ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R-e-RE Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 7 – setembro/outubro/novembro 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS NA SUA LEGISLAÇÃO REGULADORA

Profa. Alice Gonzalez Borges

Professora titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador, aposentada.Ex-Procuradora do Estado da Bahia. Advogada e Consultora Jurídica.

1. O ART. 241 DA CONSTITUIÇÃO E SEUS DESAFIOS.

Enfim, sete anos decorridos após a alteração do artigo 241 da Constituição pela Emenda Constitucional nº 19/98, é promulgada a lei reguladora dos consórcios públicos, de nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

Em 1999, integramos, juntamente com Paulo Modesto e renomados administrativistas de outros Estados da Federação, a Comissão que iria elaborar o anteprojeto de lei reguladora do art. 241 da Constituição, constituída pelo Ministério de Administração e Reforma do Estado e presidida pelo eminente jurista Caio Tácito. Tendo sido honrada com a designação para relatora do aludido anteprojeto, chegamos a iniciar nossa modesta colaboração, que foi, entretanto, interrompida com a extinção daquele Ministério.

Desde então, nunca deixamos de preocupar-nos com o assunto, ante a convicção da enorme importância dos convênios e consórcios públicos, como instrumentos para a efetiva concretização do ideal do *federalismo regional*, - tão caro aos interesses da realidade brasileira, - através da efetiva cooperação entre os entes da Federação. [1]

[1] Em exposição ao I Fórum de Desenvolvimento Urbano, realizado em Salvador, nos dia 12 e 13

Em nossos estudos sobre a matéria, deparamo-nos com alguns problemas técnicos, cuja complexidade iria desafiar o legislador, inclusive pelas falhas e lacunas do texto constitucional em exame:

1. A competência legislativa para disciplinar a gestão associada e a cooperação entre os entes federados em caráter nacional.

O art. 241, com a redação lhe deu a Emenda Constitucional nº 19/98, apenas se referiu *à lei,* pura e simplesmente:

"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 a matéria haveria de ser disciplinada *pela lei de cada ente federado*, em homenagem a sua autonomia constitucionalmente assegurada. Mas, evidentemente, o disciplinamento diferente de tais vínculos de cooperação entre 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.

A matéria há que ser entendida por dois ângulos diferentes, que deveriam desde logo ter sido convenientemente fixados pelo texto da emenda constitucional.

Uma coisa é a competência para estabelecer diretrizes ge- rais que norteiem a celebração de convênios e consórcios entre entes federados.

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.

2. A indissociabilidade da matéria do art. 241 com a previsão constitucional do parágrafo único do art. 23, segundo o qual "*lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio*

---

de dezembro de 2002, alertávamos para a necessidade de regulação dos consórcios intermunicipais, como alternativa para as operações urbanas consorciadas previstas pelo Estatuto da Cidade. Mesmo tema foi retomado por nosso estudo "Operações Urbanas Consorciadas : os Consórcios Intermunicipais como Instrumentos de Realização do Estatuto da Cidade", integrante da obra "Estudos em Homenagem ao Prof. Adilson Abreu Dallari", coordenada por Luiz Guilherme da Costa Wagner (Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2004)

do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional".

Tratando-se de cooperação entre entes federados e de gestão associada de serviços públicos, e tendo sido sempre os convênios e consórcios, na melhor doutrina e segundo a tradição de nosso direito, a forma predileta de instrumentalização dessa cooperação, pensamos que o assunto estaria melhor disciplinado por lei complementar, integrativa da Constituição e de hierarquia superior à ordinária.

3. Abandono da distinção clássica, que se fazia em nosso direito, entre convênios e consórcios [2].

Com efeito, sempre se entendeu que os *convênios* poderiam ser realizados entre pessoas e entidades diferentes, convergindo para uma *mesma finalidade de interesse comum,* que necessariamente não precisava ser da competência de todas e de cada uma delas.

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.

É de notar, aliás, que o direito italiano, notoriamente inspirador da introdução do instituto entre nós, sempre admitiu uma composição heterogênea nos consórcios[3].

4. Manutenção da *igualdade jurídica* dos partícipes dos consórcios públicos, em consonância com o *princípio federativo*, embora cada um seja chamado a contribuir de acordo com as suas possibilidades para a consecução do objetivo comum.

A esse propósito, é oportuno recorrermos às lições de CARMEN LUCIA ANTUNES ROCHA, ao comentar o art. 23 da Constituição da

[2] Cf. HELY MEIRELLES, in "Direito Municipal Brasileiro"- S.Paulo, MALHEIROS, 1993.

[3] Cf. GIUSEPPE STANCANELLI, "Los consorcios en el derecho administrativo"- Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1972, Trad. de Enrique Ximénez de Sandoval.

República[4], que trata da gestão associada de serviços públicos de competência comum, bem como das coordenadas possíveis da lei complementar prevista em seu parágrafo único. Em comentários bastante apropriados à hipótese ora em comento, afirma a ilustre jurista, com toda a razão, em síntese :

- o movimento harmonizado em unidade na diversidade e na conjugação dos interesses, para a realização de um mesmo objetivo,é que dá a tônica fundamental da comunidade das competências;

- nem essa lei complementar poderá retirar a titularidade da competência de qualquer das entidades, nem restringi-la a um ponto em que se anule a sua participação no desempenho comum, porque a condição de titular da competência é constitucionalmente conferida a todas elas;

- nenhuma das entidades é titular exclusiva, superior ou desigual das competências;

- não se dá nem superioridade hierárquica, nem subordinação de uma das entidades;

- não se dá a exclusividade da responsabilidade de uma delas nem (e muito menos) a omissão possível dessa responsabilidade por qualquer delas.

5. Necessidade de *autorização legislativa específica,* de cada um dos partícipes, para a constituição do consórcio, em homenagem ao cânone constitucional da autonomia das ordens federadas (art. 18 – CF).

6. Dentro do mesmo princípio, necessidade de aprovação, pelo legislativo de cada ente federado partícipe, das dotações orçamentárias de sua competência.

7. Necessidade de um entendimento consensual prévio para a celebração de um acordo entre os partícipes.

A Lei 11.107/05, para tanto, escolheu legitimamente a forma usual de *protocolo de intenções*, o qual, estipulando as condições do ajuste, deverá ser posteriormente submetido à apreciação e aprovação pelo Legislativo de cada ente federado, uma vez que se trata de matéria de

[4] CARMEN LUCIA ANTUNES ROCHA – "República e Federação no Brasil - Belo Horizonte, Del Rey, 1996, pgs. 250 a 253

reserva de lei.

8. Transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e de bens, tal como previsto no art. 241 da Constituição.

Trata-se de matéria da maior importância, porque dela depende o êxito das operações consorciadas. Envolve, ainda, a necessidade de disciplinamento das normas atinentes ao regime jurídico aplicável aos servidores porventura cedidos pelos entes federados partícipes.

9. Atribuição de uma personalidade jurídica ao consórcio.

Doutrinariamente, sempre se entendeu entre nós que o consórcio não tem personalidade jurídica própria, mas isto tem limitado, em muito, sua liberdade de ação e o êxito dos seus objetivos. Tal concepção é diferente, por exemplo, da experiência italiana, em que os *consórcios administrativos* entre províncias ou entre comunas têm personalidade jurídica própria, atribuída por lei [5].

Então, HELY MEIRELLES recomendou que, no caso dos convênios, se estruturasse uma sociedade civil, integrada pelos Prefeitos participantes:

"é de toda conveniência a organização de uma entidade civil ou comercial, com a finalidade específica de dar execução aos termos do convênio, a qual receberá e aplicará os seus recursos nos fins estatutários, realizando diretamente as obras e serviços desejados pelos partícipes, ou contratando-os com terceiros. Assim, o convênio manter-se-á como simples pacto de cooperação, mas disporá de uma pessoa jurídica que lhe dará execução, exercendo direitos e contraindo obrigações em nome próprio e oferecendo as garantias peculiares de uma empresa". [6]

Assim se vinha fazendo, na prática, relativamente aos consórcios, à falta de disposição legal sobre a espécie; mas tal solução não se tem revelado correta, por vários inconvenientes operacionais, fartamente assinalados pela doutrina[7]. De nossa parte, sempre sustentamos a inconveniência e a impropriedade da reunião de entes públicos em uma sociedade de caráter privado.

---

[5] GIUSEPPE STANCANELLI, "Consorzi Stradali, verbete do Digesto Italiano, p.285-290

[6] Ob.cit., pg. 308 e 309

[7] Cf., a respeito, o entendimento de DAMIÃO AZEVEDO: " " *... está-se diante de uma constituição inadequada e que não contribui com a mais eficiente aplicação dos recursos públicos, pois permite que estes recursos sejam perdidos em custos burocráticos e tributários, típicos de pessoa privada. A justificativa legítima para a cooperação entre municípios é a realização eficiente do interesse público. E a criação de pessoa jurídica privada para receber e administrar recursos públicos não se coaduna perfeitamente com o interesse público"*("A Natureza Jurídica das Associações de Municípios e dos Consórcios Intermunicipais", *in* Revista de Direito Administrativo, vl. 238: 375-384, p. 383)

Bem melhor sempre nos pareceu a proposta de DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, no sentido de estruturar-se, para execução dos objetivos do consórcio, uma autarquia ou entidade paraestatal [8]. Essa seria uma autarquia pluripessoal, constituída pelos representantes de cada ente federado.

10. Como assegurar-se a efetiva participação dos entes federados consorciados nas importantes decisões a serem tomadas.

Tínhamos proposto, no anteprojeto de lei reguladora do art. 241-CF, que elaboramos, que a referida autarquia tivesse, como autoridade máxima, uma *assembléia consorcial*. É também a orientação adotada pela Lei nº 11.107/05.

11. Como assegurar-se, na institucionalização dos consórcios públicos, o seu controle participativo, tendo em vista os interesses coletivos a serem atendidos pela realização dos empreendimentos projetados.

Nesse sentido, propúnhamos que a referida autarquia tivesse um Conselho Consultivo tripartite, integrado pelos representantes das pessoas consorciadas, pelos representantes dos respectivos poderes legislativos e por entidades representativas da sociedade civil, na forma prevista pelo ato constitutivo do Consórcio. A Lei 11.107/05 não cogita da espécie.

12. Previsão de alguma forma de participação de representantes da Região Metropolitana, na hipótese de que municípios dela integrantes venham a consorciar-se para a gestão de serviços públicos.

Esta tem sido uma preocupação da doutrina a respeito do tema, com vista a evitarem-se, assim, indevidas interferências e conflitos de competência.

13. Competência fiscalizadora dos Tribunais de Contas.Sempre entendemos que a única solução compatível com os princípios constitucionais seria atribuir-se tal fiscalização a cada um dos Tribunais competentes e correspondentes, no específico âmbito de atuação dos entes participantes dos consórcios públicos. É esta a orientação da nova lei.

[8] Curso de Direito Administrativo - 11ª.Ed., Rio, Forense, 1997, pgs. 29 e 30.

14. *Duração* de tais ajustes, bem como das pessoas jurídicas criadas para administra-los.

Há um justo receio generalizado de que se multiplique a criação de novas pessoas para a administração dos consórcios, e fiquem as mesmas perpetuadas, como outras tantas fontes geradoras de "cabides de emprego", até mesmo depois de exaurida a consecução das finalidades que ditaram sua criação. Não seria demasiada cautela, pois, vincular-se a duração de tais entidades ao estritamente necessário para o atendimento dos seus objetivos. A Lei nº 11.107/05 prevê, prudentemente, que as mesmas sejam constituídas por prazo determinado, a ser estipulado pelo protocolo de intenções.

2. SOLUÇÕES ADOTADAS PELA LEI 11.107/05.

Vejamos como tais questionamentos, e muitos outros problemas, foram enfrentados e solucionados pela nóvel lei de consórcios públicos, que acaba de ser editada.

Nossa abordagem será limitada a apenas alguns aspectos pontuais, que nos pareceram merecedores de mais detida reflexão.

2.1. Em primeiro lugar, há que examinar-se a ementa da Lei:

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

Vale observar que a Lei não menciona, sequer, o art. 241 da Constituição da República, embora se destine, exatamente, a regular as suas disposições, - o que fez até, a nosso ver, com certa felicidade, tendo em vista a complexidade dos problemas a serem enfrentados e a redação compacta, porém lacunosa, do artigo, trazida pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Essa omissão do legislador é tanto mais estranha, quando a matéria de que trata a Lei seria de impossível abordagem, no âmbito de lei ordinária, se não tivesse, como efetivamente possui, amplo respaldo naquele dispositivo constitucional.

2.2. A Lei incorre em um equívoco, qual o de tratar a constituição de consórcios entre entes da Federação para a consecução de objetivos comuns de interesse público, como sendo de *contratação* desses mesmos consórcios (art. 3º)

Os consórcios, bem como os convênios de cooperação também previstos no dispositivo constitucional, não têm, nem podem ter, natureza

contratual.

Que é que caracteriza a *categoria jurídica contratual*? É justamente o constituir-se, dentro da teoria geral do direito, como aquele acordo de vontades gerador de vínculo obrigacional entre *partes* que objetivam a consecução de *interesses opostos*, mediante a *prestação e contraprestação de obrigações recíprocas.*

Em vez disso, os ajustes de que se trata, consubstanciados nos consórcios públicos e nos convênios de cooperação entre entes federados são, a toda evidência, de outra espécie. Trata-se de negócios jurídicos coletivos, os *acordos*, em que as vontades dos partícipes *convergem* para a consecução de um interesse comum.

Podemos identificar, nesse negócio jurídico multilateral que estabelece um vínculo de cooperação associativa, algumas características especiais, *todas presentes, aliás, na temática da Lei em comento:*

- posição jurídica idêntica dos partícipes;
- diversificação do tipo de cooperação a ser prestada;
- liberdade de ingresso e de retirada dos partícipes;
- possibilidade de denúncia unilateral por qualquer dos partícipes;
- subsistência das responsabilidades assumidas durante a vigência do ajuste.

Nesse sentido é o pensamento de EMILIO BETTI [9]:

> *"O negócio (bilateral ou plurilateral) de interesses opostos ou divergentes é o contrato; pelo contrario, o negócio (sobretudo o plurilateral, mas também o bilateral), com interesses paralelos ou convergentes para um escopo comum, costuma qualificar-se como acordo, no sentido mais restrito que, doutrinariamente, se convencionou dar a este termo".*

Em notável estudo sobre a matéria, EROS ROBERTO GRAU [10] alinha ainda a doutrina de GABRIEL ROUJOU DE BOUBÉE [11], que opõe os atos jurídicos coletivos, - caracterizados pelo compromisso de vontades que têm o mesmo conteúdo e que se voltam à realização de um mesmo fim,- aos contratos, observando que a própria terminologia contratual expressa perfeitamente essa idéia de oposição de interesses ou de egoísmo, ao identificar as "partes" do contrato a interesses individualizados, que são antagônicos aos interesses das demais "partes" do mesmo contrato.

---

[9] Teoria geral do negócio jurídico. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra, Coimbra Editores, 1969, t. 2, p. 189 –201.

[10] Verbete Contrato e Convênio, in Enciclopédia Saraiva de Direito, t. 20, São Paulo, Editora Saraiva, 1977, p. 379 e seguintes.

[11] Essai sur l'acte juridique collectif, Paris, LGDJ, 1961, apud Eros Roberto Grau, ob. cit.

Cita, ainda, a lição de HENRI JACQUOT:

> *"No ato coletivo, por outro lado, as partes desejam a mesma coisa: realizar conjuntamente uma ou várias operações comuns; seus interesses, ainda se diferentes, caminham na mesma direção"*[12]

É também o pensamento de JOSÉ ABREU FILHO, no sentido de que, na categoria dos *acordos,* existiriam *interesses convergentes ou paralelos,* que não se enquadrariam como 'contrato", porque tal figura pressupõe, necessariamente, *interesses opostos e divergentes,* que afinal se harmonizam.[13]

Vale salientar, ainda, a preocupação do legislador, na Lei 8.666/93, de, em seu artigo 2º, parágrafo único, extremar as características do contrato, para que não viesse o mesmo a ser confundido com "convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, celebrados por órgãos e entidades da Administração", aos quais referida Lei, em seu art. 116, declara ter aplicação apenas "no que couber".

Entendemos, assim, que o enunciado da Lei 11.107/05, nessa parte, introduziu uma confusão conceitual que, sem necessidade, destoa de nosso ordenamento jurídico.

2.3. Outra confusão conceitual consiste em declarar que a lei estipula *normas gerais.* Não se trata de normas gerais. A previsão de *normas gerais*, no texto constitucional, pressupõe uma *limitação à competência legiferante da União*, para que alguma coisa seja deixada à competência das outras ordens federadas, apenas lhes traçando parâmetros, balizas, de que não se devem afastar, ou que não devem ultrapassar. Implicitamente, é o reconhecimento de que aquela competência prevalecerá sobre *outras competências,* também incidentes sobre o mesmo assunto**,** para que estas complementem e suplementem as normas gerais, adaptando-as a suas peculiaridades específicas[14].

Não é o que se quer, na espécie. 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.* Também o fez, por exemplo, a Lei nº 8.429/92, regulando o o § 4º do art. 37 da Constituição, ao dispor sobre os atos de improbidade, em caráter nacional e cogente para todos os entes da Federação.

Isto, é evidente, no que diz respeito à *constituição* dos consórcios

---

[12] Le statut juridique des plans français, Paris, LGDJ, 1973, p. 226, apud Eros Roberto Grau, ob. cit.

[13] O negócio jurídico e sua teoria geral de acordo com o novo Código Civil, São Paulo, Ed. Saraiva, p.79.

[14] Cf., a respeito, nossa obra "Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos", S.Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pg. 43 e seguintes.

públicos, bem como à celebração de convênios de cooperação entre entes federados.

Como já observamos inicialmente, não se trata, em tais considerações, da *decisão sobre a participação* das ordens federadas em tais ajustes, da *definição dos seus objetivos*, do *estabelecimento de suas condições*, porque, aí sim, segundo o imperativo do art. 18 da Constituição e em obediência ao princípio federativo, tais matérias competem unicamente a cada ente federado, no uso de sua autonomia política, organizacional e administrativa.

Cuida-se, isto sim, substancialmente, 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. Não é matéria em que caiba complementação ou suplementação de tais normas, para adaptação a peculiaridades específicas de cada ordem federada, como se verifica no caso das *normas gerais* ; mas, sim, de supraordenamento da composição de competências desses entes da Federação, em plano abrangente e nacional.

Note-se, ainda, que a Lei em comento não se limita a estabelecer coordenadas comuns para a constituição de consórcios públicos. Vai muito mais além, alterando, em seu texto, o Código Civil, o Código Penal, a Lei 8.666/93, e também de certa forma *regulando* o disposto no art. 37, caput, da Constituição, quando introduz *nova forma de entidade da administração indireta*, qual seja a *associação pública* , incluindo-a entre as autarquias (art. 6º, § 1º).

2.4. Vale também observar que, em sua ementa e no artigo 1º, a Lei somente se refere aos *consórcios públicos*, quando, examinadas detalhadamente suas disposições, verifica-se que também tratam da gestão associada de serviços públicos sob a forma de *convênios de cooperação*.

A propósito, outro senão da referida Lei consiste em omitir-se na formulação de conceitos, que se tornariam efetivamente necessários, com isso abandonando a orientação do texto original do Projeto de Lei nº 3.384/04.

Com efeito, trata da matéria de *consórcios públicos*, enfocados sob novos aspectos que mudam radicalmente, como vimos, os conceitos até então enraizados na doutrina e na jurisprudência do País. Trata de *convênios de cooperação*, espécie nova e diferenciada daquela que até então conhecíamos em nosso direito, uma vez que só abrange um tipo especial, constituído unicamente por entes da Federação[15].

Introduz pelo menos duas novas espécies contratuais, até então não previstas no direito posto, quais sejam o *contrato de rateio* e o *contrato de*

[15] Foi este, aliás, um ponto bastante enfatizado pelo jurista WLADIMIR RIBEIRO, um dos co-autores do anteprojeto da Lei 11.107/05, em recente exposição perante o I Congresso Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos, realizado em Salvador, nos dias 1 a 3 de junho deste ano.

programa. Sem dúvida a Lei se tornaria bem mais acessível à compreensão dos operadores do direito e dos cidadãos em geral, se tivesse procurado definir tais conceitos.

Lamentamos apontar tais falhas, que decorrem fundamentalmente de haver sido abandonada, nos últimos tempos, a prática salutar, que já se instaurara no País, de submeterem-se a consulta pública os textos de certas leis de grande interesse para a comunidade.

A correção, em tempo, de tais equívocos, em nada diminuiria o valor da legislação em comento, nem dificultaria sua aplicação. Evitaria, sim, conflitos de entendimento e perplexidades que certamente surgirão em sua aplicação prática.

2.5. Cuidou bem a Lei 11.107/05 de preservar a autonomia constitucional 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 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.

Tais matérias requerem, insistimos, como efetivamente se fez, a adoção de uma disciplina abrangente, em caráter nacional, já que dizem respeito à composição do exercício de competências constitucionais específicas e autônomas.

2.6. A nova lei optou por atribuir personalidade jurídica aos consórcios

públicos, em seus artigos 1º, § 1º e 6º, o que facilita extremamente a operacionalização de suas atividades.

Tal personalidade jurídica se configura como <u>*associação*</u> , podendo ser de direito público ou de direito privado.

2.6.1. 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 passa a ter a seguinte redação:

- "*Art. 41 – São pessoas jurídicas de direito público interno:*
- "*I – ommissis*
- *"II - ommissis*
- *"III – ommissis*
- *"IV - as autarquias, inclusive as associações públicas*".

Por que "*inclusive*"? A única explicação que nos parece plausível é a de que pretendeu o legislador tratar a *associação pública* como uma *sub-espécie 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 <u>*incluída*</u> 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 a de todos os demais entes partícipes. Essa sub-espécie autárquica será necessariamente de natureza pluripessoal, como doutrinava DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO .

O que mais uma vez se pergunta é onde reside a *contratulidade* de tal procedimento.

Diz o art. 15, da Lei 11.107/05, que, no que não contrariar suas disposições, os *consórcios públicos* têm 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, mais uma vez, repele a idéia de contratualidade que a Lei 11.107/05 quer emprestar à sua constituição.

2.6.1. Os 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; mas que 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). (Indaga-se, a propósito: 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*. 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 com personalidade de direito privado já existentes sob as mais inusitadas formas, sem nenhuma regra disciplinadora, em milhares de municípios, 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. Ainda mais, quando a Lei em comento traçou uma série de competências para os consórcios públicos em geral, que veremos a seguir, sem distinguir-lhes a espécie de regime jurídico. Ora, o desempenho de algumas dessas competências efetivamente não se coaduna com um regime de direito privado.

Demais disso, se esses consórcios de direito privado estão sujeitos às limitações do art. 6º, § 2º, já citadas, não atinamos com a utilidade prática da adoção de tal regime.

A esse respeito, fazemos nossas as considerações de CLEBER DEMETRIO OLIVEIRA DA SILVA:

> *"Nesse passo, pensa-se que o P)L nº3.884/04 oferecia solução mais efetiva e consentânea ao sistema jurídico posto, na medida em que considerava que todos os consórcios constituiriam pessoa jurídica de direito público, pondo fim à atuais divergências doutrinárias e evitando as confusões que poderão advir dessa dupla sujeição de regimes jurídicos."*
>
> *"A toda evidência, o hibridismo adotado pela lei não se harmoniza com a sistematização jurídica vigente, pois a tarefa precípua do legislador é a de criar e disciplinar novos institutos, de forma harmonizada ao sistema jurídico pto, pena de criar indissolúveis problemas de hermenêutica, inviabilizando, em certos casos, a aplicação efetiva da novel legislação".*
>
> "*Por fim, considerando que praticamente todas as atividades relevantes do consórcio, constituído sob a personalidade de direito privado, serão disciplinadas por normas de direito público (contratação para aquisição de produtos, serviços, obras de engenharia, pessoal e prestação de contas) não se verifica vantagem em instituí-la como pessoa jurídica de direito privado"*[16]

3. 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,

[16] "Lei nº 11.107/05: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros"> Jus navigandi, Teresina, ª9, n.705, 10.jun.2005. Disponível em : http://www1.jus.com.br/doutrina/texto:aspid=6872> Acesso em: 27 jun.2005..

realizada pelo Poder Público competente;

- ser contratados pela administração direta ou indireta dos entes consorciados, com *licitação dispensada* ;

- 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.

4. Já vimos que o consórcio público tem sua constituição dependente da prévia subscrição do protocolo de intenções, e da necessária e *livre* ratificação desse protocolo pelos corpos legislativos de cada ente federado consorciado. É, pois, muito importante verificar-se quais as *cláusulas necessárias* do protocolo de intenções prévio à constituição do consórcio público, porque é nelas que se definem seu objeto e suas condições.

Destacaremos, a respeito, alguns aspectos que nos parecem mais importantes.

Inicialmente, observe-se que, em notável falta de técnica legislativa, matéria de crucial importância, qual seja a pertinente às competências da *assembléia geral consorcial*, prevista como *instância máxima do consórcio*, dilui-se entre alguns incisos do art. 4º, dedicado às cláusulas necessárias do protocolo de intenções, quando mereceria ser objeto de um artigo autônomo.

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*. O que quer dizer que é admitido, na assembléia consorcial, o *voto múltiplo.* Ora, isto fere a *igualdade jurídica dos partícipes* e viola o princípio federativo.

Se o voto múltiplo 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 termos de parceria[17].

No art. 4º, XI, contêm-se detalhadamente as coordenadas da autorização para a *gestão associada de serviços públicos* pelos consórcios, como determina o art. 241 da Constituição, as quais são explicitadas nas alíneas *a* a *e.*

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, que impôs, da participação dos Estados em que tais municípios estejam situados.

5. Os contratos da Lei 11.107/05.

A Lei 11.107/05 prevê várias espécies de contratos:

- o "contrato" para a *constituição do consórcio*, que é precedido da

[17] Em sua palestra perante o I Congresso Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos, a que aludimos na Nota 14. WLADIMIR RIBEIRO, co-autor do anteprojeto de que resultou a Lei 11.107/05, opinou que os municípios poderiam reunir-se em consórcios para celebrar contratos de parceria público-privada, nos moldes da recente Lei das PPP's. Não nos parece, com a devida vênia, que a genérica previsão legal supra citada, tal como aprovada, possa chegar a tanto, tendo em vista as especificidades do referido diploma. Seria ideal que assim fosse, tendo-se em vista, entre outros aspectos, o *valor mínimo de investimentos* definido na Lei 11.079/04, inacessível às disponibilidades orçamentárias de grande número de municípios do País, isoladamente,.

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.

Nessas disposições, observe-se, é a primeira vez que a Lei alude aos *convênios de cooperação* (art. 13, §§ 4º e 5º), estritamente quando trata dos contratos de programa.

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 em uma lei tão enxuta em outros aspectos mais importantes. Mas a verdadeira intenção do dispositivo é, segundo CLEBER DEMETRIO OLIVEIRA DA SILVA [18] *"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 .

O contrato de rateio, ocupando-se das obrigações financeiras 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;

[18] Ob.cit., nota de rodapé nº 87..

- 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, 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, ainda, 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 foi alterado pela Lei nº 11.127, de 28 de junho deste ano, passando 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 altera o art. 10 da Lei nº 8.429/92 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 e 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).

Observe-se mais uma vez que é aí, na temática do contrato de programa, que aparece o *convênio de cooperação*, como Pilatos no Credo.

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?

6. 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:

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.

7. Regulamentação.

Como não poderia deixar de ser, sobretudo em lei de tamanha complexidade, anuncia-se, no art. 20, a futura expedição de regulamento. Nesse regulamento deverão, por determinação da Lei, ser incluídas as normas de contabilidade pública *dos consórcios públicos* (mais uma vez se omitem os convênios de cooperação), em conformidade com os pressupostos da responsabilidade fiscal.

Muito se espera dessa regulamentação que, no mínimo, deverá ser - o que a lei não é, de modo algum – um diploma extremamente didático, reordenando os assuntos de maneira mais sistemática e coerente, explicitando cuidadosamente os pontos em que a lei se revela obscura, ou pode ensejar certas perplexidades. Afinal, a norma em comento irá ser aplicada em todos os rincões do País, sobretudo na constituição de consórcios intermunicipais, e sua interpretação adequada vai em muito depender do manejo de textos claros e explícitos, acessíveis à compreensão de pessoas que nem sempre dispõem de notável saber jurídico.

8. Considerações finais.

A nova lei vem 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 um poderoso instrumento que, se bem aplicado, ensejará amplas possibilidades para municípios, ou mesmo estados mais carentes de recursos, atualmente impossibilitados de enfrentar empreendimentos de infra-estrutura altamente necessários para suas populações, porém muito vultosos.

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.

Aumentam 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, 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.

Além disso, 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.

Não seria *razoável* , por exemplo, - e o Tribunal de Contas certamente iria desaprovar tais despesas – que um município de vinte ou trinta mil habitantes vá realizar investimentos em um centro cirúrgico de alta especialização tecnológica, com aquisição de equipamentos caríssimos e emprego de pessoal de sofisticada formação profissional. Mas um consórcio intermunicipal de saúde poderá somar equipamentos, recursos humanos e instalações hospitalares adequadas para o melhor atendimento às necessidades da população de vários municípios geograficamente vizinhos, com maior eficiência e economicidade. Decerto, pois o volume de recursos aplicados como investimento e o custeio de sua realização resultarão, afinal, bem menores do que o que seria necessário a cada um para a produção dos mesmos resultados.

O mesmo pode-se dizer das perspectivas que se abrem no campo do aproveitamento mais racional de recursos hídricos provenientes das mesmas bacias ou mananciais; para a canalização de esgotos de vários municípios vizinhos para um terminal único; para a realização de vários programas comuns de irrigação de municípios ribeirinhos; para a consecução de vastos programas de preservação ambiental atingindo comunidades tão próximas umas das outras que a ação isolada de cada uma delas não poderia conduzir a nenhum resultado eficaz no combate à poluição . E assim por diante.

Dir-se-ia que, atualmente, já existe disseminada na prática do País, à

revelia de previsões legais específicas, a realização de empreendimentos consorciados, sobretudo na forma de consórcios intermunicipais.

Mas a nova legislação vem disciplinar a matéria em novos níveis, dando maior eficácia, segurança e responsabilidade administrativa, contábil, fiscal e até penal dos gestores públicos para a realização de tais empreendimentos.

Aspecto altamente positivo, que já destacamos anteriormente, é o da estruturação de consórcios com regras nacionalmente definidas e uniformes, sobretudo quanto aos mecanismos de fiscalização do cumprimento de seus objetivos e da aplicação dos recursos obtidos. Mecanismos, estes, que poderão ser acompanhados e efetivados muito de perto pelos órgãos e coletividades interessadas.

Se bem aplicadas tais regras, se bem efetivada a fiscalização do emprego e aplicação dos recursos, poderíamos, nos próximos anos, assistir a uma verdadeira redenção de municípios e estados mais carentes, pela institucionalização do tão sonhado federalismo regional, e pela diminuição das desigualdades sociais e regionais , tão almejada pela nossa Constituição.

Mas temos muitas apreensões quanto à realização prática de tais generosos princípios. Não fosse nosso País tão farto em leis avançadas que ficam somente no papel.

Nossa preocupação primordial diz respeito à própria lei. Representa ela um meritório esforço do legislador federal, que já enaltecemos, para dar efetividade ao cumprimento do art. 241 da Constituição, preservando a autonomia das ordens federadas. Mas é uma lei de difícil leitura e interpretação, de estruturação um tanto caótica, com omissões imperdoáveis, como já assinalamos. Tema tão relevante, cujas perspectivas são tão ansiosamente aguardadas, teria merecido um tratamento mais cuidadoso, do ponto de vista de técnica legislativa.

Outra apreensão, que acode aliás a qualquer cidadão comum, diz respeito à realidade sócio-política do País. Como funcionarem eficientemente as regras legais atinentes aos consórcios públicos e convênios de cooperação, ante o panorama desalentador que enfrentamos na hora presente, com os desvios e interferências da política partidária, com a multiplicação de até então impensáveis atos de corrupção de gestores políticos?

Preocupa-nos, como já assinalamos, a possibilidade de estruturação de consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado, mesmo apesar das limitações de direito público que a lei lhes impôs. Entendemos que o consórcio público deverá, sempre, assumir a condição de ente de direito público, tendo em vista seus fins, sua organização e a posição dos entes que o compõem no ordenamento geral – todos públicos. Parece-nos, aliás, que será muito difícil, a um consórcio público com personalidade de direito privado, adaptar-se às regras da lei.

Outra sorte de preocupação diz respeito às extremas facilidades que a

Lei estabeleceu, nas contratações efetuadas pelos consórcios públicos, para as dispensas de licitação.

Temos certas apreensões quanto à falta de compatibilização da aplicação da Lei com a de outros institutos regidos por legislação específica, o que pode ensejar indesejáveis conflitos e interferências. Referimo-nos, por exemplo, à Lei de Parcerias Público-Privadas (nº11.079/04);ao Estatuto da Cidade (nº 10.257/2001), no que diz respeito à área da gestão urbana associada; à legislação pertinente às agências reguladoras, que também disciplinam a prestação de serviços públicos (objeto principal, na Lei 11.107/05, de gestão associada através de consórcios públicos e convênios de cooperação) .

Essa compatibilização nos parece indispensável, também, na atuação dos municípios limítrofes que compõem regiões metropolitanas, já que estas, na dicção do § 3 º do art. 25 da Constituição, integrarão a organização, o planejamento e a execução de funções públicas comuns.

Parece-nos imperdoável, por outro lado, a omissão total da Lei na previsão de formas de *controle participativo* das comunidades interessadas na realização dos consórcios públicos e convênios de cooperação, que se destinam à gestão associada de serviços públicos.

Aspecto altamente positivo da Lei, que oportunamente já ressaltamos, é o que diz respeito ao controle externo da atuação dos consórcios públicos, pelos Tribunais competentes para apreciar as contas de cada ente federado partícipe.

Preservada, assim, a autonomia dos entes federados, surge um problema: para que haja um efetivo e eficaz funcionamento de tal controle, encarece-se, mais ainda, a necessidade da implantação, em todo o País, que já se faz sentir, de um *sistema 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 assegurarão suficiente a lisura dos procedimentos contábeis e orçamentários, tão necessários para que a instituição de tais consórcios se revista da necessária segurança e seriedade.

Por último, enfatizamos, mais uma vez, que os diversos recursos empregados por cada um dos partícipes dos consórcios públicos irão necessariamente variar, em função do montante de suas receitas, de sua população, dos bens e serviços disponíveis. Ora, o princípio da *igualdade jurídica dos partícipes*, com apoio, inclusive, no princípio geral federativo do inciso III do art. 19 da Constituição, tão bem interpretado pelas lições de CARMEN LUCIA ANTUNES ROCHA que inicialmente citamos, impõe que *nenhuma diferenciação* deverá ser estabelecida entre os mesmos, em função dos quantitativos de recursos de que dispõem, ou de qualquer outro critério. Daí, nossa extrema preocupação com a instituição, pela Lei, de *votos múltiplos* nas assembléias consorciais, a qual, em princípio, nos parece inconstitucional.

De qualquer sorte, deve ser festejada a nova legislação. 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.

Salvador, 2 de julho de 2005.

BIBLIOGRAFIA

ABREU FILHO, José – "O Negócio jurídico e sua teoria geral, de acordo com o novo Código Civil", S.Paulo, Editora Saraiva, ,

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. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 7, setembro/outubro/novembro, 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