE%20PROGRAMA.pdf>

de resíduos sólidos urbanos gerados nos Municípios convenentes da Região Metropolitana de Belo Horizonte e Colar Metropolitano.

A partir dessa delegação, o Estado de Minas Gerais pretende contratar, mediante licitação, concessão administrativa para exploração dos serviços de transbordo, tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos nos municípios convenentes da Região Metropolitana de Belo Horizonte e Colar Metropolitano. O respectivo edital e seu anexos já foram submetidos a consulta e audiência públicas.

### **CAPÍTULO III - DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS EM VIGOR PARA AGREGAR RESÍDUOS SÓLIDOS DE MUNICÍPIOS VIZINHOS**

A grande questão que se levanta neste capítulo é se os contratos atualmente detidos por suas respectivas concessionárias (responsáveis pelo tratamento e disposição final de resíduos sólidos) poderiam ser aproveitados pelos municípios-líderes em cada região de sua influência, a fim de prover os serviços de tratamento e disposição final de resíduos sólidos. Isso porque, antes de proceder a eventuais alterações nos contratos atuais para permitir o recebimento de resíduos de outros municípios, deverá ser comparada essa alternativa à possibilidade de realização de nova licitação, para contratar o operador dos serviços que atuaria em favor de todos os municípios cooperados.

O presente capítulo pretende avaliar os riscos de se promover ao aditamento de contratos de concessão em vigor, para atender também a demanda de municípios vizinhos aos, assim chamados no corrente texto, “municípios-líderes”.

Destaque-se que, no caso citado da Região Metropolitana de Belo Horizonte, será contratado um operador mediante licitação. Não se cogitou, nessa hipótese, de aproveitamento de contratos de concessão que eventualmente estejam em vigor.

Desde logo, vale registrar que são menores as chances de contestação, por terceiros e/ou órgãos de fiscalização, nos casos em que já se tenha previsto, por época da licitação, a possibilidade de tratamento e disposição final de resíduos de outros municípios. Isso porque, nesses casos, todos os licitantes já saberiam, de antemão, que poderiam vir a tratar e dar a disposição final adequada a resíduos sólidos oriundos de outros municípios. Como se verá adiante, essa previsão permite afastar críticas ao princípio da igualdade (isonomia).

Todavia, mesmo na ausência dessa expressão disposição editalícia (para tratamento de resíduos oriundos de municípios vizinhos), parece-nos possível a alteração contratual para permitir o tratamento e disposição final de resíduos de outros municípios. A justificativa para a alteração contratual passaria pela demonstração dos ganhos de eficiência em favor dos municípios envolvidos — particularmente redução de custos por tonelada de resíduo a serem arcados por tais municípios — que justifique em prescindir de nova licitação para escolha do prestador de serviços. Cumpre demonstrar que a opção de “aproveitamento” do contrato já existente seria mais eficiente, em termos econômico-financeiros, que a opção de licitação.

#### **1. A possibilidade de alteração contratual e ampliação de seu escopo como opção discricionária do Poder Público**

O contrato de concessão pode ter previsto uma opção para o Poder Público, a ser exercida a qualquer momento ou em ocasião pré-fixada, de ampliação do escopo do contrato, para abarcar resíduos sólidos de outros municípios. Pode, ainda, ter tratado essa hipótese como fonte de “receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados”, que, nos termos do art. 11 da Lei Federal nº 8.987/95 devem

favorecer a modicidade tarifária. Ou, até mesmo, pode não ter tratado do assunto, sequer superficialmente.

No primeiro caso — em que o contrato original já prevê a opção do Poder Público de ampliar o escopo da prestação de serviços, agregando resíduos sólidos de outros municípios — o aditivo contratual se destina a pactuar o preço pelos serviços adicionais. Se o preço já tiver sido pré-definido contratualmente, o próprio aditivo seria desnecessário, bastando a aplicação da cláusula contratual.

No segundo caso — em que se dá tratamento de receita acessória — é preciso checar se as cláusulas contratuais são suficientemente completas, a ponto de permitir, de forma clara e objetiva, o compartilhamento das receitas entre a concessionária e o poder concedente (para aplicação, neste último caso, na modicidade tarifária ou da contraprestação pública). Se as cláusulas forem suficientemente claras e completas, não será preciso aditivo contratual, ao menos não por conta dessa questão.

No terceiro caso — em que o contrato original não tratou da hipótese de recepção de resíduos sólidos de outros municípios — o Poder Concedente também pode, em princípio, agregar resíduos sólidos produzidos em outros municípios, utilizando-se da faculdade de modificação dos contratos administrativos, com as limitações que serão discutidas abaixo, e com um maior risco de questionamento, conforme se verá mais adiante.

A discussão converge, nesse ponto, para saber os limites de mutação, de alteração dos contratos administrativos, em especial, quando provocada discricionariamente pelo Poder Público, para saber se esse tipo de alteração seria considerado possível diante de nosso ordenamento jurídico e da jurisprudência dominante.

## **2. O marco legal, a jurisprudência e a teoria jurídica sobre a mutabilidade dos contratos de PPPs<sup>26</sup>**

A teoria jurídica trata o tema da mutabilidade dos contratos administrativos de forma genérica e reconhece, em regra, pouquíssimas peculiaridades sobre o tema para os contratos de concessão ou PPP.

Por essa razão, nas linhas a seguir, aborda-se genericamente o tema da mutabilidade dos contratos administrativos, sem preocupação, pelo menos nesse momento, de focar nos contratos de PPP e concessão.

### ***2.1. A mutabilidade dos contratos para atendimento do interesse público***

A mutabilidade dos contratos administrativos para atendimento do interesse público é um dos pilares do Direito Administrativo contratual.

