Número 6 – junho/julho/agosto 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

O CONSÓRCIO PÚBLICO NA LEI Nº 11.107, DE 6.4.2005

Prof. Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Lei nº 11.107, de 6-4-2005, dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos.

A lei é, sob todos os aspectos, lamentável e não deveria ter sido promulgada nos termos em que o foi. Mais do que resolver problemas, ela os criou, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o ponto de vista de sua aplicação prática. Algumas normas da lei são de difícil senão impossível aplicação.

Havia, antes da lei, certo consenso no entendimento de que o consórcio administrativo, do mesmo modo que o consórcio de empresas previsto no artigo 278, § 1º, da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15-12-76), não adquire personalidade jurídica. Apenas se discutia a melhor forma de administrar o consórcio.

Hely Lopes Meirelles (2003:388) entendia que, como os consórcios não assumem personalidade jurídica, não tendo, portanto, capacidade para assumir direitos e obrigações em nome próprio, "é de toda conveniência a organização de uma entidade civil ou comercial, paralela, que administre os seus interesses e realize seus objetivos como desejado pelos consorciados".

No mesmo sentido era a lição de Diógenes Gasparini (1995:281), quer em relação ao convênio, quer em relação ao consórcio. Ele ensina que "o

convênio, dada a sua índole, não adquire personalidade jurídica. Não lhe cabe, pois, por exemplo, comprar ou vender, ser locador ou locatário, ser empregador, contratar ou distratar, abrir e manter conta bancária, ter inscrição estadual, municipal ou federal, doar ou receber em doação, conveniar ou, em suma, assumir obrigações e desfrutar de direitos, dado que tais poderes são próprios das pessoas físicas ou jurídicas. Além disso, não se pode pretender que o convênio tenha uma estrutura organizacional e uma administração empresarial. Essas precauções não se compatibilizam com sua natureza e instabilidade institucional. A execução do convênio, por todas essas razões, fica sob a responsabilidade dos partícipes ou uma comissão executiva, que atuará nos termos e condições do convênio, mas sempre em nome dos partícipes".

Porém, ele admite, como Hely Lopes Meirelles, a constituição de uma sociedade civil, comercial ou industrial, com o fim precípuo de executar o convênio em todos os termos e condições fixados pelos partícipes. Mais adiante (p. 284), ele afirma que tudo o que disse com relação ao convênio se aplica ao consórcio.

Na realidade, conforme temos entendido (Di Pietro: 18ª ed., 2005:302) nem o convênio nem o consórcio se constituem como pessoa jurídica; trata-se de acordos de vontades para a consecução de fins comuns. Não havia (até a promulgação da Lei nº 11.107/05) nada, no direito brasileiro, que autorizasse a considerar o consórcio como pessoa jurídica, seja no direito administrativo, seja no direito privado. Exatamente por se tratar de acordo de vontades é que a Lei nº 8.666, de 21-6-93, sobre licitações e contratos, manda aplicar as suas disposições, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública.

A melhor solução seria a de criar-se uma comissão executiva que vai administrar o consórcio e assumir direitos e obrigações (não em nome próprio, já que a Comissão não tem personalidade jurídica), mas em nome das pessoas jurídicas que compõem o consórcio e nos limites definidos no instrumento do consórcio.

Também seria possível, à semelhança do consórcio de empresas, indicar um dos partícipes como líder, hipótese em que ele pode (desde que previsto no instrumento do consórcio e autorizado em lei) instituir uma entidade (autarquia ou fundação) para gerir os assuntos pertinentes ao consórcio. Outra alternativa seria a instituição de um fundo constituído com verbas dos vários partícipes, que funcionaria vinculado a órgão de um dos entes integrantes do consórcio.

No entanto, o legislador preferiu dar tratamento diferente ao consórcio, atribuindo-lhe personalidade jurídica, conforme consta da Lei nº 11.107/05, embora não seja obrigatória essa criação de consórcio como forma de instituir-se a gestão associada referida no artigo 241 da Constituição.

A incongruência da lei começa a partir do preâmbulo com a referência a "normas gerais de contratação de consórcios públicos", idéia que se repete no artigo 1º, ao estabelecer que a lei dispõe sobre "normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivo de interesse comum".

Na realidade, a lei não trata de contratação de consórcios pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mas de constituição de pessoa jurídica, o que se dá por meio de todo um procedimento, que abrange várias fases, conforme se verá. O contrato corresponde a uma das fases do procedimento de constituição da entidade.

Talvez o objetivo do legislador fosse o de dar a impressão de que a lei, dispondo sobre contrato, insere-se na competência da União para estabelecer normas gerais sobre contratos administrativo, conforme previsto no artigo 22, XXVII, da Constituição.

Os consórcios estão previstos no artigo 241 da Constituição Federal (introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98), em cujos termos "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".

O objetivo da norma constitucional é o de consolidar a gestão associada entre os entes federados para consecução de fins de interesse comum. Normalmente, essas matérias são as que se inserem na competência comum prevista no artigo 23 da Constituição. Muitas vezes, o serviço que uma pessoa jurídica pública não pode ou tem dificuldades para executar sozinha, torna-se possível ou mais eficiente mediante a conjugação de esforços.

Na Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, o artigo 13 estabelecia que "a União, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais".

A Constituição vigente, no artigo 241, criou certa perplexidade ao estabelecer que os entes federados "disciplinarão por lei os consórcios e os convênios de cooperação", dando a impressão de que cada qual terá competência própria para legislar sobre a matéria. Só que, como os consórcios envolvem a participação de diferentes pessoas jurídicas públicas, é impossível que cada qual estabeleça suas próprias normas, sem que haja uma lei de âmbito nacional estabelecendo os pontos comuns. Provavelmente por essa razão, foi promulgada a Lei nº 11.107/05, disciplinando a matéria. Só que não são normas gerais sobre contrato, mas normas sobre constituição de pessoa jurídica por entes federativos em conjunto.

Outra incongruência da lei é a de considerar como ato de improbidade administrativa que lesão ao erário "celebrar contrato ou outro instrumento que

tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas em lei" . É o que consta do artigo 18 que deu nova redação ao artigo 10 da Lei nº 8.429, de 2-6-92, para inserir o inciso XIV com essa redação

A lei não pode dizer que causa prejuízo ao erário – e, por isso constitui improbidade administrativa – um ato que efetivamente não causa esse tipo de prejuízo. A hipótese destoa dos demais incisos da Lei de Improbidade Administrativa. Nem precisaria haver qualquer alteração nessa lei, tendo em vista que a infringência a qualquer tipo de lei já constitui ato de improbidade previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Antes da promulgação da Lei nº 11.107/05, havia certo consenso doutrinário em considerar o convênio e o consórcio como acordos de vontade, sendo o consórcio utilizado quando os entes consorciados eram do mesmo nível (consórcio entre Municípios ou entre Estados) e o convênio, quando se tratava de entidades de níveis diferentes, como por exemplo os convênios entre União e Estados ou Municípios, ou entre Estados e Municípios.

A Lei nº 11.107/05 veio mudar a natureza jurídica do instituto ao estabelecer, no artigo 6º, que "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".

Se tiver personalidade de direito público, constitui-se como associação pública (art. 6º, caput, inciso I) e "integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados" (conforme § 1º do art. 6º). Nesse caso, terá todas as prerrogativas e privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público, como imunidade tributária, impenhorabilidade dos bens, processo especial de execução, juízo privativo, prazos dilatados em juízo, duplo grau de jurisdição etc. Se tiver personalidade de direito privado, o consórcio, que se constituirá "mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil" (art. 6º, inciso II), "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" (art. 6º, § 2º).

