Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 6 – maio/junho/julho de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

CONSÓRCIOS PÚBLICOS, NOVA SISTEMÁTICA E CONTROLE

Profa. Alice Gonzalez Borges

Advogada e consultora jurídica. Procuradora do Estado da Bahia, aposentada. Professora titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador, aposentada. Ex- professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UNIFACS, Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, cadeira no 30. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia e membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

1. Introdução. 2. Os consórcios públicos. 3. Problemas de competência constitucional, enfrentados pela Lei nº 11.107/05. 4.Aspectos inovadores. 4.1. Abandono da distinção clássica entre convênios e consórcios. 4.2.Personalidade jurídica dos consórcios públicos. 4.3. Consórcios criados com personalidade de direito privado. 5. Competências dos consórcios públicos. 6. Conteúdo do protocolo de intenções. 7. Os contratos criados pela Lei 11.107/05. 8. Alteração das leis federais ela Lei 11.107/05. 9. Problemas de implantação da Lei de Consórcios Públicos. 10. O controle externo da atuação dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação. 11. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Opera-se, atualmente, em todos os quadrantes da terra, verdadeira reviravolta, redefinição ou até mesmo a reconstrução do modelo do Estado contemporâneo, por força das grandes e marcantes transformações econômicas, políticas e sociais deste início de milênio, levando os juristas a repensar muitos dos institutos tradicionalmente cristalizados.

Põem-se, assim, os grandes problemas que o direito administrativo é chamado a resolver, nesta época histórica, recriando soluções e reavaliando técnicas de desempenho, para tornar-se consentâneo com as profundas e complexas mudanças que se processam no cenário nacional e internacional. Tais mudanças não podem ser ignoradas: bem ao contrário, deverão ser especialmente refletidas, com a maior seriedade e responsabilidade, pelos estudiosos e aplicadores do direito.

Essas mudanças, como não poderia deixar de ser, repercutem profundamente na doutrina e na legislação, fazendo surgirem novas idéias, novas tendências, quando não novos institutos.

A partir daí, cabe nova avaliação e reavaliação de muitos dos cânones consagrados no direito administrativo. Enquanto uns cedem passo, já que superados pelas novas realidades, outros surgem, novos, ou com roupagens que pretendem ser novas.

É nesse mundo cambiante que terá de desenvolver-se nosso estudo mais aprofundado, sempre tendo em mente, como seguro norte e fanal, aqueles marcos que sinalizam para o melhor, mais ético e mais eficiente desempenho da ação administrativa e para a mais adequada defesa dos direitos dos administrados - cidadãos.

Ante esses novos questionamentos, se é verdade que os estudiosos do direito administrativo, mais que quaisquer profissionais de outros ramos da ciência jurídica, têm que estar atentos e sensíveis aos novos acontecimentos e às novas tendências da época atual, não podem, entretanto, descurar da intransigente defesa dos luminosos princípios que ainda alicerçam a estrutura de nossa Carta, apesar de tão emendada. Esses princípios são o que temos de mais precioso, e devem ser cuidadosamente preservados. Isto, sobretudo, quando se pretendem transplantar inovações e experiências de outros povos, sem as necessárias adaptações a nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Tais reflexões nos preocupam, especialmente, quanto ao surgimento, em nosso direito, das recentes inovações legislativas trazidas pelos institutos das parcerias público-privadas e dos consórcios públicos.

Outra apreensão, que acode aliás a qualquer cidadão comum, diz respeito à realidade sócio-política atual do País. Como funcionarem eficientemente tais regras legais tão inovadoras, por mais bem intencionadas que sejam, ante o panorama desalentador que enfrentamos no momento histórico presente, com tantos desvios e interferências da política partidária, com a revelação de múltiplos e até então impensáveis atos de corrupção de gestores políticos? Quais novas formas solertes e inusitadas de desvios de conduta de administradores poderão ser engendradas, frustrando as reais finalidades de tais leis?

É com tais cuidados que examinaremos a nova legislação pertinente aos consórcios públicos e aos convênios de cooperação, alertando seus aplicadores para alguns aspectos obscuros ou permissivos, que, se não evitados ou corrigidos, poderão suscitar possíveis desvirtuamentos.

2. OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS.

A Lei 11.107/05, disciplinando os consórcios públicos à luz do art. 241 da Constituição da República, veio trazer, para os cidadãos em geral e para os operadores de direito, grandes perspectivas que a tornam especialmente bem-vinda, por um lado; por outro, algumas fundadas apreensões quanto à sua

aplicação prática.

Trata-se de poderoso instrumento que, se bem aplicado, ensejará amplas possibilidades para municípios, ou mesmo para estados mais carentes de recursos, de enfrentar conjuntamente empreendimentos de infra-estrutura, altamente necessários para suas populações, porém muito dispendiosos.

Poderão, assim, congregar-se associativamente para combinar e somar os recursos materiais, financeiros e humanos de cada um, no sentido de realizarem ações conjuntas que, se fossem desempenhadas por cada ente público, isoladamente, não ofereceriam a suficiente viabilidade financeira, nem alcançariam os mesmos resultados positivos, com a desejável eficiência.

Aumenta-se a capacidade de grupos de entes públicos, - inclusive com a novidade da presença da União, através de sua significativa participação mediante a transferência de recursos, - para solucionarem problemas comuns, sem quebra de sua autonomia constitucionalmente assegurada.

O compartilhamento de recursos isoladamente escassos, de máquinas e equipamentos e de pessoal especializado, propicia condições que atinjam resultados que não seriam possíveis a nenhuma unidade isoladamente, na realização de políticas públicas de grande interesse coletivo.

Em especial, a congregação de vários municípios em torno de uma realização comum irá, sem dúvida, representar um maior atrativo para a catalisação de investimentos privados e de financiamentos de certo porte, ampliando significativamente seu poder de negociação junto aos governos estaduais e federais.

3. PROBLEMAS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL, ENFRENTADOS PELA LEI 11.107/05.

Diz o art. 241 da Constituição, com a redação lhe deu a E C nº 19/98:

"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"

Ensejou-se, assim, entre alguns juristas, o entendimento de que tal matéria haveria de ser disciplinada *pela lei de cada ente federado*, em homenagem à sua autonomia constitucionalmente assegurada. Mas, evidentemente, o disciplinamento diferente de tais vínculos de cooperação pelos diversos entes federados, sem nenhuma coordenada comum, sem nenhuma linha de coerência, geraria verdadeira anarquia, e não alcançaria os salutares resultados pretendidos pelo texto constitucional em comento, o qual visa regular a gestão associada dos diversos entes federados, em torno de objetivos comuns de interesse público.

A aplicação do dispositivo constitucional há que ser entendido por dois ângulos diferentes.

Uma coisa é a competência para estabelecer diretrizes gerais que norteiem a celebração de convênios e consórcios entre entes federados. O que a Lei nº 11.107/05 pretende, em seu conteúdo, é *regular* a aplicação do texto constitucional por todas as unidades da Federação, com o caráter de *lei nacional.* no que diz respeito à *constituição* dos consórcios públicos, bem como à celebração de convênios de cooperação entre entes federados. Cuida-se de definir *como as vontades dos entes federados partícipes se articularão* em torno da consecução dos seus objetivos de interesse comum, sem que se quebre, com isso, sua autonomia constitucional. Estabelece, assim, um supraordenamento da composição de competências desses entes da Federação, em plano abrangente e nacional.

Outra, bem diversa, - esta, sim, da inarredável competência de *cada ente de direito público*, - é a *decisão de participar*, *ou não*, de tais ajustes, com a definição de seus objetivos e a estipulação de suas condições. Nesse ponto, cuidou bem a Lei 11.107/05 de preservar a autonomia constitucional de cada um dos entes federados, sobretudo nos seguintes aspectos:

- para determinar os objetivos dos consórcios ;

- para subscrever previamente, através de seus chefes do Executivo, um protocolo de intenções;

- para ratificar, ou não, através de seus corpos legislativos, o disposto no protocolo de intenções, de modo total ou parcial (art. 5º);

- para consignar, em sua própria lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para arcar com as despesas de sua responsabilidade;

- para manter contabilidade própria dos elementos econômicos e das atividades dos projetos atendidos;

- para decidir sobre sua *retirada* do consórcio;

- para ratificar, por seus corpos legislativos, a alteração ou a extinção do consórcio;

- para submeter–se à fiscalização contábil, operacional e patrimonial de cada Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do seu Chefe do Poder Executivo (conforme o caso, Tribunal de Contas da União, Tribunais de Contas estaduais, Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver).

4. ASPECTOS INOVADORES.

4.1. ABANDONO DA DISTINÇÃO CLÁSSICA ENTRE CONVÊNIOS E CONSÓRCIOS.

Sempre se entendeu, em nosso direito, com base sobretudo na consagrada doutrina de HELY MEIRELLES[1] que os *convênios* poderiam ser realizados entre pessoas e entidades de diferentes espécies, convergindo para uma *mesma finalidade de interesse comum,* que necessariamente não precisava ser da competência de todas e de cada uma delas. Além disso, é amplamente praticada a celebração de convênios entre pessoas públicas e particulares.

Diferentemente, reservava-se a figura do *consórcio* para os ajustes celebrados entre entidades da *mesma espécie* e da *mesma competência*. Nesse sentido, desenvolveu-se amplamente, em todo o País, a instituição de consórcios intermunicipais, e de alguns isolados convênios interestaduais.

Mas, agora, o art. 241 da Constituição consagra a possibilidade de celebração de consórcios com a União, - ente federado único em sua espécie, - adotando posição inovadora, relativa à distinção tradicional. Os consórcios, de composição homogênea quanto à espécie de partícipes e quanto à competência destes, evoluem, assim, para uma natureza heterogênea, até então sem parâmetros em nosso direito.

Quanto aos convênios de cooperação, a Lei omitiu a referência expressa aos mesmos, em sua ementa e no artigo 1º, em que somente alude aos *consórcios públicos;* mas, examinadas detalhadamente suas disposições, verifica-se, mais adiante, que também tratam da gestão associada de serviços públicos sob a forma de *convênios de cooperação*.

Tais convênios de cooperação também são tratados como espécie nova e diferenciada dos convênios que até então conhecíamos em nosso direito, uma vez que serão constituídos unicamente por entes da Federação.

4.2. PERSONALIDADE JURÍDICA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Outra significativa inovação da Lei 1.107/05 consiste em atribuir *personalidade jurídica* aos consórcios públicos (artigos 1º, § 1º e 6º), o que facilita extremamente a operacionalização de suas atividades.

Tal personalidade jurídica se configura como *associação*, podendo esta ser de direito público ou de direito privado.

Quando criado com personalidade de direito público, o consórcio público se apresenta como *associação pública,* nova pessoa de direito público interno criada por alteração do art. 41, inciso IV, do Código Civil , o qual passou a ter a seguinte redação:

[1] "Direito Municipal Brasileiro, São Paulo, 1993.

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

I – ommissis

II - ommissis

III – ommissis

IV- as autarquias, inclusive *as associações públicas* (Grifamos).

Por que "*inclusive*"? A única explicação que nos parece plausível é a de que pretendeu o legislador tratar a *associação pública* como uma *subespécie de autarquia.*

Decerto, porque o art. 37 da Constituição apenas prevê, como integrantes da administração indireta, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas. Com essa "inclusão" das associações públicas entre as autarquias, evitou-se, ao que parece, a edição de (mais uma) emenda constitucional.

Note-se que a Lei nº 11.107/05, mais adiante, dispõe que o consórcio público com personalidade de direito público integra a *administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.*

Ora, o art. 37, inciso XIX, da Constituição, determina que somente *por lei específica* poderá ser criada autarquia, e, como vimos, a associação pública foi *incluída* entre as autarquias. O art. 6º da Lei 11.107/05 resolve o impasse, dispondo que o consórcio adquirirá personalidade jurídica de direito público, como associação pública, *mediante a vigência da lei de ratificação do protocolo de intenções*.

Se bem entendemos, recapitulando:

1º- os entes federados assinam um protocolo de intenções, através dos seus chefes de Executivo;

2º- o protocolo de intenções é levado ao legislativo de cada ente federado, para que o ratifique;

3º – ao editar lei que ratifica os termos e condições do protocolo de intenções, e se este contiver a previsão de que o consórcio resultante terá *personalidade de direito público,* cada ente federado estará *criando,* ao mesmo tempo, *em sua própria estrutura administrativa*, uma *associação pública*, de natureza autárquica, que integrará sua administração indireta e, ao mesmo tempo, a administração indireta de todos os demais entes públicos partícipes. Essa subespécie autárquica será necessariamente de natureza pluripessoal, e se deduz que seu funcionamento e administração obedecerão a regras muito específicas, novas em nosso direito.

Diz o art. 15, da Lei 11.107/05, que, *no que não contrariar suas disposições*, os consórcios públicos terão sua organização e funcionamento

disciplinados pela legislação que rege as associações civis. Trata-se dos artigos 53 a 61 do Código Civil. A propósito, convém lembrar que o parágrafo único do art. 53 do Código enfatiza que, na associação, - *pessoa jurídica constituída pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos, - não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocas,* o que afasta a idéia de contratualidade que a Lei 11.107/05 quis emprestar à sua constituição.

4.3. CONSÓRCIOS CRIADOS COM PERSONALIDADE DE DIREITO PRIVADO.

Contrariamente ao que dispunha o Projeto de Lei nº 3.884/04, que somente previa o consórcio sob a forma de pessoa de direito público, diz a Lei 11.107/05, em seu art. 4º, inciso IV, que o consórcio público será associação pública, ou "*pessoa de direito privado sem fins econômicos"*; e, no art. 6º, inciso II, que os consórcios com personalidade de direito privado devem atender, para sua constituição, *"aos requisitos da legislação civil",* que serão, na previsão do art. 15, já citado, para os consórcios públicos em geral, os referentes às associações civis.

Vale observar, a propósito, que, segundo a lei, tais consórcios de direito privado observarão *"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"* (art. 6º, § 2º). (Observe-se, a propósito, que, ao que saibamos, a *norma de direito público* que se aplica à admissão de pessoal contratado pela CLT, como exceção ao seu regime comum, é a da *obrigatoriedade de concurso*, prevista no art. 37, inciso II. da Constituição. Será isto o que pretendeu o legislador, para os consórcios públicos dotados de personalidade jurídica de direito privado?)

Não nos parece feliz a inovação da Lei, por vários motivos, antes constituindo um retrocesso à anterior proliferação de consórcios administrados por pessoas de direito privado, já existentes em milhares de municípios, sob as mais inusitadas formas, sem nenhuma regra disciplinadora, conforme noticiado pelo IBGE já em 2001.

Compartilhamos as mesmas preocupações que tem manifestado a doutrina, ao longo dos anos, com respeito a entregar-se a administração do consórcio público a uma associação regida pelo direito privado, mesmo com as cautelas introduzidas pelo art. 6º, § 2º. Não nos parece que a personalidade de direito privado seja adequada para reger as relações a serem travadas exclusivamente entre pessoas de direito público interno.Vale ainda notar que a Lei em comento traçou uma série de competências para os consórcios públicos em geral, sem distinguir-lhes a espécie de regime jurídico, e que o desempenho de algumas dessas competências efetivamente não se coaduna com um regime de direito privado.

5. COMPETÊNCIAS DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS.

Os consórcios públicos, (pessoas de direito público ou de direito privado), regem-se pelos seus estatutos (art. 7º) e serão constituídos por contrato, cuja celebração depende da prévia subscrição do protocolo de intenções (art. 3º), podendo:

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

- promover desapropriações e instituir servidões, nos termos da declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público competente;

- ser contratados pela administração direta ou indireta dos entes consorciados, com *licitação dispensada* (art. 3º, III) ;

- arrecadar tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pela outorga de uso dos bens públicos por eles administrados, ou, mediante autorização específica, daqueles administrados pelo ente da Federação consorciado;

- outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos, mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que indicará o objeto e as condições da concessão, permissão ou autorização, observada a legislação de normas gerais em vigor.

6. CONTEÚDO DO PROTOCOLO DE INTENÇÕES.

A constituição do consórcio público depende da prévia subscrição de um *protocolo de intenções* pelos chefes dos executivos dos entes federados, no qual se definem o objeto e as condições do ajuste, conforme as *cláusulas necessárias definidas em lei.* Esse protocolo será submetido à *necessária* e *livre* ratificação pelos corpos legislativos de cada um desses entes.

Entre as disposições legais relativas às cláusulas necessárias do protocolo de intenções incluem-se as relativas às competências da *assembléia geral consorcial*, prevista como *instância máxima do consórcio.*

A *assembléia geral consorcial* será composta de representantes dos entes consorciados, cabendo a *representação legal do consórcio* ao Chefe do Poder Executivo de um dos entes consorciados, com *duração de seu mandato* e *forma de sua eleição* a serem definidos pelo protocolo de intenções (art. 4º, inc. VIII).

O protocolo de intenções definirá as normas de convocação e funcionamento da assembléia consorcial, bem como para a elaboração, aprovação e alteração dos estatutos que regerão o funcionamento do consórcio público (art. 4º, inciso VI).

Colhe-se do disposto no inciso VII, bem como no § 2º do artigo 4º, que o

número de votos de cada ente da Federação consorciado, na assembléia geral, será definido pelo protocolo de intenções, *assegurado o mínimo de um voto*. Tal significa que é admitido, na assembléia consorcial, o *voto múltiplo,*- o que, a um só tempo, viola o principio federativo e o princípio da *igualdade jurídica dos partícipes*.

A Lei não define qual o critério de fixação do voto múltiplo. Se este for definido no protocolo de intenções como proporcional ao *quantum* de recursos investidos, fácil é prever-se que, se o consórcio for integrado pela União, dispondo esta sempre de maiores recursos, ter-se-á, por via transversa, assegurado o predomínio de seus votos na assembléia. Em suma, retorna-se, sub-repticiamente, à velha tendência de centralização de decisões pela União, que tem acarretado tão nefastas conseqüências na história do País.

Prevê-se, ainda, a cessão de pessoal ao consórcio, por parte dos entes da Federação consorciados, ou dos com eles conveniados, na forma e condições da legislação de cada um (art. 4º, § 4º).

Define-se como objeto do protocolo a estipulação do número, formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos em que haverá contratação por tempo determinado para atendimento a necessidades temporárias de excepcional interesse público (art. 4º, inciso IX). (Evidentemente, tal previsão não se dirige aos consórcios com personalidade de direito privado, cujo regime de pessoal está claramente definido no art. 6º, § 2º).

O protocolo de intenções ainda prevê, no art. 4º, X, as condições para que o consórcio celebre contratos de gestão ou estabeleça formas de parceria.

No art. 4º, XI, estabelecem-se as coordenadas da autorização para a *gestão associada de serviços públicos* pelos consórcios, definindo-se: as competências que lhe serão delegadas; a natureza dos serviços e a área em que serão prestados; a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização para a prestação dos serviços; as condições a que o contrato de programa deverá obedecer, se a gestão associada também envolver a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes partícipes; critérios para o cálculo do valor das tarifas ou de preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão.

Define-se, ainda, pelo protocolo de intenções, a *área de atuação* dos consórcios, em função da natureza dos entes consorciados e pela soma dos seus respectivos territórios (art. 4º, § 1º, e seus incisos I a IV). É de ressaltar-se, a propósito, a cautela do legislador em vedar, no art. 1º, § 2º, a constituição de consórcios públicos diretamente entre a União e os municípios, sem a obrigatoriedade da participação dos Estados em que tais municípios estejam situados.

7. OS CONTRATOS CRIADOS PELA LEI 11.107/05.

A Lei 11.107/05 prevê espécies de contratos, até então inexistentes no

direito posto:

- o "contrato" para a *constituição do consórcio*, que é precedido da ratificação do protocolo de intenções *pela lei* de cada ente consorciado;

- o *contrato de rateio* dos recursos investidos, conforme as disposições específicas do art. 8º;

- o *contrato de programa*, que está amplamente detalhado no art. 13 e seus incisos e parágrafos.

Em verdade, os consórcios e os convênios não são constituídos por contratos. Trata-se de negócios jurídicos multilaterais, os *acordos*, em que as vontades dos partícipes *convergem* para a consecução de um interesse comum, estabelecendo um vínculo de cooperação associativa que tem características bem diversas daquelas que se encontram na categoria contratual:

- posição jurídica idêntica dos partícipes;

- diversificação do tipo de cooperação a ser prestada, na medida das possibilidades de cada um;

- liberdade de ingresso e de retirada dos partícipes;

- possibilidade de denúncia unilateral por qualquer dos partícipes;

- subsistência, em caso de retirada de um partícipe, somente das suas responsabilidades assumidas durante a vigência do ajuste.

O *contrato de rateio*, estabelecendo as obrigações financeiras de cada um dos entes reunidos em consórcio, e o *contrato de programa*, operacionalizando as obrigações relativas a encargos, serviços e bens necessários à implementação dos objetivos do consórcio, constituem poderosos instrumentos que possibilitam e dinamizam a atuação prática dos consórcios e dos convênios de cooperação.

O *contrato de rateio*, segundo a previsão da Lei nº 11.107/05:

- é celebrado entre *cada ente consorciado* e *o consórcio público* (art. 8º);

- é formalizado em cada exercício financeiro;

- tem prazo de vigência condicionado à previsão das dotações orçamentárias que lhe darão suporte (art. 8º, § 1º), exceto no caso de programas e ações contempladas em plano plurianual, ou no da gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou preços públicos;

- os entes consorciados, isoladamente ou em conjunto, são partes legítimas para exigir o cumprimento das obrigações previstas no contrato de rateio (art. 8º, § 3º);

- a Lei prevê, no § 5º do art. 8º, a *exclusão do consórcio*, *após prévia \suspensão*, do ente consorciado que não consignar, em sua lei

orçamentária, ou em créditos adicionais, as dotações necessárias para atender às despesas assumidas pelo contrato de rateio.

Só não diz a Lei, em lamentável omissão, *quem* é competente para adotar medidas tão drásticas, quais sejam a suspensão e a exclusão do consórcio, nem qual o período da suspensão e seus efeitos, nem em quais condições a exclusão seguir-se-á, ou não, à suspensão. Presume-se, de todo o contexto geral da Lei, que tal competência deverá caber à assembléia geral consorcial. Não se compreende, entretanto, por que matéria tão relevante não constou das *cláusulas necessárias* do protocolo de intenções.

Vale lembrar, a propósito, que o Código Civil, na parte referente às associações civis, que se aplica aos consórcios públicos *no que não contrariar a Lei 11.107/05 (*omissa a respeito), contém disposição específica para a exclusão de associados, qual seja o seu art. 57. Tal dispositivo legal. alterado pela Lei nº 11.127, de 28 de junho deste ano, passou a ter a seguinte redação, *in verbis :*

> *"Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto".*

Demais disso, o art. 18 alterou o art. 10 da Lei nº 8.429/92, que elenca atos de improbidade administrativa, para adicionar-lhe o inciso XV, *in verbis:*

> *"celebrar o contrato de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária , ou sem observar as formalidades previstas na lei".*

Tão rigorosas disposições fazem, pois, do contrato de rateio o instrumento que consubstancia as obrigações financeiras de cada ente consorciado, conferindo-lhes a necessária seriedade e segurança.

Quanto ao *contrato de programa*, tem as seguintes características:

- é celebrado entre *dois entes da Federação,* ou entre *um ente da Federação e um consórcio público;* se previsto no contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação, poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados (art. 13, § 5º);

- atenderá à legislação das concessões e permissões de serviços públicos, quanto à regulação dos serviços e o cálculo de tarifas ou de preços públicos;

- deverá conter as cláusulas estabelecidas nos incisos I a VI do art. 13, § 2º, sob pena de nulidade, no caso de transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos;

- continuará vigente, mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos;

- será automaticamente extinto, no caso de que o contratado já não mais integre a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação (art. 13, § 6º).

As conseqüências da subsistência do contrato de programa após a extinção do consórcio público ou do convênio de cooperação que o autorizou; e, bem assim, as da sua *extinção automática,* no caso de haver uma modificação na organização administrativa do ente federado que suprima uma sua entidade da administração indireta, deveriam ter sido melhor disciplinadas pelo legislador.

Afinal, trata-se de contratos especiais que viabilizam a gestão associada de serviços públicos, e que cuidam dos diversos aspectos da transferência total ou parcial de encargos, de serviços, de pessoal e de bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Tal matéria por sua importância, mereceria tratamento mais prudente e cauteloso, por mais de um aspecto legal. Como fica esse pessoal transferido, por exemplo, em caso da extinção automática do contrato de programa que gerou sua transferência? E os bens transferidos, qual será sua destinação?

Também o art. 14 prevê a realização de *convênio,* mas este não é o *convênio de cooperação* a que se alude acima, e que está previsto na Constituição: será aquele celebrado pela União com os próprios consórcios públicos, objetivando "a descentralização e a prestação de políticas públicas em escala adequada".

Tendo em vista o disposto no art. 2º, § 1º, inciso I, que já contém a previsão genérica de celebração de convênios pelos consórcios públicos, pareceria despiciendo tal destaque. Segundo CLEBER DEMETRIO OLIVEIRA DA SILVA [2], trata-se de *"inteligente manobra legislativa"* que permita à União, não podendo celebrar consórcios com municípios sem a participação dos Estados-membros, na dicção do art. 1º, § 2º, obviar tal proibição celebrando convênios diretamente com consórcios intermunicipais.

8. ALTERAÇÃO DE LEIS FEDERAIS PELA LEI 11.107/05

A Lei 11.107/05 efetuou várias e importantes alterações em outras leis federais:

a) No Código Civil, quanto ao art. 41, criando nova pessoa de direito publico interno, a *associação pública,* como já comentamos.

b) Na Lei 8.666/93, quanto aos artigos:

[2] SILVA, Cleber Demétrio Oliveira da – "Lei nº 11.107/05: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros". Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.705. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.aspid=6872> Acesso em 27 jun.2005.N**ota de rodapé nº 87.**

- 23, alterando em dobro ou em triplo o limite de valor para dispensa de licitação, conforme o número de entes federados participantes do consórcio público que venha a celebrar contratos;

- 24, acrescentando o inciso XXVI, com mais uma hipótese de dispensa de licitação para a celebração de contratos de programa autorizados por consórcio público ou convênio de cooperação; e adicionando-lhe parágrafo único, que altera para 20% os limites previstos nos incisos I e II do caput do artigo, para compras e serviços contratados por consórcios públicos;

- 26, apenas para compatibilizar sua redação com as modificações introduzidas no art. 24;

- 112, adicionando o §§ 1º, quanto à realização de licitações pelos consórcios administrativos, das quais resulte a celebração de contratos por órgãos ou entidades dos entes federados consorciados e ampliando, no § 2º, também para a licitação, a faculdade de acompanhamento da entidade interessada.

c) Na Lei 8.429/92, acrescendo dois incisos, XIV e XV, às hipóteses de ato de improbidade administrativa do art. 10, quanto à celebração de contrato para a prestação de serviços mediante gestão associada, sem observância das formalidades previstas em lei, ou de contrato de rateio de consórcio público sem obediência às formalidades legais ou sem suficiente e prévia dotação orçamentária.

Cumpre-nos destacar, por sua importância, as alterações da Lei geral de licitações e contratos administrativos, nº 8.666/93, efetuadas pela Lei nº 11.107/05.

Como vimos, o consórcio público, que será dotado de personalidade jurídica própria, de direito público (como subespécie de autarquia), ou de direito privado, como associação civil, terá *dispensada* a licitação para firmar contratos com a administração direta e indireta dos entes da Federação consorciados (art. 2º , § 1º, III). Note-se que, caso se trate de consórcio público com personalidade de direito público, já integrará, pela própria dicção do art. 6º, § 1º, a própria administração indireta de cada um dos entes consorciados. Bem diferente é o caso em que o consórcio público se revista da personalidade de direito privado.

O consórcio público poderá firmar contratos com terceiros, em geral (art. 2º, § 1º, inciso I). Em todos esses contratos, aplicar-se-á o dobro ou triplo (conforme o número de entes consorciados) do valor previsto no art. 23 da Lei 8.666/93 para a fixação dos tetos das diversas modalidades de licitação. Conseqüentemente, tal regra repercutirá na aplicação dos percentuais de valores para dispensas de licitação, que estão previstos no art. 24, incisos I e II da mesma Lei 8.666/93 e no seu parágrafo único, os quais passarão a ser, para os contratos celebrados por consórcios públicos, aumentados para 20% .

É incluída a dispensa de licitação para a celebração de *contratos de programa* por entidades de direito público ou privado integrantes da administração

direta ou indireta de qualquer dos entes da Federação conveniados ou consorciados (art. 13, § 5º) com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços de forma associada, nos termos do autorizado em "contrato" de consórcio público ou em convênio de cooperação.

A propósito, invocamos a cautelosa advertência de CARLOS PINTO COELHO MOTTA [3]:

> *"Causa até mesmo certa apreensão o crescente número de hipóteses legais de dispensa, demonstrado pelo quadro da evolução legislativa que ilustrou esta matéria. De fato, as hipóteses de dispensa já são suficientemente numerosas e conflitantes na vigente redação da Lei 8.666/93. E tem-se visto que, em vez de promover sua necessária depuração, as propostas de mudança da lei não fazem mais do que aumenta-las ainda mais, enveredando por um caudal interminável de execeções que acabam por desmentir a regra da igualdade preconizada como princípio licitatório".*

9. PROBLEMAS DA IMPLANTAÇÃO DA LEI DE CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A implantação prática da nova sistemática trazida pela Lei nº 11.107/05 oferece certas dificuldades para as quais a realidade brasileira ainda não está preparada.

De um lado, temos um panorama da Nação extremamente conturbado por acontecimentos que fizeram vir à tona, graças à liberdade de imprensa e às facilidades de comunicação, sérios escândalos que revelam a prática generalizada de corrupção, de desvios de conduta de administradores públicos e que põem a nu a fragilidade de nossas instituições políticas. Em tal ambiente, é difícil imaginar que governos e legislativos de estados e municípios se congreguem para uma atuação harmônica e coordenada em prol de políticas públicas exclusivamente voltadas para o cumprimento de metas correspondentes aos interesses públicos, colocando-as acima de eventuais e mesquinhas divergências político-partidárias.

Por outro lado, a nova roupagem dos consórcios públicos como entes dotados de personalidade jurídica própria, dotados de amplas atribuições, a temática dos contratos de programa e dos contratos de rateio, são criações legais extremamente complexas, que não encontram parâmetros em experiências administrativas anteriores. A Lei 11,107/05 representa um meritório esforço do legislador federal para dar efetividade ao cumprimento do art. 241 da Constituição, preservando a autonomia das ordens federadas. Mas é diploma de difícil leitura e interpretação, de estruturação um tanto caótica e com certas omissões imperdoáveis. Muito se espera de sua próxima e anunciada regulamentação, mas há problemas que só podem ser solucionados em nível de

[3] "Eficácia nas Licitações e Contratos", Belo Horizonte, Del Rey, 2005, pg. 229.

lei.

Dir-se-ia que nossas preocupações não têm maior sentido, em um País que prima pelo descumprimento de suas leis, e em que muitos diplomas bem intencionados não saem do papel.

Ocorre, porém, que os consórcios públicos já existem, disseminados em todos os cantos do País, criados à deriva de disposições legais, e são muito numerosos. A edição de uma lei reguladora de tais consórcios irá sem dúvida incentivar o surgimento de novos. Com todos os senões que tenha, não vai ficar no papel. Nada mais legítimo, tendo-se em vista as grandes vantagens que propiciam para as administrações, ainda mais com a possibilidade, que se apresenta, de que consórcios públicos se aventurem no terreno do empreendimento de parcerias público-privadas. Pois a legislação sobre parcerias público-privadas só alcança grandes empreendimentos, envolvendo somas de recursos que não se encontram nas possibilidades de milhares de municípios, e até mesmo de estados carentes.

Os consórcios, os convênios de cooperação, os contratos de programa aparecem no cenário administrativo dotados de talvez excessiva liberdade de manejo dos dinheiros públicos sem os freios da obrigatoriedade de licitação, e com atribuições, no setor de gestão dos serviços públicos, que de certo modo atropelam o papel das agências reguladoras de muitos de tais serviços.

Tais considerações canalizam para a grande importância de que se reveste o exercício do controle da atuação dos entes públicos consorciados ou conveniados.

10. O CONTROLE EXTERNO DA ATUAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS E DOS CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO.

Aspecto altamente positivo da Lei é o que diz respeito à previsão do efetivo controle externo da atuação dos consórcios públicos, que determinou seja efetuado pelos Tribunais de Contas competentes para apreciar as contas de cada ente federado partícipe.

Preservada foi, assim, a autonomia dos entes federados. Mas existe uma fundada apreensão quanto ao problema do efetivo e eficaz funcionamento de tal controle. Melhor dizendo, há um sério perigo de atuações desarticuladas e desencontradas das Cortes de Contas, no exame das prestações de contas de diversos entes públicos: suponham-se, por exemplo, as dificuldades práticas da eficácia de um controle sobre o um consórcio integrado pela União, um Estado e um Município que disponha de seus próprios Tribunais de Contas.

Encarece-se, aí, mais ainda, a necessidade, que já se faz sentir em vários setores, da estruturação de um *sistema nacional integrado* de informações entre os diversos Tribunais de Contas, nos níveis federal, estaduais e municipais. Controles esparsos de diversos órgãos, em seus próprios âmbitos de competência, não devidamente coordenados, sem dúvida não assegurarão

suficientemente a lisura dos procedimentos contábeis e orçamentários, tão necessários para que a instituição de tais consórcios se revista da necessária segurança e seriedade.

Sobre outra espécie de controle, entretanto, a Lei omitiu-se completamente: *o controle participativo dos cidadãos*. Nem um só dispositivo legal previu a realização de consultas públicas, de audiências públicas, e sobretudo de conselhos , formados com a representação da sociedade civil, que possam manifestar-se para a estruturação dos consórcios e definição das metas a serem atingidas. E, no entanto, trata-se de organismos que irão manejar recursos públicos e que vão definir prioridades e modalidades de gestão associada de serviços públicos. Inafastável, ante a consagração constitucional da democracia participativa, que, para o atendimento de interesses cruciais de toda a coletividade, não seja esta convidada a opinar em assuntos de tamanha relevância. Cada vez mais, no cenário jurídico nacional, vem-se agigantando a idéia da necessidade de um efetivo controle social sobre as políticas públicas, como forma de garantir-se a plena realização dos princípios constitucionais.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

De qualquer sorte, deve ser festejada a nova legislação, pois com ela o País dá um primeiro e importantíssimo passo, que já tardava, para a disciplina da gestão associada, em diferentes níveis da Federação, da prestação de serviços públicos de grande interesse para a coletividade, e para o início de concretização de um federalismo regional, ideal irrealizado e acalentado por gerações de juristas brasileiros.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Damião – A Natureza Jurídica das Associações de Municípios e dos Consórcios Intermunicipais, *in* Revista de Direito Administrativo nº 238: 375-384.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio – Interesse público primário e secundário – Convênio entre União e Estado- Dever de indenização - (Parecer) – *in* Revista de Direito Público nº 75 – julho –setembro de 1985.

BETTI, Emilio – Teoria Geral do Negócio Jurídico - t.2 – Coimbra- Coimbra Editores, 1969 .

BORGES, Alice González – Operações Urbanas Consorciadas: os Consórcios Municipais como Instrumentos de Realização do Estatuto da Cidade, *in* "Estudos em homenagem ao Prof. Adilson Dallari, Coord. de Luiz Guilherme da Costa Wagner, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2004.

_____. Temas do Direito Administrativo Atual, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004.

_____. Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos, S.Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BUCCI, Maria Paula Dallari, Gestão associada de serviços públicos e regiões metropolitanas - *in* Estudos em homenagem ao Prof. Adilson Dallari, Coord. de Luiz Guilherme da Costa Wagner, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2004.

FALCÃO, Alcino Pinto – Aspectos da cooperação horizontal no federalismo- *in* Revista de Direito Público nº 33: 23-30.

GRAU, Eros Roberto – Contrato e Convênio - verbete da Enciclopédia Saraiva do Direito, t. 20, S.Paulo, Saraiva, 1977.

HORTA, Raul Machado – Federação e Regionalismo, *in* Revista de Direito Público nº 64: 16-19.

_____. Tendências do Federalismo Brasileiro, *in* Revista de Direito Público nº 8: 6-25.

MEIRELLES, Hely Lopes – Direito Municipal Brasileiro - 6ª ed., S.Paulo, Malheiros Editores, 1993.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa – Convênios e Consórcios Administrativos - Instrumentos do Federalismo Brasileiro - disponível em http://www.jus.com.br/doutrina/convenio.html. Acesso em 28/10/00.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo – Coordenação Gerencial na Administração Pública, *in* Revista de Direito Administrativo, vol.214:35-53.

_____. Constituição e Revisão, Rio de Janeiro, Forense, 1991.

_____.Curso de Direito Administrativo, 11ª ed., Rio, Forense, 1997.

PETROCCHI, Carlo – verbete *Consorzi per l'uso delle acque*- Nuovo Digesto Italiano, p. 290-294

ROCHA, Carmen Lucia Antunes, República e Federação no Brasil, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1996.

SILVA, Cleber Demétrio Oliveira da – Lei nº 11.107/05: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.705. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.aspid=6872> Acesso em 27 jun.2005.

SILVA, José Afonso da – Direito Constitucional Positivo, S.Paulo, Malheiros Editores, 1997.

STANCANELLI, Giuseppe – verbete *Consorzi Stradali* – Nuovo Digesto Italiano, p. 285-290.

_____.Los consórcios em el derecho administrativo, Madrid, Escuela Nacional

de Administración Pública, 1972 (Trad. de Enrique Ximénez de Sandoval)

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios Públicos, Nova Sistemática e Controle. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível