CONSÓRCIOS PÚBLICOS: ALGUMAS REFLEXÕES FACE À LEI 11.107/05

Pedro Durão, Procurador do Estado/SE, lotado atualmente na Via Especializada em Atos, Licitações e Parcerias, Mestre em Direito Público (UFPE), Professor de Direito Administrativo da Graduação e Especialização da Universidade Federal (UFS) e Universidade Tiradentes (UNIT). Professor da ESMESE, ESMPSE, Escola Superior da OAB e de Cursos Jurídicos Preparatórios. Membro e Diretor Nacional do IBAP/SP e Conselheiro Estadual da OAB/SE. Líder de Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo e Eletrônico junto ao CNPQ. Diretor-científico do site viajuridica.com.br. Autor do livro *Convênios e Consórcios Administrativos* pela Editora Juruá de Curitiba-PR, 2004.

RESUMO: Estudo sobre a aplicabilidade da nova figura contratual denominada Contrato de Consórcio Público. Analisa-se o instrumento diante do federalismo cooperativo, personificação do instituto e suas peculiaridades formais, adotando uma análise distintiva e crítica em face da Lei nº11.107/2005.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo - Cooperativo - Protocolo de Intenções - Contratualização - Protocolo de Intenções - Nova Pessoa Jurídica - Peculiaridades.

ABSTRACT: Study on the applicability of the new contractual figure called Contract of Public Trust. The instrument of the cooperative federalism, formal personificacação of the institute is analyzed ahead and its peculiarities standing a distinctive and critical analysis in face of the Law nº11.107/2005.

KEY-WORDS: Cooperative federalism - Protocol of intensions - Contratualização - Protocol of intentions - New legal entity - Peculiarities.

SUMÁRIO: 1. Nota Preambular; 2. Federalismo de cooperação na prestação de serviços públicos; 3.Personificação do instituto; 4.Peculiaridades formais; 5. Análise distintiva e crítica; 6. Conteúdo Conclusivo; 6. Bibliografia.

1. NOTA PREAMBULAR

O tema proposto focaliza a nova figura jurídica da administração pública denominada de **Consórcio Público**, apresentada pela Lei nº 11.107 de 06 de abril de 2005, em contraste com os modelos pactuais da esfera pública e o direito comparado.

Esse modelo de parceira se apresenta aplicável aos entes da administração centralizada e descentralizada, permitindo a flexibilização da personalidade jurídica dos seus consorciados.

Percebe-se que o governo federal atual aposta no Consórcio Público, entusiasmado com a experiência estrangeira, na qual projetos de desenvolvimento tiveram êxito na Europa com participação integrada para superar segmentos públicos ineficientes.

Cumpre observar que essa atuação conjunta de entes de direito público ou privado estabelece um processo de integração com rateio para os consorciados, com o intuito de garantir a aplicação dos investimentos públicos, expectativa já deflagrada através do projeto de lei apresentado pelo atual governo federal, consolidado pelo art. 241 da Constituição Brasileira e pela nova Lei nº 11.107/2005.

É verdade que os recursos serão disponibilizados nessa política pública de incentivo à viabilização de contratos, com criação de associação pública e pessoa jurídica de direito privado, diante de necessidades prementes da sociedade, autorizando, por efeito, uma integração infra-estrutural.

Trata-se de molde pactual com o escopo de normalizar essa parceria em uma perfeita integração, portanto, viabilizando projetos de infra-estrutura de interesse comum.

Não se pode olvidar que a norma apresentada tem o condão de minimizar os parâmetros arcaicos da administração pública do Estado

fechado, permitir a interação, enfim, disciplinar mediante lei os consórcios públicos entre entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos.

Os objetivos dos Consórcios Públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais e da nova Lei nº 11.107/2005.

2. FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Sabe-se que o Estado brasileiro tem sua base fundamental no **sistema federativo**, e ao longo do tempo, o Município se destacou por suas ações locais, não pairando dúvidas de que o mesmo faz parte da República Federativa do Brasil, estabelecido no artigo 18 da Constituição Federal.

Antes do advento da lei regulamentadora, admitia-se que a **característica** doutrinária marcante dos consórcios públicos seria a de acordos realizados por entidades estatais do mesmo nível[1], diferentemente dos convênios. Após essas considerações distintivas, é de bom alvitre destacar que todas as normas regedoras do convênio administrativo aplicavam-se ao consórcio administrativo, respeitadas as peculiaridades de cada um.

Verdade seja dita, com a implementação de **consórcios intermunicipais** antes da edição da mencionada lei, existia a possibilidade de melhor aproveitamento dos recursos humanos, tecnológicos, financeiros e orçamentários. A propósito, citemos como exemplo de bons resultados e similitude, os convênios realizados no âmbito da saúde, meio-ambiente, cultura e outros de necessidade local, podendo integrar dentro daquela região vários Municípios com objetivos comuns de interesse público.

Isso nos leva a questão sobremaneira relevante do crescimento dos diversos tipos de consórcios públicos existentes no direito italiano,

[1] Designa Alice Maria Gonzalez Borges o mesmo sentido inicialmente antes da Lei 11.107/2005. BORGEZ, Alice Maria Gonzalez. RPGE, Bahia, v. 2, p. 109-113, anual, 1977.

comenta Antonio Azara e Ernesto Eula[2], ou seja, o consórcio agrário, hidráulico, industrial, para irrigação, de estrada, para uso da água e, finalmente, o consórcio administrativo, sendo este, espécie do gênero consórcio, o qual tem como escopo geral uma cooperação. Não é sem razão que, ainda, conceitua o consórcio administrativo como *"associazione di persone giuridiche publiche o di proprietari fondiari privati, constituita per provvedere a fini ed interessi di pubblica amministrazione"*[3].

Em sua essência, a auto-aplicabilidade dos **consórcios administrativos** se concentravam nos Municípios, viabilizando prestações de serviços que um só Município não teria condições de proporcionar aos administrados. Assim, os acordos firmados entre Municípios, que se comprometem conjuntamente realizarem empreendimentos[4], como obras, serviços e atividades com a finalidade de sanar dificuldades.

Por outro lado, os recursos para efetivação dos consórcios intermunicipais eram oriundos tanto da União como dos próprios Municípios integrantes do projeto. No tocante aos resultados desses acordos de vontade, observam-se melhores condições de prestação de serviços públicos que seriam inviabilizados sem o planejamento direcionado para tal finalidade.

Nesse diapasão, registre-se que a lei em comento tem como fundamento principal disponibilizar um instrumento intergovernamental de cooperação entre os entes federativos que se associem com o fim específico de interação nos serviços públicos de natureza ou extensão territorial que demandam a presença de mais de uma pessoa federativa.

Diante disso, a noção de concórdia se expressa pela própria **terminologia** de consórcio que advém do latim "consortium ou de consors"[5] no sentido de aquele que participa ou compartilha. É utilizado de forma usual no alemão "Interessengemeinschaft", no espanhol

---

[2] AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. Roma: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1978. v. 4. p. 250.

[3] Ibidem, p. 251.

[4] Tratando-se do assunto, Miguel Marienhoff aduz sobre inúmeras razões que podem determinar os consórcios administrativos, sempre revisto de caráter geral. MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. actual. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1990. t. 1. p. 508-509.

[5] CONSÓRCIO. In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. p. 526.

"consorcio", no inglês e no francês "consortium", e ainda, no italiano "consorzio".

No Consórcio Público se estabelece um verdadeiro intercâmbio de vontades entre os consorciados de direito público, pelo que ensina Gaspar Caballero Sierra:

> El consorcio instrumento uma verdadera y auténtica cooperación entre dos o más personas de derecho público que por su lado gozam de una competencia o atribución principal em lo que concierne a las actividades que aquel entrará a gestionar por virtud del intercambio de voluntades dentro de una base estrictamente associativa com se ha dicho; competencias que le serán atribuídas al sujeto consorcial según el mayor o menor grado de actividade que se le confiera[6].

Sobre a participação nos atos consorciais, Dromi revela:

> El Estado no es el único dueño y soberano de lo público, pues em la 'administración de lo público', debem participar, también, [...] los consorcios públicos, [...] para que detenten la defesa del interés de algunos que, junto al de los démas, es el interés de todos[7].

Pode-se, entretanto, admitir que essa nova figura nos revela uma gama de opções, a depender da necessidade premente do interesse público, com permissividade de **participação** de entes de qualquer natureza, inclusive de pessoas de direito privado, sempre seguindo as regras pertinentes a cada modalidade.

3. PERSONIFICAÇÃO DO INSTITUTO

É comando normativo a formalização de **nova pessoa jurídica** para a realização dos ajustes previstos na norma, ou seja, será admitida

---

[6] SIERRA, Gaspar Caballero. *Los consorcios públicos y privados*. Bogotá: Temis, 1985. p. 94.

[7] DROMI. Roberto. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995. p. 189.

a criação de duas figuras administrativas, uma, na forma de **associação pública**; outra, como pessoa jurídica de direito privado.

A própria lei dispõe que a associação pública integra a administração pública indireta e a inclui no rol das pessoas jurídicas de direito público interno constante no artigo 41 do Código Civil, não restando dúvidas de que faz parte do organismo estatal.

Já com relação à pessoa jurídica de direito privado é estabelecido que deverá obedecer ao regime de direito privado com derrogações, como o dever de licitar, obediência a concurso público e controle pelas Cortes de Contas.

Assim, a doutrina já se reparte, alguns, entendendo que a pessoa jurídica de direito privado integra também a administração pública, pois não se concebe que o próprio Estado crie uma pessoa jurídica e a exclua de sua organização político-administrativa. Outros, por sua vez, entendem que não integra, apesar de comungar em que, em alguns aspectos, funcionará com regras de direito público, como mencionado.

Nesse sentido, enveredamos por entender que a pessoa jurídica de direito privado faz parte da administração pública, equiparando-se a uma empresa estatal pela similitude de atuação da mesma na esfera da ação administrativa.

Dessa forma, os consórcios públicos podem atuar de forma setorial regional ou nacional, a pretensão dos mesmos, todavia, variará de acordo com o orçamento disponível, a necessidade dos cidadãos e os recursos adequados para consecução dos objetivos comuns traçados, evidentemente, que gravitem em torno da competência local, mas que sejam tangíveis ao interesse geral.

Nesse passo, tem-se que a formação de consórcios públicos dependerá de prévia associação no **protocolo de intenções** dos entes federativos interessados, correspondendo ao próprio conteúdo do ajuste, sendo necessário a inclusão de determinadas cláusulas. Essas cláusulas imprimem verdadeiros pressupostos de validade do negócio jurídico, como pré-requisito de manter a *posteriori* gestões associadas ou, até mesmo, contratuais previstas na norma disciplinadora, objetivando o interesse público.

4. PECULIARIDADES FORMAIS

É bom registrar que a associação prévia de qualquer ente não o obriga a formalizar qualquer tipo de ajuste previsto na lei.

É preciso insistir, também, no fato de que firmados esses consórcios públicos, a transparência dos atos administrativos é notável, uma vez que as decisões exigem um aprofundamento das necessidades, possibilitando um acompanhamento efetivo da sociedade nas implementações estatais.

Para o cumprimento de seus **objetivos**, o Consórcio Público poderá firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo; bem como, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

Os consórcios públicos, ainda, poderão emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados, pelo ente da Federação consorciado, neste caso, mediante autorização específica.

Os consórcios públicos poderão outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos através de autorização prevista no **Contrato de Consórcio Público**, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições que deverão ser atendidas, observada a legislação de normas gerais em vigor.

A nosso pensar, parece que o objeto colimado como inovador instrumento pactual encontra amparo nas necessidades da sociedade e na consecução e melhoria dos serviços públicos. Por outro lado, não podemos esquecer que esse Consórcio Público, apresentado para estabelecer vínculo com vistas a implantação de serviços associados e atividades de interesse público, oferece um regime de direito público ou privado, contradizendo aspectos doutrinários consolidados.

Observe-se que uma das formas de apresentação de Consórcio Público denomina-se **Contrato de Consórcio Público** estabelecido entre partes, por efeito, permitindo obrigações em um instrumento sinalagmático e comutativo, além de outras formas contratuais:

a. **contrato de rateio**, significando a entrega de recursos ao Consórcio Público, com previsão na Lei Orçamentária de cada consorciado, sob pena de exclusão;

b. **contrato de programa,** objetivando gestão associada que envolva prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade de serviços, ou na gestão que envolva prestação de serviços por órgãos ou entidades de um dos entes consorciados.

Convém, neste momento, a consideração de que, tradicionalmente, os consórcios administrativos e convênios administrativos não dependem de autorização legislativa para gozar de existência jurídica, mesmo porque inviabilizariam a formalização do ajuste e a sua própria finalidade, além disso, persiste a idéia de independência dos poderes preconizada na Carta Magna.

5. ANÁLISE DISTINTIVA E CRÍTICA

Não se pode perder de vista que tanto o convênio quanto o consórcio não se constituíam pessoas jurídicas, posto isso, não contraíam direitos e obrigações, portanto, vale registrar o posicionamento de Maria Sylvia Di Pietro no que diz respeito a gestão dos interesses públicos dessas pessoas jurídicas que integram os consórcios, antes do advento da Lei nº11.107/2005:

> A melhor solução é 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[8].

Impende observar que o tema aqui tratado se refere a uma das formas que a administração pública se utiliza para uma melhor prestação de serviços públicos, de forma integrada com a finalidade de atingir objetivos comuns de interesse público, enfatizemos, entre entes públicos ou pessoa jurídica de direito privado.

---

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceria na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 1999. p. 186.

Nesse passo, **caracterizam** os atuais consórcios públicos os acordos empreendidos por entes personalizados instituídos através de associação pública ou pessoa jurídica de direito privado, ao contrário dos convênios. Assim, considerados esses traços distintivos, é imperioso resgatar que todos os princípios e preceitos aplicáveis aos convênios se estendem também aos consórcios públicos aqui considerados.

Faz-se necessário realizar as distinções claras que devem ser traçadas quando se põe em xeque não só os consórcios públicos, como também, os consórcios comerciais.

Embora apresentem uma similaridade no nome, o ato que enseja os consórcios públicos não se confunde com o consórcio comercial. Enquanto o Consórcio Público submete-se à regra específica e há alguns preceitos similares aos dos convênios administrativos, o consórcio comercial contém base legal no art. 278 da Lei nº 6.404/76.

Nesse diapasão, consórcio não é etimologicamente uma união ou associação de idéias que encerram os consórcios públicos. Pontuemos que o consórcio comercial é apenas considerado como uma forma de agrupamento de empresas para a consecução de alguns empreendimentos.

A despeito da expressão de consórcio utilizada no meio licitatório, Celso Antônio Bandeira de Melo firma seu significado: "associação de empresas que conjugam recursos humanos, técnicos e materiais para a execução do objeto a ser licitado. Tem lugar quando o vulto, complexidade ou custo do empreendimento supera ou seja dificultoso para as pessoas isoladamente consideradas"[9].

Adverte igualmente Diogenes Gasparini, ao indicar o conceito de consórcio de empresas, como "reunião de duas ou mais firmas que somam capital, técnica, trabalho e experiência para participar de certa licitação e, se vencedor, contratar com a administração pública a execução do objeto licitado"[10].

Posto isso, **consórcio mercantil** é a união de empresas com o fito de pôr em execução objetivos de interesse das partes que isoladamente

---

[9] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11 ed. rev. atual. e amp. Malheiros: São Paulo: 1999. p. 423.

[10] GASPARINI, Diogenes. *Consórcio de empresas*. Boletim de Licitações e Contratos – BLC, São Paulo. p. 582, dez. 1999.

não teriam condições de cumprir o contrato, por razões técnicas, de capital ou outra causa importante.

Daí tem-se que consórcio é estruturado em empresa, e não na união de entes públicos ou de um deste com outro de natureza privada (convênio de cooperação). Assim, cada uma tem sua responsabilidade contratual, respondendo pelas obrigações, não havendo solidariedade entre elas, entretanto, a Lei de Licitações dispõe no art. 30, V, que os integrantes dos consórcios responderão pelas ações praticadas na fase licitatória e na contratual.

Denota-se que os **consórcios comerciais** estão sujeitos aos preceitos licitatórios, enquanto o **convênio de cooperação e o Consórcio Público** não prescindem dessa via, em razão da finalidade pública, exceto o último sob a tutela legal da licitação dispensada (art. 2, §1 º, III e art. 17 da Lei nº11.107/2005).

Aí reside a percepção de que o conceito ora trazido de consórcio comercial assenta a sua base em empresa e não em união de entes públicos ou de um deste com outro de natureza privada (convênio de cooperação).

Trata-se tão-somente de um meio para a consecução da finalidade pública e instrumento de integração de forças com a união de entes públicos de espécies diversas e pessoas de direito privado, como forma conceitual dos atuais consórcios públicos.

Nessa concepção foram inseridas regras para concretude dessa interação. Com a dinâmica dos fatos sociais, as transformações constitucionais demonstraram a freqüente preocupação com a sua inclusão nas Normas Ápices. É, portanto, inegável a aplicação das formas de consórcios públicos no direito pátrio efetuado no perfil da atual Carta Magna.

Ao lado disso, de logo, constataremos que é cambiante suas expressões nas Cartas Políticas Federal e Estaduais, autorizando uma adversidade de nomenclaturas. Essas edições foram direcionadas aos estorvos regionais de cada ente. Hoje, entretanto, não há dúvida de sua persecução como gestão associada de serviços públicos, inclusive permitindo a criação de nova terminologia de parceria, com suas peculiaridades.

Se os convênios de cooperação e os consórcios públicos são uma realidade da administração pública, também deveria ser a certeza de

seu correto emprego. Assim, comprovaremos um desprovido tecnicismo neste âmbito, por efeito, no Consórcio Público.

No emaranhado das causas decompõem-se alguns fatores. Ao se adornar essas peculiaridades estudar-se-á o descumprimento dos moldes preconizados. Portanto, serão observados atos conveniais e consorciais assoberbados de vícios, protagonizando supostos "interesses públicos" em mácula aos princípios basilares e setoriais do direito.

6. CONTEÚDO CONCLUSIVO

Por fim, a base teórica utilizada no presente trabalho está arraigada às posições doutrinárias, legais e jurisprudenciais, no que se refere à gestão comparativa dos convênios administrativos, contrato de consórcios públicos, termo de parceria, contrato de gestão e contratos administrativos, e na confiabilidade dos seus resultados.

Nesse desiderato, é necessário firmar entendimento baseado na teoria geral do contrato e na função social do contrato, aliado ao princípio da boa-fé, dando ênfase à técnica-operativa das parcerias implementadas no Estado Social, onde já não se visualiza o individual, mas a complexidade do todo, com forte mitigação ao Estado liberal.

É importante ressaltar que os administradores públicos devem estar imbuídos de espírito coletivo e legal, dando ênfase aos atos jurídicos aplicáveis à espécie, permitindo a concepção de parceria, onde se vislumbra que o pacto se apresenta sob regime cogente de direito público, ou leva a uma certeza judicial da aplicação dos seus pressupostos com vistas à cooperação com a administração pública, do contrário, ensejará no desvio de finalidade pública.

Sob exame, deve-se dar a deferência necessária aos enunciados pertencentes à matéria, com o intento de impedir ou minimizar a sua proliferação desprovida e o distanciamento das formas admitidas e, nessa conexão, avaliar a inserção do sistema do atual Consórcio Público.

Esclarecer é o que se espera sobre as particularidades do Consórcio Público em consonância com instrumentos pactuais de direito público existente.

Nesse diapasão, devem ser avaliadas as repercussões advindas da adoção do hodierno contrato de Consórcio Público no contexto brasileiro, atentando para as peculiaridades regionais de cada ente federativo a teor da legislação nacional a ser implementada, assim como considerar os países com teor doutrinário e experiência relevantes.

Finalmente, essa reflexão não se propõe a propagar a implantação desses pactos, nem suprir todos os óbices, pelo contrário, almeja a sua aplicação nos limites do direito positivo e nos fins estabelecidos, indicando seus percalços, (in)aplicabilidade e peculiaridades.

7. BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amminitrativo.* Milão: Giuffré, v. I, 1974.
ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constituinales, 1993.
BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996.
BERÇAITZ, Miguel Ángel. *Teoria general de los contratos administrativos*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.
BRITO, Carlos Ayres de. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997.
CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo.* 3 ed. ver. e amp. Rio de janeiro: Forense, 1971.
CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1994.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
_____. *Parceria na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
DROMI. Roberto. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
DURÃO, Pedro. *Convênios e consórcios administrativos*. Curitiba: Juruá, 2004.
FIGUEREIDO, Lúcia Valle. *Direito dos licitantes*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.
GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
MEDAUAR, Odete. *Licitações e contratos administrativos*: coletânea de estudos. São Paulo: NDJ, 1998.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. ver. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1999.
RIVERO, Jean. *Direito adminstrativo*. Tradução de Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.
SOUTO, Marcos Juruema Villela. *Licitações & contratos administrativos*. São Paulo: Adcoas, 1998.