Do exposto decorre que o chamado consórcio público passa a constituir-se em nova espécie de entidade da Administração Indireta de todos os entes federados que dele participarem. Embora o artigo 6º só faça essa previsão com relação aos consórcios constituídos como pessoas jurídicas de direito público, é evidente que o mesmo ocorrerá com os que tenham personalidade de direito privado. Não há como uma pessoa jurídica política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituir pessoa jurídica para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixá-la fora do âmbito de atuação do Estado,

como se tivesse sido instituída pela iniciativa privada. 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 (v. item 10.1.3.2).

Desse modo, se tiver personalidade de direito privado, reger-se-á pelo direito civil, em tudo o que não for expressamente derrogado por normas de direito público, tal como ocorre com as fundações governamentais instituídas com personalidade de direito privado e com as empresas estatais. A própria Lei nº 11.107 derroga parcialmente o direito privado, na medida em que se aplica aos consórcios públicos, independentemente de sua personalidade pública ou privada. Especificamente, o direito privado é derrogado quando o artigo 6º, § 2º, determina a sujeição dos consórcios com personalidade de direito privado às normas sobre licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal.

A lei deu alguns privilégios ao consórcio público, independentemente de sua natureza pública ou privada:

a) poder de promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público (art. 2º, § 1º, inciso II);

b) possibilidade de ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, com dispensa de licitação (art. 2º, § 1º, inciso III);

c) limites mais elevados para fins de escolha da modalidade de licitação (§ 8º do artigo 23 da Lei nº 8.666, de 23-6-93, acrescentado pela Lei nº 11.107/05);

d) poder de dispensar a licitação na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação (art. 24, XXVI, da Lei nº 8.666/93, acrescentado pela Lei nº 11.107/05);

e) valores mais elevados para a dispensa de licitação em razão do valor, prevista no artigo 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93, conforme alteração introduzida no parágrafo único do artigo 24 pela Lei nº 11.107/05.

Outra dificuldade que decorre da natureza jurídica atribuída aos consórcios públicos é o fato deles fazerem parte da Administração Indireta de todos os entes políticos que deles participarem como sócios. Além do controle pelo Tribunal de Contas, as entidades da Administração Indireta sujeitam-se ao

controle administrativo ou tutela, disciplinado, na esfera federal, pelo Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, sob o título de supervisão ministerial (arts. 19 a 29). Poderá acontecer que o mesmo consórcio seja controlado por vários entes federativos que dele façam parte; como pode acontecer de a mesma pessoa jurídica fazer parte de diferentes consórcios e ter de controlar todos eles. Além disso, a inserção da entidade na Administração Indireta far-se-á limitadamente, porque cada consorciado participará do consórcio nos termos e limites definidos na lei que o ratificar. Nem poderá exercer qualquer tipo de controle que signifique interferência na autonomia dos outros consorciados.

Quanto ao controle pelo Tribunal de Contas, o artigo 9º, parágrafo único, da Lei nº 11.107/05 tentou resolver o assunto, evitando a repetição de controles por Tribunais diferentes; o dispositivo determinou 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".

Isto, 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 federativas partícipes do consórcio, sob pena de infringência às normas constitucionais sobre fiscalização pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas.

Ainda quanto à natureza jurídica do consórcio público, existe outra incongruência na lei. Embora prevendo dois tipos de consórcios públicos (um com personalidade de direito público e, o outro, com personalidade de direito privado), o artigo 15 determina que "no que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis". Paralelamente, o artigo 16, altera o artigo 41 do Código Civil, que dá o elenco das pessoas jurídicas de direito público interno; o inciso IV, que menciona as autarquias, fica acrescido da expressão "inclusive as associações públicas". Isto seria desnecessário porque, sendo associação pública, já está inserida no vocábulo "autarquia", da mesma forma que as fundações de direito público.

