

**Instituto Brasiliense De Direito Público – IDP**

**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito  
Constitucional**

**Ubergue Ribeiro Junior**

**Os consórcios públicos segundo a Lei n.º  
11.107, de 6 de abril de 2005: dilemas  
constitucionais e natureza jurídica**

**Brasília – DF**

**2011**

**Ubergue Ribeiro Junior**

**Os consórcios públicos segundo a Lei n.º  
11.107, de 6 de abril de 2005: dilemas  
constitucionais e natureza jurídica**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientador: Professor Mestre Daniel Vila-Nova.

**Brasília – DF**

**2011**

**DEDICATÓRIA**

Para minha mulher Micheline e minha filhinha Letícia.

**AGRADECIMENTO**

Ao Professor Daniel Vila-Nova,  
pela demonstração gratuita de como um verdadeiro mestre deve se portar.

## Resumo.

O propósito do presente trabalho é o estudo dos consórcios públicos à luz da Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005, dentro de uma perspectiva constitucional e ontológica que leva em consideração a análise crítica de três grandes questões: 1) a constitucionalidade da referida lei a partir da investigação da competência legislativa da União para editar uma lei ordinária de normas gerais sobre a matéria); 2) a possibilidade de regulamentação da lei via decreto presidencial com normas vinculantes para as demais entidades federativas; e 3) o estudo de sua natureza jurídica. O texto reflete as posições do autor que de modo crítico apresenta – academicamente – argumentos contrários aos que comumente vem sendo adotados pela doutrina majoritária em relação aos pontos em destaque.

**Palavras-Chave:** consórcios públicos. Lei n.º 11.107/2005. Competência legislativa da União. Lei ordinária de normas gerais. Regulamentação. Decreto Presidencial. Normas vinculantes para entes federativos. Natureza jurídica.

## **Abstract.**

The purpose of the present work is the study of consortia in the light of the Law nº 11.107, of april 6, 2005, with in a constitutional and ontological perspective that takes in account the critical analysis of the major issues: 1) the constitutionality of the mentioned law from the research of the legislative competence of the Union to edit an ordinary law of general rules about the matter); 2) the possibility of regulation of the law via presidential decree that binding rules for others federatives entities, and 3) the study of its legal nature. The text reflects the positions of the author who presents a critical way – academically – arguments against what is commonly being adopted by majority doctrine in relation to the highlighted points.

**Keywords:** consortia. Law n.º 11.107/2005. Legislative competence of the Union. Ordinary law of general rules. Regulation. Presidential decree. Binding rules for other federatives entities. Legal nature.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
-----------------	---

### CAPÍTULO I

1) DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PARA EDITAR UMA LEI ORDINÁRIA DE NORMAS GERAIS SOBRE CONSÓRCIOS PÚBLICOS. .....	9
---	---

### CAPÍTULO II

2) CONTROVÉRSIAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA LEI N.º11.107/2005 POR ATO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL COM CONTEÚDO VINCULANTE PARA AS DEMAIS ENTIDADES FEDERATIVAS.....	25
---	----

2.2) ARGUMENTOS A FAVOR DA REGULAMENTAÇÃO E SUA CONSEQUENTE ANÁLISE CRÍTICA .....	26
---	----

2.1) ARGUMENTOS CONTRA A REGULAMENTAÇÃO.....	36
--	----

### CAPÍTULO III

3) A NATUREZA JURÍDICA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS SEGUNDO A LEI N.º 11.107/2005.....	42
---	----

3.1) CONSÓRCIO PÚBLICO COM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO.....	50
---	----

3.2) CONSÓRCIO PÚBLICO COM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO.....	55
---	----

CONCLUSÃO.....	62
----------------	----

REFERÊNCIAS.....	65
------------------	----

## INTRODUÇÃO

O trabalho em foco tem como objeto o estudo dos consórcios públicos à luz da Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005, dentro de uma perspectiva constitucional e ontológica que leva em consideração a análise crítica de três grandes questões: 1) a constitucionalidade da referida lei a partir da investigação da competência legislativa da União para editar uma lei ordinária de normas gerais sobre a matéria); 2) a possibilidade de regulamentação da lei via decreto presidencial com normas vinculantes para as demais entidades federativas; e 3) o estudo de sua natureza jurídica.

Na verdade, tal linha de abordagem mostra toda sua relevância a partir do momento em que se constata a complexidade do instituto, tanto no seu desenho legal e institucional quanto nos efeitos práticos que ele pode trazer no rearranjo federativo nacional. É inegável que após o advento dos consórcios públicos o Estado Brasileiro passa a ter um instrumento de agregação de competências federativas que antes não se comunicavam. Tal fato, aliás, contribui de maneira decisiva para o estabelecimento de um novo paradigma em termos federativos, o que só aumenta a responsabilidade daqueles que pretendem examinar juridicamente os consórcios públicos, pois o que está em jogo não é apenas mais uma simples novidade, mas sim um novo modelo constitucional que precisa ser muito bem pensado para não interferir indevidamente nas autonomias federativas e não tumultuar o ordenamento jurídico com peculiaridades que poderão se tornar precedentes perigosos no futuro.

Além disso, é de fundamental importância que os consórcios públicos recebam da doutrina a máxima atenção justamente naqueles pontos chamados de “raiz”, seja de caráter constitucional seja de caráter ontológico, pontos que, por serem mais abstratos, e, portanto, mais distantes das discussões práticas do dia-a-dia, terminam merecendo um espaço menor de discussão, o que reforça, de uma vez por todas, a importância da presente iniciativa.

Nestes termos, a intenção inicial (Capítulo 1) foi fazer uma leitura de modo a investigar a competência legislativa da União para editar uma lei ordinária de normas gerais sobre consórcios públicos, tentando revelar o caminho jurídico tomado pelo legislador, e, via de consequência, demonstrar os equívocos e as idiosincrasias constitucionais que foram cometidas na tentativa de viabilizar

juridicamente o marco legal. Após esta interpretação, procuramos, a título ilustrativo, identificar alguns pressupostos mínimos que podem ser explorados por aqueles que queiram concentrar o objeto dos seus estudos na construção de interpretações que visem a consolidação da constitucionalidade da Lei n.º 11.107/2005.

Num segundo momento (Capítulo 2), mas ainda no bojo das questões constitucionais que giram em torno da referida lei, adentramos no problema da regulamentação de uma lei de normas gerais, via decreto presidencial, com regras vinculantes para os demais entes da federação. Apesar de defendermos a impossibilidade jurídica desta opção, tomamos o cuidado de identificar as construções teóricas que durante o processo decisório sustentavam tal possibilidade, fazendo, destarte, uma espécie de contraponto a estes argumentos.

Por conseguinte, já numa esfera ontológica (Capítulo 3), enfrentamos o problema da natureza jurídica do novel instituto a partir da constatação de que agora, após a lei, os consórcios públicos têm, eles próprios, personalidade jurídica. Em primeiro lugar procuramos firmar nossa posição a respeito da natureza jurídica dos consórcios, para, num segundo momento, e a partir da posição assumida, tentar combater os argumentos da doutrina majoritária que sustenta que o consórcio público com personalidade jurídica de direito público tem natureza jurídica de autarquia e que o consórcio público com personalidade jurídica de direito privado tem natureza jurídica da associação de que trata o Código Civil.

Por fim, importante registrar que todas essas perspectivas – que serão aprofundadas nos três capítulos vindouros – foram construídas dentro de um contexto estritamente doutrinário, já que até o presente momento não há qualquer notícia de judicialização desses pontos perante o Supremo Tribunal Federal.

Como se vê, este não é um estudo enciclopédico para “explicar” os diversos aspectos envolvendo os consórcios públicos, mas sim, para analisar, dentro do espírito crítico doutrinário, os elementos pontuais identificados nos três capítulos mencionados, e que a nosso ver, foram alçados à categoria de norma sem, talvez, o devido comprometimento com a excelência e a coerência, elementos fundamentais para a consolidação e o amadurecimento de todo e qualquer ordenamento jurídico.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ressalte-se que as posições doutrinárias assumidas neste trabalho são de exclusiva responsabilidade do autor, não havendo, portanto, qualquer vinculação do conteúdo aqui disposto com a posição oficial dos órgãos jurídicos aos quais o autor mantém laços funcionais (o autor é Advogado da União em exercício na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República).

## 1) DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PARA EDITAR UMA LEI ORDINÁRIA DE NORMAS GERAIS SOBRE CONSÓRCIOS PÚBLICOS.

As discussões envolvendo o tema **cooperação federativa** são reconhecidamente complexas. Traçar um plano de cooperação entre entidades que detém ampla autonomia é uma das tarefas mais palpitantes do nosso Direito, tanto pelo nosso peculiar modelo federativo – em que os Municípios são entidades integrantes da federação – quanto pela própria complexidade do sistema adotado pela Constituição, conforme lição de José Afonso da Silva:

A nossa constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica de enumeração dos poderes da União (arts.21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art.25, §1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art.30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (sem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art.22, parágrafo único), áreas comuns em que se prevêem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art.23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar.<sup>2</sup>

Para majorar toda essa complexidade federativa, o legislador constituinte derivado, no conjunto das várias mudanças trazidas pela **Emenda Constitucional n.º 19/1998**, deu a seguinte redação ao **art. 241** da Constituição Federal:

Art. 241. 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.<sup>3</sup>

O advento do citado art. 241 trouxe uma série de dúvidas a respeito desses consórcios públicos que agora aparecem com um *status* totalmente diferenciado dos anteriormente chamados “consórcios públicos administrativos”, que ao fim e ao cabo, não passavam de uma simples forma de convênio.

---

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 481.

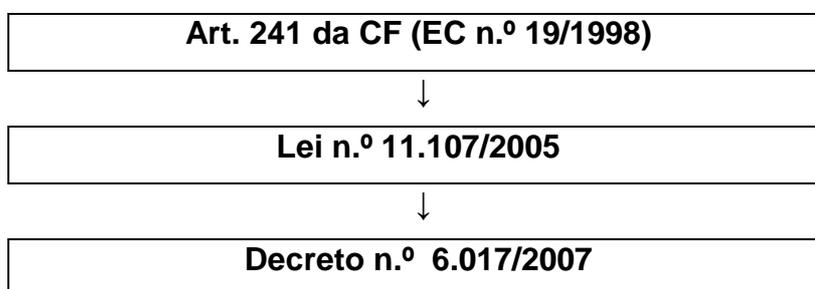
<sup>3</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>

Passados sete anos, o legislador ordinário, por meio da Lei n.º 11.107/2005, disciplinou esses consórcios públicos dando a eles um conteúdo novo, com personalidade jurídica própria e *modus operandi* singular dentro do nosso sistema federativo. A definição propriamente dita, entretanto, só apareceu com o Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007 – cujo objetivo foi regulamentar a Lei n.º 11.107/2005 – e que no seu art. 2º, inciso II, assim prescreveu:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se:

I - consórcio público: pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei n.º 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;<sup>4</sup>

Com a edição do referido decreto, fechou-se o ciclo normativo de caráter organizacional do instituto, estabelecendo-se, pois, o que costumamos chamar “trinca normativa” dos consórcios públicos:



Acontece que há nessa trinca – especialmente nas suas transições, aqui devidamente representadas pelas setas – aspectos reveladores de um universo riquíssimo de discussões jurídicas e que estão apenas a esperar as lupas da doutrina constitucionalista.

Senão vejamos. O art. 241 da Constituição Federal, por si só, é uma norma reconhecidamente insuficiente para viabilizar um diploma legal como a Lei n.º 11.107/2005. Essa insuficiência decorre da diluição legislativa que foi adotada pelo legislador constituinte derivado ao afirmar que “A União, os Estados, o Distrito

---

<sup>4</sup> BRASIL. Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>

Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos (...)”. Ou seja, só com art. 241 era impossível juridicamente viabilizar uma lei da União com regras vinculantes para toda a federação.

Diante dessa evidente insuficiência não é difícil perceber que qualquer tentativa de se editar uma lei da União, nos moldes da Lei n.º 11.107/2005, teria que buscar auxílio em outras normas constitucionais. Assim, se o objetivo do legislador era fazer uma lei para dar unidade ao tratamento dos consórcios públicos não lhe restava outra opção senão tentar buscar nos dispositivos constitucionais que tratam das competências de cada ente da federação – como, por exemplo, os arts. 22, 23, 24, 30 e 32 – o elemento viabilizador de sua pretensão.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

Art. 32. (...)

§ 1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>

Essas opções, entretanto, de uma certa forma já nascem limitadas quando se percebe que o objetivo era ter uma “lei geral” de consórcios. “Lei geral” nos leva imediatamente a pensar numa “lei de normas gerais”, corolário direto da competência concorrente prevista no art. 24 da Constituição Federal, onde a União estabelece uma lei de normas gerais, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal suplementarem essa lei de normas gerais por meio de leis estaduais e distritais específicas.<sup>6</sup> No entanto, no rol das competências concorrentes não havia nenhum dispositivo que guardasse pertinência temática com os consórcios públicos e que pudesse viabilizar essa lei – de normas gerais – para todos os entes da federação.<sup>7</sup>

Ao constatar que o art. 24 não serviria para completar o art. 241, o legislador ordinário – imbuído desse desejo de editar uma lei única para toda a federação – decidiu que deveria buscar outro dispositivo constitucional.

As opções então estavam restritas a uma lei complementar (art. 23, parágrafo único) ou a alguma interpretação que conseguisse viabilizar uma “lei de normas gerais”, ainda que o art. 24 – locus por excelência das chamadas “leis de normas gerais” – não ajudasse nem um pouco tal caminho interpretativo, tendo em vista a manifesta ausência de pertinência temática entre o seu elenco de competências e os consórcios públicos.

O parágrafo único do art. 23 da Constituição sem sombra de dúvida era a melhor opção jurídica. A nosso juízo, diante da redação dada pelo legislador constituinte derivado ao art. 241, o melhor caminho seria mesmo combinar este

---

<sup>6</sup> Compete aos Municípios suplementar a legislação federal e estadual, conforme o art.30, II, da Constituição.

<sup>7</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II - orçamento;

III - juntas comerciais;

IV - custas dos serviços forenses;

V - produção e consumo;

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX - educação, cultura, ensino e desporto;

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI - procedimentos em matéria processual;

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV - proteção à infância e à juventude;

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

dispositivo com o parágrafo único do art. 23, para, assim, editar uma lei complementar qualificando os consórcios públicos como legítimos instrumentos de cooperação federativa, numa iniciativa dotada de ordem (haja vista que seria editada uma lei complementar da União ao invés da sistemática surreal de “várias leis” como aduz o art. 241) e adequação (haja vista que se estaria efetivamente criando um instrumento de cooperação federativa que é, pois, a essência dos consórcios públicos). Esta opção, apesar de ser juridicamente a mais adequada, esbarrava no ônus político de ser lei complementar, e assim, exigir o quorum qualificado para sua aprovação.

Por outro lado, ainda que existisse aquela dificuldade prevista no art. 24, a “lei de normas gerais” tinha duas grandes “vantagens”: além de ser lei ordinária, o que conseqüentemente exigiria apenas a maioria simples, estaria mais “condizente” com o art.241 que conclamava a participação legislativa das demais entidades federativas. Assim, a União editaria uma lei ordinária de normas gerais (politicamente menos onerosa), sem excluir as competências legislativas dos demais entes da federação, que passariam a ter a competência legislativa específica, dentro dos limites da lei geral, para disporem sobre consórcios públicos.

Como se vê, a situação se apresentava com uma certa complexidade, ante as mais variadas circunstâncias de caráter constitucional e político.

No entanto, como “a opção correta nem sempre é a mais convincente” o legislador preferiu seguir o segundo caminho, e neste passo, editou uma lei (ordinária) de normas gerais para toda a federação.

