Número 28 – novembro/dezembro/janeiro - 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS INSTITUÍDOS PELA LEI Nº 11.107/2005: OPORTUNIDADES E DESAFIOS DESTE INSTRUMENTO DE COOPERAÇÃO FEDERATIVA

Franderlan Ferreira de Souza

Gerente Jurídico da Área de Inclusão Social do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Especialista em Direito Civil Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

I – Nota Propedêutica

Vivemos um momento conturbado. A crise econômica se mostrou de grandes proporções e está a exigir uma postura de constante busca por soluções. Como decorrência lógica de qualquer crise econômica, passamos a conviver com um cenário de escassez de recursos, inclusive públicos, impactando de forma direta a capacidade de investimento, ao acarretar drástica redução na disponibilidade dos recursos necessários para a implantação de projetos voltados para a melhoria da infraestrutura de serviços essenciais.

Não podemos deixar de perceber que os momentos de crise, também, apresentam janelas de oportunidade para várias iniciativas. Devemos buscar oportunidades de alternativas viáveis, aproveitando inclusive para mudarmos o paradigma de discussão das iniciativas, transferindo o *locus* de discussão das figuras personalistas dos dirigentes para um debate institucional, que leve à democratização da tomada de decisões, resultante de um amadurecimento de ideias. Este debate institucional deve ser o foro adequado para tomada de decisões seguras e vantajosas para todos os envolvidos, gerando acordos de cooperação, parcerias estratégicas e outras formas de desenvolvimento institucional entre os entes integrantes da nossa Federação.

É justamente neste ambiente de busca por alternativas viáveis que o consórcio público se coloca como forma otimizadora na alocação de recursos para consecução de políticas públicas, sendo que o legislador passou a priorizar a transferência de recursos para os entes organizados sob esta forma, o que abre a possibilidade para que, pelo menos no plano teórico, os Municípios mais carentes obtenham recursos para a melhoria das condições de vida da população local.

No presente trabalho vamos procurar mostrar as alternativas viáveis, a forma de se organizar um consórcio público, a sua administração, os contratos e figuras relacionadas e as oportunidades deste instrumento jurídico novo, sem deixar de apontar as fragilidades que também existem[1]. Temos certeza que, se bem utilizado, podemos fazer do consórcio público um valioso instrumento de amadurecimento nas relações entre os entes federativos, que certamente se reverterá em inúmeros benefícios para os cidadãos.

II – A Gênese e Fundamento dos Consórcios Públicos

A atual Constituição da República Federativa do Brasil 1988 (CRFB) trouxe uma série de inovações, notadamente em resposta ao modelo de Estado que antecedeu o período de abertura política. Nossa Constituição, em muitos casos, foi, por força desta sua característica garantista, excessivamente descritiva e em outros casos até mesmo prolixa. Contudo, foi um processo necessário de amadurecimento da nova Federação que se pretendia criar, até mesmo como forma de se exorcizar antigos fantasmas do árduo período anterior, que ainda estavam presentes e que deixaram sequelas na vida de muitos.

O Brasil é um caso raro de país que, a partir da CRFB, rompeu com o Federalismo clássico adotado por vários países no mundo, notadamente os Estados Unidos da América – EUA, pois ao contrário dos países que adotam esta forma de Estado com um Poder central e os Estados-Membros, formamos um modelo de Federação tripartite, composto pela União, Estados (e Distrito Federal) e Municípios, repartindo competências para a atuação autônoma, porém integrada, de cada um destes entes.

Na esteira desta concepção moderna de cooperação, tivemos o surgimento do que alguns doutrinadores passaram a denominar "**Administração Pública Consensual**"[2], contrapondo-se à figura do Estado centralizador e imperativo, onde se infere que "a nova disciplina legal dos consórcios públicos está afinada com um perfil contemporâneo de

[1] Salientamos de antemão que o escopo deste trabalho não é promover comentários acerca de cada um dos dispositivos da Lei nº 11.107/2005, e sim apontar algumas oportunidades e desafios na implantação dos consórcios públicos, e, ao mesmo tempo, sinalizar o que entendemos ser fragilidades e imperfeições.

[2] Essa expressão é utilizada por Odete Medauar e Gustavo Oliveira *in* MEDAUAR, Odete e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos: Comentários à Lei 11.107/2005.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 30.

Administração Pública, em que há destaque para atividades e procedimentos negociais que culminem com a conciliação e a compatibilização de todos os interesses envolvidos em torno de uma causa comum"[3].

A Lei nº 11.107/05 introduziu em nosso ordenamento a figura do consórcio público, em atendimento ao preceito do art. 241, CRFB, que estabelece, *in verbis*:

> "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".

Felizmente, passamos por um momento de amadurecimento institucional e nos parece que há uma tendência em se buscar soluções consensuais, acordadas, que acabam contribuindo para a formação de um modelo de desenvolvimento duradouro e sustentável, não só do ponto de vista da descentralização das ações administrativas que outrora eram centradas nas políticas públicas impostas pela União (enquanto ente canalizador de grande parte dos recursos públicos disponíveis), mas também no âmbito de ações relevantes e meritórias nos campos econômico, social e político.

Esse momento é chamado pelo Prof. Marçal Justen Filho de "amadurecimento incompleto" do processo político brasileiro, onde sustenta que "embora a Constituição de 1988 tenha representado um passo decisivo na modelagem da organização estatal brasileira, não se produziu uma organização política dotada de estabilidade definitiva. Somente a estabilidade democrática é que produzirá a estabilidade institucional"[4].

Aqui o papel do Município ganha especial contorno, pois é o ente federativo que melhores condições reúne para que se faça chegar à população local as soluções para os seus anseios. Se bem administrado, o Município consegue exercer importante função gerencial, pois a população, antes de viver no país e no Estado, vive no Município, no seu *locus* social. Esta proximidade com os problemas cotidianos permite uma melhor visualização das alternativas de solução dos mesmos. Ainda que seja possível a constituição de consórcios públicos entre outros entes, os Municípios serão peça fundamental na maioria dessas associações.

---

[3] Ibidem, p. 30

[4] Conforme "*Parecer elaborado sobre a Proposta Legislativa de criação de Consórcios Públicos",* publicado na **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, nº 03, elaborado a pedido do Ministério das Cidades, por intermédio da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, versando sobre o Projeto de Lei nº 3.884/2004, que cuidava de normas gerais sobre a constituição de consórcios públicos para a gestão associada de serviços públicos, pág. 06. Cumpre salientar que embora a pesquisa tenha sido feita tomando por base cópia do Parecer original apresentado e assinado pelo Prof. Marçal, optamos por fazer referência à publicação disponível pela Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), pois a paginação utilizada facilita a consulta aos originais do autor.

Ainda que alguns não reconheçam, com base em fortes argumentos, os Municípios como entes integrantes da Federação[5], é inegável que estes entes participam ativamente no cotidiano das pessoas, e a maioria da doutrina os considera como componentes do nosso Pacto Federativo.

Deste modo, o consórcio público se mostra como importante complemento na forma de atuação do poder público nos seus moldes clássicos, estimulando a cooperação entre os entes interessados na implantação e execução de políticas públicas.

Ainda que pairem algumas dúvidas, que serão abordadas neste breve trabalho, não podemos deixar de destacar a oportunidade de contarmos com mais um instrumento de gestão pública, que abre caminho para o aprimoramento da cooperação interfederativa, ainda que reconheçamos a existência de pesadas críticas de alguns importantes estudiosos da matéria, que em alguns pontos têm razão e em outros não.

É o caso da ilustre Professora Di Pietro[6], ao afirmar que "a lei é, sob todos os aspectos, lamentável e não deveria ter sido promulgada nos termos em que o foi", embora ousemos dela discordar em parte, pois, ainda que sejam evidentes as imperfeições técnicas existentes, também são inegáveis os avanços propiciados em vários pontos com a edição do novel diploma legal disciplinador dos consórcios públicos, e que serão importantes para o nosso amadurecimento democrático ao estreitar as relações institucionais entre os entes federados.

III – Histórico da Atuação Conjunta dos Entes Federados

Logo após a Declaração da Independência do Brasil, no ano de 1822, tornou-se imperiosa a elaboração de uma Constituição para marcar o início do Brasil como um país soberano e independente. Foi um período conturbardo da política brasileira, e o Imperador, após várias tentativas frustradas de impor seu ponto de vista, desfez a Assembleia Constituinte e, com a colaboração de alguns juristas de sua confiança, outorgou uma Constituição em 1824, onde o governo era uma monarquia unitária e hereditária, com a existência de quatro

[5] Neste sentido, citamos, por todos, o Professor José Afonso da Silva, que assim se manifesta sobre o tema: "O Estado federal brasileiro está constitucionalmente concebido como a união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 1º). Foi equívoco do constituinte incluir os Municípios como componente da federação. Município é divisão política do Estado-membro. E agora temos uma federação de Municípios e Estados, ou uma federação de Estados? Faltam outros elementos parar a caracterização de federação de Municípios. A solução é: o Município é um componente da federação, mas não entidade federativa." *in Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pág. 101.

[6] A Profª. Maria Sylvia Zanella Di Pietro usa a mesma crítica em dois de seus livros que abordam o tema: *Direito Administrativo*. 19ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2006, pág. 463 e *Parcerias na Administração Pública: concessão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2008, pág. 235.

Poderes: o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Poder Moderador, este acima dos demais Poderes, exercido exclusivamente pelo Imperador. Diante desta organização de Estado centralizado, não é difícil perceber que a atuação entre Estados e Municípios era mera peça de ficção de uma história com prenúncio de final pouco honroso.

No início de 1890, iniciaram-se as discussões para a elaboração de uma nova Constituição, marcada para ser a primeira Constituição Republicana e que vigoraria durante toda a Primeira República. Após um ano de intensas negociações com os poderes que realmente comandavam o Brasil, a promulgação da Constituição Brasileira aconteceu em 24 de fevereiro de 1891, onde destacaram-se as atuações de Prudente de Morais, que se tornaria Presidente do país, e de Ruy Barbosa, um dos maiores homens públicos de nossa nação.

Esta Carta teve forte inspiração na Constituição norte-americana e isso a levou para uma organização de Estado fortemente descentralizadora de Poderes, dando grande autonomia aos Municípios e às antigas Províncias, que passaram a ser denominadas “Estados”, nomenclatura usada até hoje por nós. É inegável a sua fonte no modelo federalista norte-americano, permitindo que os Estados, e, em menor escala, os Municípios, se organizassem de acordo com seus peculiares interesses, desde que não contrariassem os preceitos maiores da Constituição.

Na Constituição de 1934, ventos de inspiração democrática sopraram para influenciar o seu processo de feitura, e buscou-se efetivamente promover partilha de competências entre os entes federados. Todavia, sofremos mudanças no clima intestino e veio a Constituição de 1937, que no seu art. 29 previa a existência de agrupamentos de Municípios de uma mesma região para a prestação de serviços públicos comuns, com a explícita previsão de que o agrupamento seria dotado de personalidade jurídica autônoma.

É o que a doutrina chamava de **associações de Municípios** (que não se confunde com a que será objeto de estudo mais adiante), o que podemos considerar a semente no Brasil da concepção dos atuais consórcios públicos, pois estas associações já eram dotadas de personalidade jurídica de direito público, num contorno bem próximo do previsto na Lei nº 11.107/05. Contudo, como o país vivia um período de exceção, sob uma ditadura, o instituto era de pouca efetividade, já que tudo era concentrado na figura do Poder Executivo central, e dentre as mostras de concentração tínhamos a nomeação dos prefeitos pelo governador do Estado (art. 27).

A diferença mais marcante da Constituição Federal de 1946, em relação à sua antecessora, foi o seu perfil redemocratizador, buscando estabelecer empiricamente a forma Federativa de Estado, dando possibilidades de aprofundamento do debate acerca da cooperação federativa.

Inserido neste contexto, em 1961 é criado o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul - BRDE, que enfrentou muitas dificuldades para conseguir contornar sua condição de autarquia interfederativa, sendo a questão levada inclusive ao STF, e que será analisada adiante de forma mais detida.

Com o Golpe de 64, veio outro período de turbulência no trato federativo, sendo que a Constituição de 1967 previa no art. 13, § 3º, que os entes federados estavam autorizados a promover convênios para a execução das suas leis, sendo mantida a essência do dispositivo na alteração promovida em 1969.

Vencido outro longo e duro período de exceção, foi uma vez mais restabelcida a democracia em nosso país e novamente buscou-se retomar um debate objetivo sobre o papel dos entes federativos. Foi com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que o país realmente despertou para a necessidade dos entes federativos serem dotados de autonomia, não meramente formal, mas também, e principalmente, no aspecto material, sem deixar de atentar que, para que se pudesse melhor atender aos anseios da população, seria necessário aprofundar os laços de cooperação, por intermédio de mecanismos de atuação conjunta.

Diante do amadurecimento destas discussões, a Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, alterou a redação do art. 241, possibilitando a formalização de consórcios públicos e convênios de cooperação para que fosse implantada a gestão associada de serviços públicos.

Dada esta permissão, agora expressamente prevista no texto constitucional (embora não fosse necessária para alguns doutrinadores[7]), o legislador ordinário, após relativo debate acerca de alguns Projetos de Lei[8], aprovou a Lei nº 11.107, de 06.04.2005, onde, em consonância com o disposto no art. 241, CRFB, finalmente se institucionaliza a atuação conjunta e coordenada dos entes federados, dotando-se o consórcio público de personalidade jurídica própria, de modo a produzir maior segurança e estabilidade nas relações interfederativas.

Esta Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 6.017, de 17.01.2007, onde foram detalhadas as diretrizes e institutos previstos na Lei nº 11.107/05 e a forma de interação entre os diversos entes consorciantes.

[7] Neste sentido, temos opinião de Marçal Justen Filho, no já mencionado Parecer, versando sobre o Projeto de Lei nº 3.884/2004, que cuidava de normas gerais sobre a constituição de consórcios públicos para a gestão associada de serviços públicos, págs. 15-6. Todavia, o STF entendeu que o BRDE não poderia adotar a forma de autarquia interfederativa, e um dos fundamentos da decisão foi, justamente, a falta de previsão expressa no texto da Constituição.
[8] Vale mencionar o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.071, de 1999 (nº 148/01 no Senado Federal), serviu de base para o Projeto de Lei nº 3.884/2004, de autoria do Poder Executivo e acabou se tornando o texto da Lei nº 11.107/2005.

Por fim, cumpre destacar que, mesmo antes desta legislação específica sobre consórcios públicos, já tínhamos outras formas de cooperação federativa entre as esferas administrativas, sendo que a constituição de consórcios administrativos e a celebração de convênios eram as mais comuns.

IV – Dos Entes Consorciantes e Áreas de Atuação dos Consórcios Públicos

Como a constituição de um consórcio público ensejará sempre a convergência de vontades de dois ou mais entes federados, não podemos deixar de analisar quais entes estão autorizados a se reunir sob esta forma de associação e o alcance da área de atuação dos mesmos.

Pelo texto da Lei nº 11.107/05, podemos ter várias composições para os consórcios públicos, desde que observadas certas regras previamente fixadas. Desta forma, podem ser constituídos consórcios públicos com as seguintes formatações:

a) **M**unicípio + **M**unicípio;
b) **E**stado + **E**stado ou **D**istrito **F**ederal;
c) **E**stados ou **D**istrito **F**ederal + **M**unicípios;
d) **U**nião + **E**stados ou **D**istrito **F**ederal
e) **U**nião + **D**istrito **F**ederal ou **E**stados + **M**unicípios.

É importante destacar que a **União Federal não pode se consorciar** com um **Município**, sem a respectiva **participação do Estado** em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados, como preconizado no § 2º, do art. 1º, da Lei nº 11.107/2005. O preceito busca evitar possíveis questionamentos quanto à ingerência indevida da União sobre os Municípios, ferindo a autonomia federativa dos Estados, mas em contrapartida, acaba por ferir esta mesma autonomia federativa dos Municípios, pois estes se colocam a depender da adesão dos Estados ao consórcio público, possibilitando o uso político deste instrumento, até que tenhamos um certo grau de maturidade das instituições e dirigentes políticos no país.

Essa preocupação com possíveis conflitos federativos acabou por gerar também o veto presidencial dos incisos III e V[9] do § 1º do art. 4º, da Lei nº 11.107/2005, baseado na Mensagem nº 193, de 06.04.2005, da Casa Civil da Presidência da República. Nos dispositivos vetados, a justificativa foi proibir que a área de atuação dos consórcios públicos abarcasse territórios de

[9] Os dispositivos vetados tinham a seguinte redação:
Art. 4º, § 1º. .....
III – dos Municípios e dos Estados, quando o consórcio público for constituído por 1 (um) ou mais Estados e Municípios;
.....
V – dos Municípios, do Distrito Federal e dos Estados, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal, 1 (um) ou mais Estados e Municípios."

Municípios que estivessem em outros Estados que não participassem do consórcio e sem que os territórios fossem contíguos.

A diferença de redação entre o inciso III vetado e o inciso I, que está em vigor, reside na parte final deste último, ao afirmar que se trata de associação de "Municípios com territórios nele contidos", ou seja, Municípios com territórios contidos no território do Estado que se consorcia.

A Mensagem de veto afirma que "a redação original do inciso III, tanto no projeto de lei do Poder Executivo, como no texto aprovado no Senado Federal previa que os Municípios, nesse caso, teriam os seus territórios contíguos, isto é, fariam divisa com o território do Estado", e que, desta forma, "tinha por objetivo permitir que um Estado pudesse auxiliar um Município que, mesmo se situando em outro Estado, lhe fosse vizinho, a fim de procurar solução integrada para algumas de suas políticas públicas, o que, inclusive, é a realidade brasileira atual"[10].

Essa redação original foi alterada por meio de emenda parlamentar e foi retirado o requisito de que o Município fosse contíguo ao Estado, permitindo que "um Estado se consorcie com Municípios de outro Estado mesmo que não haja relações de vizinhança que legitime esse consorciamento".

A Mensagem de Veto afirma que este dispositivo seria perigoso para a "paz federativa", argumentando que "um Estado poderá interferir nos assuntos municipais de outro Estado sem ter, ao menos, uma relação de vizinhança que legitime a sua ação", aplicando-se o mesmo raciocínio para o veto ao inciso V[11].

E conclui afirmando que "deflui-se, então, que a manutenção deste dispositivo é perigosa - como no caso anterior - para a paz federativa, por permitir que um Estado venha a se imiscuir nos assuntos municipais de outro Estado, como também descaracteriza a *mens legis* do dispositivo, que passou a se confundir com as dos incisos II e IV do mesmo parágrafo, prejudicando a boa aplicação da Lei."[12]

Não escapou ao legislador a fundada preocupação acerca da possibilidade de se constituir consórcios públicos entre entes municipais de um Estado com outros Estados distantes, sem qualquer relação de proximidade territorial, podendo gerar conflitos entre eles (Estados), mas, em contrapartida,

[10] Conforme a Mensagem nº 193, de 06.04.2005, da Casa Civil da Presidência da República, já mencionada.
[11] O prof. Wladimir António Ribeiro elaborou uma *Nota Técnica sobre o texto do Autógrafo do Projeto de Lei nº 1.071, de 1999 (Consórcios Públicos)*, publicada na **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)** nº 03, jul/ago/set de 2005, onde os mesmos argumentos por ele utilizados no texto foram reproduzidos na Mensagem de Veto.
[12] Conforme a já referida Mensagem nº 193, de 06.04.2005, da Casa Civil da Presidência da República.

isso acaba por enfraquecer a autonomia dos Municípios, por lhe tirar a liberdade de associação.

E a mera relação de proximidade territorial não pode ser o único critério de justificativa para a formalização de um consórcio público, pois temos alguns objetivos que não carecem de nenhuma relação de vizinhança geográfica, como, por exemplo, "o apoio e fomento do intercâmbio de experiências e de informações entre os entes consorciados" ou a "produção de informações ou de estudos técnicos[13]". Neste ponto, ainda que a falta de amadurecimento institucional contribua para uma desconfiança generalizada nas parcerias formadas entre agentes públicos, andou mal o veto dos incisos acima, por dificultar a formação de consórcios públicos que poderiam contribuir muito para os entes consorciantes em determinadas situações, em ações que independem do fato de que sejam seus territórios limítrofes.

O legislador se preocupou, também, com a disciplina da área de atuação dos consórcios públicos, até mesmo para se tentar, uma vez mais, evitar a possível ocorrência de conflitos entre entes da Federação, principalmente no plano político. Desta forma, a Lei nº 11.107/2005, fixou o **critério territorial** para a delimitação da área de atuação dos consórcios públicos, sendo a soma dos territórios, independentemente do fato da União figurar como consorciada.

Assim, a área de atuação dos consórcios públicos onde estes forem constituídos somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos, será a soma dos territórios dos respectivos Municípios.

Agora, se o consórcio público resultar da união de mais de 01 (um) Estado ou por 01 (um) ou mais Estados e o Distrito Federal, a área de atuação será a que compreender a soma dos respectivos territórios dos Estados ou dos Estados e do Distrito Federal.

No caso do Distrito Federal, caso este se consorcie com 01 (um) ou mais Municípios, a área de atuação será a soma dos territórios do(s) Município(s) e do Distrito Federal.

É importante ressaltar que a participação da União Federal não foi considerada para definição da área de atuação, pois faria com que todo consórcio público em que ela participasse se tornasse nacional, o que não traria nenhum benefício na aplicação da Lei, pois o intuito é justamente resolver problemas que impactam a realidade regional e/ou local dos entes consorciados.

Desta forma, não se permitiu também que a União Federal formalizasse um consórcio público diretamente com os Municípios, sendo necessária a presença do respectivo Estado, embora isso reflita na perda de

[13] Estes objetivos estão expressamente previstos no art. 3º, incisos VIII e IV, do Decreto nº 6.017/2007, respectivamente.

autonomia municipal. Foi uma opção legislativa, onde os responsáveis pela elaboração normativa pátria, uma vez mais, desprezaram princípios fundamentais previstos em nossa Carta de 1988, golpeando de morte a independência e liberdade de associação dos entes que integram o nosso pacto federativo.

V – A Natureza Jurídica dos Consórcios Públicos

A Lei Federal nº 11.107/05, admite duas formas possíveis de constituição dos consórcios públicos: "associação pública" ou "pessoa jurídica de direito privado". Esta imposição de opção por uma das duas possibilidades representou uma importante inovação da Lei de Consórcios Públicos e talvez tenha sido a mais relevante, e ao mesmo tempo polêmica, mudança implementada na sistemática de criação destes entes.

O fato de ter sido definido que o consórcio público teria personalidade jurídica pôs fim a um dos poucos pontos de consenso na doutrina brasileira acerca da matéria, uma vez que era pacífica a tese de que os consórcios eram entes despersonificados.

Da mesma forma, esta inovação gerou uma série de dúvidas, pois seu tratamento legislativo foi por demais impreciso e aberto, dando margem a diversos questionamentos, que abordaremos ao longo deste tópico.

O art. 1º, em seu § 1º, estipula que "o consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado", e o art. 6º, ambos da Lei nº 11.107/05, abaixo reproduzido, *in verbis,* tentou abordar os detalhes desse processo de criação do consórcio público:

> "Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:
>
> I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;
>
> II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.
>
> § 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.
>
> § 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Cumpre agora tecermos algumas considerações acerca das consequências da adoção de uma forma ou outra de personalidade jurídica para os consórcios públicos. Uma coisa é certa: o próprio legislador cuidou de equiparar as duas figuras no que se refere ao atendimento a algumas normas de direito público, ao destacar, no § 2º do art. 6º, essa diretriz no que concerne

à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, sendo que o regime jurídico aplicado aos empregados será o celetista e não o estatutário.

Neste aspecto referente ao regime de pessoal a ser adotado pelo consórcio público, lembramos que o STF, ao analisar matéria correlata envolvendo as agências reguladoras, entendeu não ser possível a adoção do regime celetista para o desempenho das atividades atribuídas àquelas autarquias especiais[14], e caso se adote este regime de pessoal para os consórcios públicos de direito público, dependendo da atividade a ser desempenhada (alguns objetivos do consórcio exigem clara manifestação do poder de polícia administrativa), é bem provável que também seja tida por inconstitucional a matéria uma vez mais pelo Pretório Excelso.

Ao se dotar o consórcio público de personalidade jurídica própria, isso bastaria para criar polêmica no mundo jurídico, dada a novidade da matéria, mas não paramos por aqui. Não satisfeito, nosso legislador, além disto, cuidou para que a matéria não fosse bem conduzida e deixou várias lacunas, rompendo com a linha lógica em vários casos, dando margem para diversas interpretações.

O art. 241, da CRFB, cuidou de separar os "consórcios públicos" dos "convênios de cooperação", de forma que não restam dúvidas quanto à diferença de tratamento entre ambos. O convênio é, em sua essência, um contrato entre entes estatais, sendo largamente praticado em nosso ordenamento e como bem salientado pelo Prof. Marçal Justen Filho[15], em Parecer elaborado a pedido do Ministério das Cidades, nada mais é que um consórcio público despersonalizado, se manifestando nos seguintes termos, nas páginas 18-19 do aludido trabalho:

> "Ora, a alusão às duas figuras significa a ausência de identificação entre elas. Se a vontade constitucional fosse negar ao consórcio público personalidade jurídica, o resultado seria uma modalidade de convênio. Logo, bastaria a Constituição ter-se referido a convênios de cooperação.

[14] Embora evidentemente não se trate do mesmo caso, os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310/DF, versando sobre o art. 1º da Lei 9.986/2000, sendo relator o eminente Ministro Marco Aurélio, podem ser também invocados para a situação dos consórcios públicos, em virtude da natureza jurídica adotada e da atividade a ser por estes desempenhada. Esta Ação Direta perdeu o objeto e foi extinta, em virtude da edição da Lei nº 10.871/2004, que revogou o art. 1º impugnado, dentre outros.

[15] O aludido Parecer, vale repisar, foi elaborado a pedido do Ministério das Cidades, por intermédio da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, versando sobre o Projeto de Lei nº 3.884/2004, que cuidava de normas gerais sobre a constituição de consórcios públicos para a gestão associada de serviços públicos, e aproveitou algumas contribuições do Projeto de Lei nº 1.071, de 1999 (nº 148/01 no Senado Federal), que "Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências", servindo de base para a edição da Lei nº 11.107/2005.

> Ou seja, a própria Constituição diferenciou convênios e consórcios. E o único aspecto que pode conduzir à diferenciação entre ambas as figuras reside na atribuição de personalidade jurídica autônoma ao consórcio público. Qualquer outra solução conduz a que o consórcio público seria uma modalidade de convênio.
>
> Portanto, se a Constituição diferenciou ambas as figuras, o intérprete não pode ignorar a vontade constitucional. Cabe-lhe respeitar a vontade constitucional.
>
> Em suma, afirmar que o consórcio público não pode ter personalidade jurídica autônoma equivale a tornar inútil a figura e a própria redação constitucional."

O Prof. José Afonso da Silva[16], ao traçar rápidos comentários ao art. 241, da Constituição, antes da edição da Emenda Constitucional nº 53/2006 (que mudou a obrigatoriedade da regulamentação do dispositivo por lei complementar para lei ordinária) e da Lei nº 11.107/05, e com base na teoria clássica do Direito Administrativo, assim discorre sobre o tema, de forma que hoje este raciocínio não mais se sustenta, dada a nova realidade vivida por nós:

> "Sente-se que era desnecessário esse dispositivo, porque tudo que nele se prevê poderá ser objeto da lei complementar indicada no art. 23, parágrafo único, da Constituição. Anota-se, de passagem, que as expressões *consórcios* e *convênios* aparecem no texto com sentidos diferentes. E, em verdade, são conceitos diversos. *Consórcio* designa acordo firmando entre entidades da mesma espécie (Município com Município, Estado com Estado); porque as partes são entidades públicas é que se trata de *consórcios públicos*. Convênio é um instrumento que veicula acordos de entidades de espécies diferentes (União – Estado, União – Município, Estado – Município); por isso a norma se refere a convênios de cooperação entre os entes federados. Existem (*sic*) também a possibilidade de convênios de entidades públicas com entidades ou instituições privadas. Mas, estes, em decorrência da competência geral de cada uma das entidades públicas. Por isso, o texto ora em comentário, não os menciona. Por outro lado, só fala em convênios entre entes federados, mas não nos parece estar excluída a possibilidade de convênios entre uma entidade federada e uma autarquia vinculada a outra entidade federada."

Todavia, há uma questão preliminar que se coloca: teria este "convênio de cooperação" que é mencionado no art. 241, da CRFB, a mesma natureza jurídica dos convênios administrativos já consagrados na doutrina pátria e amplamente utilizados? A festejada Professora Alice Gonzalez Borges[17] entende se tratar de espécie de ajuste nova, distinta do convênio

[16] Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pág. 481.
[17] Vide seu artigo intitulado "*Os Consórcios Públicos na sua legislação Reguladora", in* Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), nº 03, com esta posição externada na pág. 10.

administrativo, na esteira do posicionamento adotado pelo Prof. Wladimir Antônio Ribeiro.[18]

Alguns autores sustentam que o consórcio público teria natureza jurídica contratual[19], pois a Lei menciona que os entes da Federação poderão contratar "consórcios públicos", conforme previsto no art. 1º. Todavia, fica extremamente complicado se justificar um "contrato" assumindo obrigações perante terceiros, exercendo direitos, promovendo desapropriações e instituindo servidões sem que se tenha um ente dotado de personalidade jurídica, quer seja de direito público ou de direito privado sem fins econômicos[20].

O contrato é instrumento hábil para a formalização do consórcio público, sendo inclusive uma das etapas necessárias para o seu regular funcionamento, mas não há como se sustentar que seja essa a sua natureza jurídica, até porque o próprio texto legal deu aos entes consorciantes a possibilidade de escolha quanto à forma, que será sempre uma associação, de direito público (associação pública com o mesmo tratamento de uma autarquia) ou de direito privado (associação privada, figura típica do direito civil).

Como já pincelado acima, o legislador abriu a possibilidade de escolha da forma do consórcio público, entre uma associação pública – sendo inclusive providenciada uma alteração do Código Civil para dar a essas associações a natureza de autarquia (art. 41, IV, do Código Civil), ou de uma associação com personalidade jurídica de direito privado[21], que para alguns, como Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira, seria a forma de associação privada, com o que concordamos, ainda mais depois da edição do Decreto regulamentador.

Aqui vale uma análise mais detida quanto ao tratamento dado para ambas as formas de associação facultadas aos entes consorciantes. Vamos primeiro tratar das associações públicas.

V.1 – A Personalidade Jurídica do BRDE: o início do debate

A doutrina sempre utilizou a expressão "autarquia interfederativa", "autarquia multifederativa" ou "autarquia plurifederativa" para esta forma de pessoa jurídica de direito público quando composto por mais de um ente da

[18] O Prof. Wladimir Antônio Ribeiro foi um dos co-autores do anteprojeto da Lei 11.107/2005, e expôs este ponto de vista no I Congresso Brasileiro de Licitações e Contratos, realizado em Salvador/BA, no período de 01 a 03/06/2005.
[19] É o caso de Cléber Demétrio Oliveira da Silva, em artigo intitulado "Lei nº 11.107/05: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros, disponível para consulta no seguinte endereço eletrônico: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6872. Acesso em 19.04.2009.
[20] Não vamos aqui adentrar na análise da constitucionalidade ou não de alguns destes dispositivos, pois o assunto será tratado em ponto específico mais adiante.
[21] O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu memorável *Curso de Direito Administrativo*. 22ª Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pág. 643, chama de "autêntica aberração" os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado.

Federação. O caso mais citado, e que já foi inclusive analisado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, foi o que envolveu a natureza jurídica do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul - BRDE, uma importante instituição financeira destinada ao fomento da Região Sul, criada de forma conjunta pelos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná em 15 de junho de 1961, sob a forma de autarquia interfederativa, e que foi o primeiro caso de associação semelhante ao consórcio público atual.

Ocorre que a Constituição vigente à época era a de 1946, e embora tivesse inspiração num processo de redemocratização após o período do Estado Novo, não consagrava a cooperação interfederativa de forma expressa, até porque os Municípios não eram tratados como entes da Federação ao lado dos Estados e da União Federal. Isto trouxe uma série de problemas quanto à possibilidade de se adotar essa forma de personalidade jurídica para o BRDE, sendo que o STF se manifestou acerca do tema, negando esta característica em decorrência do que dispunha nosso ordenamento jurídico à época, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência nº 247, desta Corte, *in verbis*:

> **Autarquia Interestadual: Inexistência**
>
> No sistema constitucional brasileiro, não há a possibilidade de criação de autarquia interestadual mediante a convergência de diversas unidades federadas, porquanto compete à União o desenvolvimento, planejamento e fomento regional. Com esse entendimento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária entre a União e o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul - BRDE[22] - ajuizada pelo BRDE juntamente com os Estados do Rio Grande do Sul, do Paraná e de Santa Catarina, atraindo a competência originária do STF para o julgamento da causa -, mediante a qual se pretendia ver reconhecida, com base em sua alegada natureza jurídica de autarquia interestadual de desenvolvimento, a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, § 2º, da CF. Vencido o Min. Néri da Silveira, que dava pela procedência da ação, reconhecendo a natureza autárquica do BRDE e, por via de conseqüência, sua imunidade tributária, sob o fundamento de que fora constituído por convênio dos referidos Estados, com a intervenção da União, cujo funcionamento foi autorizado pelo Decreto Presidencial 51.617/62, que não foi revogado, não podendo um parecer do Ministério da Fazenda afastar o referido Decreto. O Tribunal, também por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio, afastou a preliminar de que os Estados do Rio Grande do Sul, do Paraná e de Santa Catarina não teriam legitimidade *ad causam* para a ação, o que acarretaria a incompetência do STF para julgá-la, uma vez que os referidos Estados constituíram o BRDE. Precedentes citados: RE 120.932-RS (DJU de 30.4.92); ADI 175-PR (DJU de 8.10.93).

[22] O Informativo fazia menção a BRDES em todo o texto; todavia, transcrevemos com a grafia correta, excluindo-se o "S", até mesmo porque o Informativo, como o nome supõe, não tem caráter de repositório oficial de jurisprudência, sendo elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento, como resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal.

O que é relevante destacar é o fato de que o atual arcabouço jurídico é distinto do momento em que foi proferido o julgamento acima, uma vez que a Emenda Constitucional nº 19/1998, deu nova redação ao art. 241, da Constituição de 1988, disciplinando de forma explícita a possibilidade dos entes federativos se unirem mediante consórcios públicos ou convênios de cooperação para 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.

Em julgamento anterior à Emenda e que serviu de fundamento para a decisão do STF acima mencionada no Informativo, o Egrégio Tribunal já se manifestara sobre o tema no Recurso Extraordinário nº 120.932/RS, julgado em 24.03.1992, Diário da Justiça de 30.04.1992, tendo como Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, *in verbis*, sem negrito no original:

> **Ementa**
> Execução fiscal: débito representado por Cédula de Crédito Industrial em favor do BRDE - Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul: inidoneidade da via processual, resultante da solução negativa a questão constitucional da suposta natureza autárquica interestadual, que se arroga o credor exequente: RE provido.
>
> I. Atividade econômica do Estado: intervenção suplementar no domínio econômico ou exploração de serviço público.
>
> 1. Ainda que se devesse reduzir a participação suplementar do Estado na atividade econômica "stricto sensu" - objeto do art. 170 CF/69 - aquela que se faça mediante o apelo à técnica privatística das empresas estatais de forma mercantil não basta a descaracterização, em tese, da natureza autárquica de um banco de desenvolvimento criado pelo Poder Público.
>
> 2. Em tese, a assunção estatal, como serviço público, da atividade dos bancos de desenvolvimento e tanto mais viável quanto e certo que, desde a Constituição de 1967, a elaboração e a execução de planos regionais de desenvolvimento foram explicitamente incluídos no rol da competência da União: dispensa demonstração que, nosso regime de liberdade de iniciativa, a atividade de fomento dela, desenvolvida pelos bancos de desenvolvimento - mediante empréstimos com prazo ou condições favorecidas, prestação de garantias, intermediação de empréstimos externos ou tomada de participações acionarias -, são um dos instrumentos primaciais da tarefa estatal de execução do planejamento econômico.
>
> II. Autarquia interestadual de desenvolvimento: sua inviabilidade constitucional.
>
> 3. **O dado diferencial da autarquia e a personalidade de direito público (Celso Antônio), de que a podem dotar não só a União, mas também as demais entidades políticas do Estado Federal, como técnicas de realização de sua função administrativa, em setor específico subtraído a administração direta**.

> 4. Por isso mesmo, a validade da criação de uma autarquia pressupõe que a sua destinação institucional se compreenda toda na função administrativa da entidade matriz.
>
> 5. O objetivo de fomento do desenvolvimento de região composta pelos territórios de três Estados Federados ultrapassa o raio da esfera administrativa de qualquer um deles, isoladamente considerado; **só uma norma da Constituição Federal poderia emprestar a manifestação conjunta, mediante convênio, de vontades estatais incompetentes um poder que, individualmente, a todos eles falece**.
>
> 6. As sucessivas Constituições da Republica - **além de não abrirem explicitamente às unidades federadas a criação de entidades públicas de administração interestadual** -, **têm reservado a União**, **expressa e privativamente**, as **atividades de planejamento e promoção do desenvolvimento regional**: analise da temática regional no constitucionalismo federal brasileiro.

Todavia, como já salientado, com a nova orientação constitucional adotada, possibilitou-se a criação de entidades públicas de administração interestadual, já que a Lei nº 11.107/05 assim o faz, com fulcro no art. 241, da CRFB, admitindo a instituição de consórcios públicos de natureza autárquica.

Além do mais, o nosso Federalismo passa por um processo de amadurecimento que já não admite a figura de um ente centralizador de todo fomento às políticas públicas, já que estas devem atender às particularidades locais e regionais, sendo certo que a União Federal deixou de ter, no atual modelo de Estado, espaço para se reservar ao direito de tentar, sozinha, realizar as complexas atividades de planejamento e promoção dos desenvolvimentos local e regional.

Talvez a organização dos consórcios públicos sob a forma de associação pública, representando uma autarquia interfederativa, chegue novamente ao STF e, desta vez, tudo leva-nos a crer que o debate será mais amplo e existe a possibilidade de definitivamente se reconhecer esta forma de organização dos entes associados.

V.2 – A Personalidade Jurídica de Direito Público

Como já visto, os consórcios públicos podem assumir personalidade jurídica de direito privado, sem fins econômicos, ou se constituir como uma pessoa jurídica de direito público, assumindo nesse caso, a forma de associação pública (art. 1°, §1°, e art. 4°, inciso IV, ambos da Lei nº 11.107/05).

Por esse motivo, cumpre salientar que a Lei nº 11.107/05 alterou o inciso IV do art. 41, do Código Civil de 2002, para inserir expressamente no rol de pessoas jurídicas de direito público interno as associações públicas, acrescentando ainda, que essas associações públicas são autarquias ("são pessoas jurídicas de direito público interno as autarquias, inclusive as

associações públicas"), talvez já se prevendo eventuais questionamentos, caso não estivesse explicitamente consignado.

Os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público integram a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados, e esta regra certamente trará problemas práticos no decorrer dos anos, como por exemplo, eventuais conflitos entre Tribunais de Contas de Estados distintos ao analisarem as contas do consórcio público e chegarem a conclusões divergentes. Basta imaginarmos uma situação, bem provável de ocorrer na prática, onde um Tribunal aprove e o outro reprove as mesmas contas apresentadas.

Por mais que o art. 9º, parágrafo único da Lei nº 11.107/05, tenha tentado disciplinar a matéria, evitando a sobreposição de controles, ao dispor que "o consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio", não se pode simplesmente ignorar a atribuição dos demais Tribunais de Contas, como bem assevera a Profª. Di Pietro[23], *in verbis*:

> "Isto (a previsão do art. 9º, parágrafo único), contudo, não tem e não pode ter o condão de afastar o controle efetuado pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas dos demais entes federativos partícipes do consórcio, sob pena de infringência às normas constitucionais sobre fiscalização pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas."

Vale, por fim, destacar que a pretensão inicial do legislador (como enviada a proposta de Projeto de Lei do Executivo ao Congresso) era criar apenas a figura do consórcio público com personalidade jurídica de direito público e, neste sentido, merece transcrição um trecho do Parecer proferido pelo Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto[24], da Universidade de São Paulo, onde estatui que:

> "seria um verdadeiro pleonasmo constitucional (não admitido na boa hermenêutica, pois, não se pode ver na norma constitucional palavras inúteis ou rebarbativas) entender que o constituinte quis que fossem públicos os consórcios que já naturalmente o seriam! Ao contrário, o constituinte recorreu ao adjetivo público exatamente porque, pretendendo que eles assumam personalidade jurídica (já que os consórcios se prestarão para exercer de forma contínua função

[23] A Profª. Maria Sylvia Zanella Di Pietro usa crítica idêntica em dois de seus livros que abordam o tema: *Direito Administrativo*. 19ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2006, pág. 467 e *Parcerias na Administração Pública: concessão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2008, pág. 240.

[24] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os Consórcios Públicos*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 03, julho/agosto/setembro de 2005, pág. 16.

> pública – gestão associada de serviços públicos - e receberão um plexo de direitos e obrigações, v.g., encargos, bens, serviços), quis afastar a hipótese de serem eles constituídos como pessoas jurídicas de direito privado (mesmo que fossem sociedades de economia mista, empresas públicas ou mesmo fundações). Emerge a terceira nota: o adjetivo "*públicos"* pós-posto ao conceito de consórcios obriga que estes entes estejam submetidos ao regime de direito público não só na sua gestão, mas na sua constituição. Mais ainda, predica que os entes consorciais criados com vistas ao cumprimento do preceito contido no art. 241 sejam dotados de personalidade jurídica de direito público. Em verdade, a adjetivação em referência opera uma significativa distinção em relação aos comezinhos consórcios administrativos de que há muito temos conhecimento."

V.3 – A Personalidade Jurídica de Direito Privado

Por outro lado, quando o consórcio for pessoa jurídica de direito privado, sua constituição deve ser efetivada conforme a legislação civil, de modo que a aquisição da personalidade ocorrerá com o registro dos atos constitutivos no registro público. Todavia, ainda estará sujeito às normas de direito público, no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, como não podia deixar de ser.

A Lei nº 11.107/05 foi omissa e não esclarece se os consórcios públicos de direito privado integram ou não a Administração Pública, mas ao dispor expressamente que os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público integram a Administração Indireta, e nada dizer a respeito dos consórcios públicos de direito privado, poderíamos até imaginar que a pretensão do legislador foi que estes não integrassem formalmente a Administração Pública[25].

Contudo, não parece que será esse o melhor caminho a ser seguido. Carece de lógica aventarmos a possibilidade de várias pessoas jurídicas políticas, portanto, com personalidade jurídica de direito público, se reunirem e desta união resultar uma pessoa jurídica de direito privado, que vai desempenhar atividades próprias dos entes instituidores e mesmo assim ela não integrar a Administração Pública, como se fosse da iniciativa privada[26]. Corroborando esse entendimento, vale citar Di Pietro[27], *in verbis*:

---

[25] Na verdade, como já ficou consignado neste trabalho, a intenção original era que esse anacronismo não tivesse nem mesmo sido criado, conclusão que se chega ao pesquisarmos o trâmite do Projeto de Lei e os Pareceres elaborados por grandes juristas envolvidos no processo.

[26] Também no sentido do texto, destacamos o prof. Carvalho Filho, ao afirmar que "formalizando-se o consórcio por meio de entidade dotada de personalidade jurídica autônoma, não poderia ela de nenhuma forma integrar o sistema da Administração Direta. Diante de tal óbvia exclusão, os consórcios, formados que são por entes federativos no exercício da atividade administrativa, não podem deixar de ser inseridos senão no sistema da Administração Indireta, **seja qual for a natureza jurídica de que se revestem** (grifos do autor) *in* Consórcios Públicos, págs. 39-40.

[27] *Parcerias na Administração Pública: concessão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2008, pág. 239.

> "Todos os entes criados pelo Poder Público para o desempenho de funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública Direta (se o ente for instituído como órgão sem personalidade jurídica) ou Indireta (se for instituído com personalidade jurídica própria). Até porque o desempenho dessas atividades dar-se-á por meio de descentralização de atividades administrativas, inserida na modalidade de descentralização por serviços."

Portanto, ao que tudo indica, caminhamos, no sentido de adoção da conclusão de que os consórcios públicos são novas pessoas jurídicas, que podem ser dotadas de personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, sendo que, independentemente da forma que adotem, **integrarão sempre a Administração Pública Indireta**.

E por fim, não podemos deixar de notar que o legislador parece ter se arrependido pela opção de permitir a criação de consórcios com personalidade jurídica de direito privado e tem buscado, desde então, mecanismos de incentivo para a constituição de consórcios públicos na forma de associação pública (de natureza autárquica), fazendo com que a emenda saia pior que o soneto, pois é flagrantemente ilegal e inconstitucional este tratamento diferenciado. Como exemplo, citamos o art. 39, do Decreto nº 6.017/07, ao estabelecer que **a União só celebrará convênios**, a partir de 01 de janeiro de 2008, **com consórcios públicos** constituídos sob a **forma de associação pública**.

VI – O Consórcio Público e as Figuras Assemelhadas

Não podemos deixar de fazer menção a outras figuras jurídicas possíveis e existentes em nosso ordenamento jurídico, que embora possam ter alguns pontos de congruência, são institutos distintos dos consórcios públicos. Traçaremos breves linhas reflexivas acerca de alguns deles.

VI.1 – Consórcios de Direito Privado

A Lei nº 6.404/76 (a Lei das S.A.) disciplinou, no seu art. 278, a possibilidade de criação de uma figura associativa que decidiu nomear de "consórcio". Este consórcio não se confunde com o consórcio público, pois naquele, que alguns agora chamam de consórcio de direito privado, se caracteriza como uma associação temporária entre pessoas jurídicas, visando à execução de um objeto específico e determinado, não sendo dotada de personalidade jurídica própria, conforme estipulado pelo já citado art. 278, § 1º, da Lei das S.A.

Este consórcio de direito privado "não assume obrigações em nome próprio e seus direitos e obrigações são de titularidade dos consorciados"[28]. Na

[28] Marçal Justen Filho, no já aludido Parecer elaborado a pedido do Ministério das Cidades, por intermédio da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, versando sobre o Projeto de Lei nº 3.884-2004, pág. 16.

verdade, esses consórcios são apenas *contratos* celebrados entre duas ou mais empresas (algumas inclusive integrantes da Administração Pública Indireta) interessadas em explorar determinada atividade econômica, como ocorre, por exemplo, no caso de grandes empreendimentos de infraestrutura (construção de hidrelétricas, complexos industriais e outros).

Além da utilização desta figura de consórcio na consecução dos fins da atividade econômica de grandes empresas, este mecanismo de associação foi adaptado e amplamente utilizado também pela própria Administração Pública, sendo que neste caso não se desempenhava nenhuma atividade lucrativa e sim a prestação de algum serviço à população local. Antes da edição da Lei nº 11.107/05, esta era uma alternativa comum adotada por vários Municípios, principalmente em ações desempenhadas no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

Como se percebe, a estruturação é completamente distinta numa comparação entre o consórcio de direito privado e o consórcio público, sendo que a ausência de personalidade jurídica do primeiro é o traço distintivo mais marcante.

Esses consórcios foram, e ainda são, extremamente difundidos na Área de Saúde, por exemplo, sendo responsáveis por bons resultados na tentativa de otimização de recursos técnicos e humanos, só que ainda sofrem com a insuficiência de escala e gestão inadequada em diversos casos.

VI.2 – Convênios Administrativos

Outra figura bastante utilizada no Direito Administrativo brasileiro é o *convênio*, que está disciplinado em diversas normas de natureza infralegal, tais como Decretos, Instruções Normativas e outros.

O Decreto nº 6.170, de 25.07.2007, no seu art. 1º, § 1º, I, estatui, para os fins que determina, que convênio[29] é o:

> "acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a **transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União** e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação."

[29] A Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 127, de 29.05.2008, que estabelece normas para execução deste Decreto, traz norma com definição semelhante no seu art. 1º, § 1º, VI, existindo divergências quanto à revogação ou não da Instrução Normativa STN nº 01/97 por esta Portaria.

Antes deste Decreto, já tínhamos uma outra definição bastante utilizada, prevista na Instrução Normativa nº 01, de 15.01.1997, expedida pela Secretaria do Tesouro Nacional - STN, onde se estipula, no art. 1º, § 1º, I, que convênio é:

> "instrumento qualquer que discipline a **transferência de recursos públicos** e **tenha como partícipe órgão da administração pública** federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista que estejam gerindo **recursos dos Orçamentos da União**, visando a execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação".

Das transcrições acima podemos inferir os traços marcantes de um convênio (transferência de recursos do Orçamento da União pela Administração Pública para terceiros e convergência de interesses na execução do avençado em regime de mútua cooperação) e nota-se que a fundamental diferença entre este e o consórcio público será a personalidade jurídica própria deste último, implicando numa série distinta de conseqüências práticas.

No sentido do texto, citamos uma vez mais, o Prof. Marçal Justen Filho, em seu já referido Parecer sobre o Projeto de Lei nº 3.884/2004, onde salienta que "um **consórcio público não personalizado corresponderia a uma associação temporária entre pessoas estatais**, voltada à execução de um certo projeto, em que a contratação se faria **em nome dos consorciados**" e conclui afirmando que "ora, esse esquema corresponde, basicamente, **à figura do convênio**, largamente conhecida no Direito brasileiro[30]", justificando assim a sua defesa pela personificação dos consórcios públicos, como traço distintivo em relação aos convênios.

Diante da existência destes inúmeros conceitos adotados, sublinhamos que ainda não temos uma uniformidade na utilização do termo "convênio" na doutrina dedicada ao Direito Administrativo, sendo que em muitos casos a definição parte do delineamento dos traços distintivos entre contratos e convênios, onde, por vezes, afirma-se que neste último temos a soma de vontades que convergem para se alcançar interesses e objetivos em comum, em contraponto à visão de que nos contratos as vontades são antagônicas, embora se componham em alguma medida, por força de pontos comuns existentes[31].

---

[30] Marçal Justen Filho, no Parecer já mencionado, págs. 17-18.

[31] O antigo critério adotado para distinguir convênios de contratos administrativos baseado na presença de vontades convergentes ou antagônicas entre os participantes do ajuste nem sempre foi preciso e perdeu força atualmente. A edição da Lei nº 11.107/05 contribuiu ainda mais para este enfraquecimento, pois embora os entes consorciantes celebrem um "contrato" de consórcio público, não podemos afirmar que as vontades ali são antagônicas, pois devem buscar um mesmo fim comum, previamente definido, ou em outras palavras, as vontades são comuns e convergentes. O Direito Administrativo Moderno caminha firme na tendência de quebra de paradigmas, principalmente por ser extremamente dinâmico, por ser "o Direito do caso concreto".

Outra maneira de justificarmos a afirmação de que o convênio é figura distinta do consórcio é a própria previsão da Lei nº 11.107/05, ao estipular no seu art. 14, que "a União poderá celebrar convênios com os consórcios públicos, com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas". É difícil imaginarmos a possibilidade de celebração de "um convênio tendo um convênio como partícipe", de forma que é inegável a diferenciação entre as figuras.

VI.3 – Associações de Municípios

Da mesma forma que temos diversas associações formadas para defender interesses em comum de determinado número de pessoas ou empresas, também contamos com esta figura envolvendo entes federativos, dando origem ao que se denominou de associação de Municípios.

Essas associações, todas com natureza privada, podem ser formadas por vários Municípios unidos pelos mais variados motivos e objetivos, que consideram desde o critério geográfico ou territorial até o de alcance político das suas ações. Como exemplo do primeiro caso, temos associações de Municípios de determinada microrregião, que podem se unir para resolver o problema de abastecimento de água, enquanto a Confederação Nacional de Municípios é um exemplo de atuação com abrangência nacional.

O que cumpre aqui fixar é que a participação dos Municípios nessas associações em nada influencia na formação de consórcios públicos e vice-versa.

VI.4 – Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões

O § 3º do art. 25 da CRFB, faculta aos Estados, por meio de Lei Complementar estadual, a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, através do agrupamento de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Em relação às regiões metropolitanas, cumpre destacar sua previsão constitucional já na Constituição de 1967, só que a competência para a instituição das mesmas era da União Federal, e não dos Estados, reafirmando o viés centralizador do período histórico vivenciado à época.

Com base no disposto no art. 164 da Constituição de 1969, a União Federal editou a Lei Complementar nº 14, de 08.06.1973, que criou as regiões metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza[32], sendo importante destacar o teor do art. 5º desta Lei, ao estatuir que:

[32] É provável que o leitor mais atento esteja se perguntando o motivo de não ter sido instituída a região metropolitana do Rio de Janeiro nesta mesma Lei Complementar, já que outras cidades com menor expressão econômica e um número inferior de habitantes foram

> "Art. 5º - Reputam-se de interesse metropolitano os seguintes serviços comuns aos Municípios que integram a região:
>
> I - planejamento integrado do desenvolvimento econômico e social;
>
> II - saneamento básico, notadamente abastecimento de água e rede de esgotos e serviço de limpeza pública;
>
> III - uso do solo metropolitano;
>
> IV - transportes e sistema viário,
>
> V - produção e distribuição de gás combustível canalizado;
>
> VI - aproveitamento dos recursos hídricos e controle da poluição ambiental, na forma que dispuser a lei federal;
>
> VII - outros serviços incluídos na área de competência do Conselho Deliberativo por lei federal."

Cumpre destacar que alguns incisos acima transcritos reproduzem alguns dos objetivos[33] previsto no art. 3º do Decreto nº 6.017/07, e que certamente levarão à constituição de consórcios públicos. Talvez essa aparente sobreposição acarrete dúvidas em alguns, mas desde logo salientamos que são situações distintas.

Outro dispositivo que muito se assemelha com texto da legislação atual é o art. 6º da LC nº 14/73, que encontra correspondência no art. 37, do Decreto nº 6.017/07. O aludido art. 6º estipula que "os Municípios da região metropolitana, que participarem da execução do planejamento integrado e dos serviços comuns, terão preferência na obtenção de recursos federais e estaduais, inclusive sob a forma de financiamentos, bem como de garantias para empréstimos", enquanto o art. 37 do Decreto, afirma que "os órgãos e entidades federais concedentes darão preferência às transferências voluntárias[34] para Estados, Distrito Federal e Municípios cujas ações sejam desenvolvidas por intermédio de consórcios públicos".

---

contempladas. Todavia, em 1973, o Estado do Rio de Janeiro ainda não havia se fundido com o Estado da Guanabara e de certa forma, isto acabava por inviabilizar a criação de uma região metropolitana à época. Em 1974, por intermédio da Lei Complementar nº 20, de 01.07.1974, foi aprovada a fusão de ambos os Estados e a criação da região metropolitana do Rio de Janeiro (mandando-se aplicar a esta as disposições da LC nº 14/73). Atualmente, utilizando-se da competência estadual para legislar sobre o tema, está em vigor a Lei Complementar Estadual nº 87/97, alterada pelas LCs Estaduais nºs 89/98, 97/2001 e 105/2002.

[33] É o caso, por exemplo, do inciso VI do art. 5º, da LC nº 14/73 e o inciso VII do art. 3º Decreto 6.017/07, ao tratarem do gerenciamento dos recursos hídricos, e o do inciso I do art. 5º, da LC nº 14/73 e o inciso VII do art. 3º Decreto 6.017/07, que cuidam do planejamento integrado. Por fim, é evidente que todos os assuntos de interesse metropolitano estão contemplados no texto do Decreto, ainda que não guardando exata correspondência literal.

[34] Para uma melhor distinção entre os conceitos de "transferência voluntária" e "operações de crédito", tomamos a liberdade de remeter o leitor ao nosso artigo intitulado "*A liberação de recursos públicos no contexto da legislação eleitoral: necessidade de distinção terminológica entre operações de crédito e transferências voluntárias",* publicado na **Revista Jurídica da**

Todavia, o tratamento dispensado aos consórcios públicos pela legislação atual se difere em muito ao que é dado às regiões metropolitanas. Já vimos a definição do consórcio público, que se apresenta como ente personificado, dotado de personalidade jurídica que pode ser tanto de direito público, quanto de direito privado. Por sua vez, na sempre valiosa lição do prof. José Afonso da Silva[35], temos que a região metropolitana "constitui-se de um conjunto de Municípios cujas sedes se unem com certa continuidade urbana em torno de um Município-pólo."

A primeira marca distintiva entre o consórcio público e a região metropolitana reside, como já assinalado, na natureza jurídica, já que um possui personalidade jurídica própria, enquanto a outra é um agrupamento de Municípios, sem formar um ente autônomo, que gira em torno da figura de um Município-líder.

O Deputado Michel Temer[36], atual Presidente da Câmara dos Deputados, salienta que região metropolitana (da mesma forma que as aglomerações urbanas e microrregiões segundo o próprio), "não é dotada de personalidade. Com este dizer fica afastada a idéia[37] de governo próprio ou, mesmo, de administração própria. Não é pessoa política nem administrativa. Não é centro personalizado. Não é organismo. É órgão."

Como se percebe, falta à região metropolitana alguns traços fundamentais para sua aproximação da figura do consórcio público, que foi criado para ter vida própria na execução de ações pré-determinadas, sendo dotado de centro personalizado de tomada de decisões, com representantes de todos os entes consorciados.

Ainda nas palavras do professor José Afonso da Silva[38], cumpre fixar que "**microrregiões** formam-se de grupos de Municípios limítrofes com certa homogeneidade e problemas administrativos comuns, cujas sedes não sejam unidas por continuidade urbana" e que o termo **aglomerados urbanos** "carece de conceituação, mas, desde logo, se percebe que se trata de áreas urbanas, sem um pólo de atração, quer tais áreas sejam das cidades sedes dos Municípios, como na baixada santista (em São Paulo), ou não."

Presidência da República, volume 10, nº 92, out.2008 a jan.2009, pags. 01-20 e republicado a pedido no **Boletim de Convênios e Parcerias**, ano 5, nº 47, março de 2009. Curitiba: Governet, 2009, pags. 140-152.

[35] Op. cit, pág. 645.

[36] TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pág. 112.

[37] Manteve-se a redação original com assento, sem aplicar as regras do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, em 16.12.1990 e recentemente promulgado pelo Decreto nº 6583, de 29.09.2008, com aplicação a partir de 01º.01.2009, sendo que a implementação do Acordo obedecerá ao período de transição de 1º de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2012, durante o qual coexistirão a norma ortográfica atualmente em vigor e a nova norma estabelecida. Usaremos esta mesma premissa em todo o texto ao fazermos citações de terceiros.

[38] Op. cit, pág. 645.

O prof. Alexandre de Moraes[39] sustenta que "aglomerados urbanos são áreas urbanas de municípios limítrofes, sem um pólo, ou mesmo uma sede. Caracterizam-se pela grande densidade demográfica e continuidade urbana."

Pontofinalizando, cumpre salientar que a região metropolitana, assim como as aglomerações urbanas e microrregiões, poderão atuar em consonância com as diretrizes fixadas pelos seus integrantes, e os Municípios que integram estas estruturas, podem, inclusive, optar por constituir consórcios públicos como resultado de um acordo de vontades dos entes federativos envolvidos para a prestação de serviços públicos de interesse comum, por ser ente personalizado e em condições de efetivamente contribuir para uma melhor gestão compartilhada.

VII – A Estruturação de um Consórcio Público

Pode soar estranho, mas, por incrível que pareça, ainda temos um número elevado de Municípios, e até mesmo de Estados, que desconhecem as regras para a constituição de um consórcio público em conformidade com o disposto na Lei nº 11.107/05, ao confundirem este instituto com as figuras assemelhadas, notadamente os consórcios despersonalizados em algumas áreas, como saúde e saneamento básico, anteriores à edição da aludida legislação.

Por vezes, já nos deparamos, em reuniões para discutir formas de incentivo a Municípios que se diziam integrantes de um consórcio público, com situações em que pedíamos para analisar o Protocolo de Intenções, e éramos surpreendidos com a afirmação de que não sabiam do que se tratava. Isso ocorria por várias razões, sendo que as principais são duas: a ausência da participação das Procuradorias Municipais (infelizmente, constatamos que, por vezes, os pequenos Municípios sequer contam com este órgão estruturado) no momento inicial de formatação do consórcio público e a falta de estrutura dos Municípios na concepção destas operações por intermédio deste instrumento de cooperação.

Para que fique mais clara a compreensão dos procedimentos a serem adotados na formação de um consórcio, em observância ao disposto na Lei nº 11.107/05, optou-se por dividir em 04 (quatro) fases distintas o trâmite de constituição:

1ª Fase – Tratativas Iniciais

Aqui temos o embrião de um consórcio público, pois, antes de mais nada, precisamos ter em mente que para o seu funcionamento ideal, com todos os ganhos possíveis, é essencial que tenhamos uma estruturação e dimensionamento do que se deseja perquirir com a reunião dos entes

[39] MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, pág. 254.

federativos envolvidos. Embora poucos falem dessa fase ao tratar do assunto, consideramos ser ela a mais importante, pois é sabido por todos que a reunião de vários entes políticos quase nunca é tarefa fácil, pois temos vários interesses pessoais envolvidos, e que, por vezes, acabam inviabilizando um projeto maior que beneficiaria a população.

A decisão de formar um consórcio público possui inúmeras variáveis envolvidas. Nem sempre Municípios e/ou Estados possuem um bom relacionamento político, sendo que em alguns casos teremos disputas renhidas por espaço. Como exemplo, podemos citar as pretensões de dois ou mais prefeitos que disputam o mesmo espaço em alguma região, para no futuro disputar um cargo de maior envergadura, como o de Governador ou Senador da República. Não é tarefa fácil se costurar a convergência de vontades na tentativa de melhorar as condições da população envolvida, pondo de lados interesses individuais, que, infelizmente, por vários motivos sempre foram a prioridade.

Essa fase preliminar, nas palavras de MEDAUAR e OLIVEIRA[40] seria "um espaço de diálogo e de concertação, o qual se alinha a uma tendência crescente nas práticas administrativas mundiais."

Os ilustres autores ainda salientam que a possibilidade de se considerar a "exigência legal de prévia subscrição de protocolo de intenções ensejaria críticas no sentido de uma burocratização ou formalização excessiva do procedimento de constituição dos contratos de consórcio"[41], afirmando que bastaria a minuta do futuro contrato, a ser confirmada em fase posterior, sendo que aqui ousamos discordar de tal assertiva.

É que a questão não deve ser encarada sob essa ótica de burocratização e sim de formalização de um compromisso por parte dos envolvidos, consubstanciado num documento que servirá de substrato para que o Poder Legislativo de cada um tenha o mínimo de segurança para aprovar a adesão do respectivo ente ao consórcio, que inclusive terá o aval do Chefe do Poder Executivo, uma vez que este ou seu representante legal já se comprometera ao assinar este documento. A mera apresentação de uma minuta de contrato não daria o nível de segurança necessário para uma tomada de decisão por parte da esfera legislativa, não sinalizando suficientemente na direção que conduzira para o amadurecimento do acordo que se almeja.

Como esperamos demonstrar, a institucionalidade criada com a figura do consórcio público é uma das suas grandes vantagens, mas esta só é conseguida caso tenhamos vontade política dos governantes. Esse é o primeiro passo na formação de um consórcio público. A reunião de agentes com visões distintas acerca de uma microrregião, de um território comum, do

[40] MEDAUAR, Odete e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios Públicos: Comentários à Lei 11.107/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 47.
[41] Ibidem, p. 47

ganho que poderá surgir para a população diretamente envolvida, requer um vetusto exercício de composição entre perseverança e habilidade negocial, para que a partir daí surja o embrião de um consórcio público. Esta etapa talvez seja a que mais requeira dispêndio de tempo e habilidade política dos envolvidos, ou, de pelo menos, dos que coordenam o processo.

2ª Fase – Protocolo de Intenções

Nos exatos dizeres do art. 3º, da Lei nº 11.107/05, o consórcio público é constituído por intermédio de um contrato, cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções. Deste breve período, podemos inferir que, sem a elaboração *prévia* de um documento intitulado protocolo de intenções, ainda que eu tenha a assinatura de um contrato de consórcio, este não produzirá os efeitos da Lei nº 11.107/05, por não seguir o rito imposto pelo legislador. Sem o protocolo de intenções, o contrato de consórcio celebrado terá os mesmos efeitos dos consórcios celebrados antes desta Lei, sendo um ente despersonalizado, constituído para alcançar interesses comuns dos entes reunidos.

Este erro era muito comum no início de vigência da novel legislação e agora tem diminuído com um maior rigor na observância dos ritos necessários, muito em decorrência do intenso debate sobre a matéria e da implantação das primeiras experiências.

Mas o que vem a ser um "protocolo de intenções"? Segundo a definição dada pelo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, a palavra "protocolo" assenta suas raízes no vocábulo grego "protókollon", que seria a "primeira folha colada aos rolos de papiro, e na qual se escrevia um resumo do conteúdo do manuscrito". Em termos jurídicos, o significado pouco mudou, sendo exatamente entendido como um **instrumento preliminar** à celebração de outro que o substituirá, o definitivo. O descumprimento deste protocolo em nada penaliza os que dele participaram.

A acepção que se quis dar para o protocolo de intenções é exatamente essa, sendo possível defini-lo com um documento preliminar necessário à formação de um consórcio público, com conteúdo mínimo fixado por Lei, que carece da assinatura de cada um dos Chefes do Poder Executivo interessados (ou seus representantes legais devidamente habilitados) na formalização do consórcio.

E onde temos a delimitação deste conteúdo mínimo? Na própria Lei nº 11.107/05, no seu art. 4º, temos o vasto rol de cláusulas que necessariamente devem estar previstas no protocolo de intenções.

Não cumpre aqui fazer uma análise sobre cada uma das cláusulas obrigatórias, mas não podemos deixar de traçar algumas considerações relevantes acerca do tema.

O primeiro ponto versa sobre a existência de algumas cláusulas que, **apesar de** serem elencadas como **obrigatórias**, só deverão ser reproduzidas, **caso tenham alguma relação com o escopo**, com o objetivo a ser executado pelo consórcio. Por exemplo, se um consórcio é constituído com o objetivo de prestar serviço público na área de saneamento básico a terceiros, nada mais natural que obrigatoriamente tenhamos a previsão "dos critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão", conforme a alínea "e" do inciso XI do art. 4º. Agora, se o consórcio vai atuar na simples compra de equipamentos para propiciar maior ganho de escala para os envolvidos, não há lógica nessa inclusão.

Devemos observar, também, que o protocolo de intenções deve indicar o prazo de duração do consórcio público, que, via de regra, será por tempo indeterminado, mantendo-se a instituição enquanto for conveniente o seu prosseguimento. Todavia, o que fazer caso o prazo seja determinado e após o vencimento ainda haja interesse em prosseguir com o consórcio público? Como a Lei de Consórcios Públicos não fixou limites mínimos e máximos de duração e nem tratou da prorrogação do prazo, Medauar e Oliveira[42] vislumbraram duas possibilidades, *in verbis*:

> "A primeira, no sentido de que, perante a omissão da lei, veda-se a prorrogação. A segunda, na linha de viabilidade dessa prorrogação, desde que haja previsão de prorrogação, anuência da Assembléia Geral do consórcio no momento adequado e ratificação dos Legislativos respectivos, à semelhança do disposto no art. 12, caput, da Lei Federal 11.107/2005".

Assim como os autores acima, entendemos ser a segunda possibilidade melhor, pois, acima de formalismos, devem estar a constante busca pela eficiência e o melhor atendimento à população diretamente interessada. De nada adiantaria se extinguir o consórcio público para logo depois se formalizar outro nos mesmos moldes, não sem antes percorrer todo o caminho necessário à constituição, uma vez que, além da visível perda de tempo, ainda teríamos que dar o tratamento apropriado para os bens, pessoal e obrigações assumidas pelo consórcio público no intervalo de formação do novo ente. Aqui deve prevalecer a lógica, tendo por norte a observância dos princípios basilares do Direito Administrativo, como o da eficiência, continuidade do serviço público e supremacia do interesse público.

Destaque-se que o protocolo de intenções deve ser publicado na imprensa oficial para dar publicidade ao que foi ali fixado, possibilitando que a sociedade civil participe, controlando a legalidade e a conveniência dos termos, mas o § 5º do art. 4º, da Lei nº 11.107/05, não determinou o local da publicação. Como se resolve esta questão? O que deve nortear a solução da questão é sempre a busca pelo maior nível de transparência possível, divulgando o teor do protocolo para que todos possam participar da formação deste importante instrumento de desenvolvimento e benefício da população

[42] MEDAUAR, Odete e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Op. cit., p. 49.

diretamente interessada, que é o consórcio público, e desta forma, deve-se publicar o seu teor não apenas na sede, mas na imprensa oficial e jornal de grande circulação na sua área de atuação, pelo menos.

O princípio da publicidade é corolário da efetiva participação popular, base de qualquer regime detentor de aspirações democráticas. Neste sentido, caminhou bem o Decreto nº 6.017/07, ao fixar no § 8º do art. 5º, a obrigatoriedade de indicação do sítio da *internet* onde se pode obter o texto integral do protocolo de intenções e poderia ter andado ainda melhor se tornasse obrigatória a divulgação de outros atos do consórcio público e não apenas o protocolo de intenções, quando este for publicado de maneira resumida na imprensa oficial.

Algumas cláusulas necessárias serão abordadas em pontos específicos ao longo deste trabalho, em virtude da sua importância e outras não justificam maiores delongas. Fixadas as diretrizes e conteúdo mínimo do protocolo de intenções, temos praticamente a essência do futuro consórcio público, que será ainda objeto de apreciação pelo Poder Legislativo de cada um dos entes envolvidos.

3ª Fase – Ratificação do Protocolo de Intenções mediante Lei

Remonta a Aristóteles[43] as bases de uma teoria de "tripartição dos Poderes", onde o soberano seria o encarregado de exercitar as três funções básicas do Estado (legislar, administrar e julgar). Já no século XVII, Montesquieu na sua clássica obra[44], proclamava a necessidade de existir um controle recíproco entre os Poderes, numa forma de se evitar os abusos, que fatalmente levariam ao arbítrio, exatamente o que se combatia no Absolutismo. A tese por ele defendida ficou conhecida no constitucionalismo moderno como "teoria dos freios e contrapesos", ou "*checks and balances*" no Direito norte-americano.

Uma forma moderna de se buscar esta interpenetração dos Poderes é conferir transparência na forma de ação de cada um deles e, se possível, com a participação dos demais, propiciando uma gestão integrada na consecução dos interesses da nação.

A ratificação do protocolo de intenções se dá por intermédio de uma lei específica, que deve ser aprovada por cada Poder Legislativo dos entes que pretendem integrar a estrutura do consórcio público, nos termos do que determina o art. 5º, da Lei nº 11.107/05. Aqui fica evidente uma forma de

[43] Aristóteles, na sua clássica obra "A Política" bem abordava esta necessidade de distinção entre os Poderes, todavia, em virtude do momento histórico em que vivia, entendia ser normal a concentração dos Poderes na mão do soberano, sem que isso diminua sua contribuição para o desenvolvimento do debate.

[44] Montesquieu, no seu "O Espírito das Leis", de certa forma, aprimorou a teoria aristotélica, ao defender que as três funções básicas do Estado fossem exercidas por Poderes distintos, que atuassem de forma independente e harmônica entre si.

controle sobre o Chefe do Poder Executivo, até como forma de respaldar a sua atuação, que será referendada pelos representantes eleitos pelo povo para legislarem em prol da coletividade.

O próprio legislador permitiu que, caso assim esteja previsto em alguma cláusula, o contrato de consórcio possa ser celebrado por apenas determinado número de entes da Federação que subscreveram o protocolo de intenções[45], da mesma forma que a ratificação também pode ser realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional[46].

Como já salientado, não se poderia deixar nas mãos de um dos entes a discricionariedade de postergar a sua adesão ou não ao consórcio público, gerando atrasos na sua implantação e consecução dos seus objetivos, e como forma de controle contra esses possíveis abusos, a ratificação realizada **após 02 (dois) anos da subscrição**[47] do protocolo de intenções **dependerá de homologação da Assembleia Geral do consórcio**, até para que se possa avaliar a conveniência ou não da adesão tardia, já que a associação já estará em pleno funcionamento, e certamente com sua estrutura toda formada.

Todavia, nada impede que um ou mais interessados aprovem a sua Lei com reservas a determinados pontos do consórcio, sendo perfeitamente possível o Poder Legislativo exercer esse controle sobre a conveniência de se aderir ou não a determinadas condições[48].

Cumpre destacar que o consórcio público pode ser constituído sem que seja necessária a ratificação de todos os que assinaram o protocolo, pois se a unanimidade fosse condição para a formação de todo consórcio, certamente teríamos imensas dificuldades na sua efetiva implantação. Além disto, seria aberta uma verdadeira janela para o leilão de favores.

---

[45] É a previsão do art. 5º, § 1º, da Lei nº 11.107/05, que priorizou, uma vez mais, a liberdade dos entes envolvidos na forma de agilizar a operacionalização do Consórcio Público, que poderia ser sofre atrasos na sua implantação em decorrência de alguma dificuldade por parte de algum envolvido. O legislador, talvez por ser ele também destinatário das normas, por vezes busca mitigar os riscos de surtos maquiavélicos por partes de alguns governantes tentando exercitar essa faceta quando da elaboração das leis, surgindo assim mecanismos de controle para eventuais problemas de operacionalização. Aqui não foi diferente.

[46] Esta possibilidade de reserva está no art. 5º, § 1º, da Lei nº 11.107/05 e é muito comum em negociações envolvendo Estados Soberanos em celebração de Acordos e Tratados Internacionais, de forma a possibilitar que os signatários se comprometam apenas na medida do que acham proporcional às vantagens que pretendem alcançar.

[47] Conforme art. 5º, § 3º, da Lei nº 11.107/05.

[48] Alguns doutrinadores criticam este controle, por considerarem se tratar de uma ingerência indevida do Legislativo sobre a liberdade do Chefe do Executivo no desempenho de suas atribuições, dentre as quais liberdade de firmar acordos, mas não podemos ignorar a valia deste mecanismo como eficaz forma de controle e de sua contribuição para uma maior transparência na fixação das condições e cláusulas do consórcio. Além do mais, o controle prévio do Legislativo sobre o Executivo não é exclusividade da Lei nº 11.107/2005, sendo previsto em outros diplomas legislativos, como na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) para ficarmos apenas com um caso.

4ª Fase – Elaboração dos Estatutos, Regimentos e Demais Instrumentos Jurídicos Necessários

Para a constituição do consórcio, além do protocolo de intenções, já firmado entre os entes consorciantes, e sua ratificação pelas respectivas Casas Legislativas, faz-se necessário convocar uma Assembleia Geral, elaborar os estatutos e regimento e os contratos com as responsabilidades financeiras de cada consorciado.

Após as etapas anteriores, será convocada a Assembleia Geral do consórcio público, que decidirá sobre os seus estatutos que, em tudo, deverão obedecer ao estatuído no protocolo de intenções que, após a ratificação, converte-se no contrato de constituição do consórcio público.

O protocolo de intenções já terá reproduzido uma cláusula com as normas de convocação e funcionamento da Assembleia Geral, inclusive a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio, sendo que os estatutos serão importantes na medida em que disciplinarão toda a organização e funcionamento do consórcio, definindo a forma de atuação e competência de seus órgãos.

Reunidos em Assembleia, conforme regras definidas previamente no protocolo de intenções, os integrantes do consórcio devem elaborar e aprovar seus estatutos, sendo a Assembleia Geral a instância máxima do consórcio, composta apenas pelos entes consorciados[49].

Um aspecto relevante a ser tratado no protocolo de intenções e que está relacionado com o funcionamento da Assembleia Geral é o número de votos a que cada ente consorciado tem direito. A premissa básica é a de que cada ente consorciado tenha, pelo menos, direito a 01 (um) voto[50], e desta maneira, jamais teremos participante do consórcio sem direito a voto. Todavia, por uma série de fatores, podemos ter entes com direito a um número maior de votos que outros partícipes.

Desta maneira, já no protocolo de intenções, os entes devem definir essa questão e, pela prática dos nossos arranjos político-administrativos, supomos que só teremos a regra do "um pra um" (um ente = um voto) alterada quando tivermos a participação de entes de esferas distintas, como um consórcio vertical, onde teremos União e Estados se consorciando com Municípios, ou quando tivermos a associação de um grande Município, como uma capital, com outro de menor envergadura.

---

[49] O prof. Carvalho Filho, na sua obra *"Consórcios Públicos"*, pág. 75, critica esta composição definida pelo Decreto nº 6.017/07, destacando que seria interessante a participação de representantes da sociedade civil na assembleia geral, ressaltando não tratar-se de uma forma de interferência na administração pública e que "somente com a mudança dessa mentalidade anacrônica é que o Poder Público vai receber em seu seio a participação da sociedade civil."

[50] É o que preceitua o § 1º do art. 5º do Decreto nº 6.017/07.

Essa possibilidade de pesos diferentes nas votações da Assembleia Geral tem levado a doutrina[51] a criticá-la, pois se o intuito é uma gestão associada, cada integrante deve ter direito a um voto na Assembleia. Entretanto, o momento oportuno para o debate acerca desta distribuição de poderes é na fase de tratativas e confecção do protocolo de intenções, de tal sorte que, na elaboração dos estatutos, o debate não trará nenhuma alteração neste critério previamente definido.

O consórcio público, por ter personalidade jurídica própria, necessita ser representado nas suas relações perante terceiros e por isso é prevista a escolha do representante legal do consórcio, devendo tal obrigação recair sobre o Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado, conforme determina o art. 4º, no seu inciso VIII, da Lei nº 11.107/05.

A duração do mandato do representante legal do consórcio estará previamente fixada no protocolo de intenções, e um dos casos que pode levar a disputas dentro do consórcio, atrapalhando seu bom funcionamento, é a existência de vários entes consorciados, fazendo com que nem todos os Chefes do respectivo Poder Executivo consiga exercer a tarefa de representar o consórcio. A prática nos dirá se o grau de amadurecimento das nossas instituições e dos respectivos mandatários do povo nos permite considerar esta possibilidade uma mera hipótese acadêmica.

Outra situação interessante que pode decorrer deste dispositivo de escolha da representação do consórcio é a possibilidade do Presidente da República Federativa do Brasil se tornar responsável, ao mesmo tempo, por ser o Mandatário Supremo da Nação e o representante legal de um consórcio público, instituição que, como vimos, pode ser uma autarquia ou uma associação de direito privado. Seria uma situação um tanto quanto estranha, embora nada de ilegal exista, um Presidente da República ocupar a direção de um dessas figuras concomitantemente ao exercício do mandato. Só que esta situação, dada a liturgia do cargo de Presidente da República, acabaria acarretando transtornos ao bom funcionamento administrativo do consórcio público.

Vemos que a única forma de evitar esta situação incomum é a recusa do Presidente da República em assumir a representação do consórcio, já que não nos parece ter sido pretendida pelo legislador a indicação de substituto ou a figura do “representante do representante” de forma recorrente, pois acabaria enfraquecendo a representatividade do consórcio. Caso se adote a solução do seu substituto dirigir o consórcio na prática, melhor que assuma o comando desde logo.

VIII – Contrato de Rateio

[51] Uma vez mais o prof. Carvalho Filho na sua obra *“Consórcios Públicos”,* pág. 74, demonstra preocupação ao comentar esta possibilidade de diferenciação, colocando-a como hipótese excepcional.

Como o leitor mais atento já deve ter percebido, uma das questões essenciais consiste em como se formar um patrimônio próprio para o consórcio público, para que este tenha autonomia na sua gestão financeira, sem confusão com o patrimônio dos entes instituidores. Foi pensando nesta sistemática que o legislador criou a figura do contrato de rateio.

O Decreto nº 6.017, de 17.01.2007, regulamentou a Lei nº 11.107/05, e no inciso VII, do art. 2º, definiu o contrato de rateio como o "contrato por meio do qual os entes consorciados comprometem-se a fornecer recursos financeiros para a realização das despesas do consórcio público".

O contrato de rateio foi o mecanismo eleito pelo legislador como único instrumento autorizado a cuidar da sistemática de aporte de recursos necessários à sustentabilidade dos consórcios públicos **pelos entes consorciados**. Deste modo, nenhum aporte de recursos pode ser feito de outra forma, fazendo com que seja possível maior controle sobre a transferência de recursos dos entes públicos para o consórcio público. As duas únicas exceções são os casos de:

a) contratos que tenham por objeto os projetos contemplados em plano plurianual de investimentos, em consonância com a previsão do art. 57, I, da Lei nº 8.666/93; e

b) gestão associada de serviços públicos, mantidos pela receita de tarifas ou outros preços públicos, uma vez que os recursos não têm origem no orçamento dos integrantes do consórcio.

Os repasses estipulados no contrato de rateio devem ter previsão nos respectivos orçamentos dos entes participantes do consórcio, até mesmo para que seja indicada a fonte de receita, além de permitir o controle pelo Poder Legislativo correspondente, e dos respectivos Tribunais de Contas.

Este contrato de rateio tem sua validade condicionada ao prazo das dotações orçamentárias, sendo, portanto, anual, justamente para acompanhar a sistemática orçamentária, de cada ente envolvido, propiciando a constante adequação às mudanças sofridas ao longo do exercício.

IX – Financiamentos e Outras Fontes de Recursos dos Consórcios Públicos

Após verificarmos a forma de aporte de recursos públicos dos entes federativos consorciados através do contrato de rateio, outra questão que se coloca é a possibilidade ou não do consórcio público poder contar com outras fontes de recursos, diferentes das contempladas na Lei nº 11.107/2005 e acima elencadas, como a celebração de operações de crédito com instituições financeiras, inclusive os bancos estatais que geralmente são os responsáveis pela concessão de financiamentos para projetos de longo prazo, tais como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, o Banco

do Brasil S.A. - BB e a Caixa Econômica Federal – CEF, além de Bancos Regionais, como o Banco da Amazônia S.A. – BASA e o Banco do Nordeste S.A. – BNB.

O art. 2º, § 1º, I, da Lei nº 11.107/05, prevê que o consórcio público pode ser destinatário de **auxílios**, **contribuições** e **subvenções sociais ou econômicas** oriundos de outras entidades e órgãos governamentais.

A definição para cada uma destas modalidades de transferências de recursos está no texto da Lei nº 4.320, de 17.03.1964, que dispõe sobre normas gerais de direito financeiro. **Auxílio** é, na dicção do Prof. Carvalho Filho, "modalidade de **transferência de capital**, prevista na lei orçamentária, para investimentos ou inversões financeiras a cargo de pessoas sem fins lucrativos"[52], enquanto **contribuições** são transferências de capital com previsão expressa em lei especial prévia autorizadora, nos termos do disposto no § 6º do art. 12, da Lei nº 4.320/64.

Já as **subvenções** são **transferências correntes** "destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, dividindo-se em **subvenções sociais**, quando destinadas a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa ou **subvenções econômicas**, caso sejam destinadas a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril[53].

Como já deixamos consignado, uma das vantagens da nova sistemática foi dotar o consórcio público de personalidade jurídica própria, que pode ser tanto de direito público quanto de direito privado, mas que de qualquer forma integrará a Administração Pública Indireta de todos os entes públicos participantes do consórcio público.

O que causa estranheza é a existência de afirmação na página da Presidência da República na *internet*, destacando que "**consórcios não podem contratar operações de crédito**. Devem receber dinheiro **apenas dos entes consorciados**" e consigna que "a alocação de recursos nos consórcios por meio de empréstimos obtidos pelos entes da federação, deve respeitar a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF e os limites de endividamento"[54], dando a entender que esta seria a única forma de recursos oriundos de operações de crédito chegarem ao consórcio.

Em prevalecendo este entendimento, estaremos criando realmente uma nítida classe discriminatória de pessoa jurídica, onde esta já nasce com

[52] Essas definições típicas do Direito Financeiro foram tratadas pelo Prof. José dos Santos Carvalho Filho, na sua já citada obra *Consórcios Públicos*, pág. 57.
[53] As definições legais para diversas rubricas orçamentárias pertinentes ao tema encontram-se no art. 12, da Lei nº 4.320/64, sendo que o § 3º deste art. cuida das subvenções.
[54] Informação obtida no site http://www.planalto.gov.br/sri/consorcios/duvidas.htm, em seção destinada especificamente a esclarecer dúvidas sobre consórcios públicos. Acesso em 09.04.2009.

sua capacidade reduzida (verdadeira *"capitis diminutio"*[55]), pois não terá condições de exercer em toda a sua plenitude os direitos que são conferidos a outras instituições que se encontram, em muitos casos, incumbidas da mesmíssima atividade desempenhada pelo consórcio. Esse entendimento nos remete à ideia de uma instituição que não terá direito a crédito, ainda que este seja o pilar de todo processo de produção e circulação de riquezas, sendo instrumento indispensável para o desempenho de qualquer atividade que demande investimentos.

Podemos chegar ao absurdo de termos um consórcio público com ótima situação econômica, mostrando-se capaz de gerir bem a prestação de serviço público que lhe foi atribuída e não poder contar com o financiamento decorrente de operações de crédito pelo fato dos Municípios que dele fazem parte estarem desajustados dos limites da LRF e/ou dos limites de endividamento. Bastaria o consórcio oferecer parte da sua receita em garantia da operação de crédito (preservando sempre uma margem prudencial suficiente de recursos livres, de modo que eventual execução não inviabilize a prestação do serviço).

Realmente, terá andado muito mal o legislador neste aspecto, caso prevaleça este posicionamento, do qual somos obrigados a discordar. Imaginemos um consórcio público que celebre um contrato de programa para prestar serviços de saneamento básico e que não poderá contar com as fontes oficiais de financiamento disponibilizadas para este setor, acarretando, assim, uma injustificável situação de discriminação (*descrimen*).

Todavia, o próprio Decreto que regulamentou a Lei de Consórcios Públicos, no seu art. 10, inciso I, expressamente prevê esta possibilidade do consórcio público contratar operações de crédito, claro que após o preenchimento dos mesmos requisitos a que qualquer outro ente da Administração está submetido para celebrar estas operações de crédito. Eis a dicção do referido art. com os respectivos dispositivos pertinentes e sem negrito no original, *in verbis*:

> Art. 10. Para cumprimento de suas finalidades, o consórcio público poderá:
>
> I - firmar convênios, **contratos**, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas;
>
> .....

[55] Expressão latina usada no texto como "redução da capacidade para exercício de determinados atos", e que numa tradução literal significa "diminuição da cabeça", embora seja constantemente usada como "redução de capacidade", "perda de autoridade", em decorrência da sua origem na figura do *pater familiae*, que perdia autoridade ao sair alguém do seu círculo de poder e controle, perdendo assim uma cabeça dentre o seu clã de comandados.

> Parágrafo único. A **contratação de operação de crédito por parte do consórcio público** se sujeita aos limites e condições próprios estabelecidos pelo Senado Federal, de acordo com o disposto no art. 52, inciso VII, da Constituição.

Como se percebe da leitura acima, não nos parece restar dúvida alguma quanto à possibilidade de se celebrar uma operação de crédito com um consórcio público, e por esta razão causa espanto a afirmação constante no endereço eletrônico da Presidência da República em sentido contrário.

A única vedação que existe para a realização de operações de crédito e transferências voluntárias é a destinação dos recursos **fornecidos pelo ente federativo**[56] por meio de contrato de rateio para a cobertura de despesas genéricas, que são aquelas em que a execução orçamentária se faz com modalidade de aplicação indefinida[57], em nada interferindo na relação do consórcio com terceiros.

Talvez em decorrência deste posicionamento aparentemente institucional adotado pela Casa Civil de não admitir que os consórcios públicos celebrem operação de crédito, a Secretaria do Tesouro Nacional ainda não tenha disciplinado por intermédio de algum ato normativo, como uma Instrução Normativa por exemplo, o procedimento necessário para que os consórcios públicos tenham os seus limites de endividamento verificados e consigam autorização desta Secretaria para a contratação de operações de crédito, seguindo a mesma sistemática usada para Estados e Municípios, em cumprimento aos preceitos da LRF.

Em que pese alguns equívocos na condução política[58] e outras imperfeições na metodologia de escolha dos entes destinatários dos recursos, o atual governo vem adotando uma postura de buscar manter investimentos constantes em alguns setores importantes, como habitação, urbanização de áreas e sobretudo em saneamento ambiental, por meio de repasse de recursos do Orçamento Geral da União – OGU e por intermédio de concessão de financiamento para Estados e Municípios (inclusive por meio de suas autarquias de saneamento), através dos bancos oficiais, notadamente BNDES e CEF.

---

[56] Conforme o § 2º do art. 8º, da Lei nº 11.107/05 e art. 15, do Decreto nº 6.017/07.
[57] Definição dada pelo § 1º do art. 15, do Decreto nº 6.017/07.
[58] A partir do ano de 2003, com a criação do Ministério das Cidades, houve uma concentração de recursos nas mãos deste Ministério, que passou a ser o responsável pela seleção prévia de projetos, que são habilitados e hierarquizados, seguindo uma ótica setorial (saneamento ambiental, habitação etc), conforme as prioridades do governo central, retirando a liberdade dos Estados e Municípios na condução de suas políticas públicas. Como sabemos do cenário de escassez de recursos e dos limitadores de endividamento dos entes públicos, não resta outra saída aos entes da Federação a não ser ceder aos ditames da União. O ideal seria que os entes tivessem liberdade para que ditassem suas políticas públicas, sendo que o governo federal poderia induzir políticas públicas com o apoio a projetos multissetoriais concebidos de forma integrada, propiciando verdadeira revolução social nos locais das intervenções.

Como admitir-se a **impossibilidade** deste consórcio ter acesso a esta importante fonte de **captação de recursos**, ficando a depender sempre do aporte de recursos por parte dos membros do consórcio? Não nos parece uma forma de incentivar a formação de consórcios eficientes, que consigam ter autonomia para contornar momentos de crise, como o que agora vivemos, onde as receitas dos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e Municípios (FPM) caíram vertiginosamente, em decorrência da queda de arrecadação do governo e alguns incentivos fiscais concedidos pela União para tentar mitigar os efeitos da crise financeira, e que são importantes fontes de recursos, principalmente para os pequenos Municípios[59], cuja relação de dependência é mais acentuada.

Superada a discussão quanto à possibilidade de celebração de operações de crédito com os consórcios públicos, outra questão relevante a ser debatida será a forma de garantia destes financiamentos, já que o regime jurídico adotado será o de direito público, mesmo para os consórcios que se constituírem sob a forma de associações com personalidade jurídica de direito privado, dada a natureza das atividades desempenhadas.

Como a própria regulamentação dada pelo Decreto nº 6.017/07 privilegiou, de forma inconcebível e discriminatória para com a outra roupagem institucional que também permitiu existir (personalidade jurídica de direito privado), a celebração de convênios exclusivamente com consórcios que se revestirem da forma de associação pública (art. 38), tudo leva a crer que a maioria dos consórcios será constituída sob a forma de autarquia, incidindo aqui todas as prerrogativas de direito público aplicáveis, sendo que as mais relevantes para o caso, são i) a impenhorabilidade de seus bens e pagamento por meio de precatórios (art. 100, da CRFB); ii) prerrogativas processuais da Fazenda Pública e iii) alienação dos bens somente na forma da lei.

Desta forma, as garantias clássicas, como o penhor, a hipoteca e a alienação fiduciária em garantia, não se aplicam ao caso, ficando muito restrita a possibilidade de prestação de alguma garantia, restando apenas a alternativa de vinculação de um percentual reduzido das receitas oriundas da exploração de atividades exploradas mediante o pagamento de tarifas ou outras emergentes da prestação do serviço, como no caso da prestação do serviço de

[59] A questão envolvendo a criação de um número considerável de Municípios que não possuem a menor condição de custear o funcionamento da máquina administrativa e prestar um serviço razoável aos cidadãos mostra a necessidade de amadurecimento da nossa relação federativa, já que uma verdadeira Federação requer autonomia dos entes que a integram, o que certamente não acontece com 90% dos Municípios atuais, carentes de estrutura mínima para arrecadar de forma eficiente os tributos de sua competência, e que estão sempre a depender financeiramente dos repasses da União Federal. Com a recente decisão do STF, a criação de novos Municípios, felizmente, reduziu bastante, e para maiores detalhes remetemos o leitor ao Informativo de Jurisprudência do STF nº 427 e à ADI nº 3.316, de 29.06.2007, relator o Ministro Eros Grau. Cumpre destacar que a aglomeração compulsória de Estados e Municípios (ainda não adotada no país e que é chamado de "kreise" no Direito alemão) e a constituição de consórcios públicos foram objeto de debates, sendo apontadas como alternativas para a solução da questão.

abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto, embora também seja possível apontar eventuais questionamentos.

Outra forma de viabilizar a operação seria admitir que os entes consorciados participassem da operação de crédito, na forma de intervenientes-garantidores, respondendo subsidiariamente pela operação, embora seja uma estruturação ainda não testada e que pode também ser objeto de questionamentos futuros, ainda mais diante da ausência de disciplina, por parte da STN, dos procedimentos que devem ser adotados pelos consórcios públicos na celebração de operações de crédito, como já mencionado.

Certamente não afastamos a possibilidade de adoção de mecanismos menos ortodoxos, como a elaboração de projetos estruturados, como é o caso do *project finance* (estruturação financeira utilizada para viabilizar um projeto de investimento de longa maturação, segregando riscos com a receita gerada pelo próprio empreendimento, sendo esta a garantia do projeto: o seu êxito), mas não os abordaremos aqui para não fugirmos do foco do presente trabalho.

X – Contrato de Programa

O contrato de programa é definido no inciso XVI, do art. 2º, do Decreto nº 6.017/07, 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".

De início devemos salientar que o contrato de programa é **uma das modalidades de gestão associada**, da mesma forma que o consórcio público, o convênio de cooperação e outros instrumentos correlatos, e pode ser celebrado tanto no âmbito de um consórcio público ou mesmo fora deste e importa destacar que o que vai nortear a escolha do modelo a ser adotado será a possibilidade de uma melhor prestação do serviço, revertendo em proveito do cidadão, *ultima ratio* da atuação estatal (pelo menos em tese).

Podemos ter a associação por intermédio do contrato de programa de algumas maneiras, dependendo das partes envolvidas. Deste modo, pode-se ter um contrato de programa, pela letra da lei, entre entes federativos (Município com Estado, por exemplo), entre estes e um consórcio público (caso de Município com consórcio público) e entre um ente federativo e uma entidade da Administração Pública Indireta (Estado com uma sociedade de economia mista de um Município) e por fim, de duas pessoas de Administrações Públicas Indiretas distintas (por exemplo, fundações públicas de Municípios diferentes)[60].

[60] O exemplo é do Prof. Carvalho Filho, no seu livro "Consórcios Públicos", pág. 133.

Da forma que o contrato de programa foi tratado na Lei nº 11.107/05, sua natureza jurídica muito se assemelha à de um contrato de concessão de serviços públicos, até mesmo pela essência de alguns dos serviços que deverão ser objeto deste instrumento jurídico.

Neste ponto concordamos com a Profª. Di Pietro[61], quando critica o art. 13, § 1º, da Lei, ao sustentar ser incompreensível que o dispositivo determine que o contrato de programa deva obediência à legislação de concessões e permissões. Ela assim fundamenta sua crítica, *in verbis*:

> "É difícil imaginar que um ente Federativo assuma 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) assuma, 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."

Realmente, é difícil imaginarmos na atual estrutura de Estado, uma hipótese onde dois entes federativos consigam manter uma relação concedente-concessionário. Quando ocorrer a prestação de um serviço público por um ente federativo em favor de outro, este o será na forma de algum ente da Administração Indireta, como salientado na citação acima.

Aprofundando um pouco mais a questão, podemos dizer que não apenas as companhias estatais de saneamento estão aptas a explorar estes serviços atualmente, uma vez que muitos Municípios podem começar a optar por constituir consórcios públicos e contratos de programa para operação destes serviços de forma direta, utilizando-se de autarquias municipais constituídas para este fim.

[61] É ó que está mencionado pela Profª Maria Sylvia Zanella Di Pietro no seu já citado "Parcerias na Administração Pública", pág. 247.

E isto se deve ao fato do STF caminhar no sentido de entender ser dos Municípios a titularidade dos serviços de saneamento[62], e muitos deles estão criando autarquias de saneamento para prestação deste serviço. Nada impede que uma autarquia de um dos Municípios consorciados celebre contrato de programa para prestar esses serviços para todos os integrantes do consórcio.

O receio da ilustre professora titular de Direito Administrativo da USP procede, no que diz respeito à possibilidade de um ente da Federação se subordinar ao outro, mas isto não acontecerá, já que a prestação do serviço será, por uma questão prática, sempre prestado necessariamente por um ente integrante da Administração Indireta de um dos consorciados ou por uma outra entidade não integrante do consórcio, mas que também fará parte da Administração Indireta.

Uma coisa deve ficar clara: o contrato de programa é um instrumento de cooperação federativa e por isto, envolverá sempre a figura de entidades públicas, vinculadas à Administração[63].

É expressamente vedado se atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados (art.13, § 3º, da Lei nº 11.107/05), numa clara e acertada opção de seguir a melhor doutrina administrativista no sentido de que deve o poder concedente fiscalizar o serviço prestado, pois continua sendo o titular do mesmo, na tentativa de melhorar a qualidade do serviço.

O contrato de programa deve atender a uma série de requisitos elencados na própria Lei[64] em comento, e que foram pormenorizados no seu Decreto regulamentar[65], para onde tomamos a liberdade de remeter o leitor.

Não podemos deixar de lembrar que o contrato de programa é mais um instrumento à disposição dos entes federativos para a cooperação entre eles,

[62] Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1842/RJ, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), se questiona as leis que tratam da criação da Região Metropolitana e da Microrregião dos Lagos no Estado do Rio (Lei Complementar nº 87/97) e sobre prestação de serviço de saneamento básico (Lei Estadual nº 2.869/97), onde o ex-Ministro do STF e atual Ministro de Estado de Defesa, Nelson Jobim, relator, em longo e substancioso voto, entendeu ser dos Municípios a titularidade dos serviços de saneamento. Já na ADI nº 2077/BA, é questionada a Emenda à Constituição do Estado da Bahia, que atribuiu a este Estado a titularidade do serviço de saneamento nas hipóteses em que determina, sendo que o Ministro Ilmar Galvão, relator, votou pela inconstitucionalidade da Emenda, por entender que a titularidade em serviços de saneamneto seria do Município. Os julgamentos estão suspensos e por isso ainda aguardam decisão final, após pedido de vista, sendo que as duas ações devem ser julgadas na mesma sessão, dada a semelhança dos temas, inclusive com os votos dos Ministros sendo aproveitados para ambos os casos.
[63] Art. 30, § 1º, do Decreto nº 6.017/07.
[64] Art. 13, *caput* e parágrafos, da Lei nº 11.107/05.
[65] Art. 33, do Decreto nº 6.017/07.

sendo admitida a celebração deste contrato inclusive com entes que não integrem o consórcio público, já que são instrumentos distintos[66].

XI – A Institucionalidade nos Consórcios Públicos

Por mais que sejam apontadas fragilidades na Lei nº 11.107/2005, pelo menos uma virtude é incontestável no aludido diploma legal: sua vertente agregadora. Pela primeira vez a questão dos consórcios públicos, que já eram amplamente utilizados, só que formalizados por meio de instrumentos precários sem nenhum rigor técnico-científico, foi tratada de forma institucional, dando origem a um ente próprio, apto a titularizar direitos e assumir obrigações.

O rompimento da relação de dependência formal do consórcio público com os entes públicos que o instituíram foi essencial para criar uma estrutura com condições de gerenciar o complexo processo de cooperação federativa.

Por conta disto, não podemos deixar de criticar, uma vez mais, a informação disponibilizada pela Casa Civil[67], ao dizer que os consórcios públicos estão impedidos de celebrar operações de crédito, o que o próprio Decreto nº 6.017/07 expressamente, e de forma acertada, admite[68].

XII – Alterações Legislativas

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) sofreu alteração da Lei dos Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/05) para configurar as seguintes condutas como improbidade administrativa: a) a celebração de qualquer ajuste para gestão associada sem observar a lei dos consórcios públicos; b) a celebração de contrato de rateio de consórcio sem prévia e suficiente dotação orçamentária ou sem observância das exigências impostas por lei.

Embora possa ser, com razão, objeto de críticas por parte da doutrina[69] quanto ao apuro técnico do preceito do art. 18, da Lei nº 11.107/05, ao inserir os incisos XIV e XV no corpo do art. 10, da Lei nº 8.429/92, caminhou bem o legislador ao ser duro na exigência de respeito ao avençado no contrato de rateio, bem como na proibição de utilização de instrumentos estranhos aos

---

[66] Para comentários específicos sobre cada uma das cláusulas do contrato de programa, remetemos o leitor ao trabalho do Prof. José dos Santos Carvalho Filho, "*Consórcios Públicos",* págs. 135-152, por fugir ao escopo do presente trabalho tratar individualmente cada um dos respectivos incisos.

[67] Como já mencionado neste trabalho, a informação pode ser acessada no seguinte endereço: http://www.planalto.gov.br/sri/consorcios/duvidas.htm. Acesso em 08.04.2009.

[68] Art. 10, parágrafo único, do Decreto nº 6.017/07.

[69] Ver por todos, a opinião de Odete Medauar e Gustavo Oliveira *in* Consórcios *Públicos: Comentários à Lei 11.107/2005*, pág 123, onde, de forma bastante pertinente, salientam que a conduta prevista no inciso XIV não importa em dano direto ao erário publico e, por conta disto, melhor seria se estivesse no rol de condutas previstas no **art. 11** da Lei nº 8.429/92, que tutela a legalidade no desenvolvimento das atividades administrativas, sem necessariamente acarretar danos ao erário público.

preceitos da Lei nº 11.107/05, em casos de prestação de serviços públicos por meio de gestão associada.

A alteração promovida pela Lei nº 11.107/05 no Código Civil já foi amplamente discutida quando da análise da natureza jurídica do consórcio público e se resumiu a alterar a redação do inciso IV do art. 41, ao agregar à locução "as autarquias" a expressão "inclusive associações públicas", natureza dos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público.

Por fim, o art. 17, da Lei nº 11.107/05, cuidou de alterar as redações dos arts. 23, 24, 26 e 112, todos da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), podendo ser assim resumidas:

a) o § 8º do art. 23 passou a admitir que o consórcio público aplique como limite, em seus procedimentos licitatórios, o **dobro** dos valores previstos no *caput* do art., quando formado por até 03 (três) entes da Federação, e o **triplo**, quando formado por maior número[70];

b) o parágrafo único do art. 24 passou a prever que os percentuais referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo seriam dobrados, passando de 10% (dez por cento) para 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas;

c) o art. 26 estipulou que as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º da Lei nº 8.666/93 deverão ser comunicados, dentro de 03 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 05 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos;

d) O art. 112 ganhou os §§ 1º, que estabelece que os consórcios públicos poderão realizar licitação da qual, nos termos do edital, decorram contratos administrativos celebrados por órgãos ou entidades dos entes da Federação consorciados, e o 2º, facultando à entidade interessada o acompanhamento da licitação e da execução do contrato.

---

[70] "Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação (valores com redação dada pela Lei nº 9.648/98):

I - para obras e serviços de engenharia:
a) convite - até R$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil Reais);
b) tomada de preços - até R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil Reais);
c) concorrência: acima de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil Reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:
a) convite - até R$ 80.000,00 (oitenta mil Reais);
b) tomada de preços - até R$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil Reais);
c) concorrência - acima de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil Reais)."

XIII – A Alteração e Extinção dos Consórcios Públicos

A extinção de um consórcio pode se dar por vários motivos, que vão desde o esgotamento da atividade para a qual foi originariamente criado até o eventual desinteresse por parte dos integrantes em continuar o desempenho dos objetivos do mesmo.

Podemos ainda ter a alteração da composição dos integrantes do consórcio, ou no objeto a ser por ele executado[71]. Podemos ter o ingresso de algum novo integrante, ou pela saída de algum outro participante. Se o consórcio público é formado apenas por dois entes, a saída de um deles acarreta a extinção do consórcio[72].

A **retirada** (ou **recesso**, termo utilizado pelo Decreto regulamentador no art. 25) de um ente da Federação do respectivo consórcio público dependerá de ato formal de seu representante na Assembleia Geral, na forma previamente disciplinada por lei, sendo que trata-se de um **afastamento voluntário** do ente consorciado, uma vez que nenhum "ente da Federação poderá ser obrigado a se consorciar ou a permanecer consorciado"[73], por ser a liberdade de associação um direito constitucionalmente assegurado.

Obviamente que a retirada causará alguma alteração na rotina de funcionamento do consórcio e por isso ela deve atender a um procedimento pré-estabelecido, onde devemos ter i) a formalização do pedido de retirada; ii) através de ato formal, que pode ser um Decreto, Ofício ou qualquer outro documento hábil a produzir estes efeitos; iii) do representante legal; iv) em Assembleia Geral do consórcio público; v) seguindo o que determina a lei que disciplinar a saída do ente do consórcio.

Este processo de retirada, ainda que seja voluntário, fará com que o ente retirante se mantenha responsável por obrigações contraídas anteriormente à sua efetiva saída, e por esta razão, o art. 11, § 2º, da Lei nº 11.107/05, determina que "a retirada ou a extinção do consórcio público não prejudicará as obrigações já constituídas, inclusive os contratos de programa, cuja extinção dependerá do prévio pagamento das indenizações eventualmente devidas".

Da mesma forma, teremos uma apuração de haveres, sendo que os "os bens destinados ao consórcio público pelo consorciado que se retira somente serão revertidos ou retrocedidos no caso de expressa previsão no contrato de consórcio público ou no instrumento de transferência ou de alienação"[74].

---

[71] O prof. Carvalho Filho trabalha com a distinção entre **alterações objetivas** (implicam modificação no objeto) e **alterações subjetivas**, que recaem sobre os sujeitos integrantes do consórcio. (*Consórcios Públicos*, pág. 113).
[72] Art. 25, § 3º, do Decreto nº 6.017/07.
[73] Art. 24, do Decreto nº 6.017/07.
[74] Art. 11, § 1º, da Lei nº 11.107/05 e art. 25, § 1º, do Decreto nº 6.017/07.

Nesta mesma linha de raciocínio, "a **alteração** ou a **extinção** de contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela Assembleia Geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados"[75], de modo a preservar a estabilidade necessária ao pleno funcionamento do consórcio público.

Como já destacado, por ser o consórcio público dotado de personalidade jurídica própria, este adquire uma série de direitos e assume outra de obrigações perante terceiros, que não podem ser prejudicados em caso de alteração ou extinção do consórcio, até porque o princípio da moralidade administrativa deve nortear também a atuação do consórcio, enquanto ente integrante da Administração Indireta.

Em decorrência disto, o art. 12, da Lei nº 11.107/05, no seu § 1º, determina que "os bens, direitos, encargos e obrigações decorrentes da gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outra espécie de preço público serão atribuídos aos titulares dos respectivos serviços" e no § 2º estipula que "até que haja decisão que indique os responsáveis por cada obrigação, os entes consorciados responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes, garantindo o direito de regresso em face dos entes beneficiados ou dos que deram causa à obrigação".

Falta-nos falar ainda da **exclusão** de ente consorciado, que trataremos dentro deste ponto, pois a exclusão não deixa de ser uma modalidade de alteração na composição do consórcio público. Consiste no afastamento compulsório ou involuntário do ente, em virtude de fato superveniente ensejador na justa causa necessária para a sua expulsão.

Ao ingressar no consórcio público, o ente federativo consorciante assume uma série de responsabilidades perante o consórcio e os demais entes agrupados, onde o descumprimento destas obrigações faz surgir a justa causa ensejadora da medida extrema por parte dos demais integrantes, sendo uma forma de punir a inadimplência do ente em mora.

Prevendo forma de evitar eventuais perseguições no âmbito do consórcio, que poderiam ocorrer, por exemplo, com a mudança no comando político de determinado participante, o legislador fez constar que "a exclusão de ente consorciado só é admissível havendo justa causa"[76].

O legislador ordinário criou a figura do contrato de rateio como a única forma de aporte de recursos dos entes consorciados no consórcio público (art. 8º, *caput*, da Lei nº 11.107/05) e estipulou que "poderá ser excluído do consórcio público, após prévia suspensão, o ente consorciado que não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações

[75] É o que determina o art. 12, *caput*, da Lei nº 11.107/05.
[76] É a dicção usada pelo art. 26, *caput*, da Lei nº 11.107/05.

suficientes para suportar as despesas assumidas por meio de contrato de rateio"[77].

A exclusão, por ser ato extremo de repreensão para com o ente inadimplente, **deve ser precedida de prévia suspensão**, abrindo-se assim a oportunidade para que o ente ameaçado de expulsão regularize a sua situação perante o consórcio e seus integrantes, reabilitando-se[78] e, assim, voltando a participar ativamente do consórcio. Além disto, para garantir um procedimento justo, o consorciado tem assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório[79].

O art. 26, § 1º, do Decreto nº 6.017/07, estipula que, "além das que sejam reconhecidas em procedimento específico, é justa causa a não inclusão, pelo ente consorciado, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, de dotações suficientes para suportar as despesas que, nos termos do orçamento do consórcio público, prevê-se devam ser assumidas por meio de contrato de rateio", reforçando a importância dada ao devido aporte de recursos no consórcio público.

Ainda temos outra causa de exclusão, no caso em que, mediante previsão no contrato de consórcio público, um ente consorciado, sem autorização dos demais integrantes do consórcio, subscrever protocolo de intenções para constituição de outro consórcio com finalidades, a juízo da maioria da Assembleia Geral, iguais, assemelhadas ou incompatíveis com as desempenhadas pelo consórcio[80].

Aqui é nítida a tentativa de evitar que ocorra uma série de situações que pudesse impedir o bom funcionamento do consórcio público constituído, pois se as finalidades forem idênticas, corre-se o risco de existir conflito de interesses ou disputas por espaço entre os consórcios, gerando prejuízos na execução dos seus objetivos. Por exemplo, o aporte de recursos poderia ser comprometido, bem como a licitação compartilhada, a cessão de pessoal, a prestação de contas etc. Da mesma forma, o possível ganho de escala, que em muitos casos é fator determinante para a constituição do consórcio público, acabaria sendo neutralizado, o que evidentemente deve ser vedado.

Por derradeiro, em obediência ao princípio da simetria das formas, para que se formalize a extinção de um consórcio público, deve-se seguir um trâmite muito semelhante ao adotado para a sua constituição, uma vez que será celebrado um instrumento de distrato, previamente aprovado pela Assembleia Geral e que deverá ser ratificado por intermédio de uma lei específica de cada um dos entes federativos integrantes do referido consórcio.

---

[77] Art. 8º, § 5º, da Lei nº 11.107/05.
[78] O art. 26, do Decreto nº 6.017/07, no seu § 2º usa expressamente o termo "reabilitar".
[79] Esta previsão é expressa no art. 27, do Decreto nº 6.017/07, embora hoje não reste mais dúvida quanto a esse direito consagrado na nossa Constituição de 1988, como reflexo de um Estado Democrático de Direito.
[80] Cumpre salientar que esta previsão do art. 28, do Decreto nº 6.017/07 depende de análise da Assembleia Geral para dar causa ao procedimento de exclusão.

XIV – Reflexões Finais: Oportunidades e Vantagens

A decisão de participar ou não de um consórcio público passa necessariamente pela resposta à indagação se vale a pena ou não se consorciar. É uma decisão que deve levar em consideração as possibilidades de ganho, já que num primeiro momento, o gestor municipal pode achar que estará perdendo autonomia na sua liberdade de atuação.

Contudo, temos várias vantagens para os entes federativos que estiverem organizados em consórcios públicos, sendo que o amadurecimento das relações entre esses entes será um dos mais importantes resultados deste processo.

O consórcio público, embora pudesse ter avançado mais, é importante instrumento de preservação da autonomia municipal, contribuindo para a formação de uma democracia mais participativa, em decorrência da descentralização do poder.

Uma das maiores críticas que constantemente se faz à Administração Pública diz respeito ao tempo de execução das ações propostas, e o consórcio se coloca como uma boa alternativa gerencial, já que há um ganho de escala que terá como consequência a possibilidade de contratação de empresas mais preparadas para a execução de projetos de maior envergadura, acirrando a disputa e barateando custos. Além disto, a execução dos projetos ganha em agilidade e atende de forma mais direta e rápida as demandas locais e regionais.

Em se tratando de demandas regionais, o consórcio pode ser um grande indutor na formação de arranjos produtivos locais, incentivando a troca de experiências e tecnologias. O consórcio reforça ainda mais a tese da descentralização e cooperação nas ações municipais a partir de uma perspectiva regional de desenvolvimento.

Outro ponto que devemos destacar é a maior transparência na utilização das receitas arrecadas, já que o consórcio terá a participação de vários entes, o que significa um processo de fiscalização recíproco entre todos, além dos controles externos.

Como já salientado, o ganho de escala também irá contribuir para que tenhamos um aprimoramento da capacidade técnica, gerencial e financeira por parte dos integrantes do consórcio, refletindo numa melhoria geral das administrações locais. Imaginemos um caso prático, onde determinados Municípios necessitem intensificar o processo de fiscalização ambiental das suas áreas protegidas comuns a todos eles, em decorrência da implantação de um determinado pólo industrial potencialmente causador de danos ambientais.

O processo de fiscalização será muito mais eficiente se for feito de maneira coordenada, com a contratação de fiscais para percorrer locais pré-determinados, sem sobreposição de ações, o que fará com que a área percorrida seja muito maior. Da mesma forma, a contratação dos fiscais poderá ser feita pelo consórcio, bem como a aquisição de máquinas e equipamentos, como a compra de veículos específicos para determinado tipo de terreno ou atividade a ser desempenhada, o que fará com que o custo seja reduzido, uma vez que a compra será concentrada e de quantidade maior, o que não ocorreria se cada Município fosse adquirir de forma isolada.

Durante anos ouvimos falar na necessidade de uma maior cooperação entre os entes federativos, para assegurar a defesa de interesses comuns, e agora temos um importante instrumento capaz de ajudar na tarefa de alcançar este objetivo. A formação de alianças regionais com base em interesses comuns pode gerar resultados muito positivos, como a gestão de bacias hidrográficas ou tratamento de resíduos produzidos por determinada atividade da região, sendo infinita a possibilidade de melhoria na prestação dos serviços públicos colocados à disposição da população.

Por fim, apontando para uma clara alternativa de incentivo na formação de consórcios públicos, o Poder Executivo federal, por intermédio do Decreto nº 6.017/07, determinou que "os órgãos e entidades federais concedentes darão preferência às transferências voluntárias[81] para Estados, Distrito Federal e Municípios cujas ações sejam desenvolvidas por intermédio de consórcios públicos" (art. 37) tenham prioridade no recebimento de recursos.

Atento para a necessidade de ganho de escala na execução de projetos, o Decreto também estabelece que "quando necessário para que sejam obtidas as escalas adequadas, a execução de programas federais de caráter local poderá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos consórcios públicos" (art. 38), ressaltando que os Estados e Municípios poderão executar, por meio de consórcio público, ações ou programas a que sejam beneficiados por meio de transferências voluntárias da União.

Como se percebe, o consórcio público será incentivado como mecanismo de desenvolvimento econômico e social e certamente sairá na frente os entes que melhor se prepararem para esta nova realidade que se apresenta.

---

[81] Aqui cumpre destacar que o texto fez alusão a transferências voluntárias, que não se confundem, com outras formas de apoio, como as operações de crédito. Neste sentido, ver nosso artigo intitulado "*A liberação de recursos públicos no contexto da legislação eleitoral: necessidade de distinção terminológica entre operações de crédito e transferências voluntárias*", publicado na Revista Jurídica da Presidência da República, volume 10, nº 92, pág. 01-20, out.2008 a jan.2009 e também no *Boletim de Convênios e Parcerias*, ano 5, nº 47, março de 2009. Curitiba: Governet, 2009, pags. 140-152.

O consórcio público se coloca, assim, como um importante instrumento de cooperação federativa, pois permite uma maior articulação institucional, transversal e territorial entre os três entes da Federação. Antes, os consórcios eram considerados meros pactos administrativos, despersonalizados e mesmo assim, centenas de consórcios já funcionavam no País.

O Brasil é um país de proporções continentais e com muitas desigualdades sociais e diferenças de demandas ao longo do seu território e, no decorrer do nosso processo histórico, já tivemos inúmeras experiências fracassadas que partiram do poder central, pois apesar de algumas iniciativas serem meritórias, sempre emperraram na burocracia, na falta de preocupação com detalhes peculiares de cada região.

Deste modo, basta imaginarmos que um dos principais objetivos do novo instrumento é viabilizar a gestão pública nos espaços metropolitanos, conurbados, em que a solução de problemas comuns só pode se concretizar por intermédio de políticas articuladas e ações conjuntas, como por exemplo, nas áreas de saneamento básico, integração dos sistemas de transporte urbano, destinação final de resíduos sólidos, segurança pública, gestão ambiental e vários outros.

Enfim, o consórcio público é, antes de mais nada, um **instrumento de gestão pública**, que se bem utilizado, reúne todas as condições para produzir excelentes resultados, contribuindo para o desejado aprofundamento da cooperação federativa entre as nossas esferas de poder, numa demonstração de amadurecimento institucional, fundamental para a consolidação da nossa ainda jovem democracia, pois, parafraseando Winston Churchill, esta "é a pior forma de governo, com exceção de todas as outras que têm sido tentadas de tempos em tempos".

XV – Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Coleção Os Pensadores - Vol. XXI. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.

BORGES, Alice Gonzalez. *Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 03, julho/agosto/setembro de 2005. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 11 de abril de 2009.

_____. *Consórcios Públicos, nova sistemática e controle*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 06, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 13 de abril de 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2009.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 15ª Ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *O Consórcio Público na Lei 11.107, de 06.04.2005*. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, nº 06, junho/julho/agosto de 2006. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 14 de abril de 2009.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer elaborado sobre a Proposta Legislativa de criação de Consórcios Públicos*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 03, julho/agosto/setembro de 2005. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 19 de março de 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado* – 13ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os Consórcios Públicos*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 03, julho/agosto/setembro de 2005. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 14 de abril de 2009.

MEDAUAR, Odete e **OLIVEIRA**, Gustavo Justino de. *Consórcios Públicos: Comentários à Lei 11.107/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; **COELHO**, Inocêncio Mártires; **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RIBEIRO, Wladimir António. *Cooperação Federativa e a Lei de Consórcios Públicos*. Brasília/DF: CNM, 2007.

_____. *Nota Técnica sobre o texto do Autógrafo do Projeto de Lei nº 1.071, de 1999 (Consórcios Públicos)*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 03, julho/agosto/setembro de 2005. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 11 de abril de 2009.

SILVA, Cléber Demétrio da. *Lei 11.107/05: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros*. Disponível na Internet: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6872. Acesso em: 19 de abril de 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SOUZA, Franderlan Ferreira de. *A liberação de recursos públicos no contexto da legislação eleitoral: necessidade de distinção terminológica entre operações de crédito e transferências voluntárias.* Revista Jurídica da Presidência da República, volume 10, nº 92, out.2008 a jan.2009, pags. 01-20. Disponível na Internet: http://www.presidencia.gov.br/revistajuridica. Acesso em: 08 de março de 2009.

_____. *A liberação de recursos públicos no contexto da legislação eleitoral: necessidade de distinção terminológica entre operações de crédito e transferências voluntárias.* Boletim de Convênios e Parcerias, ano 5, nº 47, março de 2009. Curitiba: Governet, 2009, pags. 140-152.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

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

SOUZA, Franderlan Ferreira de. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-FRANDERLAN-FERREIRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.