Tem-se que entender, para dar algum sentido a essas normas, que os consórcios com personalidade de direito privado têm a natureza de associações civis, disciplinados pelo Código Civil, salvo as derrogações, já referidas, decorrentes da Lei nº 11.107/05; os consórcios com personalidade de direito público têm a natureza de associações públicas, enquadrando-se no gênero autarquia e regendo-se, em conseqüência, pelo direito público e não pelo Código Civil.

Diante do exposto e com todas as ressalvas feitas quanto à forma como foram disciplinados, pode-se conceituar os consórcios públicos, perante a Lei nº 11.107/05, como associações formadas por pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), com personalidade de direito

público ou de direito privado, criadas mediante autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos.

3. CONSTITUIÇÃO, ALTERAÇÃO E EXTINÇÃO DO CONSÓRCIO

Embora o artigo 3º da Lei nº 11.107/05 estabeleça que o consórcio será constituído por contrato, na realidade, outras normas contidas na lei permitem a conclusão de que a constituição do consórcio público se fará com observância de todo um procedimento, que envolve as seguintes fases:

a) subscrição de protocolo de intenções (art. 3º);

b) publicação do protocolo de intenções na imprensa oficial (art. 4º, § 5º);

c) lei promulgada por cada um dos partícipes, ratificando, total ou parcialmente, o protocolo de intenções (art. 5º) ou disciplinando a matéria (art. 5º, § 4º);

d) celebração de contrato (art. 3º);

e) atendimento das disposições da legislação civil, quando se tratar de consórcio com personalidade de direito privado (art. 6º, II).

Fácil é entender a necessidade de que o procedimento tenha início com a celebração de protocolo de intenções. Trata-se de figura pouco estudada no direito brasileiro e que designa um instrumento pelo qual os interessados manifestam a intenção de celebrar um acordo de vontade (contrato, convênio, consórcio ou outra modalidade) para a consecução de objetivos de seu interesse, porém sem qualquer tipo de sanção pelo descumprimento. Na realidade, não se assume, nele, o compromisso de celebrar o acordo; não se assumem direitos e obrigações; apenas se definem as cláusulas que serão observadas em caso do acordo vir a ser celebrado.

Como o consórcio é instituído como pessoa jurídica, não poderia ser constituído pela simples celebração de um contrato. Daí a necessidade de celebração de um protocolo de intenções em que se definam as condições em que o consórcio será instituído, até para poder submeter o consórcio à aprovação legislativa.

O artigo 4º da Lei nº 11.107 define as cláusulas necessárias do protocolo de intenções, como a denominação, a finalidade, o prazo de duração, a sede, a identificação dos entes da Federação consorciados, a área de atuação, a natureza jurídica pública ou privada, a forma de administração, os serviços públicos objeto da gestão associada etc.

Mesmo que subscrevendo o protocolo de intenções, o ente federativo poderá não participar do consórcio (art. 5º, § 1º) ou poderá participar parcialmente, se a ratificação por lei for feita com reserva e aceita pelos demais

subscritores do protocolo de intenções (art. 5º, 2º). Vale dizer que o fato de ter subscrito o protocolo de intenções não obriga o ente da Federação a participar do consórcio; a sua decisão não acarreta qualquer tipo de sanção.

Não haveria fundamento constitucional para obrigar os entes federativos a participarem do consórcio, pois isto significaria infringência à autonomia de cada qual.

A ratificação do protocolo de intenções é dispensada pelo artigo 5º, § 4º, desde que o ente da Federação, antes de subscrever o protocolo de intenções, tenha disciplinado por lei a sua participação no consórcio público. Evidentemente, essa participação ficará impossibilitada ou restringida se o protocolo de intenções estabelecer condições que contrariem a lei anterior que disciplinava a matéria.

Ainda sobre a ratificação, o art. 5º, § 3º, estabelece que, se realizada após dois anos da subscrição do protocolo de intenções, dependerá de homologação da assembléia geral do consórcio público.

Somente após a ratificação é que poderá ser celebrado o contrato de constituição do consórcio.

A exigência de contrato de constituição de consórcio público, quando este for instituído como pessoa jurídica de direito público, é contraditória quando confrontada com a norma do artigo 6º, inciso I. Estabelece o dispositivo que o consórcio público adquirirá personalidade jurídica “de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções”.

Como todas autarquias, a personalidade jurídica surge com a simples entrada em vigor das leis que as instituírem. A pessoa jurídica de direito público é criada por lei, conforme decorre do artigo 37, IX, da Constituição. Por isso, o vocábulo ratificação é incorreto, já que dá a impressão de que a lei apenas aprova uma criação já feita pela Administração Pública.

No caso dos consórcios públicos, a dificuldade está no fato de haver várias leis, uma de cada consorciado. A Lei nº 11.107 não diz como resolver as dificuldades que surgirão na hipótese de alguns entes ratificarem imediatamente, outros não ratificarem ou ratificarem parcialmente. Quantas leis ratificadoras têm que ser promulgadas para que o consórcio adquira personalidade jurídica? Supondo-se que um dos entes promulgue a sua lei ratificadora; pelo artigo 6º, I, entrando em vigor essa lei, surgirá a associação pública com a personalidade jurídica já instituída. Mas, se outros entes não promulgarem a sua lei ratificadora, aquele consórcio não terá se constituído como pessoa jurídica associativa. Para que isto ocorra, é necessário que sejam promulgadas tantas leis quantas sejam necessárias para o funcionamento adequado do consórcio.

Como os consórcios públicos integrarão a Administração Indireta de cada ente consorciado, tem-se que entender que a personalidade jurídica

surge em momentos diferentes para cada qual (o que é, evidentemente, absurdo, mas é o que decorre da lei). Talvez se resolva o impasse pelo entendimento de que o consórcio adquire personalidade jurídica com a lei ratificadora, sob condição resolutiva da celebração do contrato de consórcio. Não se pode conceber a existência legal do consórcio, como associação, se não existir mais de um associado. Ou tem-se que chegar à conclusão de que o artigo 6º, inciso I, não tem condições de aplicar-se, só surgindo a personalidade jurídica no momento da celebração do contrato, hipótese em que estará sendo deixada de lado a norma do artigo 37, inciso XIX, da Constituição, segundo a qual a autarquia tem que ser criada por lei. No caso, a chamada lei ratificadora estará apenas autorizando o município a criar o consórcio.

No caso do consórcio ser instituído como associação pública, o contrato deverá ser utilizado como instrumento para aprovação do estatuto da entidade.

No caso do consórcio ser instituído como pessoa jurídica de direito privado, o artigo 6º, inciso II, determina que a personalidade jurídica é adquirida "mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil". Terá que ser observado especificamente o artigo 45 do Código Civil, segundo o qual "começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo". Terá que ser observada ainda a norma do artigo 46, que estabelece os dados que necessariamente deverão constar do registro.

Quanto à alteração ou extinção do consórcio, o artigo 12 da lei determina que dependerá de instrumento aprovado pela assembléia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados. Nem poderia ser diferente, já que, sendo instituído mediante lei, não poderá ser alterado ou extinto sem lei.

Nos termos do § 2º do artigo 12, "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"

A norma tem que ser interpretada à luz do artigo 37, § 6º, da Constituição, que prevê a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos, por ato que seus agentes causarem a terceiros. O dispositivo constitucional não prevê responsabilidade solidária. Perante terceiros, a responsabilidade é sempre da pessoa jurídica e não de seus membros. Por isso, o referido dispositivo da Lei nº 11.107 só vale entre os consorciados, não produzindo efeitos perante terceiros.

A lei ainda prevê a possibilidade de ente da Federação retirar-se do consórcio público. Segundo o artigo 11, a retirada depende de ato formal de seu representante na assembléia geral, na forma previamente disciplinada por lei. Entende-se que deve ser lei do próprio consorciado que pretende retirar-se.

Além da retirada voluntária, a lei prevê a exclusão, após prévia suspensão, do consorciado que não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio de contrato de rateio (artigo 8º, § 5º).

Segundo o § 1º do artigo 11, 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. Apesar do preceito contido nesse dispositivo, não há como o ente consorciado abrir mão de seus bens apenas mediante previsão em cláusula contratual. Essa previsão tem que constar do protocolo de intenções a ser objeto de ratificação por meio de lei, pois a Administração Pública não tem liberdade para livremente dispor de bens de seu patrimônio. Não é por outra razão que a Lei nº 8.666, de 21-6-93, no artigo 17 exige autorização legislativa para qualquer tipo de alienação de bens públicos imóveis. Além disso, terão que ser observadas as demais exigências contidas nesse dispositivo, especialmente a avaliação prévia.

O § 2º do artigo 11 da Lei nº 11.107 ainda estabelece 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. O dispositivo é de difícil, senão impossível aplicação. A retirada de um consorciado realmente pode não impedir a continuidade dos contratos de programa. Porém, a extinção do consórcio implicará a rescisão de pleno direito do contrato de programa que tenha sido firmado pelo consórcio; se este deixar de existir, desaparece uma das partes da relação contratual, levando à rescisão do contrato. A extinção do consórcio só não implicará a rescisão do contrato de programa se este tiver sido firmado por um ou mais entes consorciados diretamente e não pelo consórcio como pessoa jurídica.

4. CONTRATOS DE RATEIO

A Lei nº 11.107/05 prevê dois tipos de contratos a serem firmados pelos entes consorciados: o contrato de rateio e o contrato de programa.

O contrato de rateio, previsto no artigo 8º, constitui instrumento mediante o qual os entes consorciados entregarão recursos ao consórcio público. Esses recursos devem ser devidamente previstos na lei orçamentária de cada consorciado, sob pena de exclusão do consórcio, após prévia suspensão (§ 5º do art. 8º), e sob pena de improbidade administrativa (art. 10, XV, da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pelo artigo 18 da Lei nº 11.107/05).

O contrato terá que ser firmado anualmente e seu prazo de vigência não pode ser superior ao das dotações que o suportam, com duas exceções:

a) no caso de contratos que tenham por objeto projetos contemplados em plano plurianual; essa exceção corresponde à hipótese prevista no

artigo 57, I, da Lei nº 8.666/93, referente à execução de projetos cujo produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, quando o contrato pode ultrapassar o prazo de vigência dos créditos orçamentários;

b) no caso de gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos; justifica-se a exceção uma vez que, neste caso, os recursos não são provenientes do orçamento do ente consorciado.

Para fins de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, o § 4º do artigo 8º exige que o consórcio público forneça as informações necessárias para que sejam consolidadas, nas contas dos entes consorciados, todas as despesas realizadas com os recursos entregues em virtude de contrato de rateio, de forma que possam ser contabilizadas nas contas de cada ente da Federação na conformidade dos elementos econômicos e das atividades ou projetos atendidos.

5. CONTRATOS DE PROGRAMA E CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO

A expressão contrato de programa, no âmbito do direito administrativo, costuma ser utilizada no mesmo sentido em que se fala em contrato de gestão, ambos fundamentados no artigo 37, § 8º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Sobre o tema, v. item 8.9. Agora, na Lei nº 11.107, a expressão está utilizada com outro sentido, que bastante se aproxima da própria noção de convênio e que nada tem a ver com a norma do referido dispositivo constitucional.

O contrato de programa é referido, inicialmente, no artigo 4º, XI. “d”, que, ao mencionar as cláusulas necessárias do protocolo de intenções, inclui a “autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando”, dentre outras coisas, “as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados”. Mais adiante, é previsto no artigo 13 como instrumento a ser utilizado para a constituição e regulação de “obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos”.

Da combinação dos dois dispositivos extrai-se a conclusão de que a gestão associada pode ser feita:

a) mediante a constituição de consórcio público, como pessoa jurídica, na forma disciplinada pela Lei nº 11.107;

b) mediante acordos de vontade, como o convênio de cooperação, o contrato de programa ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada.

Por sua vez, o contrato de programa pode ser celebrado em duas hipóteses:

a) no próprio âmbito do consórcio público; nesse caso, o contrato de programa será celebrado entre o consórcio e um de seus consorciados, quando este último assumir a obrigação de prestar serviços por meio de seus próprios órgãos (Administração Direta) ou por meio de entidade da Administração Indireta;

b) fora do âmbito do consórcio; neste caso, a gestão associada não exigirá a constituição de consórcio público, como pessoa jurídica de direito público ou privado, sendo a gestão associada disciplinada por meio de contrato de programa.

Em qualquer das duas hipótese, o instrumento utilizado deverá indicar, "como condição de validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público quando haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos" (art. 13). Nesse caso, o § 2º do mesmo dispositivo indica as cláusulas que deverão necessariamente constar do contrato de programa, sendo expressamente vedado atribuir .ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados (art. 13, § 3º).

No caso de estar vinculado a consórcio público ou a convênio de cooperação que venham a ser extintos, o contrato de programa poderá continuar vigorando, conforme estabelece o § 4º do artigo 13.

A Lei nº 11.107/05 não estabelece as formalidades a serem observadas para a celebração de convênios de cooperação e para os contratos de programa.

No caso dos convênios, aplica-se a norma do artigo 116 da Lei nº 8.666, de 23.6.1993.

No caso de contrato de programa, tem-se que fazer algumas distinções. Se ele estiver vinculado a consórcio, deverá estar previsto no protocolo de intenções a ser ratificado por lei e, em conseqüência, deverá constar do contrato de constituição do consórcio.

Se estiver vinculado a convênio de cooperação, deverá estar previsto em suas cláusulas.

No caso de não estar vinculado nem a consórcio nem a convênio de cooperação, o contrato de programa rege-se pelo artigo 116 da Lei nº 8.666/93 e independe, como regra geral, de autorização legislativa, tendo em vista que

isto implicaria o controle do Poder Legislativo sobre atos administrativos do Poder Executivo, em hipótese não prevista na Constituição. Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (in RDA 140/68). No entanto, se o contrato de programa envolver repasse de verbas não previstas na lei orçamentária, daí sim é necessária autorização legislativa.

É incompreensível que o artigo 13, § 1º, determine que o contrato de programa deve obediência "à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação do serviços a serem prestados". É difícil imaginar que um ente Federativo assuma a posição de concessionário em relação a outro ente Federativo. Quando muito, pode ocorrer que 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 freqüência, 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, a Cesp etc.

Nesses casos, a denominação de contrato de programa é imprópria, porque se trata de verdadeiros contratos de concessão de serviços públicos, podendo, agora, assumir também a forma de parceria público-privada, disciplinada pela Lei nº 11.079, de 30-12-04.

Em resumo, existem várias possibilidades para a gestão associada de serviços públicos:

a) a constituição de consórcio público com personalidade de direito público, sob a forma de associação pública;

b) a constituição de consórcio público com personalidade direito privado, sob a forma de associação civil;

c) o convênio de cooperação;

d) o contrato de programa que, por sua vez, pode estar vinculado a um consórcio público ou a um convênio de cooperação, ou pode ser independente de qualquer outro tipo de ajuste, podendo, inclusive, ser celebrado diretamente entre um ente federativo com entidade da Administração Indireta de outro ente federativo.

Apesar da promulgação da Lei nº 11.107/2005 ter o mérito de tentar disciplinar a matéria dos consórcios entre entes políticos com o objetivo de facilitar a utilização do instituto, não há dúvida de que a lei merece críticas e, para alcançar o seu objetivo, terá que sofrer algumas alterações.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Consórcio Público na Lei Nº 11.107, de 6.4.2005. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 6, junho/julho/agosto, 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 www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível