Aspectos Selecionados da Lei de Consórcios Públicos

Por: Lucas Navarro Prado

Em 07 de abril último, foi publicada a Lei 11.107 que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Trata-se de normativo demandado há muito no sistema jurídico brasileiro. No presente artigo, entre os inúmeros aspectos que poderiam ser apontados, preferimos abordar alguns deles: (i) a atribuição de personalidade jurídica aos consórcios, (ii) a possibilidade de serem integrados por entes de níveis federativos distintos e (iii) a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de consórcios públicos.

Entre as inovações trazidas pela referida lei federal, destaca-se a atribuição de personalidade jurídica aos consórcios públicos, através da constituição de associação pública ou de pessoa jurídica de direito privado.

Não se trata da criação de novo ente federativo, como já se pretendeu questionar, afirmando que a criação de consórcios públicos, dotados de personalidade jurídica autônoma, seria incompatível com a estrutura federativa do Estado brasileiro.

Entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – são pessoas políticas, com capacidade legislativa originária. A atribuição de personalidade jurídica aos consórcios públicos em nada lhes confere capacidade legislativa originária, jurisdicional ou competências delegadas em caráter definitivo.

Como associação pública, o consórcio terá personalidade jurídica de direito público e, portanto, estará sujeito ao regime de direito público. A corroborar a tese exposta, vale notar a alteração do art. 41 do Código Civil Brasileiro, o qual lista as pessoas jurídicas de direito público interno, entre elas, com a nova redação de seu inciso IV, “as autarquias, inclusive as associações públicas”. Por conseguinte, as associações públicas deverão ser submetidas ao mesmo regime jurídico das autarquias, qual seja, o regime de direito público.

Ao lado disso, poderão os consórcios públicos adotar personalidade jurídica de direito privado, bastando o atendimento dos requisitos da legislação civil. Por lógica, a decorrência natural seria a aplicação integral do regime de direito privado. Contudo, a própria lei excepciona esse raciocínio, aliás, de forma acertada, ao determinar que “o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido (sic) pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT”.

Trouxe ainda a Lei 11.107/05 a possibilidade de que o consórcio público seja integrado por entes federativos de níveis distintos. Assim, num mesmo consórcio, poderão estar presentes União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Costumava ensinar a maioria dos doutrinadores brasileiros que os consórcios administrativos poderiam ser formados tão somente por entes federativos da mesma espécie, residindo nesse aspecto a principal diferença para os convênios, que admitiriam entes de níveis federativos diversos.

Apesar disso, a lei deixou clara a possibilidade de participação de entes de níveis federativos distintos no mesmo consórcio público. Aliás, nesse sentido, ainda que não bastasse a previsão legal, a Constituição Federal, em seu art. 241, com redação determinada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, permitiu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinassem por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados.

Portanto, a previsão é de consórcios públicos e convênios entre entes federados, independentemente de sua espécie, o que afasta a tese de que apenas os convênios poderiam ser constituídos por entes de diferentes níveis federativos.

Em que residiria então a diferença entre consórcios públicos e convênios? Parece-nos que, a partir do advento da Lei 11.107/95, a primeira diferença está na atribuição de personalidade jurídica aos primeiros enquanto os segundos existirão como simples acordos temporários de atuação conjunta.

Tanto o convênio quanto o consórcio público admitem, na esteira do disposto no referido art. 241, in fine, que os entes federativos lhes transfiram, total ou parcialmente, encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

No entanto, no convênio, as relações jurídicas com terceiros são efetivadas em nome de um dos entes signatários, e não em nome do próprio convênio, uma vez que este não pode ser sujeito de direitos e obrigações. Logo, apenas o signatário que contratou em nome próprio poderia ser responsabilizado.

Já o consórcio público responde por si, vez que adquire personalidade jurídica e, portanto, se obriga em nome próprio, por conta própria, e, subsidiariamente, implica responsabilidade dos consorciados, por não estar prevista qualquer forma de responsabilidade limitada.

Na redação do projeto de lei, constava que os consorciados responderiam solidariamente pelas obrigações assumidas pelo consórcio. Tal dispositivo foi vetado, de modo que, como se argumenta nas próprias razões de veto apresentadas pelo Executivo, deverá ser aplicado o regime ordinário da administração indireta: a responsabilidade subsidiária. Assim, os consorciados responderão apenas no caso de o patrimônio do consórcio não ser suficiente para responder pelas obrigações.

A segunda distinção entre convênios e consórcios públicos seria o fato de apenas entes federativos poderem compor o consórcio público na forma da Lei 11.107. A autorização para contratar consórcio público, constante do art. 1o da referida lei, é exclusiva para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Outros órgãos e entidades poderão participar eventualmente de convênios e contratos de gestão ou termos de parceria, jamais de consórcios públicos.

Por fim, passemos ao terceiro e último aspecto a ser abordado neste artigo: a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de consórcios públicos.

A lei reconheceu a natureza contratual do consórcio público. Exigiu apenas, como condição para sua celebração, a prévia ratificação, mediante lei, de protocolo de intenções: documento contendo os principais aspectos do contrato de consórcio a ser celebrado. Haverá dispensa da referida ratificação quando, antes de subscrever o protocolo de intenções, o ente federativo já tiver disciplinado por lei a sua participação no consórcio público.

Note-se que o reconhecimento de natureza contratual assegura a competência da União para legislar privativamente sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, aplicáveis às administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

Posicionou-se bem o legislador nesse sentido, pois não há que se afastar o caráter contratual pela ausência de bilateralidade – no sentido de dois pólos contratantes – e antagonismo de vontades. O contrato formador de consórcio público é plurilateral e voltado à consecução de um mesmo interesse. Nem por isso deixa de ser contrato. Aliás, fosse outro o entendimento, a todos os acordos de vontade associativos, tais como sociedades, “joint-ventures” e outros, faltaria natureza contratual, o que nos parece posição superada na doutrina.

Assim, para compatibilizar essa tese com o disposto no aludido art. 241, restará aos demais entes federativos legislar apenas sobre normas específicas de contratação de consórcios públicos, apesar da dificuldade de se distinguir normas gerais e específicas. A competência prevista no art. 241 assemelha-se, desta forma, às já conhecidas competências concorrentes, embora in casu falte aos demais entes federativos a competência de emanar normas gerais suplementares, por força da competência privativa da União nesse tipo de norma.

Por fim, feitas essas considerações, é importante frisar que a presente Lei de Consórcios Públicos deverá favorecer o planejamento, regulação e prestação de serviços que, por diversas vezes, transcendem a esfera de atuação de um único ente federativo.
(maio de 2005).