---

<sup>26</sup> As reflexões teóricas a seguir apresentadas já foram publicadas, em grande parte, no artigo em co-autoria de Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, intitulado “Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da administração pública: problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais”, publicado em: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/alterao-de-contratos-de-concesso-e-ppp-por-interesse-da-administracao-pblica-problemas-economicos-limites-tericos-e-dificuldades-reais>.

Geralmente essa mutabilidade é expressa pelo princípio de que todo contrato administrativo pode ser alterado para atendimento do interesse público, desde que respeitado o seu equilíbrio econômico-financeiro. Na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93), essa permanente possibilidade de alterar os contratos administrativos está expressa no art. 58, inciso I<sup>27</sup>, que estabelece o seguinte:

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:  
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;”

Essa flexibilidade dos contratos administrativos para atender ao interesse público tem por objetivo conciliar (i) a supremacia do interesse público como pauta da ação administrativa com (ii) a utilização pela Administração Pública, para realização das suas finalidades, das competências da iniciativa privada por meio dos contratos.<sup>28</sup>

A conciliação é realizada por meio da atribuição de prevalência ao atendimento ao interesse público em face da obrigatoriedade de cumprimento do contrato nos termos em que foi assinado.<sup>29</sup>

### **2.1.1. O que significa a conformidade da alteração com o interesse público**

Uma pergunta importante, nesse contexto, é saber quais são os requisitos que devem ser cumpridos para que uma alteração contratual seja reputada como “de interesse público”. Particularmente, seria importante saber se existe um teste que permita distinguir as alterações de contratos administrativos que estariam de acordo, daquelas que estariam em desacordo com o interesse público.

Na verdade, a exigência de que as alterações contratuais sejam sempre para atendimento de interesse público tem, geralmente, efeitos meramente retóricos. Na prática, essa exigência termina se resolvendo pela mera afirmação pelo órgão competente de que é interesse público a realização da contratação, com justificativa – na grande maioria das vezes sumária, apenas para cumprir a exigência genérica de fundamentação dos atos administrativos – emitida por agente responsável pela celebração, acompanhamento e fiscalização do contrato.

Todavia, em algumas entidades governamentais, como, por exemplo, no âmbito da União, a fiscalização detida dos órgãos de controle sobre esse tema causa preocupação

---

<sup>27</sup> O art. 57, §1º, apesar de tratar também das alterações de contrato para atendimento do interesse público, foca-se estabelecer as condições em que é permitida a alteração dos prazos e etapas de execução do contrato. Por isso, deixamos esse dispositivo fora da nossa análise.

<sup>28</sup> Vide abaixo trecho no qual Marçal Justen Filho percebe o conflito entre essas duas pautas:

*VIII. 7.5.3) A problemática da vinculação da outorga à licitação*

(...)

Evidencia-se situação em que dois princípios concorrem entre si, produzindo efeitos contrapostos. A supremacia e indisponibilidade do interesse público exige a alteração das cláusulas originais. A obrigatoriedade da licitação impõe a vinculação da contratação às condições originais contempladas na licitação. JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos. Dialética: São Paulo, 2003, p. 444.

<sup>29</sup> O princípio da obrigatoriedade do cumprimento de contratos é um princípio basilar do Direito Contratual, muitas vezes referido pela expressão latina *pacta sunt servanda*.

nos agentes públicos com a elaboração de fundamentações que possam materialmente justificar a alteração contratual, em vista dos princípios da economicidade e da eficiência da ação administrativa. São essas elaborações que têm permitido um controle material, ainda que limitado, da pertinência dos atos ao interesse público.

Não se ignora, contudo, que em um Estado de Direito democrático, a decisão administrativa, estando subordinada em última análise a um agente político eleito, ainda quando estribada diretamente em corpo de normas de natureza burocrática, tem sua legitimidade atrelada, em última análise, à legitimidade democrática da decisão do agente político que é chefe do Poder Executivo naquela instância governamental.

Por outro lado, as regras do Estado de Direito requerem que esse poder, que advém da legitimidade democrática, seja exercido dentro dos limites, parâmetros, procedimentos e regras estipulados na Constituição e nos atos normativos que nela se fundamentam e daí a necessidade de fundamentação do ato administrativo e de cumprimento das exigências constitucionais e legais para a sua validade e eficácia.

Entre os limites a essa mutabilidade dos contratos administrativos, devem ser consideradas as dificuldades práticas de operacionalização e os custos envolvidos, particularmente em comparação com a opção de nova licitação.

Em outras palavras, deve ser comparada, quando possível, (i) a opção de alterar o contrato com (ii) a possibilidade de relicitação do contrato (com os respectivos custos e riscos dessa opção), e, quando se tratar de adição de novo escopo, é preciso considerar se faz sentido comparar a sua contratação separada com a inclusão no contrato em curso.

## ***2.2. Os limites da mutabilidade do contrato administrativo***

Os principais limites à alteração de contratos administrativos são:

- (a) a exigência da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- (b) a exigência de prévia licitação para a realização de contratos administrativos, conjugada com o princípio de vinculação ao instrumento convocatório;
- (c) os limites quantitativos e qualitativos para alteração de escopo contratual que decorrem da Lei 8.666/93 e da cultura que se desenvolveu em torno dela.

Como se verá a seguir, esses limites à alteração dos contratos administrativos foram constituídos por Lei, pela teoria jurídica<sup>30</sup> e pela prática administrativa e judicial de

---

<sup>30</sup> Como exemplo da generalidade própria dessas elaborações, cf.: GUIMARAES, Fernando Vernalha. Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos (jus variandi) no âmbito das concessões de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 219, 2000, pp. 107-125, no qual o autor enuncia o seguinte a respeito dos limites das alterações a contratos administrativos: “Quanto ao conteúdo do ato modificador, **a investida deve observar a inalterabilidade do objeto contratual**; a exequibilidade fática da prestação (assegurando

forma tão genérica que – mesmo com análise detida da casuística administrativa e jurisprudencial – é difícil ter critérios claros para traçar com exatidão a linha entre as alterações permitidas e as não permitidas do contrato.<sup>31</sup>

### **2.2.1. A obrigatoriedade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou atribuição à Administração Pública do risco da mutabilidade dos contratos administrativos**

A mutabilidade dos contratos administrativos para atendimento do interesse público é compensada pela garantia ao contratado do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Sempre que a Administração Pública resolver alterar um contrato administrativo para atendimento ao interesse público, ela deverá compensar o

---

condições exequíveis de prazo, por exemplo) e a manutenção da equação econômico-financeiro do contrato.” (grifo nosso), p.111.

Depois, em nota de rodapé, o mesmo autor, citando doutrina estrangeira, diz que a modificação do contrato não pode implicar “perda da substancia do próprio contrato”, que, claramente, é uma noção extremamente vaga:

“Nota de rodapé nº 14: **A modificação não pode implicar a perda da substancia própria do contrato** (VEDEL DELVOLVÉ. Droit Administratif, t.1., Paris: Presses Universitaires de France, 6ª Ed., 1992, p. 420). Trata-se de restrição imposta sobretudo em respeito a princípios licitatórios.” (p.111) (grifo nosso)

<sup>31</sup> Veja-se, por exemplo, abaixo, como Marçal Justen Filho usa a noção de “transmutação do objeto da concessão” como limite a realização das alterações. Essa noção, contudo, é por demais vaga e deixa uma enorme zona cinzenta, que dificulta saber-se, em muitos casos, se houve ou não alteração ilícita do objeto contratual.

*“VIII. 7.5.4) A manutenção da identidade do objeto da concessão*

**O que não se admite é a transmutação do objeto da concessão. Alterações significativas não equivalem à alteração de condições essenciais, que delimitaram o universo dos licitantes e refletiram a escolha por uma certa concepção inconfundível dentre várias possíveis para a implantação do serviço público.**” (grifo nosso) JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos. Dialética: São Paulo, 2003, p. 445.

No mesmo diapasão, veja-se abaixo a decisão do Tribunal Regional Federal, da 3ª região, que alude à impossibilidade de se acrescentarem novos escopos ao contrato que não guardam relação com o escopo originário. A grande questão nesse caso é o que significa “guardar relação com o escopo originário”:

Ementa: CONTRATO DE LOCAÇÃO ENTRE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL E EMPRESA PRIVADA. TERMINAL PESQUEIRO. RESCISÃO DO CONTRATO. ANULAÇÃO DOS ADITIVOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES. INTERESSE PÚBLICO. CORRESPONDÊNCIA ENTRE OBJETO DA LICITAÇÃO E CONTRATO. DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO DEMONSTRADOS. NÃO SUJEIÇÃO PLENA DAS ESTATAIS AO DIREITO PRIVADO.

(...)

**3. É nulo aditivo contratual que altera substancialmente as obrigações assumidas no contrato de locação, por ferir o princípio da correspondência entre o objeto da licitação e o contrato administrativo, desvirtuando a “pré-estipulação” contratual, consubstanciada no que fora estipulado no procedimento licitatório. Impossibilidade de se acrescentarem ao objeto de um contrato escopos que não guardam relação com o objeto contratado.**

4. É nulo aditivo contratual no qual a empresa pública federal - locadora do bem imóvel - abriu mão de cláusulas contratuais que são indisponíveis por serem expressão do interesse público, tais como a que possibilita que a locatária rescinda antecipadamente o ajuste, em caso de inadimplemento de quaisquer das cláusulas contratuais e de alienação do imóvel.

5. É nulo aditivo contratual que concede ao locatário direito de preferência, na hipótese do imóvel ser alienado, por garantir-lhe um privilégio injustificável, em afronta à isonomia e à moralidade administrativa.

6. Os bens das empresas estatais submetem-se em alguma medida, total ou parcialmente, a um regime derogatório do direito privado. 7. Apelações não providas. (TRF 3 – AC – 375469, Relator Des. Fed. José Lunardelli, Primeira Turma, Data da Publicação/Fonte: 04/03/2011)

contratado, de forma a garantir a manutenção dos resultados econômicos e financeiros do contrato para o contratado.

Na Lei 8.666/93, há disposições claras no sentido da proteção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em caso de alteração para atendimento de interesse público. Veja-se, como exemplo, em primeiro lugar o próprio trecho final do artigo 58, inc. I, já citado acima, que, ao permitir a alteração dos contratos administrativos para atendimento do interesse público, menciona, por outro lado, que devem ser “respeitados os direitos do contratado”.

Além disso, os parágrafos 1º e 2º, desse mesmo artigo dispõem o seguinte:

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I (que é a hipótese que permite a alteração dos contratos administrativos) deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Ainda no mesmo sentido dos dispositivos legais acima citados, mas com foco nas alterações do contrato realizadas por iniciativa da Administração Pública, o § 6º, do art. 65, da Lei 8.666/93, dispõe que:

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Como essas disposições legais nada dizem sobre a metodologia para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, **na prática, elas têm por efeito apenas a atribuição à Administração Pública do risco de mutabilidade do contrato.**

Isso quer dizer que, se a Administração Pública resolver alterar o contrato para adequá-lo ao interesse público, ela terá que, de alguma forma, compensar o contratado de modo a manter para ele o benefício econômico e financeiro decorrente do contrato.

O que exatamente significa essa manutenção das condições econômicas e financeiras do contrato e qual é a metodologia que deve ser empregada para tanto constitui tema que nem a legislação, nem a teoria jurídica<sup>32</sup>, trataram até aqui.

Por isso, os parâmetros e a metodologia para a compensação ao contratado por mudanças no contrato administrativo para atendimento ao interesse público devem sempre ser estabelecidos no contrato.

Na hipótese de ausência ou insuficiência de tratamento contratual sobre a metodologia aplicável à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a consequência acaba sendo a renegociação do próprio contrato, malgrado toda aversão da doutrina

---

<sup>32</sup> Na teoria jurídica, nada é dito de relevante sobre a metodologia para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Parece que os juristas consideram esse tema extrajurídico e, por isso, o põem fora do alcance das suas discussões.

tradicional do Direito Administrativo em admitir isso (por conta de uma visão mítica do princípio da legalidade e do princípio da indisponibilidade do interesse público)<sup>33</sup>.

### **2.2.2. A obrigatoriedade da licitação para contratos administrativos e de vinculação ao instrumento convocatório enquanto limites à mutabilidade desses contratos**

Além da exigência de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, a outra principal limitação ao princípio da sua mutabilidade é a exigência de prévia licitação para celebração desses contratos, que tem duplo objetivo. De um lado, busca, por meio da competição, assegurar a obtenção da melhor relação qualidade/custo para a Administração Pública. Por outro lado, ela tem objetivo de assegurar o tratamento igualitário entre potenciais contratantes da Administração Pública. Sob essa última perspectiva, também se acopla, à exigência de prévia licitação, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

O risco relacionado à inclusão de novos escopos ou à expansão de escopo contratual é que se venha a entender tais práticas como (i) descumprimento da obrigação de realizar processo competitivo para a contratação de ente para dar cabo de tais escopos, ou (ii) como alteração indevida das condições previstas no instrumento convocatório.

Além disso, a inclusão, supressão ou modificação de atribuições em um contrato pode implicar em frustração dos efeitos da própria licitação realizada para a sua celebração.

Se essas modificações, inclusões e/ou supressões de escopos fossem realizadas anteriormente à licitação, elas poderiam, em tese, alterar de maneira relevante não apenas a identidade do conjunto de participantes da licitação, mas também os valores das propostas.<sup>34</sup>

Por essa razão, a doutrina jurídica e a jurisprudência percebem na exigência de prévia licitação (da qual se pode derivar também o princípio de vinculação ao edital da licitação) um limite à possibilidade de alteração de contratos administrativos.

Note-se que a força da exigência de prévia licitação como instrumento para conformação dos limites da mutabilidade dos contratos varia conforme a ênfase dada a um dos seus dois principais fundamentos.

Se enfatizarmos a busca da melhor relação qualidade/custo para a Administração Pública, a exigência de prévia licitação deve ser flexibilizada na situação em que a realização de aditivo contratual claramente tenha por efeito a obtenção de uma melhor relação qualidade/custo para a Administração Pública, o que nos levaria a uma

---

<sup>33</sup> Na ausência de agências reguladoras ou departamentos especializados nos municípios, estima-se que não haverá parâmetros, metodologias e critérios de reequilíbrio que tenham se consolidado na prática administrativa desses entes federativos.

<sup>34</sup> Veja-se a Súmula nº 177 do TCU, que diz o seguinte: “A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada em uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.”

investigação mais detida da relação entre ganhos decorrentes da competição e custos de transação da realização de certame licitatório, conforme analisado abaixo.

Se, contudo, enfatizarmos o princípio do tratamento igualitário entre potenciais contratados da Administração Pública, então a exigência de prévia licitação se torna mais rígida, pois ela continuaria exigível mesmo em situações em que a alteração contratual produza melhor relação custo/benefício para a Administração Pública que a realização de nova licitação.

Nos casos em questão, seria preciso enfatizar o critério de qualidade/custo, particularmente porque, na redação original dos editais e contratos, não era possível supor a agregação de novos municípios de forma geral e irrestrita.

### **2.2.2.1. Custos de transação versus ganhos decorrentes da competição**

De uma perspectiva econômica, considerando que a exigência de prévia licitação para a celebração de contratos administrativos tem, como seu principal objetivo, a obtenção da melhor relação custo/benefício para a Administração Pública, para verificar se é cabível que a exigência de prévia licitação figure como limitadora da possibilidade de alteração do contrato administrativo, dever-se-ia comparar em cada caso o resultado esperado de um aditivo para alteração do contrato com os ganhos de eficiência que, estima-se, resultariam da licitação, subtraindo-se os custos de transação que decorrem do esforço necessário para a realização da própria licitação.

Essa comparação nem sempre é simples de ser realizada. Particularmente, é difícil estimar os ganhos que podem resultar da competição.

A teoria jurídica, contudo, desinformada em regra da racionalidade econômica, raramente aborda esse aspecto. Contudo, esse tipo de raciocínio não é estranho à atividade fiscalizatória dos tribunais de contas e suas preocupações com a, assim chamada, economicidade das decisões da administração pública. Por isso, é importante utilizar como um dos balizadores da decisão de expansão de escopo de contrato de concessão a avaliação econômica do que resultaria de eventual realização de licitação para contratação, em processo separado, daquele mesmo escopo.

### **2.2.3. Os limites qualitativos e quantitativos de alteração do contrato**

A par de permitir alterações nos contratos administrativos, a Lei 8.666/93, nos parágrafos 1º e 2º, do art. 65, realiza distinção entre modificações quantitativas e qualitativas no escopo do contrato<sup>35</sup> e estabelece limites particularmente para os

---

<sup>35</sup> Essa distinção é realizada pelo artigo 65, da Lei 8.666/93, que no seu inciso I, "a", menciona as alterações qualitativas, e na alínea "b" menciona as modificações quantitativas, nos seguintes termos:

*Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*

*I - unilateralmente pela Administração:*

*a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;*

*b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;*

aumentos quantitativos de escopo que devem ser obrigatoriamente aceitos pelo contratado nas mesmas condições do contrato:

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - (VETADO)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

A sua interpretação padrão é que os contratos administrativos de obras, serviços ou compras não podem ser acrescidos em mais de 25% do seu valor inicial atualizado, e, no caso de reforma de edifício ou equipamento, até 50% do seu valor inicial atualizado. E que a supressão de escopo até esses limites é decisão unilateral da Administração Pública, mas a supressão para além desses limites só pode ser realizada com a concordância do contratado.

Alguns doutrinadores entendem que esses limites não se aplicam a contratos de concessão. Justificam isso dizendo que tais limites são consequência da preocupação da Lei 8.666/93 com as condições fiscais dos entes governamentais. E, como os contratos de concessão comum não implicam em compromissos financeiros para a Administração Pública, esses limites não deveriam a eles se aplicar.<sup>36-37</sup>

---

<sup>36</sup> Marçal Justen Filho pronuncia-se pela inaplicabilidade às concessões de serviço público, dos limites quantitativos previstos na Lei 8.666/93, para alteração dos contratos:

*"VIII. 7.5) Os limites para a alteração da concessão*

*(...)*

*VIII. 7.5.2) Inaplicabilidade do art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666*

**A temática da modificação das condições originais da concessão não pode ser enfocada à luz dos limites contemplados no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666.** Esses dispositivos externam princípios compatíveis com contratos de natureza distinta da concessão. São hipóteses em que os recursos pertinentes à contratação são de responsabilidade do Estado. A fixação dos limites previstos nos aludidos dispositivos reflete uma grande preocupação com o controle dos dispêndios estatais. Isso fica evidente quando se determina a impossibilidade de modificação além de certos limites nem mesmo diante da concordância do particular – o que comprova que a tutela legal não se orienta, nesse passo, a proteger o interesse do contratado. (grifo nosso)

Ora, esse tipo de preocupação não existe no âmbito da concessão, eis que não há transferência de recursos públicos para o concessionário. Não há necessidade de estabelecer alguma forma de limitação ao desembolso estatal derivado de alterações contratuais. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. Dialética: São Paulo, 2003, pp. 443-444.

<sup>37</sup> Maria Silvia Zanella di Pietro também posiciona-se pela inaplicabilidade às concessões de serviço público dos limites quantitativos de alteração dos contratos administrativos constantes da Lei 8.666/93:

"Na 3ª edição deste livro, afirmamos que a Lei nº 8.987 não estabelece limites para as alterações unilaterais, podendo ser aplicada subsidiariamente a regra do art. 65 da Lei nº 8.666, que prevê alterações **qualitativas** ('quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos') e **quantitativas** ('quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência do acréscimo ou diminuição quantitativa do seu

Esses doutrinadores, ao tratar desse tema, no entanto, não analisam especificamente os contratos de PPP, e tampouco aqueles contratos de “concessão comum”, celebrados especialmente ainda antes da vigência da Lei Federal de PPP, que preveem pagamentos do Poder Concedente em face do concessionário, ao invés de remuneração por tarifa cobrada diretamente dos usuários. Porém, a argumentação desses doutrinadores levaria à aplicabilidade dos limites quantitativos mencionados às PPPs e às concessões comuns nas quais a remuneração do concessionário advenha, essencialmente, de pagamentos públicos.

No caso ora em questão, há uma complexidade adicional. O eventual aumento do escopo contratual, para abarcar também resíduos sólidos produzidos em outros municípios, não oneraria mais o Poder Concedente. Ao contrário, teria o potencial de reduzir o ônus do Poder Concedente, dada a expectativa de redução do custo por tonelada de resíduo.

Dessa perspectiva, o entendimento dos doutrinadores citados favoreceria a não aplicação dos limites quantitativos no caso concreto.

Pensamos que há outras razões mais relevantes a justificar a não aplicação dos limites quantitativos, em particular, por conta da lógica econômica que perpassa os contratos de concessão e PPPs.

---

objeto). No segundo caso, seriam aplicados os limites previstos no §1º do mesmo dispositivo; nas alterações qualitativas, esses limites são inaplicáveis, conforme entendimento da doutrina mais autorizada (ver Vera Machado D’Avila, 2000:281-283, Antonio Roque Citadini, 1999:428, Marçal Justen Filho, 1998:514).

A partir da quarta edição, permitimo-nos acrescentar algumas observações. **Quando o contrato é de concessão de serviço público, não envolvendo a execução de obra, fica difícil aplicar o limite previsto no art. 65, §1º, da Lei nº 8.666, porque o dispositivo somente abrange os acréscimos ou as supressões de obras, serviços ou compras. Não inclui a prestação de serviços públicos, que constitui objeto do contrato de concessão. (...) (grifo nosso)**

**Com efeito, na concessão de serviço público, é o objeto que há de ser respeitado em sua essência, em sua natureza;** nem mesmo se cogita de valor do contrato, até porque não é a Administração Pública que vai remunerar a concessionária, e sim os usuários do serviço concedido. Isso não significa, contudo, nem a impossibilidade de alteração do contrato, nem a inexistência de limites a essa alteração. Conforme dito anteriormente, a mutabilidade é inerente ao contrato de concessão, como a todos os contratos administrativos. Mas a alteração deve respeitar determinadas limitações, como a natureza do objeto, o interesse público, o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Seria muito difícil, senão impossível, impor limites quantitativos ao contrato de concessão de serviços públicos. Fundamentalmente, a alteração não pode significar burla ao princípio da licitação. (grifo nosso)

Diferente é a situação quando se trata de contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública. (...)

O contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública, tem duplo objeto, sendo um deles precisamente a execução de uma obra pública essencial à prestação do serviço. Nesse caso, é perfeitamente aplicável o limite imposto pelo referido dispositivo da Lei nº 8.666.

Sendo o poder de alteração do regime jurídico uma decorrência do princípio da supremacia do interesse público, o concessionário não pode negar-se a aceitar as alterações, sob pena de sujeitar-se a sanções e até a rescisão do contrato.” *In* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 80-81.

A lógica econômica dos contratos de concessão e PPP difere da dos contratos de mera prestação de serviços, de obra ou de aquisição de equipamentos. Essa diferença torna de difícil justificativa a aplicabilidade, aos contratos de PPP e concessão, dos limites quantitativos e qualitativos para alteração de contratos administrativos previstos na Lei 8.666/93.

Considere-se, por exemplo, os contratos de mera prestação de serviços. Por não envolverem investimentos relevantes do contratado, faz sentido, de uma perspectiva econômica, como regra geral, que esses contratos sejam submetidos frequentemente a licitação para adequação das suas condições (definição do serviço e do preço) aos padrões de mercado.

Não é por acaso que a Lei 8.666/93 limita o prazo máximo de vigência desses contratos em 5 anos, de maneira a garantir a ocorrência de uma nova licitação após esse prazo.

Nesse contexto, faz sentido preocupação marcada em limitar as possibilidades de alteração do escopo do contrato, particularmente para que tais alterações não levem a perpasse da obrigação de submissão do objeto a licitação frequentemente.

Ademais, como há, nos contratos de mera prestação de serviço, pela sua própria lógica econômica, facilidade de extinção do vínculo (como derivação necessária da exigência de submissão do seu escopo periodicamente a nova licitação), faz sentido considerar, quando do surgimento da necessidade de supressão ou expansão do seu escopo, se não é o caso de promover a extinção do contrato e submeter a nova licitação o escopo expandido ou reduzido.

No caso, contudo, dos contratos de concessão e PPP, a situação é muito diversa. É que esses contratos exigem geralmente a realização de investimentos relevantes pelo contratado em uma infraestrutura para a prestação dos serviços, investimento esse que é amortizado e remunerado por meio da operação do próprio serviço pelo contratado.

É a necessidade de amortização e remuneração do aludido investimento que explica as proteções à estabilidade do vínculo contratual e os prazos longos dos contratos de concessão (há concessões no Brasil de até 90 anos<sup>38</sup>) e de PPPs, que por lei, podem chegar a, no máximo, 35 anos de prazo.

Nesse contexto, não faz qualquer sentido aplicar, aos contratos de concessão e de PPP, os limites de alteração de escopo contratual previstos na Lei 8.666/93 para contratos que são necessariamente realizados por prazos curtos – seja para garantir a submissão frequente à licitação (no caso dos contratos de mera prestação de serviços), seja em vista da pontualidade da prestação para seu cumprimento (contrato de aquisição de materiais e equipamentos), seja em vista da pontualidade da entrega do produto final da prestação (contrato de obra).

A necessidade de preservação do vínculo entre Administração Pública e concessionário ou parceiro privado por prazos longos no caso de contratos de PPPs e concessões há que ter como contrapartida a possibilidade de adequação desse vínculo às vicissitudes que naturalmente decorrem da passagem do tempo.

---

<sup>38</sup> Cf.: o Contrato de Concessão da Ferronorte, que é por 90 anos, renováveis por mais 90 anos.

Entendimento contrário levaria (i) ao engessamento do contrato concessão ou PPP, que se tornaria ultrapassado e por isso contrário ao interesse público, ou (ii) à necessidade de relicitação do seu objeto, o que também seria um transtorno relevante, particularmente em vista da necessidade da Administração Pública indenizar o concessionário.

Especialmente em relação às PPPs, é razoável defender, inclusive, que não incide o aludido art. 65, na medida em que a Lei de PPP tratou de indicar, expressamente, os dispositivos da Lei Federal nº 8.666/93 que se aplicam aos contratos de PPP, quais sejam: (i) regras sobre limites para exigência de garantias dos licitantes/parceiros privados<sup>39</sup>, e (ii) regras sobre procedimento para contratação, i.e., regras de procedimento licitatório<sup>40</sup>. Como o art. 65 não estabelece regra procedimental, mas regra sobre o regime jurídico do contrato, parece-nos claro que não deveria se aplicar aos contratos de PPP.

É preciso reconhecer, entretanto, que em face da jurisprudência dos tribunais e dos órgãos de controle a respeito dos contratos regidos pela Lei 8.666/93, é possível que esses órgãos venham a entender que o §1º, do art. 65, da Lei 8.666/93 constitui limite quantitativo também para a alteração de contratos de PPP, especialmente, as concessões administrativas, e para contratos de concessão comum em que a remuneração do concessionário advenha essencialmente do Poder Concedente.

### **3. Conclusões sobre a possibilidade de alteração de contratos em vigor sem necessidade de nova licitação**

Tendo em vista o alinhavado neste Capítulo 3, concluímos que:

- a) será necessário averiguar, em cada caso concreto, a dimensão da alteração dos respectivos contratos administrativos vigentes, que envolveriam quatro pontos em especial:
  - a. atendimento ao interesse público: a exigência de que as alterações contratuais sejam sempre para atendimento de interesse público tem, geralmente, efeitos meramente retóricos. Na prática, essa exigência

---

<sup>39</sup> Conforme art. 5º, inc. VIII, da Lei de PPP, as cláusulas dos contratos de PPP devem prever “a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”. Além disso, o art. 11, inc. I, também da Lei de PPP, prevê que o edital poderá prever: “exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993”.

<sup>40</sup> O art. 12 da Lei de PPP prevê que “o certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos”. Lembre-se que a Lei Federal nº 8.666/93, que constitui a norma geral sobre licitação e contratos administrativo, contém normas específicas sobre o procedimento de seleção (normas de licitação) e sobre o regime jurídico aplicável aos contratos administrativos. A regra do art. 12 da Lei de PPP, como se vê, previu a aplicação aos contratos de PPP apenas da parte da Lei 8.666/93 que trata do procedimento licitatório. A norma do art. 65 da Lei 8.666/93, por sua vez, claramente regula o regime jurídico aplicável aos contratos administrativos, e não o procedimento licitatório. Por isso, a referência genérica do art. 12 da Lei de PPPs não atrairia a aplicação do art. 65 da Lei Federal nº 8.666/93 para as PPPs, sejam elas concessões administrativas ou patrocinadas.

termina se resolvendo pela mera afirmação pelo órgão competente de que é interesse público a realização da alteração contratual, com justificativa. Todavia, recomenda-se, a fim de evitar eventuais questionamentos pelos tribunais de contas ou outros órgãos de fiscalização, que seja demonstrada a vantagem econômica que os municípios teriam com esse modelo de cooperação, particularmente, a redução no custo por tonelada de resíduo;

- b. manutenção do equilíbrio econômico-financeiro: dada a ampliação de custos operacionais e de investimentos, bem como a ampliação das receitas mediante o ingresso de recursos provenientes de outros municípios, é preciso assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Deverão ser analisados em cada caso concreto os parâmetros contratuais para proceder ao ajustamento da equação financeira;
  - c. princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação: a eventual alegação de que seria preciso licitar, por respeito ao princípio da isonomia, dado que a licitação original não previra a possibilidade de agregação de resíduos sólidos de outros municípios e essa circunstância, em tese, poderia modificar não apenas o conjunto de licitantes interessados, mas também os valores das propostas. Parece-nos que o contra-argumento principal está justamente no outro objetivo fundamental da licitação: selecionar a melhor proposta, a mais eficiente, para o Poder Público. Diante do princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988), a exigência de prévia licitação deve ser flexibilizada na situação em que a realização de aditivo contratual claramente tenha por efeito a obtenção de uma melhor relação qualidade/custo para a Administração Pública;
  - d. limites quantitativos: eventual aplicação do limite de 25% de acréscimos no valor do contrato, por conta do art. 65, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Parece-nos que esse limite não se aplica a concessões e PPPs, sobretudo, pela diferentes lógicas econômicas que regem esses contratos. Ademais, o acréscimo de valor do contrato não significa acréscimo das despesas do Poder Concedente, visto que os recursos correspondentes advirão dos demais municípios envolvidos. Ao contrário, o Poder Concedente possivelmente reduzirá o montante total gasto, dada a esperada redução do custo por tonelada de resíduo. É preciso ressaltar, no entanto, a possibilidade de entendimento diferente por parte dos órgãos de controle.
- b) Nesse sentido, para fins das questões veiculadas neste Capítulo 3, parece-nos que o principal desafio para justificar a alteração dos contratos de concessão ora vigentes, a fim de contemplar a possibilidade de recebimento de resíduos sólidos provenientes de outros municípios associados, está, mesmo, em se demonstrarem as vantagens econômicas que os cooperados teriam em virtude dessa operação, comparativamente à opção de

promoverem nova licitação e nova contratação com objeto idêntico, considerando-se, inclusive, o prazo exíguo disponível para tanto.

#### **CAPÍTULO IV - CONCLUSÕES**

Até agosto de 2014, não devem mais existir “lixões” nem aterros sanitários em condições ambientalmente inadequadas, conforme art. 54, da Lei Federal nº 12.305/10. Estima-se, no entanto, que esse prazo não será cumprido por um grande número de municípios brasileiros.

Alguns (poucos, infelizmente) municípios adotaram recentemente medidas para dar tratamento e destinação final adequada aos seus resíduos sólidos, particularmente mediante a licitação e contratação, em regime de concessão, da construção e operação de aterros sanitários, bem como da implantação e operação de usinas capazes de produzir energia a partir dos resíduos sólidos (usualmente energia elétrica, a partir de tecnologias que aproveitam os gases gerados por processos de decomposição dos resíduos).

Dado o reduzido prazo restante para que se alcance uma solução ambientalmente sustentável (agosto de 2014), bem como diante do fato de que a geração de energia a partir de resíduos sólidos usualmente demanda escala superior àquela disponível na maioria dos municípios brasileiros, discute-se a possibilidade de que diversos municípios possam direcionar os resíduos sólidos coletados em seus territórios para um único prestador de serviços, já contratado isoladamente por um desses municípios. Isso talvez viabilize, no caso concreto, a escala mínima para justificar os investimentos no aterro sanitário e sua respectiva usina de tratamento, bem como o atendimento do prazo de 2014.

A ideia seria, portanto, aproveitar contratos de concessão já existentes, firmados entre determinados municípios e seus respectivos concessionários, para tratamento e disposição final de resíduos sólidos oriundos de municípios vizinhos.

O aumento de escala se daria pelo envio de resíduos oriundos de diversos municípios para um único aterro sanitário de caráter regional, e, portanto, com capacidade para atender não apenas o município contratante da concessão (tecnicamente, o Poder Concedente), bem como para receber os resíduos dos municípios vizinhos. Isso implicaria novos investimentos relevantes e ampliação do escopo contratual original. O atendimento do prazo de 2014, por sua vez, seria favorecido pela desnecessidade de nova licitação para ampliação do escopo contratual original.

Surgem, nesse contexto, algumas questões jurídicas relevantes. A primeira versa sobre a possibilidade de diversos municípios se reunirem a fim de implantar uma solução conjunta para os resíduos sólidos de cada um deles. Trata-se, nesse ponto, de compreender os instrumentos jurídicos disponíveis para se proceder a essa cooperação entre municípios. Uma segunda questão é saber em que medida poderia ser aproveitado um contrato de concessão já existente e firmado por um desses municípios, para que o mesmo concessionário pudesse passar a receber, tratar e dar a destinação final adequadas aos resíduos oriundos dos municípios vizinhos.

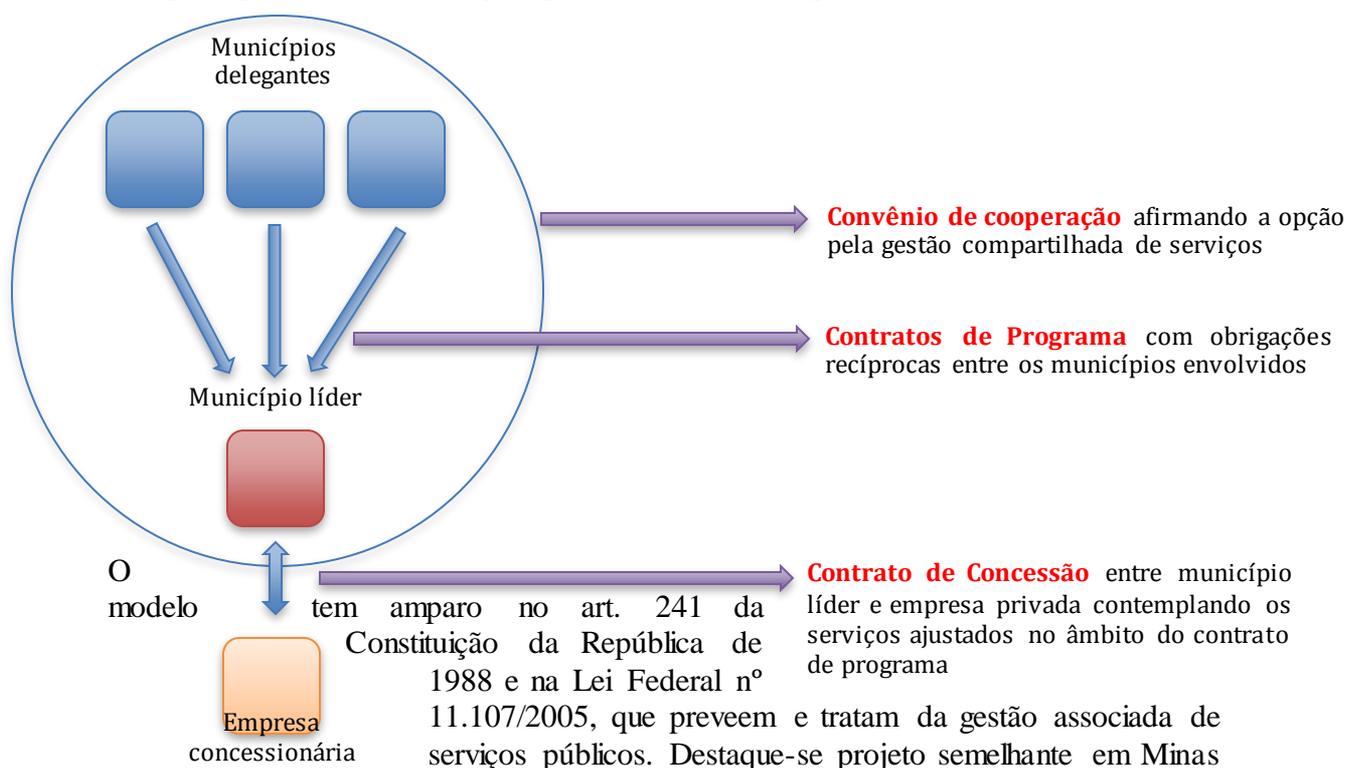
A solução pensada passa pela estruturação de **gestão associada de serviços públicos** entre os municípios vizinhos, conforme autorizado na própria Constituição Federal, em seu art. 241. Essa previsão é regulamentada pela Lei Federal nº 11.107/2005, que cuidou de criar os consórcios públicos, os convênios de cooperação e os contratos de programa, como figuras úteis à colaboração mútua dos entes federados para a consecução de objetivos comuns.

Dentre as alternativas trazidas na legislação, a **celebração de contratos de programas**, no âmbito de **convênio de cooperação** formalizado entre municípios, mostra-se juridicamente adequada, operacionalmente eficaz e, quanto à estruturação, mais simples que a constituição de um consórcio público.

Estima-se que esse modelo proporcionaria vantagens relevantes para os municípios envolvidos, particularmente:

- i. no brevíssimo espaço de tempo, equacionamento do problema da disposição ambientalmente adequada de rejeitos. Todos os municípios envolvidos, na verdade, teriam condições de se beneficiar da solução, quer pelo aproveitamento eficiente de infraestrutura já existente; quer pela redução dos custos de transação envolvidos em uma iniciativa isolada; quer pela redução dos custos logísticos e econômicos suportados por cada município solitariamente; quer pelos ganhos de escala obtidos com a prestação centralizada dos serviços almejados;
- ii. redução do preço da tonelada produzida e processada sob o modelo da gestão cooperativa, que, por além de ser mais eficiente, reflete uma opção economicamente justificável e sustentável.

A seguir apresentamos ilustração gráfica do modelo sugerido:



Gerais — ainda em fase de discussão, mas que já passou por consulta pública —, o qual prevê modelo muito próximo ao apresentado a seguir, com a diferença de que, nesse caso de Minas Gerais, não há aproveitamento de contrato de concessão já existente.

Discussão importante, que deverá ser oportunamente tratada junto aos “municípios-líderes”, é sobre a possibilidade de aditamento contratual para agregar os resíduos sólidos produzidos nos municípios vizinhos. Frequentemente, não há nos contratos de concessão firmados qualquer disposição que expressamente permita agregar os resíduos sólidos produzidos pelos municípios vizinhos aos, assim chamados, municípios-líderes.

Isso implica discutir, em cada caso concreto, os limites para alteração dos respectivos contratos administrativos. Particularmente, preocupa o limite desenvolvido a partir do princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação. Cabe arguir, então, se, caso essa agregação de municípios fosse prevista por época da licitação, haveria modificação relevante não apenas do conjunto de licitantes, mas também dos valores das propostas.

Em face do princípio da eficiência, entende-se que a exigência de prévia licitação deve ser flexibilizada na situação em que a realização de aditivo contratual claramente tenha por efeito a obtenção de uma melhor relação qualidade/custo para a Administração Pública.

Brasília, 29 de setembro de 2013.

Lucas Navarro Prado  
Marco Aurélio Barcelos  
Maurício Portugal Ribeiro