Tal escolha enseja, sem muita demora, algumas indagações que precisam ser enfrentadas: (i) **Se o art. 241 fez questão de repartir, dividir, diluir essa competência entre todas as entidades federativas, com que autoridade a União invoca o poder de editar uma lei ordinária federal – de caráter essencialmente nacional – para estabelecer normas gerais para toda a federação?** (ii) **Ou seja, como reunir algo que a Constituição fez questão de separar?** (iii) **Logo, se o art. 241 não poderia, por si só, dá ensejo a uma lei ordinária da União com conteúdo obrigatório para as demais entidades federativas, sob que base constitucional uma lei como esta lei poderia estar sedimentada?** (iv) **Isto é, de onde a União retirou a competência legislativa para fazer uma lei de normas gerais (Lei n.º11.107/2005) para todas as entidades federativas?**

Todavia, antes de investigarmos o dispositivo constitucional utilizado pelo legislador para viabilizar a lei de consórcios públicos é imperioso constatar que a gênese de todas essas dificuldades foi a redação dada pela EC n.º 19/1998 ao art. 241. Isso porque, se o propósito da Emenda era agilizar um processo de transformação no relacionamento entre entidades federativas, o mínimo que se poderia esperar do constituinte derivado, pelo menos num momento inicial, seria atribuir à União, o poder aglutinador de coordenar esse processo de transformação, e não, esvaziar o gerenciamento normativo desse processo deixando a cargo de cada entidade federativa a competência legislativa para dispor sobre os consórcios públicos. Ou seja, o que Emenda fez foi partir de um conceito utópico e irracional de que todas as leis – federais, estaduais e municipais – seriam perfeitamente conciliáveis e que tudo iria aos poucos se acomodando.

No entanto, se cada entidade federativa, no exercício de sua autonomia e dentro do que diz o art. 241, fosse fazer a sua lei, sem nenhum parâmetro nacional, sem nenhum *standard* mínimo, jamais, qualquer consórcio – que tem como objetivo último a cooperação federativa – teria condições de existir.

Como se vê, não é difícil perceber que o início da problemática envolvendo os consórcios públicos não é de “previsão constitucional”, mas sim, de “instrumentalização”, principalmente quando se sabe que entre “fazer uma simples previsão” e “criar um modelo estrutural” vai uma enorme distância.

Assim, dentro dessa ótica de instrumentalização, o legislador então resolveu criar um modelo estrutural a partir da conjugação do art. 241 com o art. 22, inciso XXVII, e desta forma, tentar justificar a competência legislativa da União para editar uma lei (ordinária) de normas gerais sobre consórcios públicos com conteúdo obrigatório para toda a federação.

Para que não restem dúvidas de que o art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal é realmente o preceito que foi utilizado pelo legislador para viabilizar a competência privativa da União em editar uma lei de normas gerais de “contratação de consórcios públicos”, é imprescindível comparar o citado dispositivo constitucional com o disposto na ementa e no art.1º da Lei n.º 11.107/2005:

<b><u>CONSTITUIÇÃO FEDERAL</u></b>	<b><u>LEI N.º11.107, DE 6 DE ABRIL DE 2005</u></b>
Art. 22. <b>Compete privativamente à <u>União</u> legislar sobre:</b>	Dispõe sobre <b><u>normas gerais</u></b> de <b><u>contratação</u></b> de consórcios públicos e dá

XXVII – <b><u>normas gerais de licitação e contratação</u></b> , em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da <b><u>União, Estados, Distrito Federal e Municípios</u></b> , obedecido o disposto no art.37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III;	outras providências  Art. 1º <b><u>Esta lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos</u></b> para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.
---	---

É evidente, portanto, que a fonte de inspiração utilizada pelo legislador foi mesmo o art. 22, inciso XXVII, da Constituição, uma vez que ele era o único dispositivo que ainda dava alguma “esperança” para a edição de uma lei ordinária.

De toda forma, o que é preciso perceber é que esta escolha não foi à toa: ou o legislador utilizava esse caminho, ou então, não conseguiria viabilizar a Lei n.º 11.107/2005, uma vez o art. 241 não atribuiu à União o poder de editar uma lei ordinária com normas gerais sobre consórcios públicos para toda a federação.

Apesar de reconhecermos o problema deixado pelo art. 241 não podemos deixar de registrar que se o legislador ordinário estava “refém” do poder constituinte derivado (EC n.º 19/1998) então a melhor opção seria não fazer uma lei nos moldes da Lei n.º 11.107/2005, e, via de conseqüência, pensar numa outra opção, como dito, regulamentar o art. 241 juntamente com o parágrafo único do art. 23, instituindo uma lei complementar para dispor sobre normas de cooperação federativa.

A esse respeito importante a posição de Odete Medauar e Gustavo Oliveira:

Embora a ementa da Lei Federal n.º 11.107/05 não contenha referência explícita a nenhum preceito constitucional, pode-se dizer que tem como fundamento o parágrafo único do art. 23 e o art. 241 das Disposições Gerais, acrescentado pela EC n.19-98. No entanto, note-se que a Lei n.º 11.107/05 não é lei complementar, como determina o parágrafo único do art. 23. Tampouco configura uma lei da União disciplinando a sua própria participação em consórcios e convênios de cooperação. Isso porque a leitura do art. 241 leva a um entendimento da edição de lei por parte de cada uma das entidades federativas para disciplinar os consórcios públicos (...). A escolha do legislador recaiu sobre a edição de uma lei de normas gerais de contratação de consórcios públicos, a qual, reitera-se, não é nem lei complementar, nem lei editada da União para a União. Portanto, é difícil enquadrar plenamente a Lei n.º 11.107/05 nos dispositivos constitucionais supracitados. Talvez esteja aí a justificativa para a ausência de menção a dispositivo constitucional na ementa da lei. Parece que a opção do legislador afina-se ao disposto no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal (...).<sup>8</sup>

<sup>8</sup> MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Consórcios Públicos. Comentários à Lei n.º 11.107/05*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.17 e 18.

Decerto, numa análise estritamente técnica, o caminho seguido pelo legislador não dá muita margem para o hermenêuta defender a constitucionalidade da Lei n.º 11.107/2005: primeiro, porque ela não é uma lei complementar (conjugação do art. 241 com o parágrafo único do art. 23 da Constituição), e segundo, porque em essência, o art. 22, inciso XXVII não guarda pertinência temática com os consórcios públicos da forma como eles foram concebidos pela lei (uma pessoa jurídica).

O art. 22, inciso XXVII, como se sabe, fala essencialmente de licitações e contratos administrativos, ou melhor, fala de contratos derivados de procedimento licitatório que, segundo nos parece, não guarda correlação ontológica com a nova pessoa jurídica denominada consórcios públicos. Haveria, portanto, por esta leitura mais técnica, uma nítida incompatibilidade entre o disposto na lei e o fundamento constitucional que tentou viabilizar sua existência.

Entretanto, há aqueles que, como Luciano Ferraz, entendem não haver problema de constitucionalidade com a lei dos consórcios públicos:

O art. 241 da Constituição, mercê da noção de Federalismo de cooperação, enseja a possibilidade de sua interpretação de modo a entendê-lo como outorgante de competências legislativas (e materiais por arrastamento) de duas ordens à União: a primeira para legislar sobre normas gerais sobre *Consórcios Públicos* (Lei n.º 11.107/2005); a segunda, semelhante à dos Estados e Municípios, para disciplinar especificamente a sua participação nos *Consórcios Públicos Interfederativos*”<sup>9</sup>

Por conseguinte, ainda acrescenta:

A interpretação que se anuncia também não colide com o art. 23, parágrafo único da Constituição, porquanto a exigência de Lei Complementar para a disciplina da cooperação federativa neste dispositivo é direcionada exclusivamente aos arranjos que se estabeleçam para o desenvolvimento e o bem-estar em âmbito nacional e os consórcios tratados pela Lei n.º 11.107/2005, embora não exclusivamente, são naturalmente vocacionados às parcerias público-público em âmbito regional e local”<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> FERRAZ, Luciano. *Consórcios Públicos: ensaio sobre a constitucionalidade da Lei n.º 11.107/2005*. In: PIRES, Maria Coeli Simões & BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord). *Consórcios Públicos. Instrumento do Federalismo Cooperativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p.67.

<sup>10</sup> Id.idib.p.67.

De início, diz o citado autor que o art. 241 outorgou à União o poder de editar uma lei de normas gerais sobre consórcios públicos. Com efeito, ninguém duvida que a interpretação gramatical é de longe a mais simplória. Entretanto, quando o texto é aparentemente claro e a ideia contida numa interpretação doutrinária mais vanguardista destoia da “simplicidade” do texto, é preciso que o esforço seja maior, ou seja, é preciso não só dizer “que há saída”, mas sim demonstrá-la.

Dessa forma, tomando o art. 241 como ponto de referência é de se indagar: onde está o “indício” jurídico que permite chegar à conclusão de que a União poderia editar uma lei de normas gerais – consequentemente com conteúdo obrigatório para todas as demais entidades federativas – em relação a consórcios públicos? Como dito anteriormente, se o art. 241 fez questão de repartir, dividir, diluir essa competência entre todas as entidades federativas, com que autoridade a União invoca o poder de editar uma lei ordinária federal – de caráter essencialmente nacional – para estabelecer normas gerais para toda a federação? Ou seja, como reunir, por lei, algo que a Constituição separou?

Não obstante, é necessário lembrar que a União não tem o poder “natural” de sair por aí editando leis de normas gerais, já que suas competências legislativas são todas enumeradas. Como é de conhecimento geral, a União edita as chamadas “leis de normas gerais” – tecnicamente falando – em três situações: 1) no art. 24 como corolário natural da competência concorrente<sup>11</sup>; 2) no art. 22 (competência privativa) nos casos expressamente previstos, como, por exemplo, nos incisos XXI e XXVII<sup>12</sup>; e 3) quando a Constituição, mesmo fora dos artigos voltados à repartição de

---

<sup>11</sup> Conforme disciplina o art.24 da Constituição:

Art.24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

§1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer **normas gerais**.

§ 2º A competência da União para legislar sobre **normas gerais** não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre **normas gerais**, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre **normas gerais** suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

<sup>12</sup> Sobre normas gerais no Art.22, diz a União:

Art.22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXI – **normas gerais** de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares.

XXVII – **normas gerais** de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art.37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art.173, §1º, III;

competências, faz essa previsão de maneira expressa como acontece, *v.g.* com os arts. 61, §1º, II, “d”, 134, §1º, 142, §1º, 146, III, 169, §7º, 204, I, 209, I e 236, §2º.<sup>13</sup>

Logo, se o art. 241 não diz que a União tem competência para editar uma lei de normas gerais sobre consórcios públicos – mas sim que a competência legislativa para dispor sobre consórcios públicos é diluída entre todos os entes da federação – então a conclusão que se chega é que o argumento do citado autor, data máxima vênua, não é um argumento consistente.

Em suma, se o art. 241 não atribuiu à União o poder de editar uma lei de normas gerais para a toda a federação, mas ao contrário, repartiu a competência para legislar sobre consórcios públicos para cada ente, então não restam dúvidas de que a tese segundo a qual o art. 241, por si só, seria fundamento para uma lei de normas gerais da União, não se sustenta.

Em seu segundo argumento a favor da constitucionalidade da Lei n.º 11.107/2005, Luciano Ferraz defende que o foco do art. 23, parágrafo único, da Constituição, está na parte final do dispositivo quando diz “desenvolvimento e bem-estar em âmbito nacional”. Assim, como os consórcios públicos seriam naturalmente

---

<sup>13</sup> Já sobre esses dispositivos esparsos diz a Constituição:

Art. 61. (...)

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como **normas gerais** para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios

Art. 134. (...)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá **normas gerais** para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Art. 142.

§ 1º - Lei complementar estabelecerá as **normas gerais** a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer **normas gerais** em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

Art. 169 (...)

§ 7º Lei federal disporá sobre as **normas gerais** a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º

Art. 204. (...)

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as **normas gerais** à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das **normas gerais** da educação nacional;

Art. 236. (...)

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

vocacionados ao âmbito regional e local, não haveria choque com o parágrafo único do art. 23, uma vez que tal dispositivo teria como foco apenas o “âmbito nacional”.

Com todo o respeito ao eminente autor também não podemos concordar com esse argumento. Isso porque, não dá para tirar o foco da questão com base na parte final do artigo que, convenhamos, tem um apelo muito mais de retórica do que de conteúdo. O ponto nuclear do artigo não é o “desenvolvimento e bem-estar em âmbito nacional”, mas sim “normas de cooperação federativa”, que é justamente o grande mote que ensejou a aparição da lei de consórcios públicos. “Equilíbrio do desenvolvimento” (e não só “desenvolvimento” como aduz Luciano Ferraz) ou “bem-estar de âmbito nacional” são expressões que estão visceralmente ligadas ao tema cooperação federativa, já que não há hipótese de se criar um novo instituto jurídico que vise esta cooperação federativa sem que se busque “o equilíbrio do desenvolvimento e o bem-estar em âmbito nacional”. Como se vê, são expressões genéricas, empregadas desta forma justamente para abarcar o maior número de casos possíveis, ou melhor, para abarcar o maior número de institutos jurídicos possíveis. Dessa forma, o que é preciso ter em mente é que os consórcios públicos, como instituto jurídico, são essencialmente instrumentos de cooperação federativa, e, via de consequência, estão sim a serviço do “equilíbrio do desenvolvimento” e do “bem-estar em âmbito nacional”, que é inclusive, o bem-comum, o bem-geral, o bem que envolve a todos ao mesmo tempo [o local, o regional e o nacional].

De outra parte, mas também em defesa da lei, aduz Marcelo Harger:

Ocorre que a lei dos consórcios não segue o objeto previsto no parágrafo mencionado. Ela possui um objeto mais amplo, pois **as hipóteses de consórcio não se restringem à cooperação para o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar nem a criação de consórcios nacionais**. A redação do mencionado parágrafo, no entanto, serve de limite à atuação consorcial em âmbito nacional nessas matérias. **Isso significa dizer que não é possível instituir um consórcio para atuar nacionalmente com o objetivo de promover o equilíbrio do desenvolvimento e bem-estar sem a edição da lei complementar mencionada no parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal.**<sup>14</sup> (sem o negrito no original)

Em primeiro lugar é preciso indagar: o que pode ser mais amplo do que o bem-estar em âmbito nacional? Como é que a lei de consórcios públicos pode ter um objeto maior do que isto, que termina, pois, sendo o próprio fim do Estado (atingir

---

<sup>14</sup> HARGER, Marcelo. *Consórcios públicos na Lei n.º 11.107/05*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p.71.

o bem comum)? Não obstante, não podemos confundir “consórcios nacionais” (de que a União participe) com o bem-estar de âmbito nacional. Os consórcios públicos, enquanto novel instituto jurídico, visam sim, por óbvio, o bem estar em âmbito nacional, ou seja, o bem comum geral, que é infinitamente maior do que qualquer outro qualificativo (regional, local, etc.). O bem-estar de âmbito nacional está vinculado às formas de cooperação federativa enquanto gênero (consórcio público), independentemente de suas espécies (nacional, regional e local). Esta é a linha de interpretação que entendemos correta para o dispositivo. Entender de modo diverso é interpretar o parágrafo único do art. 23 da Constituição com um grau de reducionismo que definitivamente não combina com ele.

Em segundo lugar, na parte final, Marcelo Harger praticamente inviabiliza toda a linha de sustentação para a constitucionalidade da lei dos consórcios quando afirma que esta lei não serve para os consórcios de âmbito nacional (consórcios em que a União participe), já que para estes seria preciso a lei complementar de que trata o parágrafo único do art. 23 da Constituição. A Lei n.º 11.107/2005 serviria então, segundo essa linha de raciocínio, apenas para os Estados e Municípios.

Este argumento, de fato, nos causa uma certa perplexidade, pois seria a primeira vez que a União iria editar uma lei de normas gerais excluindo ela própria do alcance da norma. Com efeito, não dá para fazer muitas digressões sobre esse último pensamento. Talvez a melhor medida seja esperar as explicações do autor sobre o alcance desta perspectiva e as implicações desse raciocínio, quem sabe, numa próxima edição de sua obra. De qualquer forma, a impressão que passa neste momento é que o autor parece ter ido longe demais na sua afirmação de que o parágrafo único do art. 23 não teria pertinência temática com os consórcios públicos da forma como estão previstos na Lei n.º 11.107/05, razão pela qual, chegou ao ponto de afirmar – até mesmo por dever de coerência – que os consórcios nacionais só poderiam ser viabilizados mediante a edição de uma lei complementar.

Chegando a esse ponto já podemos fazer a seguinte afirmação: o modelo pensado para os consórcios públicos foi um modelo equivocado, uma vez que, diante das circunstâncias constitucionais inauguradas principalmente a partir do art. 241, a regulamentação do referido instituto deveria ter seguido o caminho da lei complementar, até mesmo pela total similitude entre cooperação federativa e consórcios públicos. Esta constatação nos leva a crer que numa análise estritamente técnica não restam dúvidas que a Lei n.º 11.107/2005 sofre sérios problemas de

constitucionalidade. Decerto, a União não tinha competência para fazer uma lei nos moldes em que fez a Lei n.º 11.107/2005, seja porque o art. 241 não deu a ela o poder de editar uma lei de normas gerais para toda a federação, seja porque o art. 22, inciso XXVII – apesar de falar de uma lei de normas gerais e ter sido usado de modo inegável para viabilizar a lei – não guarda pertinência temática com o novel instituto jurídico da forma como foi construído pela Lei n.º 11.107/2005.

De toda sorte, e apesar de tudo, vamos procurar deixar à margem essa leitura mais técnica da lei, e, ato contínuo, procurar – ainda que a título meramente ilustrativo – caminhos hermenêuticos que possam nos levar a alternativas de constitucionalidade para a Lei n.º 11.107/2005.

E aqui é preciso desde já deixar registrado que o objetivo do presente trabalho não é fazer a defesa da Lei n.º 11.107/2005. Ao contrário, o objetivo é tentar fazer uma leitura técnico-jurídica da citada lei a partir de uma análise crítica, de fundo acadêmico, cuja perspectiva não esteja ligada a nenhum interesse de caráter político-partidário. Deste modo, a defesa da lei – caso esta realmente necessite – certamente será feita pelos profissionais competentes, mas, entendemos, dificilmente não levará em conta os aspectos que estão por vir.

Nesse diapasão, pensamos que qualquer tentativa de construir uma interpretação no mínimo aceitável sobre a constitucionalidade da lei de consórcios públicos tem que se concentrar no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. Argumentações no sentido de que “não seria aplicável o parágrafo único do art. 23” não contribuem em nada para a “salvação” da lei, primeiro, porque não dá para afastar tal dispositivo (seria com certeza o melhor caminho juridicamente), e segundo, porque ele não foi, definitivamente, utilizado como fundamento constitucional para viabilizar a Lei n.º 11.107/2005.

Como dito, a argumentação a favor da constitucionalidade precisa demonstrar que pelo atual sistema constitucional, o único dispositivo que reservava alguma “esperança” para se viabilizar uma lei ordinária (lei de normas gerais) da União sobre consórcios públicos era o art. 22, inciso XVII. Isso porque, sabendo que ele foi, realmente, o fundamento constitucional utilizado para fazer valer a lei, toda e qualquer alternativa de constitucionalidade precisa estar fulcrada neste dispositivo. Ou seja, a alternativa (se existir) precisa ser buscada no próprio fundamento constitucional utilizado pelo legislador.

A Lei n.º 11.107/2005, como visto, é uma lei de normas gerais, mas não apenas “normas gerais”, e sim, “normas gerais de contratação de consórcios públicos”. À primeira vista, o termo **contratação** leva o intérprete a pensar que consórcio público é contrato, já que a lei fala o tempo todo de “normas de contratação”, “contrato de consórcio”, etc. Para tentar achar alguma “brecha” no mínimo plausível de consideração, é preciso sustentar que o termo “contratação” não está ligado à natureza jurídica do consórcio, mas sim, à sua **forma de constituição**, ou seja, a uma das etapas do seu processo de criação.

*Mutatis mutandis*, seria possível, quem sabe, usar o seguinte exemplo: quando dois particulares querem criar uma sociedade para a consecução de objetivos comuns eles entram num acordo prévio e decidem, por “contrato”, formar uma nova pessoa jurídica. Pessoa jurídica não é contrato, pessoa jurídica é ente, é sujeito de direitos e obrigações, e por isso mesmo, tem personalidade jurídica. O “contrato”, nesta situação específica, poderia ser entendido apenas como a forma inicial pela qual estas duas pessoas decidiram constituir uma outra entidade que até então não existia.

Assim, dentro de uma perspectiva menos rigorosa, o hermeneuta poderia utilizar esse mesmo exemplo para os consórcios públicos: duas entidades que entram num acordo prévio (protocolo de intenções), e após, decidem – através de um processo que passa pela formalização de um contrato – formar uma nova pessoa jurídica denominada consórcio público. Destarte, como “o contrato será uma das etapas formais, um dos elementos de constituição de uma nova pessoa jurídica”, o intérprete, quem sabe, poderia sustentar que a União, segundo o art. 22, XXVII, teria competência para estabelecer normas gerais **“sobre um desses elementos formais de constituição de um consórcio público”, vale dizer, normas gerais de contratação.**<sup>15</sup>

E aqui é preciso fazer uma ressalva. O termo “contratação” é o único elo, a única ponte entre a competência da União para instituir uma lei ordinária federal sobre normas gerais e o novel instituto do consórcio público. Paradoxalmente – e por mais surreal que isto possa parecer – o termo “contratação” é o responsável tanto pela “asfixia” quanto pela “reserva de oxigênio” da lei.

---

<sup>15</sup> Com efeito, o art.3º da Lei n.º11.107/2005 poderia auxiliar essa interpretação ao afirmar: “O consórcio público será **constituído por contrato** cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções”.

Explica-se. É o responsável pela “asfixia” porque o termo utilizado não deveria ser “contratação” de consórcio público, mas sim, “constituição” de consórcio público como bem alude Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Acontece, que se a Lei n.º 11.107/2005 tivesse substituído o termo “contratação” por “constituição”, e assim, tivesse dito “normas gerais de constituição de consórcios públicos”, não haveria nenhum elo entre a citada lei e o art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal, ou seja, sepultar-se-ia, de uma vez por todas, qualquer possibilidade de se atribuir constitucionalidade a ela, haja vista que não haveria nenhum fundamento constitucional para viabilizar sua edição, conforme examinado linhas atrás.

De outra parte, é o responsável pelo “oxigênio”, porque sendo ele esse elo, essa ponte, o intérprete poderia especular que “contratação”, dentro desse contexto excepcional, seria apenas uma “forma”, “um elemento de constituição”, como dito anteriormente. Por isto é que o termo “contratação” – por pior que possa parecer – ainda é a única maneira de ligar a competência legislativa ordinária da União em instituir normas gerais com o instituto dos consórcios públicos.

Não há dúvidas de que esta linha de raciocínio precisa ser aprofundada. De toda forma, como esse não é o nosso intuito, fiquemos, por ora, com essa alternativa que tenta atribuir algum conteúdo de constitucionalidade à lei dos consórcios públicos para, assim, podermos avançar no exame do instituto. O importante para nós, neste momento, é traçar um quadro geral das fragilidades constitucionais, identificar com bastante precisão o problema, jogando, destarte, as bases – e por que não o desafio – para argumentações mais robustas que certamente virão em torno da constitucionalidade da lei.

Em conclusão: numa interpretação de foco técnico, entendemos que a Lei n.º 11.107/2005, em termos de competência legislativa, contém sérios problemas de constitucionalidade tendo em vista que a Constituição Federal não outorgou à União o poder para editar uma lei ordinária de normas gerais para todos os entes da federação. Por outro lado, dentro de uma interpretação menos rigorosa, o único caminho que vislumbramos para tentar justificar a competência da União para dispor, por lei ordinária, sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos com observância para todas as demais entidades federativas, é entender a expressão “contratação” como o modo inicial pelo qual duas pessoas decidem constituir – através de um processo que passa pela formalização de um “contrato” – uma outra entidade que até então não existia, ou seja, decidem formar, para atingir

objetivos e interesses comuns, uma nova pessoa jurídica denominada consórcio público. Assim, o contrato seria uma das etapas formais, um dos elementos de constituição de uma nova pessoa jurídica, viabilizando, quem sabe, segundo o art. 22, XXVII, da Constituição, a competência da União para estabelecer normas gerais “sobre um desses elementos formais de constituição de um consórcio público”, vale dizer, “normas gerais de contratação”.

## **2.0) CONTROVÉRSIAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DE UMA LEI DE NORMAS GERAIS (LEI N.º 11.107/2005) POR ATO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL COM CONTEÚDO VINCULANTE PARA AS DEMAIS ENTIDADES FEDERATIVAS.**

Outro aspecto de cunho constitucional que será enfrentando neste estudo diz respeito às discussões travadas em torno da regulamentação da Lei n.º 11.107/2005 (Lei de normas gerais), por decreto do Presidente da República.

Indo diretamente ao ponto, este trabalho parte da premissa de que não seria possível a regulamentação de uma lei de normas gerais por meio de um decreto presidencial que tivesse como propósito estabelecer regras de conteúdo obrigatório e vinculante para as demais entidades federativas. A nosso ver, uma lei de normas gerais – principalmente num tema onde o pano de fundo é a cooperação federativa – precisa ser regulamentada pelas leis específicas de cada entidade federativa, ficando o decreto presidencial, uma vez editado, restrito apenas à União.

Entretanto, tal premissa não se concretizou, tendo em vista que a citada lei foi regulamentada pelo Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007, cujo objeto, frise-se, não ficou restrito à União.

Deste modo, como dito na introdução deste trabalho, o objetivo aqui não é fazer uma análise dos dispositivos do decreto, mas sim, examinar os argumentos de natureza constitucional que não recomendavam a edição de um decreto presidencial para toda a federação e que restaram vencidos no processo político decisório.

Sendo ainda mais claro, a intenção é estabelecer uma visão crítica acerca dos argumentos favoráveis à edição do decreto (que terminaram prevalecendo no processo decisório) e ato contínuo, retomar os argumentos de natureza constitucional que não recomendavam a sua edição.

Tal propósito será então executado da seguinte forma: num primeiro momento (ponto 2.1) tentaremos identificar os argumentos que foram utilizados para justificar a regulamentação como também já estabelecer a nossa visão crítica a respeito desses argumentos; e num segundo momento (ponto 2.2), identificar os argumentos que não recomendavam a regulamentação, e que restaram vencidos no processo político decisório.

## 2.1) ARGUMENTOS A FAVOR DA REGULAMENTAÇÃO E SUA CONSEQUENTE ANÁLISE CRÍTICA.

Sem maiores delongas, é válido destacar que o primeiro dos argumentos utilizados no processo decisório – a favor da regulamentação no formato já mencionado, isto é, com regras vinculantes para toda a federação – foi no sentido de que “a lei de consórcios públicos não seria uma lei de normas gerais”.

Na verdade, as idéias e discussões de que “a lei de consórcios públicos não seria uma lei de normas gerais” apareceu inicialmente por volta de 2005, por ocasião dos artigos publicados de autoria de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>16</sup> e Alice Gonzalez Borges.<sup>17</sup>

De antemão, é imperioso registrar que Di Pietro é uma crítica voraz da Lei n.º 11.107/2005. Esta assertiva fica bem evidenciada no intróito do seu artigo quando menciona:

A lei é, sob todos os aspectos, lamentável e não deveria ter sido promulgada nos termos em que o foi. Mais do que resolver problemas, ela os criou, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o ponto de vista de sua aplicação prática. Algumas normas da lei são de difícil senão impossível aplicação.<sup>18</sup>

Imbuída de um espírito crítico, que, aliás, permeia toda a sua manifestação, a citada autora faz ainda a seguinte ponderação:

A constituição vigente, no art. 241, criou certa perplexidade ao estabelecer que os entes federados “disciplinarão” por lei os consórcios e os convênios de cooperação”, dando a impressão de que cada qual terá competência própria para legislar sobre a matéria. Só que, como os consórcios envolvem a participação de diferentes pessoas jurídicas públicas, é impossível que cada qual estabeleça suas próprias normas, sem que haja uma lei de âmbito nacional estabelecendo os pontos comuns. Provavelmente por essa razão, foi promulgada a Lei n.º 11.107/05, disciplinando a matéria. Só que não são normas gerais sobre contrato, mas normas sobre constituição de pessoa jurídica por entes federativos em conjunto.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O Consórcio público na Lei nº 11.107, de 4.4.2005*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Bahia, n.º03, julho/agosto/setembro, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 01/03/2006.

<sup>17</sup> BORGES, Alice Gonzalez. *Os consórcios públicos na sua legislação reguladora*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Bahia, n.º03, julho/agosto/setembro, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 01/03/2006.

<sup>18</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p 1.

<sup>19</sup> *Id. ibid*, p.3.

Esta última consideração “não são normas gerais sobre contratos” serviu aos defensores da tese da regulamentação como um ponto de referência doutrinária para se acreditar que a Lei n.º 11.107/2005 não seria uma lei de normas gerais.

No entanto, o que Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirmou, salvo melhor juízo, não é que a lei – objetivamente – não é uma lei de normas gerais. Na verdade, o foco da sua leitura antecede esta questão, já que sua crítica é ao fundamento constitucional da lei (art. 22, XXVII, da CF). Assim, quando ela diz que a lei de consórcios não é uma **lei de normas gerais de contratação**, na verdade, ela está criticando o fundamento constitucional da lei ao dizer que seu objeto não deveria ser “**normas gerais de contratação de consórcios públicos**”, mas sim “**normas sobre constituição de pessoa jurídica por entes federativos em conjunto**”.

Isto, entretanto, não quer dizer que Di Pietro sustenta que a Lei n.º 11.107/2005 – da forma como foi criada – não é uma “lei de normas gerais”. Na verdade, nem mesmo poderia, já que o legislador, efetivamente, criou uma lei de normas gerais. Logo, após esta, digamos, “correção de prumo”, os defensores da tese de que a Lei n.º 11.107/2005 não seria uma lei de normas gerais, justamente para viabilizar a edição do decreto, não podem mais continuar se utilizando de Maria Sylvia Zanella Di Pietro como referência doutrinária para tal propósito.

Em suma, criticando o fundamento constitucional, Di Pietro faz menção ao que entende “dever-ser” o correto, mas isso não quer dizer que ela discorda que a Lei n.º 11.107/05 seja, objetivamente falando, uma lei de normas gerais.

Delimitada a real posição de Di Pietro, é imperioso agora analisar a manifestação de Alice Borges, esta sim, convicta de que a lei de consórcios – objetivamente – não é uma lei de normas gerais:

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 lhe traçando parâmetros, balizas, de que não se devem afastar, ou que não devem ultrapassar.” [...] 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.” [...]. 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.<sup>20</sup>

O equívoco dessas considerações, data máxima vênua, está tanto na premissa quanto nas justificativas. Materializando o enunciado anterior teríamos então o seguinte quadro:

PREMISSA	JUSTIFICATIVAS
Não se trata de normas gerais! <sup>21</sup>	<p>1) O que a lei (...) pretende (...) é regular a aplicação do texto constitucional por todas as unidades da Federação, com o caráter de lei nacional<sup>22</sup></p> <p>2) “Não é matéria em que caiba complementação ou suplementação de tais normas, (...) mas sim, de supraordenamento da composição de competências desses entes da Federação, em plano abrangente e nacional”<sup>23</sup></p>

É preciso repetir quantas vezes for necessário: se a lei dos consórcios públicos não for uma lei de normas gerais, ou seja, se o seu fundamento não for o disposto no art. 22, XXVII, CF – que faz referência expressa a uma lei de normas gerais – ela será manifestamente inconstitucional por total ausência de validade, já que o art. 241 – matriz dos consórcios públicos – diluiu, dividiu, repartiu a competência legislativa para dispor sobre consórcios públicos entre todas as unidades da federação, como vimos linhas atrás. E aqui é preciso que fique claro: não estamos dizendo que o fundamento constitucional correto da lei é o art. 22, XXVII, da CF, mas apenas alertando que se este dispositivo for afastado, isto é, se a lei não for de “normas gerais” como sugere a autora, a própria lei não terá nenhuma base constitucional que a sustente.

Ao contrário do que pensa Alice Borges, entendemos, pelas razões acima mencionadas que não há fundamento constitucional para a lei de consórcios públicos “regular a aplicação do texto constitucional por todas as unidades da Federação, com o caráter de lei nacional”. De igual teor e forma não há nenhum sentido, com todo o respeito, em dizer que há aqui um “supraordenamento da

<sup>20</sup> BORGES, Alice Gonzalez. Op.cit. p.9

<sup>21</sup> Id.ibid, p.9.

<sup>22</sup> Id.ibid, p.9.

<sup>23</sup> Id.ibid, p.9.

composição de competências desses entes da Federação, em plano abrangente e nacional”. Na verdade, para que esses argumentos fossem realmente válidos, seria preciso que a competência para legislar sobre consórcios públicos fosse privativa da União, e mais, além de privativa, fosse plena, e não, para dispor apenas sobre “normas gerais de contratação” (art. 22, XXVIII, CF).

Assim, sabendo que a competência para legislar não é privativa da União, uma vez que o art. 241 distribui tal competência para todas as entidades federativas, e também, sabendo que tal competência não é plena, uma vez que a própria lei disse taxativamente que ela era uma lei de normas gerais de contratação de consórcios públicos, numa referência bem marcante ao art. art.22, XXVII, da CF, só nos resta revelar nossa discordância com o pensamento da citada autora.

Em conclusão, a posição de Di Pietro, como visto, não serve como referência doutrinária para os propósitos daqueles que defendem a regulamentação. Já a posição de Alice Borges, data máxima vênica, não segue um bom caminho ante as inúmeras implicações de caráter constitucional que tal leitura pode causar.

Outro argumento utilizado é o de que a lei de consórcios públicos teria como paradigma a lei de responsabilidade fiscal. Com efeito, alegava-se que tal norma teria competência para impor comportamentos a todos os entes federados, como também, teria plena legitimidade para delegar a atos infra-legais a execução de certos enunciados, como, aliás, é peculiar às normas financeiras.

Em termos objetivos, a lei de responsabilidade fiscal, em nenhuma circunstância, poderia ser utilizada como paradigma para a lei de consórcios públicos, tanto pela distinção da matéria quanto pela diversidade do fundamento constitucional. Nesse sentido, diz textualmente a lei de responsabilidade fiscal logo em seu art. 1º: Esta lei complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.<sup>24</sup>

De seu turno, aduz a Constituição no Título VI, Capítulo II:

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:  
I - finanças públicas;

---

<sup>24</sup> BRASIL. Lei Complementar n.º 101 de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>

- II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;
- III - concessão de garantias pelas entidades públicas;
- IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública;
- V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta;
- VI - operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.<sup>25</sup>

Decerto, enquanto o fundamento constitucional da lei de responsabilidade fiscal está nos arts. 163 e 169 da Constituição, o da atual lei de consórcios públicos está, como já estudado, no art. 22, XXVII. Esta constatação, por si só, já altera todo o panorama. Ademais, a Constituição diz expressamente que lei complementar da União vai dispor sobre finanças, como também, fixar o limite da despesa de todas as entidades federativas. Isto é, a “invasão” nas esferas federativas por parte da União é decorrência expressa do texto constitucional, e mais, o que a Constituição assegura à lei complementar é uma espécie de competência que não se restringe à edição de simples “normas gerais”. A lei de consórcios públicos, portanto, está baseada numa premissa completamente diversa, tendo em vista que o paradigma por ela utilizado, definitivamente, não foi a lei de responsabilidade fiscal.

Há ainda um outro argumento que apareceu nas discussões envolvendo a possibilidade de se fazer a regulamentação que não pode ser olvidado. Tal argumento foi buscado na obra “Comentários à Constituição de 1946”, de Pontes de Miranda, que assim se manifestou:

Competência Legislativa Federal Concorrente – A competência federal para legislar: entenda-se qualquer fonte de direito federal, e não só a lei (lei, decreto, regulamento, aviso, circular, portarias, jurisprudência interpretativa do direito federal, etc.).

Com base nessa passagem alegava-se que a União, *in casu*, teria condições de, por decreto, também dispor de “normas gerais”, já que estaria dentro da sua competência federal legislativa. Não se pode negar que a assertiva do mestre, no mínimo, é de difícil compreensão. Para se ter um exame seguro do que ele realmente quis dizer nesse comentário seria preciso fazer todo um longo estudo dos

---

<sup>25</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>

fundamentos da Constituição de 1946, o que definitivamente, não é o propósito deste trabalho. De toda maneira, o fato que precisa ser ressaltado é que Pontes de Miranda estava fazendo um comentário ao Estado Brasileiro de 1946 e não ao Estado Brasileiro de 1988. O Estado de 46 não é o mesmo de 88, assim como o sistema federativo de 46 não é igual ao sistema federativo de 88. A título exemplificativo, naquela época os municípios sequer integravam a federação – inovação da ordem constitucional de 88 – sem falar que o próprio “nome” do Estado Brasileiro era Estados Unidos do Brasil, e não República Federativa do Brasil. Por tudo isto, entende-se que tal referência doutrinária não está em condições de ser utilizada como uma alternativa viável à regulamentação da lei de consórcios públicos, ante a manifesta ausência de contextualidade, ficando, portanto, prejudicado o argumento.

Noutro sentido, foi argumentado que o Presidente da República, como Chefe de Estado e como responsável pela regulamentação das leis, poderia, sem nenhum problema, editar um decreto para toda federação. Entretanto, a Constituição não confere, como atribuição típica de Chefe de Estado, o poder de regulamentar uma lei de normas gerais para toda a federação. Em nenhum momento o art. 84 da Constituição assegura tal competência. O que ele assegura é que o Presidente tem o poder de regulamentar as leis para sua fiel execução, mas isso não quer dizer que seja qualquer lei e de qualquer modo. O art. 84, inciso IV, precisa ser lido – assim como todas as normas constitucionais – numa visão sistemática, principalmente em relação àquelas regras de competência (art.24, art.22, XXVII, etc.) cuja prerrogativa da União é limitada a estabelecer apenas “regras gerais”. Vale dizer, se há este fator limitante, a competência para a regulamentação (que “poderia” ser do Presidente da República ante o art.84, IV, da CF) passa para a esfera das demais entidades federativas, por determinação expressa do próprio texto constitucional. Neste caso, caberia ao Presidente da República – por meio do seu poder regulamentar prescrito no art.84, inciso IV, da CF – a regulamentação da lei para prescrever comportamentos apenas para a União.

Outra leva de argumentos que tentaram atribuir legitimidade à regulamentação nos moldes mencionados foram apresentados por Andreas J. Krell em parecer dado à consulta formulada pela Secretaria Nacional de Saneamento

Ambiental do Ministério das Cidades a respeito da regulamentação da Lei n.º 11.107/2005 via decreto presidencial para toda a federação.<sup>26</sup>

Dentro desta perspectiva, o citado autor elencou uma série de decretos que regulamentaram leis de normas gerais para demonstrar “a força do precedente”, ou melhor, para comprovar que tal prática era plenamente legítima em nosso direito:

Na prática constitucional brasileira, também é comum que o Poder Executivo Federal promulgue decretos para regulamentar leis, cuja temática está inserida no âmbito do art. 24, CF, que limita a competência da União à emissão de normas gerais.<sup>27</sup>

Como exemplo, cita várias referências normativas: a) Decreto n.º 1.800/1996; b) Decreto n.º 3.179/1999; c) Decreto n.º 3.298/1999; d) Decreto n.º 3.555/2000; e e) Decreto n.º 5.591/2005. Vejamos, portanto, cada um deles, fazendo o destaque do argumento e, logo após, a contradita.

Sobre o Decreto n.º 1.800/1996 afirma Krell:

Já o Decreto 1.800/96, que regulamenta a lei federal 8.934/94 sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (base: art.24, III, CF), não se dirige somente ao órgão federal, o Departamento Nacional de Registro de Comércio, mas estabelece várias normas específicas sobre o funcionamento e a composição das Juntas Comerciais, que são subordinadas, administrativamente, aos governos estaduais [...].<sup>28</sup>

Em primeiro lugar deve-se reconhecer que a existência de um precedente não é prova da validade do argumento, ou seja, a existência de um ato normativo com essas características não é prova da validade de que um decreto presidencial, dentro das regras da competência legislativa concorrente (art.24, CF) – onde o papel da União é estabelecer apenas as regras gerais – pode dar ordens para órgãos vinculados aos Estados. Não vamos entrar numa análise aprofundada do Decreto n.º 1.800/1996 tendo em vista que sairíamos completamente do propósito deste trabalho, mas, de qualquer maneira, examinando o referido decreto, percebe-se que apesar de vários de seus dispositivos serem uma mera transcrição do texto legal, há algumas passagens que realmente são passíveis de questionamento. Todavia, o que é preciso ter em mente é que este é um problema do Decreto n.º 1.800/1996, e

---

<sup>26</sup> KRELL, Andreas J. Parecer dado à consulta formulada pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades a respeito da viabilidade jurídica de um decreto presidencial regulamentar a Lei 11.107/2005 para toda a federação. Nov.2006. Cópia impressa.

<sup>27</sup> Id. *ibid*, p. 11.

<sup>28</sup> Id. *ibid*, p. 11.

não, do sistema constitucional que previu a competência concorrente para legislar sobre a matéria. Enfim, como dito na linguagem coloquial um (suposto) “erro não justifica o outro”.

Em relação ao Decreto n.º 3.179/1999 sustenta o citado autor:

O Decreto n.º 3.179, regulamentando-a (Lei n.º 9.605/98), especifica as sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e volta a se referir, repetidas vezes, aos “órgãos do SISNAMA”, o que inclui também repartições administrativas estaduais e municipais, criando prescrições para a sua atuação[...].<sup>29</sup>

O Decreto n.º 3.179/1999 não cria prescrições para Estados e Municípios. A expressão “órgãos do SISNAMA” a que se refere Krell está na verdade no §1º do art. 70 da Lei n.º 9.605/1998<sup>30</sup>, expressão esta que o decreto apenas repetiu. A Lei n.º 9.605/98 é uma lei de normas gerais editada pela União (art. 24, inciso VI ) que estabeleceu – como regra geral – que a fiscalização ambiental não será feita por qualquer agente público, mas sim por aqueles que possuem expertise sobre a matéria, ou seja, pelos “órgãos ambientais integrantes do SISNAMA”. Por outro lado, quando o Decreto n.º 3.179/1999 fala “órgãos do SISNAMA” – repetindo, aliás, o que diz a Lei n.º 9.605/98 – é claro que ele está querendo se referir a “órgãos do SISNAMA que integram a Administração Pública Federal”, ou seja, a órgãos do SISNAMA que estejam subordinados ao Chefe do Poder Executivo Federal. Logo, não é porque o decreto não diz literalmente “órgãos federais integrantes do SISNAMA”, que o intérprete vai entender que o decreto presidencial está vinculando, indistintamente, todos os órgãos ambientais de todas as entidades federativas participantes do SISNAMA. De qualquer modo é fundamental registrar que o Decreto n.º 3.179/99 foi revogado pelo Decreto n.º 6.514/08, cuja redação não deixa nenhuma dúvida de que sua aplicação refere-se apenas aos órgãos federais.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Id. ibid, p. 12.

<sup>30</sup> Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha.

<sup>31</sup> Agora, nada impede que um órgão ambiental estadual utilize o decreto federal como fonte de inspiração para suas próprias normas. Entretanto, isso não muda o fato de que um decreto presidencial, que regulamenta administrativamente, para o âmbito federal, as infrações e sanções administrativas de caráter ambiental, bem como o processo de apuração destas infrações, seja destinado a todos os órgãos ambientais estaduais integrantes do SISNAMA. Os destinatários do decreto federal, portanto, são apenas o IBAMA e o Instituto Chico Mendes.

Já em relação ao Decreto n.º 3.298/1999 aduz:

Assim, o Decreto 3.298/99, regulamentando a Lei n.º 7.853/89 sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (base: art.24, XIV, CF), se restringe, basicamente, a estabelecer princípios e regras para a atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta.<sup>32</sup>

A nosso juízo, o argumento fica sobejamente prejudicado, pois aqui o decreto se limitou, como o próprio parecerista observa, a estabelecer normas para os órgãos e entidades da administração pública federal, direta e indireta. O argumento, portanto, não serve como parâmetro ou precedente para legitimar, dentro da competência concorrente (art. 24 da CF) um ato (decreto) do Poder Executivo Federal com conteúdo vinculante para as demais entidades federativas.

Quanto ao Decreto n.º 3.555/2000, Krell fez a seguinte observação:

Igualmente existem Decretos federais nas áreas temáticas do art.22 CF, em que a União – apesar de sua competência ser privativa – também está limitada a produzir normas gerais. Assim, o Decreto n.º 3.555/00, que regulamenta a Lei n.º 8.666/93 sobre Licitações e Contratos Administrativos (base: art.22, XXVII, CF) e cria a modalidade licitatória de pregão eletrônico, é considerado, *por alguns*, de aplicação obrigatória também para os estados e municípios, quando se refere a bem ou serviço comum.<sup>33</sup>

A respeito do argumento acima é preciso registrar que não há demonstração jurídica da validade da argumentação. O decreto se aplica, segundo o citado autor, porque “alguns” juristas – ou melhor, porque um único jurista (Diógenes Gasparini)<sup>34</sup> – entendem que essa aplicação é possível. De fato, trata-se de uma falácia da autoridade, ou seja, o argumento é válido porque um Doutor pensar assim. Como se não bastasse essa constatação, e apesar de todo o respeito pela opinião de Gasparini, não podemos deixar de observar que esta, além de não ser a opinião dominante, vai de encontro ao texto expresso do Decreto n.º 3.555/2000, que diz:

Art. 1º Fica aprovado, na forma dos Anexos I e II a este Decreto, o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns, **no âmbito da União.**

Parágrafo único. **Subordinam-se ao regime deste Decreto, além dos órgãos da Administração Federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações, as empresas públicas, as**

<sup>32</sup> KRELL, Andreas. Op.cit, p.11.

<sup>33</sup> Id.ibid, p. 12.

<sup>34</sup> Apesar de falar de “alguns”, Andreas Krell, em nota de rodapé, cita apenas um único autor, qual seja, Diógenes Gasparini em sua obra Pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.19-58, 30.

**sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.**<sup>35</sup> (grifado)

Tanto isso é verdade que não se vê nenhum decreto – com conteúdo vinculante para as demais entidades federativas – em relação à lei de licitações, que também é uma lei de normas gerais, e cujo fundamento constitucional, assim como a Lei n.º 11.107/2005, também é o art.22, inciso XXVII, da CF.

Como se denota, o único regulamento que existe é no tocante ao pregão eletrônico, e mais, no que diz respeito apenas à União. A este respeito, vale mencionar o magistério de Marçal Justen Filho:

O Veto e a Referência à Regulamentação: Já foram efetuados os comentários a propósito de uma passagem aparentemente secundária do texto do objeto do veto. Tratava-se da passagem em que se afirmava a possibilidade de aplicação do pregão no âmbito de todos os entes federais, mas nos termos de regulamento federal. A solução era infeliz e inconstitucional. Tal como já referido anteriormente, a competência legislativa federal para editar normas gerais não é acompanhada de uma competência administrativa federal para produzir regulamentos gerais. O veto impediu a consagração de solução inconstitucional.<sup>36</sup>

Por fim, ressalta Krell sobre o Decreto n.º 5.591/2005:

O recente Decreto 5.591/05, que regulamenta a Lei 11.107/05 (base: art.24, VI, CF) sobre a Política Nacional de Biossegurança, detalha composição e funcionamento da Comissão Técnica Nacional e do Conselho Nacional de Biossegurança, e estabelece que os órgãos da Administração Pública Federal poderão celebrar convênios com os estados e municípios para a execução de serviços de fiscalização.<sup>37</sup>

Não é nossa intenção fazer a defesa do Decreto n.º 5.591/2005 – até porque este não é o propósito deste trabalho – mas na afirmação anterior, pelo menos da forma como foi escrita, não há nada que deponha, juridicamente, contra o referido ato. Isso porque, composição e funcionamento de órgãos públicos criados pela União geralmente são matérias remetidas a decreto pelo próprio legislador, prática esta que não desabona a legalidade da delegação. Não obstante a delegação na própria lei, o que já configuraria a natureza regulamentar do decreto (art.84, IV, CF), há ainda o fato de que a organização e funcionamento da administração pública federal – administração pública federal da qual fazem parte a “Comissão Técnica

---

<sup>35</sup> BRASIL. Decreto n.º 3.555, de 8 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>

<sup>36</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 3ªed. ver. e atual. com a Lei Federal nº 10.520/2002. São Paulo: Dialética, 2004, p.38

<sup>37</sup> KRELL, Andreas. Op.cit, p.11-12.

Nacional e o Conselho Nacional de Biossegurança” – são matérias afetas ao chamado decreto autônomo (art.84, VI, “a”, CF). Dessa forma, percebe-se, pois, pelo próprio comentário, que o Decreto n.º 5.591/2005 não está dando ordens para Estados ou Municípios, mas apenas autorizando seus próprios órgãos, dentro do que autoriza a Lei e a Constituição, a celebrarem convênios com outras entidades federativas, um expediente, aliás, extremamente válido e corriqueiro em nosso direito. O exemplo, portanto, não serve para os propósitos que o ensejaram.

Por derradeiro, vale destacar que a intenção deste exercício dialético em momento algum foi no sentido de desmerecer os argumentos que tentaram justificar a viabilidade de um decreto federal (regulamentando uma lei de normas gerais) com conteúdo vinculante para todas as entidades federativas, mas tão-somente provocar o debate acadêmico no sentido de que a regulamentação – se é realmente viável – precisa estar calcada em argumentos mais sólidos, já que aqueles que foram utilizados, a nosso juízo, não conferem validade e solidez à tese pretendida.

## **2.2) ARGUMENTOS CONTRA A REGULAMENTAÇÃO.**

A Lei nº 11.107/2005, da forma como foi redigida, é indiscutivelmente uma lei de normas gerais. Quanto a isto não há hesitação. A natureza e a literalidade de seus dispositivos – tanto na ementa quanto no art.1º – retira qualquer possibilidade de se entender o contrário.<sup>38</sup>

Em termos bastante objetivos o quadro fático era o seguinte: de um lado tinha-se uma lei (Lei nº 11.107/2005) que, para fugir da redação dada ao art. 241 pela EC nº 19/1998, foi se socorrer no art. 22, XXVII, da Constituição, que faz referência expressa a “normas gerais”; e de outro, tinha-se a tentativa de regulamentar (por decreto) essa mesma lei – que tanto na essência quanto na forma é de normas gerais – mesmo sabendo que esta tentativa podia significar a renúncia de tudo quanto foi dito por ocasião da elaboração da lei.

Diz-se “podia significar a renúncia” porque a primeira coisa a ser considerada para fazer uma espécie de regulamentação deste tipo – com normas regulamentares de conteúdo vinculativo não só para a própria União, mas também

---

<sup>38</sup> A ementa diz: “Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências”. Já o art.1º prescreve: “Esta lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.”

para Estados e Municípios – seria afastar a natureza de normas gerais da Lei nº 11.107/2005. Ora, como é que o intérprete vai afastar a natureza de “normas gerais” da lei de consórcios públicos, quando foi essa mesma natureza que – certo ou errado – viabilizou a existência da própria lei?

A nosso juízo, a União – via decreto presidencial – só poderia regulamentar uma lei como esta – com alcance vinculativo para outras entidades federativas – se a sua competência legislativa, além de privativa, também fosse plena, ou seja, não limitada apenas ao estabelecimento de normas gerais. No entanto, como a lei de consórcios públicos é incontestavelmente uma lei de normas gerais, toda e qualquer regulamentação que vincule Estados e Municípios teria que ser feita por estes mesmos Estados e Municípios, dentro de suas competências suplementares.

Logo, não é difícil notar que a **natureza da lei** é o maior empecilho para sua regulamentação via decreto presidencial, vale dizer, o fato de “ser” uma lei de normas gerais retira do Poder Executivo qualquer possibilidade de regulamentação que não seja uma regulamentação restrita apenas à própria União.

Aliás, este tipo de situação que impede algo ou alguém a ir de encontro à sua própria natureza nos faz lembrar a fábula do sapo e do escorpião:

O escorpião queria atravessar o rio. Não sabendo nadar, pediu ao sapo que este o levasse nas costas até a outra margem. O sapo, ressabiado, argumentou que não o levaria tendo em vista que o escorpião era muito perigoso, e que certamente ele iria lhe picar. Por outro lado, o escorpião argumentou que jamais iria fazer aquilo uma vez que, se o sapo morresse, ele também morreria já que não sabia nadar. Como o argumento era razoável, o sapo topou. Colocou o escorpião nas costas e começou a atravessar o rio. Quando chegou na metade da travessia o escorpião picou o sapo. Este, desesperado, perguntou: - *Mas escorpião!! Como é que você foi fazer uma coisa dessas!!??? - Agora nós dois vamos morrer, eu pelo seu veneno e você por afogamento!!!*. Em resposta, disse o escorpião: - *Desculpe senhor sapo, mas não consegui evitar. A vontade de picar o senhor falou mais forte. Esta, infelizmente, é a minha natureza*. E ambos morreram.<sup>39</sup>

Trazendo o exemplo da fábula para o caso concreto, pode-se dizer que a lei de consórcios é o sapo (frágil, mas bem intencionado) e o decreto regulamentar é o escorpião (potencialmente perigoso para o sapo). A decisão do sapo de levar o escorpião adiante causou a ruína de ambos, porque a natureza do sapo (lei de consórcios) é incompatível com a natureza do escorpião (regulamento extensível a

---

<sup>39</sup> Disponível em <[https:// www.amigosdolivro.com.br/lermais\\_materias.php](https://www.amigosdolivro.com.br/lermais_materias.php)>

toda federação). Assim, se a natureza do escorpião foi a ruína do sapo, a natureza do regulamento foi um veneno para a lei.

Após todas essas considerações é possível perceber que a opção de uma lei contendo “normas gerais” é essencialmente limitada pelo chamado pacto federativo. Como dissemos, a base estrutural de uma lei que contenha “normas gerais” é justamente limitar-se a *standards* genéricos, deixando para as demais entidades federativas a atribuição de normas suplementares, específicas, respeitando sempre, é claro, as normas gerais.

Com efeito, é preciso que se ressalte que não estamos aqui examinando o alcance do que seria, genericamente, normas gerais. Ou seja, a questão não é saber se a lei estabeleceu normas gerais ou específicas, mas sim saber se um decreto do Presidente da República pode ou não regulamentar esta lei – que é uma lei de normas gerais – com regras vinculantes para as demais entidades federativas.

A nosso juízo, a edição de um decreto presidencial para regulamentar uma lei de normas gerais com regras que extrapolem o âmbito da União fere o pacto federativo (art.18 da Constituição Federal), uma vez que invade e limita a esfera de autonomia política (poder de legislar) dos demais integrantes da federação.

De toda forma, é imperioso deixar claro que não estamos dizendo que uma lei de caráter federal ou nacional não pode ser regulamentada. O que se está sustentando é que uma lei limitada, isto é, que não tem capacidade legislativa plena, mas só para instituir normas gerais, não pode ser regulamentada pelo Presidente da República para todos os entes da federação justamente porque o vácuo legislativo existente nessas situações deve ser preenchido pelas demais entidades federativas, por meio de leis específicas, principalmente, repise-se, tratando-se de cooperação federativa. Pensar diferente seria o mesmo que dizer que um decreto federal teria um *status* superior a uma lei estadual.

Ademais, o sistema federativo é um dos alicerces mais centrais do nosso ordenamento constitucional, sendo, inclusive, cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I) da Constituição, tamanha é a sua importância. Da mesma forma, a autonomia municipal – corolário direto do pacto federativo – também integra o chamado rol dos princípios constitucionais sensíveis – que podem ensejar até mesmo intervenção federal em caso de violação, art. 34, VII, “c” – conforme ressalta toda a doutrina constitucionalista.

O tema “pacto federativo”, aliás, tem sido uma preocupação constante por parte de vários juristas principalmente pelo grande número de projetos de lei que são apresentados com dispositivos que quebram ou diminuem a autonomia das entidades federativas, como se a União fosse uma espécie de superentidade. Este fenômeno, na verdade, faz parte de um contexto histórico denominado pelos constitucionalistas como a “crise do federalismo”.

Para entender esse contexto Paulo Bonavides ressalta a existência de três fases para o federalismo: a) Na primeira fase, marcada pela autonomia exacerbada dos estados membros b) a segunda, caracterizada por uma fase de equilíbrio; e c) a terceira, denominada fase do federalismo contemporâneo, evidenciada pela sobreposição da União frente aos demais participantes da federação.

Na primeira época, que corresponde à adoção desse originalíssimo princípio, das duas leis que regem a Federação (autonomia e participação), era a lei da autonomia aquela que se mostrava mais dominadora, com os Estados participantes entrincheirados numa posição de força, imperante tanto nos fatos como na doutrina.

(...)

O segundo período vem a ser aquele em que se alcança o perfeito equilíbrio entre a União e os Estados federados, entre a doutrina federalista e as instituições criadas e praticadas em nome dessa doutrina.

(...)

A terceira fase, que podemos nomear fase contemporânea do federalismo, assistiu à rotura do equilíbrio observado no período anterior entre os dois dados fundamentais da autonomia e da participação, com amplo predomínio desta feita da participação e considerável atenuação e declínio da autonomia. Aqui o investigador do século XX chegará decerto a conclusão diametralmente oposta àquela de Tocqueville; o excesso de poderes federais e não de poderes estaduais, conforme estava no pensamento do autor francês, seria a causa do debilitamento da Federação e de seu iminente perigo de vida.<sup>40</sup>

Decerto, o propósito inicial da lei dos consórcios públicos – ainda que não tenha seguido a forma de lei complementar dentro do que dispõe o parágrafo único do art.23 da Constituição – foi sem sombra de dúvidas o de tentar amenizar os efeitos daquele processo histórico de puro desequilíbrio na federação brasileira, usando como premissa inicial o princípio da cooperação federativa.

A edição de um decreto do Poder Executivo Federal para regulamentar uma lei de normas gerais – com alcance a todas as demais entidades federativas – a

---

<sup>40</sup> BONAVIDES, Paulo. Ciência Política, 11ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, p.188-189.

nosso pensar desdiz este compromisso da lei com a cooperação federativa. Isto é, tudo aquilo que foi pregado e defendido, vale dizer, tudo o que foi usado como arma de convencimento para a edição da lei, fica agora sobejamente esquecido. A edição de um decreto, nessas circunstâncias, está apenas evidenciando, mais uma vez, a crise do federalismo contemporâneo, ao estabelecer um patamar de superioridade em prol da União.

Outrossim, a relação advinda de um decreto não é uma relação de “cooperação”, mais sim de “subordinação”, principalmente em relação ao comportamento da Administração Pública Federal.

Chegando a este ponto é necessário fazer a seguinte indagação: como é que o Presidente da República pode editar um decreto para regulamentar uma lei de normas gerais – *que tem como premissa básica a cooperação federativa* – impondo, subordinando, determinando o modo de agir de cada entidade federativa? E se um Estado-membro, por exemplo, resolver respeitar a lei, mas não respeitar o decreto? E se ele resolver promulgar uma lei estadual de normas suplementares que, apesar de guardar coerência com a lei bate frontalmente com as normas do decreto? Teria este decreto o caráter imperativo de afastar a lei estadual suplementar e impor um comportamento?

Ora, se o decreto é impositivo, ou seja, se contém imperatividade, ele quebra o pacto federativo, sendo, portanto, antijurídico. De outra parte, se é apenas “explicativo” ou “recomendativo”, ele passa a ser inócuo, e mais, com a sua condição de norma jurídica questionada justamente por não trazer um dos seus elementos essenciais (a imperatividade).

Não obstante a ausência de imperatividade, este decreto também não possui o requisito do autorizamento, já que a União não fica autorizada, por ele (decreto), a fazer cumprir seus enunciados. Dessa forma, independentemente de quaisquer outros aspectos a eficácia do ato normativo já nasce fragilizada, com uma inegável herança de insegurança jurídica.

Sobre os elementos da norma jurídica, importante lembrar a passagem muito bem assinalada por Maria Helena Diniz, que ao lembrar Goffredo Telles Jr destaca:

A norma jurídica é imperativa porque prescreve as condutas devidas e os comportamentos proibidos e, por outro lado, é autorizante, uma vez que permite ao lesado pela sua violação exigir o seu cumprimento, a reparação do dano causado ou ainda a reposição das coisas ao estado anterior. Por conseguinte, a norma jurídica se define, como

ensina Goffredo Telles Jr, “imperativo-autorizante”. Conceito este que é, realmente, essencial, pois constitui a síntese dos elementos necessários que fixam a essência da norma jurídica. Esta, sem qualquer um destes elementos eidéticos, afigura-se incompreensível. Deveras uma norma jurídica que careça do autorizamento será uma norma moral, e sem a nota da imperatividade, apenas um lei física <sup>41</sup>

Em resumo, o marco normativo – imperativo-autorizante para usar a expressão de Goffredo Telles Jr <sup>42</sup> – no que diz respeito a consórcios públicos, principalmente sob a ótica da cooperação federativa, tem que ser a lei de normas gerais para toda a federação; o decreto presidencial apenas para a União e as leis estaduais e municipais para regulamentar a lei de normas gerais no que se refere às respectivas entidades federativas.

---

<sup>41</sup> DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.342-343

<sup>42</sup> Id.idib.p.342.

### 3.0) A NATUREZA JURÍDICA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS SEGUNDO A LEI N.º 11.107/2005.

A natureza jurídica dos consórcios públicos é certamente o grande ponto de interrogação da Lei n.º 11.107/2005, principalmente quando se constata que agora os consórcios públicos passaram a ter personalidade jurídica. Tal constatação é uma mudança significativa, pois antes da citada lei os consórcios públicos não passavam de meros acordos entre entidades federativas, muito semelhantes aos convênios, conforme lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Consórcio administrativo é o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas jurídicas públicas da mesma natureza e mesmo nível de governo ou entre entidades da administração indireta para a consecução de objetivos comuns. Existem pontos comuns entre o consórcio e o convênio, porque o objetivo é o de reunir esforços para a consecução de fins comuns às entidades consorciadas ou conveniadas. Em ambos, existe um acordo de vontades que não chega a ser um contrato, precisamente pelo fato de os interesses serem comuns, ao passo que, no contrato, os interesses são contrapostos. As entidades têm competências iguais, exercem a mesma atividade, objetivam o mesmo resultado, estabelecem mútua cooperação. Portanto, a semelhança entre convênio e consórcio é muita grande; só que o convênio se celebra entre uma entidade pública e outra entidade pública, de natureza diversa, ou outra entidade privada. E o consórcio é sempre entre entidades da mesma natureza: dois ou mais Municípios, dois ou mais Estados, duas ou mais entidades autárquicas, etc. [...] O consórcio administrativo, da mesma forma que o consórcio de empresas, não adquire personalidade jurídica. As entidades se associam, mas dessa associação não resulta a criação de nova pessoa jurídica. Em decorrência disso, discute-se a melhor forma de administrar o consórcio.<sup>43</sup>

Em que pese a clássica distinção feita pela citada professora, como também a constatação de que os consórcios públicos não possuíam personalidade jurídica, o fato que doravante precisa ser posto como premissa para qualquer estudo doutrinário é o seguinte: se os consórcios públicos, segundo o *status* conferido pela Lei n.º 11.107/2005, passaram a ter personalidade jurídica, o que seriam então estes consórcios públicos?

De pronto, uma coisa parece certa: se a Lei n.º 11.107/2005, especificamente em seu art.6º, conferiu personalidade jurídica aos consórcios públicos (que antes não tinham personalidade jurídica) então consórcio público passa a ser uma nova

---

<sup>43</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.

pessoa jurídica, uma nova entidade, e, via de consequência, sujeito de direitos e obrigações.

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:  
I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;  
II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.<sup>44</sup>

Apesar de esta ser uma conclusão dominante na doutrina, há por outro lado àqueles que, como Ivan Barbosa Rigolin, pensam de maneira diversa:

se o consórcio *pode constituir uma pessoa*, pública ou privada, então é porque o consórcio *não é* essa pessoa. Assim, não existe motivo para preocupação, sobretudo pelos doutrinadores, de que o consórcio que nunca fora pessoa e nunca tivera personalidade jurídica, agora ganharia personalidade: não, em absoluto. O consórcio não é pessoa em hipótese alguma, mas simples associação em forma de interesses entre várias pessoas, algo como um protocolo de intenções ou uma simples intenção, manifestada por diversas pessoas, de colaborar em prol e em torno de seus comuns e recíprocos interesses.”[...] “Consórcio portanto não é pessoa, mas apenas o acordo de vontades em torno do qual se constituirá uma pessoa, diferente de todas as que se consorciarem previamente.<sup>45</sup>

A nosso pensar, a péssima técnica legislativa do §1º do art.1º da Lei n.11.107/2005 levou o citado autor a incorrer num equívoco de interpretação.

Este equívoco tem início, em nossa opinião, pela valorização excessiva do citado dispositivo em detrimento ao restante da lei, ou seja, o desvio hermenêutico começa quando o autor se concentra apenas no §1º do art.1º e alija por completo os demais dispositivos, em especial o art.6º.

Sabendo que esses dois dispositivos parecem conter uma contradição em si, nada mais salutar do que tentar aproximá-los com vistas a uma melhor análise:

Art.1º, §1º	Art.6º
Art.1º Esta lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de	Art.6º <b>O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:</b> I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das

<sup>44</sup> BRASIL. Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>

<sup>45</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. Comentários às leis das PPPs, dos consórcios públicos e das organizações sociais. São Paulo: Saraiva, 2008, p.55.

interesse comum e dá outras providências. <b>§1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.</b>	leis de ratificação do protocolo de intenções; II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação
---	--

Como dito, a fonte de todas as distorções hermenêuticas começa nessa relação. Não obstante o problema da constitucionalidade mencionado na primeira parte deste estudo, a lei também foi infeliz na relação entre esses dois dispositivos.

Em primeiro lugar, quando o §1º do art.1º diz que “o consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado”, ele dá a entender que haverá 03 personagens distintos nesta relação: 1) as entidades federativas que vão criar o consórcio; 2) o consórcio público propriamente dito, e 3) a associação pública ou pessoa jurídica de direito privado que este consórcio vai “constituir”. Explicando melhor, é como se duas entidades federativas fizessem um consórcio, para que este, num segundo momento, constituísse uma outra pessoa jurídica, *in casu*, uma associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

Num sentido completamente oposto, o art.6º diz que é o próprio consórcio público que adquirirá personalidade jurídica. Dentro desse raciocínio, se ele (o consórcio) é quem tem personalidade jurídica então ele é que é a pessoa jurídica. Ademais, se o objetivo da lei é a constituição de uma nova pessoa jurídica chamada **consórcio público**, como é que se pode sustentar que ele vai ser “constituído” para “depois constituir” uma associação ou pessoa jurídica de direito privado?

Para contornar essa “aparente” contradição, e, mais uma vez, dentro de uma perspectiva de tentar dar um sentido à lei, passamos a adotar o entendimento de que o §1º do art.1º, quando disse, “o consórcio público **constituirá** associação pública ou pessoa jurídica de direito privado”, quis, na verdade, dizer “o consórcio público **“constituir-se-á”** em associação pública ou pessoa jurídica de direito privado”.<sup>46</sup>

A prova maior de que esta iniciativa de complacência tem total razoabilidade – e é extremamente necessária ao caso concreto – está no fato de que ela é a única

<sup>46</sup> Segundo o Dicionário Aurélio ainda é possível entender esse “constituir” como “ser”, logo, “constituirá” poderia ainda ser lido, nessas circunstâncias, como “será”: [Do lat. constituere.] V. t. d. 1. Ser a base, a parte essencial, de; formar; compor; representar. 2. Organizar, estabelecer. 3. Dar poderes a, para tratar de negócio, causa, etc. V. t. d. e c. 4. Pôr, assentar, estabelecer, em certo lugar. V. transobj. 5. Nomear; eleger. V. p. 6. Colocar-se (em certa posição). 7. Passar a ser; tornar-se. 8. Compor-se, formar-se. 9. Arrogar-se qualidade, direito, posição, etc. 10. Consistir em; **ser**; representar; formar.

maneira de compatibilizar o §1º do art.1º com o art.6º, que diz de maneira clara que o consórcio público “adquirirá”, ele mesmo, personalidade jurídica de direito público ou personalidade jurídica de direito privado.

Ora, se este raciocínio parece ser de extrema plausibilidade – principalmente diante de mais uma “encruzilhada” criada pela lei – e se o art.6º diz que o próprio consórcio terá personalidade jurídica – sendo esta a grande inovação da lei – então a interpretação conjugada do art.6º com o art.1º, §1º só pode chegar a uma única conclusão: o consórcio público é um novo ente capaz de adquirir direitos e obrigações, podendo ser pessoa jurídica “associação pública” ou pessoa jurídica de direito privado.

De qualquer forma não é porque o §1º do art.1º diz que o consórcio público constituirá “associação pública” ou “pessoa jurídica de direito privado” – numa opção legislativa lamentável – que todo o resto da lei, e em especial o art.6º, será desconsiderado. Na verdade, dificilmente teremos um caso em que a interpretação isolada de um único dispositivo valerá mais do que a interpretação lógica e sistemática de todos os dispositivos de uma lei.

De acrescentar, quando Ivan Barbosa Rigolim diz que consórcio público é o acordo de vontades em torno do qual se constituirá uma pessoa jurídica, ele está na verdade confundindo “consórcio público” com o seu “protocolo de intenções”, que é justamente a etapa prévia, inicial, onde se constrói as bases em torno da nova pessoa jurídica que virá.

Outrossim, comparando o art.3º com o §1º do art.2º chega-se à conclusão de que não há espaço jurídico para dizer que o consórcio público seria uma espécie de protocolo de intenções: primeiro, porque a lei fez uma clara distinção entre ambos; e segundo, porque dificilmente um simples “protocolo de intenções” – e não uma pessoa jurídica efetiva – poderia, ao fim e ao cabo, fazer tanta coisa como bem demonstra o art.2º, §1º da lei.

Art.2º, §1º	Art.3º
Art.2º[...] <p>§ 1º Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá:</p> I – firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou	Art. 3º O consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções

<p>econômicas de outras entidades e órgãos do governo;</p> <p>II – nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e</p> <p>III – ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação</p> <p>§ 2º Os consórcios públicos 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 ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado.</p> <p>§ 3º Os consórcios públicos poderão outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor.</p>	
---	--

Como se vê, data máxima vênia, não dá para dizer que consórcio público, segundo a Lei n.º 11.107/2005, não é uma pessoa jurídica.

Chegando a esse ponto, a questão que precisa ser enfrentada agora é: se o consórcio público é uma nova pessoa jurídica, com personalidade jurídica de direito público ou privado, qual a sua real natureza jurídica?

A resposta a esta indagação começa por meio de outra indagação: se consórcio público, segundo a Lei n.º 11.107/2005, é um **instituto jurídico novo**, é uma **nova entidade** que terá personalidade jurídica própria (art.6º), então por que razão ele haveria de ser uma autarquia ou uma associação – duas das mais utilizadas referências doutrinárias para explicar a natureza jurídica dos consórcios – que são pessoas jurídicas diversas? Qual o sentido de se identificar – em termos ontológicos – a natureza jurídica de um instituto novo tomando por base outros institutos?

Com efeito, um ente só é “pessoa” porque o ordenamento jurídico atribuiu-lhe personalidade, ou seja, uma pessoa natural ou jurídica só é pessoa – isto, é claro,

numa ótica estritamente jurídica – porque detém um atributo chamado personalidade civil.

Dentro desse contexto, imagine-se, por exemplo, o nascimento de uma pessoa qualquer, como, por exemplo, “João”. Com o nascimento (art.1º do Código Civil), “João” adquire personalidade própria, ou seja, é uma pessoa natural única, diferente de todas as demais. Ora, se “João” tem esse atributo, como é que se pode dizer que “João” – que tem personalidade própria – será “Antônio” ou “José”? Como é que se pode sustentar que “João”, para existir, tem que estar revestido, por exemplo, da forma de “José”?

Assim, por mais que “João” guarde semelhanças físicas com “Antônio”, adote o estilo de vida ou tenha as mesmas ideologias de “José”, “João” será sempre “João”, apesar de toda e qualquer semelhança.

Pois bem. “Antônio” e “José” são pessoas naturais – cada qual com sua personalidade civil própria – que já existiam quando “João” foi criado, e, portanto, com ele “João” não se confundem. Numa linguagem coloquial seria o mesmo que dizer: “cada qual, cada qual”. Nestes termos, substituindo “Antônio” e “José” por “autarquia” ou “associação” – ou por qualquer outra pessoa jurídica já constituída – e ainda, substituindo “João” por “consórcio público”, como é que se pode dizer, por exemplo, que um consórcio público – que “nasceu” recentemente – será uma autarquia ou associação?

Ainda a título de exemplos, quando se cria uma associação – que é uma pessoa jurídica específica – ninguém diz que esta associação “será associação” e ao mesmo “será também uma fundação” (outra pessoa jurídica específica). Do mesmo modo, ninguém diz, *v.g.*, que um partido político será uma fundação, ou que uma organização religiosa será uma sociedade.

Contudo, se todas essas considerações acima são válidas então por que os consórcios públicos têm que ter natureza jurídica de outra pessoa jurídica? Para ser mais preciso: conforme sustenta grande parte da doutrina, por que o consórcio público com personalidade jurídica de direito público é “autarquia” e o consórcio público com personalidade jurídica de direito privado é “associação”?

Na verdade, chamar “algo” de “outra coisa” parece ser uma práxis comum em nosso direito. Esta questão, aliás, é muito evidente quando se adentra, por exemplo, na discussão envolvendo a natureza jurídica das fundações públicas. Não vamos aqui, por óbvio, fazer um histórico de toda essa quizila até porque estaríamos

desviando por completo o foco do nosso trabalho. De qualquer forma, é imperioso lembrar que grande parte da doutrina afirma que as fundações públicas com personalidade jurídica de direito público têm natureza de autarquias. Este já é, inclusive, um verdadeiro axioma na doutrina publicista. Entretanto, esse axioma tem que ser lido e interpretado de forma restritiva, ou melhor, tem que se lido e interpretado dentro das várias circunstâncias jurídicas que o tema “fundações públicas” está inserido.

Em primeiro lugar, nenhum jurista vai sustentar – tendo por base o plano ideal – que um “novo tipo” de pessoa jurídica deva ter natureza de outra. Ou seja, se estamos no campo da “criação”, ou melhor, no campo da “legislação”, não faz sentido defender um **novo tipo de pessoa jurídica** dizendo que ela tem natureza jurídica de outra já existente. Ao invés deste caminho, o melhor mesmo seria criar mais uma espécie daquela pessoa jurídica que já existe ao invés de qualificar algo como “novo”, quando se sabe que não existe nenhuma novidade, mas, no máximo, algumas pequenas variações dentro de uma mesma filosofia pré-existente.

No entanto, o processo legislativo nem sempre é composto por juristas e nem sempre a posição destes é a que prevalece. Há situações em que o legislador cria gêneros de pessoa jurídica, como por exemplo, “autarquias” e “fundações públicas com personalidade jurídica de direito público” quando, na verdade, tal distinção é totalmente desnecessária.

Hoje, talvez a única diferença que possa existir entre elas é que as fundações públicas deverão ter suas áreas de atuação definidas por uma lei complementar – conforme redação dada pela Emenda Constitucional n.19/98 ao inciso XIX do art.37 da Constituição – ao passo que a mesma exigência não se faz para as autarquias. O que isso quer dizer? Quer dizer que, dependendo do que venha a ser inserido nesse futuro rol, as fundações públicas podem ter um campo de atuação mais restrito do que as autarquias. Fora isso, ambas são a mesma coisa.

Mas aí alguém poderia perguntar: como se pode dizer que “autarquia” é a mesma coisa de “fundação pública com personalidade jurídica de direito público”? E as argumentações anteriores defendidas neste trabalho dando conta de que isso não seria possível? Não estaria havendo uma contradição?

A resposta é não. O que aconteceu com as fundações públicas com personalidade jurídica de direito público foi algo muito mais complexo. Chamar essas fundações de autarquia foi um recurso hermenêutico utilizado tanto pela doutrina

quanto pela jurisprudência para saírem de uma encruzilhada histórica que ao longo dos anos se tornou um problema dos mais complexos em nosso direito. Isso porque, tínhamos duas pessoas jurídicas distintas cuja constituição, finalidade e regime eram exatamente o mesmo. Ou seja, em essência, não haveria nenhum motivo para existir “autarquias” e “fundações públicas com personalidade jurídica de direito público”, logo, uma deveria – dentro da mais pura ficção jurídica – ter a natureza jurídica de outra.

**Já com o consórcio público é totalmente diferente, pois ele é um instituto jurídico novo, com marcas de ineditismo de tudo que está aí como paradigma. Ele tem uma premissa única (é criado por duas ou mais entidades federativas), tem todo um regime próprio conforme disposto, v.g, nos arts. 3º, 4º, 5º e 15, e ao contrário das autarquias e associações pode ter tanto personalidade jurídica de direito público quanto personalidade jurídica de direito privado.** Não há nenhuma autarquia ou associação que tenha esse quadro de características. “Bem” ou “mal”, “certo” ou “errado” o fato é que o consórcio público criado pela Lei n.11.107/2005 é um instituto único, e assim como o “João” de linhas atrás possui todo um arcabouço de atributos que lhe dão uma série de idiosincrasias que simplesmente impedem que ele pegue emprestado a “natureza jurídica” de outra entidade.

Dadas todas essas premissas já podemos adiantar conclusivamente que a natureza jurídica dos consórcios públicos instituído pela Lei n.º11.107/2005 não é de autarquia ou associação. **Consórcio público é consórcio público**, assim como autarquia é autarquia e associação é associação. Consórcio público é uma nova entidade capaz de adquirir direitos e obrigações, é pessoa jurídica que pode ter personalidade jurídica de direito público ou personalidade jurídica de direito privado, e cujo regime, apesar das várias semelhanças com outras entidades, possui uma série de particularidades que nenhuma outra possui, fazendo dele, portanto, um instituto único.

De qualquer forma, para que essa conclusão fique ainda mais sólida é imperioso aprofundar os argumentos do porquê um consórcio público com personalidade jurídica de direito público não ser autarquia ou do porquê um consórcio público com personalidade jurídica de direito privado não ser associação.

### 3.1) CONSÓRCIO PÚBLICO COM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

Quando a Lei n.º 11.107/2005 se refere aos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público ela faz uma estranha “associação” com o que chamou de “associação pública”:

Art. 1º [...]

§ 1º O consórcio público constituirá **associação pública** ou pessoa jurídica de direito privado.

Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

[...]

IV – a previsão de que o consórcio público é **associação pública** ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir **associação pública**, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;<sup>47</sup>

Art. 16. O inciso IV do art. 41 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 41. ....

IV – as autarquias, inclusive as **associações públicas**;

....." (NR).<sup>48</sup>

O tema “associação pública” é, de fato, um problema. E isso por uma razão muito simples: o que é associação pública? Por que dizer **autarquias**, “**inclusive**” **associações públicas**? Ora, não se sabe o que é associação pública, não se sabe para que ela serve, nem muito menos em que se diferencia de uma autarquia, ou seja, não se sabe absolutamente nada no que diz respeito à “associação pública”. Mesmo assim, apesar de não se saber nada sobre ela disse o legislador que os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público serão justamente “associações públicas”. Como se vê, esta é apenas mais uma perplexidade trazida pela Lei n.º 11.107/2005.

No intuito de resolver mais um problema causado pela lei, alguns estudiosos vêm afirmando que essas “associações públicas” seriam na verdade meras autarquias.

<sup>47</sup> BRASIL. Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>

<sup>48</sup> BRASIL. Código Civil. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>

O art.16 da lei 11.107/05 altera o inciso IV do art.41 do Código Civil e inclui como espécie de autarquia as associações públicas. Isso significa dizer que os consórcios públicos com personalidade jurídica de Direito Público, em virtude disso, devem ser considerados com a natureza jurídica de autarquias.<sup>49</sup>

Por outro lado, outros estudiosos fazem uma certa derivação, dizendo que as associações públicas seriam uma espécie de autarquia diferenciada. Nesta linha de raciocínio está a posição de Cleber Demétrio da Silva que, seguindo a mesma orientação de Alice Gonzalez Borges e Floriano de Azevedo Marques Neto, aduz:

Dessa forma, concluímos que a natureza jurídica de uma associação pública, pessoa jurídica de direito público interno, suporte de um contrato de consórcio público é de uma autarquia pluripessoal, como bem conceituou Alice Gonzalez Borges ou, na dicção de Floriano de Azevedo Marques Neto, uma autarquia multifederada ou, ainda, uma autarquia interfederativa.<sup>50</sup>

Para uma análise mais segura, precisamos enfrentar os dois pontos de vista, a começar pelo último. Com todas as vênias possíveis a Cleber Demétrio Oliveira da Silva, não podemos referendar tal entendimento.

Primeiro, porque a criação de uma autarquia “pluripessoal”, “multifederada” ou “interfederativa”<sup>51</sup> – nas exatas expressões dos autores outrora mencionados – a nosso pensar, não poderia ser efetivada por meio de uma lei ordinária da União – ou o que é ainda pior, por meio de uma lei ordinária como a Lei n.º11.107/2005 – ante a manifesta ausência de respaldo constitucional. Qualquer iniciativa nesse sentido, a nosso juízo, dependeria de emenda constitucional, ou, quem sabe, de uma lei complementar regulamentando o parágrafo único do art.23 da Constituição.

Segundo, porque se esta associação pública é suporte de um contrato de consórcio, então nós vamos estar negando a própria personalidade jurídica do consórcio público, e, via de consequência, a sua qualidade de nova pessoa jurídica. De igual teor e forma, se nós dissermos que consórcio público é apenas o suporte contratual para a existência de uma outra pessoa jurídica, *in casu*, uma associação

---

<sup>49</sup> HARGER, Marcelo. *Consórcios públicos na Lei n.º 11.107/05*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p.80.

<sup>50</sup> SILVA, Cleber Demétrio Oliveira da. Considerações sobre a futura regulamentação da lei geral dos consórcios públicos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 934, 23 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7863>>. Acesso em: 01/03.2006.

<sup>51</sup> Como se vê, a doutrina não consegue sair do seguinte paradigma: consórcio público com personalidade jurídica de direito público é autarquia, seja a autarquia que conhecemos, seja a autarquia defendida pelo autor em referência.

pública, então quem terá personalidade jurídica não será o consórcio público, mas sim, essa associação pública. Esta interpretação, além de ser contrária ao disposto no art.6º, desdiz todo o aspecto inovador da lei que foi justamente o de contemplar o ordenamento pátrio com uma nova pessoa jurídica chamada consórcio público.

Por conseguinte, ainda que reconheçamos toda a dificuldade inserida na discussão, não concordamos com o raciocínio – de um certo modo até reducionista – que diz: se consórcio público com personalidade jurídica de direito público é associação pública, e se associação pública é autarquia, então consórcio público com personalidade jurídica de direito público é autarquia.

Trazendo tal raciocínio para os domínios da lógica formal teríamos o seguinte o silogismo:

Todo A é B  
 Todo B é C

---

Logo, todo A é C

Onde:

(A) = consórcio público com personalidade jurídica de direito público  
 (B) = associação pública  
 (C) = autarquia

Num momento inicial tal dedução pode até fazer sentido, até mesmo porque foi exposta na forma de um silogismo válido. No entanto, ao aprofundar a análise surgem vários problemas jurídicos em relação a esta conclusão, como, por exemplo, defender a sentença axiomática criada pela doutrina de que associação pública é autarquia.

Salvo melhor juízo, a Lei n.º11.107/2005 não criou essa identidade ao prescrever no inciso IV do art.41 “**as autarquias, inclusive as associações públicas**”

A identidade que vislumbramos a partir do citado inciso é que ambas – autarquias e associações públicas – terão personalidade jurídica de direito público, mas não, como assegura grande parcela da doutrina, que são idênticas. Não são idênticas porque não há nenhum elemento legal que nos permita chegar a esta conclusão. Na verdade, quando a lei diz “autarquias, **inclusive** associações públicas”, muito antes de dizer que há aí uma identificação, pensamos que ela está

justamente atestando a pluralidade, a diferença, ou melhor, está dizendo que as autarquias (entidade X), “inclusive” as associações públicas (entidade Y) são pessoas jurídicas de direito público interno, logo, tanto “uma” (autarquias) quanto a “outra” (associações públicas) terão personalidade jurídica de direito público.

De acrescer, se a interpretação de conteúdo gramatical não serve para o propósito de achar a identidade entre autarquia e associação pública, a interpretação sistemática também não nos leva a um bom resultado. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, as associações públicas [consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público] são constituídas por duas ou mais entidades federativas, ao passo que as autarquias são constituídas por uma só pessoa. Se ambas fossem a mesma coisa, duas ou mais entidades poderiam criar uma autarquia “multifederada” qualquer, mesmo não sendo tal “autarquia” um consórcio público com personalidade jurídica de direito público. Se isso não é crível à luz do nosso ordenamento é porque as “associações públicas” têm aspectos idiossincráticos que as diferenciam das autarquias.

Em segundo lugar, autarquias não são constituídas por contrato; autarquias são criadas diretamente pela lei da entidade federativa que a criou e não por meio de um contrato como as associações públicas (consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público), que antes ainda necessita de um “protocolo de intenções” que, para valer, precisa ser aprovado pelo Poder Legislativo de cada entidade federativa que compõe o consórcio.

Em terceiro lugar, o art.15 da Lei n.º 11.107/2005 diz taxativamente que se aplicará, subsidiariamente, a legislação que rege às associações civis para disciplinar a organização e funcionamento dos “consórcios públicos (sem nenhuma distinção). Como se sabe, a legislação que versa sobre associações é basicamente o Código Civil, até mesmo pela natureza privada dessas entidades. Decerto, se associação pública é o mesmo que autarquia não conseguimos imaginar uma autarquia sendo regida pelas regras e pela filosofia de uma associação.

Não obstante esses pontos, a doutrina parece ter uma certa resistência para sair do paradigma “autarquia”, pois ao mesmo tempo em que reafirma o caráter peculiar desse novel instituto jurídico chamado “consórcios públicos” parece continuar sem forças para se desvencilhar da clássica forma “natureza jurídica de autarquia”, como se percebe com bastante clareza dessa passagem de Marcelo Harger:

(...) consórcios públicos com personalidade jurídica de Direito Público, em virtude disso, devem ser considerados com a natureza jurídica de autarquias. **É verdade que diferem das demais autarquias, especialmente quanto à estrutura, forma de criação e ao caráter associativo que assumem. É seguro afirmar, no entanto, que em geral se submetem ao regime jurídico aplicável às autarquias.** Excetuam-se apenas as normas que forem incompatíveis com o regime peculiar dos consórcios públicos. Há, portanto, no Direito brasileiro atual duas modalidades de autarquias. A primeira há muito tem sido estudada e a segunda surge com a Lei n.º 11.107/05 e recebe a denominação de associação pública ou consórcio público com personalidade jurídica de direito público. (grifado) <sup>52</sup>

Ora, se os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público diferem das demais autarquias – como diz o autor “especialmente quanto à estrutura, forma de criação e caráter associativo – então não podemos concluir que eles têm natureza jurídica de autarquia. Vale destacar que, por exemplo, as fundações públicas com personalidade jurídica de direito público – que segundo toda a doutrina tem natureza jurídica de autarquia – não possuem nenhuma daquelas diferenciações, ou seja, para estas (as fundações) há toda uma contextualização específica que permite o jurista buscar essa “identidade de naturezas jurídicas”, ao passo que o mesmo não ocorre com os consórcios públicos.

Em suma, diferenças quanto à **estrutura, forma de criação e caráter associativo** desfazem, por si só, a construção clássica que permite “pegar emprestado” a natureza jurídica de outra entidade considerada irmã gêmea. De toda forma é preciso que fique claro: não estamos dizendo que não há semelhanças, mas sim que as diferenças existentes, bem como todo o espírito da lei que quis criar algo novo, fazem com que não haja espaço de interpretação para dizer que consórcio público, por ser associação pública, tem natureza de autarquia.

Em essência, dizer que associação pública é autarquia gera, como visto, uma série de conseqüências jurídicas simplesmente inconciliáveis. Neste diapasão, para tentar mais uma vez fugir dessas incompatibilidades, e, via de conseqüência, buscar um sentido à lei no que concerne à expressão “associação pública”, fazemos a seguinte indagação: é o consórcio público com personalidade jurídica de direito público que, por ser associação pública, teria natureza de autarquia ou não seria a associação pública que, diante da mais flagrante ausência de regulamentação, teria natureza, ou melhor, seria uma espécie de consórcio público?

---

<sup>52</sup> HARGER, Marcelo. *Consórcios públicos na Lei n.º 11.107/05*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p.80.

Tal indagação se justifica pela seguinte questão: consórcio público, bem ou mal, tem disciplinamento; associação pública não. Ou seja, bem ou mal, sabemos o regime do consórcio público. Ora, se sabemos o regime do consórcio público, assim como sabemos o regime das demais entidades como gênero (autarquias, associações, etc.), então podemos considerar que o consórcio público é gênero de pessoa jurídica, sendo, portanto, a associação pública espécie do gênero consórcio público quando este assumir a personalidade jurídica de direito público.

Não podemos deixar de reconhecer uma certa ousadia nessa interpretação que inverte a ordem das coisas ao sustentar que na ausência de regulamentação legal não é o consórcio público que é associação pública, mas a associação pública que nada mais é do que um consórcio público com personalidade jurídica de direito público.

Esta interpretação, apesar de vanguardista, tem total pertinência com a nossa posição – defendida anteriormente – de que o consórcio público é um novo “gênero” de pessoa jurídica, com aspectos que o diferem de todas as demais pessoas jurídicas já existentes, e que, por tal razão, não precisa “tomar emprestado” a natureza jurídica de nenhuma outra entidade.

Por fim, se o que define algo como pessoa jurídica, em essência, é a atribuição de personalidade jurídica, e se a Lei n.º 11.107/2005, no seu art.6º, disse que é o consórcio público quem “adquirirá” personalidade jurídica, então consórcio público é pessoa jurídica, independentemente de autarquia, associação ou qualquer outro tipo de pessoa jurídica.

### **3.2) CONSÓRCIO PÚBLICO COM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO**

Como visto anteriormente, a maioria da doutrina reconhece que os consórcios públicos inovaram o ordenamento pátrio, sendo, portanto, nos termos da Lei n.º 11.107/2005, um novel instituto jurídico<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> “A personalidade jurídica atribuída aos consórcios públicos pela Lei n.º11.107/2005 inaugura uma nova modalidade de pessoa jurídica, em vez de, simplesmente, criar nova espécie de consórcio”. ALVES, Vladimir. *Comentários à lei dos consórcios públicos: lei federal n.º11.107, de 6 de abril de 2005: gestão associada e cooperação interfederativa no Brasil*. São Paulo: Liv. e ED. Universitária de Direito, 2006, p.42.

Entretanto, ao mesmo tempo em que reconhecem essa gama de idiossincrasias, os autores de um modo geral ainda mantêm uma certa resistência para reconhecer a “natureza jurídica autônoma” desses consórcios, haja vista que sempre os qualificam a partir da natureza jurídica de outra entidade já consolidada, quer pública, quer privada.

No ponto anterior vimos que quando se trata de consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público, a maioria dos doutos – apesar da nossa discordância conforme já revelado – sempre os associam às autarquias.

Esta mesma linha de raciocínio – a nosso ver, também equivocada – se aplica aos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado, ou seja, também há aqui uma outra entidade “preferida” pelos estudiosos para qualificar tais consórcios, qual seja, a associação prevista nos arts. 53 a 61 do Código Civil.<sup>54</sup> Em suma, para a doutrina majoritária, consórcio público com personalidade jurídica de direito público é autarquia, enquanto consórcio público com personalidade jurídica de direito privado é associação civil.

A nosso juízo, como, aliás, não poderia ser diferente até mesmo por dever de coerência, pensamos que o consórcio público com personalidade jurídica de direito privado, assim como o seu irmão gêmeo (o consórcio público com personalidade jurídica de direito público) não precisa de nenhuma outra entidade para definir sua natureza jurídica. Ambos são espécies de um novo gênero (consórcios públicos), de uma nova pessoa jurídica cujas particularidades já mencionadas no ponto 4.0) desautorizam o intérprete a pensar de modo contrário.<sup>55</sup> Como dito em outra oportunidade, se o objetivo era criar algo novo, então que se dê a este “algo novo” um status ontológico diferenciado, pois, do contrário, seria melhor criar mais uma autarquia ou mais uma associação civil.

A rigor, dizer que consórcio público com personalidade jurídica de direito privado é associação civil nada mais é do que uma tentativa, simplista, de reduzir os inúmeros problemas da Lei n.º 11.107/2005.

---

<sup>54</sup> Algumas vozes isoladas – como, por exemplo, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Parecer PGFN/CAF nº1504/2005) – chegam a sustentar que os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado, justamente por estarem no mesmo patamar das demais entidades de direito privado controladas pelo Estado deveriam ser tão-somente empresas públicas.

<sup>55</sup> Importante registrar que não estamos aqui defendendo que o instituto “consórcio público”, como gênero, “deveria” ter duas espécies (a primeira com personalidade jurídica de direito público e a segunda com personalidade jurídica de direito privado), mas sim, reconhecendo, constatando, essas duas espécies.

A pergunta que parece que vem sendo feita é a seguinte: por que indagar o que seriam esses consórcios públicos se a própria lei, no seu art. 15, faz referência expressa às associações civis? Por que perder tempo com indagações que a própria lei resolve? Não seria mais pragmático simplesmente chamar tais consórcios de associações civis, aplicando-se o art. 15 da lei e encerrando o assunto?

Certamente seria mais pragmático. Entretanto, as soluções excessivamente pragmáticas são como aqueles devedores cujos credores esqueceram de fazer a cobrança, ou seja, são devedores aparentemente tranquilos, mas que a qualquer momento podem ser cobrados. Com efeito, as soluções excessivamente pragmáticas são soluções que não agüentam exames mais criteriosos e aprofundados, justamente porque faltam a elas algo que é fundamental: a coerência.

Dentro desta perspectiva, vejamos o que diz o citado art.15 da Lei n.º11.107/2005: No que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis. O que diz o artigo? Será que ele pode ser realmente a referência normativa para dizer que consórcio público com personalidade jurídica de direito privado é associação civil?

De início, é preciso ter uma visão sistemática da lei, e, neste sentido, observar que tal dispositivo é um dos últimos do diploma legal. O que isto quer dizer? Quer dizer que a lei disciplinou a organização e funcionamento dos consórcios até onde achou oportuno e conveniente. Quando não quis ir além mandou aplicar a legislação das associações. Ou seja, a *ratio* do dispositivo é tão-somente criar uma “válvula de escape”, uma norma de aplicação subsidiária – no que não contrariar a lei – para os casos concretos que porventura não encontrarem solução imediata na própria lei dos consórcios.

Por conseguinte, sabe-se que a natureza jurídica de um instituto está muito ligada ao seu regime. Assim, partindo-se do pressuposto que o art. 15 manda aplicar o regime das associações para os consórcios públicos, o intérprete mais incauto poderia fazer uma leitura isolada deste dispositivo, e, via de conseqüência, defender que a organização e funcionamento dos consórcios públicos, ou melhor, que o seu regime amplamente considerado, é o regime do Código Civil.

Entretanto, a essência dos consórcios públicos – novidades e idiosincrasias – não está nos arts. 53 a 61 do Código Civil, mas sim na própria Lei n.º 11.107/2005, ou melhor, o regime propriamente dito dos consórcios públicos, seja qual for a

personalidade jurídica assumida, quem estabelece (abstraindo qualquer consideração do que seria o ideal) é a própria Lei n.º 11.107/2005 por meio de outros dispositivos.

Outro ponto que não se pode olvidar na tentativa de desmistificar a importância do art. 15 da Lei n.º 11.107/2005 na investigação da natureza jurídica do consórcio público com personalidade jurídica de direito privado é que o referido dispositivo não é uma norma restrita a esta espécie de consórcios públicos, mas sim ao gênero “consórcios públicos”. Logo, se não é restrita aos consórcios com personalidade jurídica de direito privado, sua concepção diminui em importância, pois não se tem notícia de pessoas jurídicas com personalidade jurídica de direito público sendo regidas (organização e funcionamento) pelos dispositivos do Código Civil referentes às associações.

Mas aí alguém poderia alegar, justamente por essa assertiva anterior, que este dispositivo só poderia mesmo ser interpretado para os consórcios com personalidade jurídica de direito privado, de maneira que, sendo aplicável apenas a estes, o Código Civil, por meio dos dispositivos que fazem referência às associações, seria fundamental tanto para revelação da sua natureza jurídica quanto para sua organização e funcionamento.

Este, portanto, passa a ser o nosso próximo objetivo. A partir de agora, o trabalho examinará, ainda que genericamente, a importância dos arts. 53 a 61 do Código Civil no contexto dos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado.

Na associação basta a mera vontade das pessoas – que se organizam para fins não econômicos – para formar uma nova pessoa jurídica. Isto é, basta o *animus* e o registro no cartório competente. No consórcio, ainda que com personalidade jurídica de direito privado, é preciso todos aqueles procedimentos da lei (protocolo de intenções, contrato de consórcio, lei autorizando o ingresso, etc), procedimentos que, inclusive, são os mesmos para os consórcios com personalidade jurídica de direito público. **Em conclusão: o art. 53** não tem nenhuma relevância no processo de criação de um consórcio público com personalidade jurídica de direito privado.<sup>56</sup>

Como se sabe, a “lei magna” das associações é tão-somente o seu estatuto. Esta alegação, no entanto, não serve para os consórcios públicos, pois antes de ser

---

<sup>56</sup> Art.53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

criado – e ter uma “lei magna” – ele precisa seguir as cláusulas necessárias do protocolo de intenções, que praticamente esvazia a aplicação do art. 54, dispositivo este que é de fundamental importância para as associações. **Em conclusão:** quando o consórcio público com personalidade jurídica de direito privado quer se estruturar ele não segue o **art. 54** do Código Civil, mas sim o art.3º da Lei n.º 11.107/2005.<sup>57</sup>

Por outro lado, para saber como serão as relações entre entes consorciados o intérprete cauteloso não vai observar a previsão contida no art.55, cujo teor simplista não combina com a complexidade dos consórcios, mas sim o §2º do art.1º, o inciso XII e §1º do art.4º, o §3º do art.8º, etc. **Em conclusão:** tendo em vista a complexidade dos consórcios públicos, a aplicação do **art. 55** fica praticamente esvaziada.<sup>58</sup>

Na associação do Código Civil a qualidade de associado é intransmissível, salvo se o estatuto dispuser o contrário. A Lei n.º 11.107/2005 não diz expressamente se é possível a transmissão da qualidade de ente consorciado. No entanto, no art.11, ela menciona que a retirada do ente da federação do consórcio público dependerá de ato formal de seu representante na assembleia geral, na forma previamente disciplinada por lei. Ou seja, transmitir para alguém sua qualidade de ente consorciado é uma forma de se retirar do consórcio. Assim, enquanto o Código Civil diz que a transmissão só é possível se houver previsão no estatuto, a lei de consórcios diz que a retirada (gênero do qual a transmissão é espécie) é possível desde que haja ato formal do representante do ente consorciado na assembleia geral, na forma prevista em lei. **Em conclusão:** o **art. 56** não tem aplicação para os consórcios públicos.<sup>59</sup>

Com efeito, enquanto o art.57 fala que a exclusão de associado só é admissível (i) havendo justa causa e (ii) se for apurado em processo administrativo, nos termos do estatuto, a Lei n.º11.107/2005 diz que o ente consorciado poderá ser

---

<sup>57</sup> Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterà:

I - a denominação, os fins e a sede da associação;

II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;

III - os direitos e deveres dos associados;

IV - as fontes de recursos para sua manutenção;

V – o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos;

VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.

VII – a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.

<sup>58</sup> Art.55. Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais.

<sup>59</sup> Art. 56. A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário.

excluído do consórcio, após prévia suspensão, se não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio de contrato de rateio. **Em conclusão:** percebe-se que ambos os diplomas vão em direções opostas, o que só demonstra que o **art. 57** não tem tanta importância assim para os consórcios públicos.<sup>60</sup>

De sua parte, o art.58, a princípio, não guarda nenhuma incompatibilidade com os consórcios públicos. Entretanto, é preciso reconhecer que ele é um dispositivo de pouca importância no contexto dos consórcios. Sua aplicação, se não prejudicial, é totalmente sem importância.<sup>61</sup>

Já o art.59 trata das competências (privativas) da assembleia geral, quais sejam, (i) destituir os administradores e (ii) alterar o estatuto. Nada impede, a princípio, que a primeira hipótese tenha aplicação para os consórcios. De outra parte, a alteração de contrato de consórcio precisa de ratificação mediante lei por todos os entes consorciados. **Em conclusão:** o **art. 59** não se aplica integralmente aos consórcios públicos, o que diminui consideravelmente a sua importância como regra de organização e funcionamento dos consórcios públicos.<sup>62</sup>

Nas associações do Código Civil a convocação dos órgãos deliberativos far-se-á na forma do estatuto. A única coisa que a lei manda é que, garantindo 1/5 dos associados, já há o direito de promovê-la. Nos consórcios, não basta estar no “estatuto”. É preciso que estas normas sobre a convocação já estejam no protocolo de intenções, e mais, este protocolo de intenções não estará sendo inspirado pelo Código Civil, mas sim pela mera vontade dos entes. Ou seja, a princípio o art. 60 não terá muita importância. Como a lei manda que tudo isto já esteja no protocolo de intenções, quem vai definir essa convocação, com toda liberdade, é o próprio protocolo. O máximo que pode acontecer é ele trazer norma semelhante. **Em**

---

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> Art. 58. Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto.

<sup>62</sup> Art. 59. Compete privativamente à assembleia geral:

I – destituir os administradores;

II – alterar o estatuto.

Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos I e II deste artigo é exigido deliberação da assembleia especialmente convocada para esse fim, cujo quorum será o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores.

**conclusão:** as regras de convocação não serão orientadas nem pelo estatuto nem pelo código (**art. 60**), mas sim, pelo protocolo de intenções.<sup>63</sup>

Por fim, o art. 61 já em **conclusão** direta. Em caso de dissolução do consórcio não faz nenhum sentido aplicar o **art. 61** do Código Civil, devendo o remanescente retornar para os entes consorciados.<sup>64</sup>

Como se vê, os dispositivos do Código Civil que regem as associações não possuem, na prática, nenhum peso na organização e funcionamento dos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado. Não obstante tal constatação, é necessário lembrar ainda que ao contrário das associações do Código Civil aplica-se ao consórcio público com personalidade jurídica de direito privado todas aquelas regras imperativas de direito público – realização de licitação, exigência de concurso público, lei de responsabilidade fiscal, prestação de contas, etc. – o que só contribui para o nosso argumento de que tal consórcio não possui natureza jurídica das associações do Código Civil, cujo regime é diferenciado. Além disso, uma associação não pode promover desapropriação e instituir servidão, assim como não pode outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos.

Destarte, de semelhança mesmo com as associações, os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado só terão, em essência, a inscrição dos atos constitutivos no cartório de pessoas jurídicas e a vedação para fins econômicos. Algumas outras normas das associações podem até apresentar uma certa compatibilidade com os consórcios, mas como visto, têm sua importância totalmente esvaziada pelas próprias normas da Lei n.º 11.107/2005.

Em suma, essas poucas semelhanças, contra as inúmeras diferenças, a nosso pensar, não dão qualquer suporte para o intérprete dizer que consórcio público com personalidade jurídica de direito privado é associação, não restando, portanto, outra opção que não o considerar como uma pessoa jurídica totalmente distinta dos demais paradigmas, conforme explicado no ponto 3.0) desta obra.

---

<sup>63</sup> Art. 60. A convocação dos órgãos deliberativos far-se-á na forma do estatuto, garantido a 1/5 (um quinto) dos associados o direito de promovê-la.

<sup>64</sup> Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

## CONCLUSÃO

Por fim, com o propósito de atribuir um dado de objetividade à conclusão deste trabalho, destacamos os seguintes pontos:

1) O modelo pensado para os consórcios públicos foi um modelo equivocado, uma vez que, diante das circunstâncias constitucionais inauguradas principalmente a partir do art. 241 da Constituição, a regulamentação do referido instituto deveria ter seguido o caminho da lei complementar (art. 23 parágrafo único), até mesmo pela total similitude entre cooperação federativa e consórcios públicos.

2) Esta constatação nos leva a crer que numa análise estritamente técnica não restam dúvidas que a Lei n.º 11.107/2005 sofre sérios problemas de constitucionalidade, ante a ausência de fundamento constitucional válido a justificar sua existência. Decerto, a União não tinha competência para fazer uma lei nos moldes em que fez a Lei n.º 11.107/2005, seja porque o art. 241 não deu a ela o poder de editar uma lei de normas gerais para toda a federação, seja porque o art. 22, XXVII – apesar de falar de uma lei de normas gerais e ter sido usado de modo inegável para viabilizar a lei – analisado friamente, não guarda pertinência temática com o novel instituto jurídico da forma como foi construído pela Lei n.º 11.107/2005

3) Por outro lado, dentro de uma interpretação menos técnica e rigorosa, o único caminho que vislumbramos para que futuros estudos tentem construir uma alternativa de constitucionalidade para a Lei n.º 11.107/2005 é buscar dentro próprio fundamento constitucional utilizado pelo legislador (art. 22, XXVII, da Constituição Federal) a saída para tantos problemas. Assim, dentro desta perspectiva menos rigorosa, o hermeneuta poderia utilizar o seguinte raciocínio: duas entidades que entram num acerto prévio (protocolo de intenções), e após, decidem – através de um processo que passa pela formalização de um contrato – formar uma nova pessoa jurídica denominada consórcio público. Destarte, como “o contrato será uma das etapas formais, um dos elementos de constituição de uma nova pessoa jurídica”, o intérprete, poderia sustentar que a União, segundo o art. 22, XXVII, teria competência para estabelecer normas gerais “sobre um desses elementos formais de constituição de um consórcio público”, vale dizer, “normas gerais de contratação”.

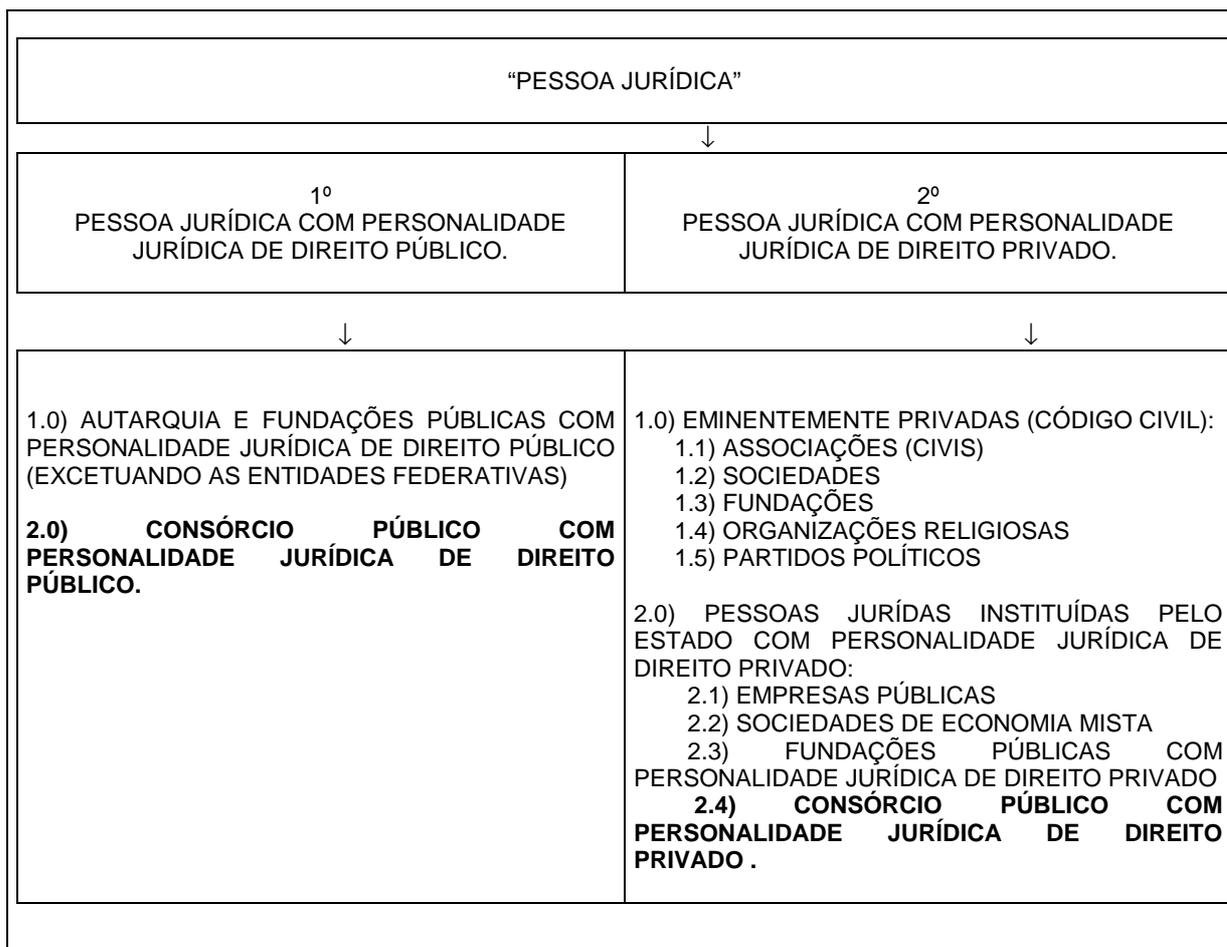
4) A Lei n.º 11.107/2005 é indiscutivelmente (e objetivamente) uma lei de normas gerais. Até porque, se assim não for, a ela não restará mais nada do que amargar definitivamente o gosto da inconstitucionalidade. Logo, sendo uma lei de normas gerais, sua regulamentação via decreto presidencial teria que estar restrita apenas à União, ou seja, o decreto do Presidente da República, neste caso concreto, jamais poderia trazer normas imperativas e vinculantes às demais entidades federativas. A regulamentação efetiva deveria, portanto, ser feita pelos próprios entes, dentro, é claro, daquilo que estabeleceu a lei (e não o decreto) de normas gerais.

5) O ponto nuclear da lei no que diz respeito à inovação do mundo jurídico é a atribuição de personalidade jurídica ao consórcio público, que passa agora a ser uma nova pessoa jurídica, uma nova entidade, e que pode ter tanto personalidade jurídica de direito público quanto personalidade jurídica de direito privado.

6) Os consórcios públicos segundo a Lei n.º 11.107/2005 é pois um instituto jurídico novo, com marcas de ineditismo de tudo que está aí como paradigma. Ele tem uma premissa única (é criado por duas ou mais entidades federativas), tem todo um regime próprio conforme disposto, *v.g.*, nos arts. 3º, 4º, 5º e 15, e ao contrário das autarquias e associações pode ter tanto personalidade jurídica de direito público quanto personalidade jurídica de direito privado, elementos esses que lhes conferem um arcabouço de atributos e particularidades que nenhuma outra entidade possui, enfim, uma série de idiosincrasias que simplesmente impedem que ele pegue emprestado a “natureza jurídica” de outra entidade.

7) Ao contrário da doutrina majoritária – para quem consórcio público com personalidade jurídica de direito público é autarquia e consórcio público com personalidade jurídica de direito privado é associação – pensamos que consórcio público é consórcio público, assim como autarquia é autarquia e associação é associação, ou seja, um instituto único.

8) Para demonstrar graficamente este último enunciado, nada melhor do que construir um quadro geral de pessoas jurídicas, com a exata preocupação de posicionar o consórcio público após a Lei n.º 11.107/2005:



9) Como se vê, o tema “consórcio público” confere aos estudiosos um grande espaço de discussão doutrinária ante os inúmeros aspectos polêmicos e contraditórios que foram contemplados pelo legislador na Lei n.º 11.107/2005. Pensamos, aliás, que não obstante toda a complexidade das abordagens trazidas neste trabalho há ainda um grande número de perspectivas que podem e devem ser exploradas e aprofundadas em futuros estudos, principalmente a partir da efetivação da Autoridade Pública Olímpica de que trata a Medida Provisória n.º 503, de 22 de setembro de 2010, como primeiro consórcio público a ser integrado pela União.

**REFERÊNCIAS:**

ALVES, Vladimir. *Comentários à lei dos consórcios públicos: lei federal n.º11.107, de 6 de abril de 2005: gestão associada e cooperação interfederativa no Brasil*. São Paulo: Liv. e ED. Universitária de Direito, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, 11ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, Alice Gonzalez. *Os consórcios públicos na sua legislação reguladora*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Bahia, n.º03, julho/agosto/setembro, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 01/03/2006.

\_\_\_\_\_, *Consórcios públicos, nova sistemática e controle*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n.º6, maio/jul, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O Consórcio público na Lei nº 11.107, de 4.4.2005*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Bahia, n.º03, julho/agosto/setembro, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 01/03/2006.

\_\_\_\_\_, *Direito administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.

DURÃO, Pedro. *Convênios e Consórcios Públicos*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2007.

GOMES, Marcos Pinto Correia. *Os consórcios públicos na Lei n.º11.107/05*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.752, 2005. Disponível em :<<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em 17.04.08

HARGER, Marcelo. *Consórcios públicos na Lei n.º 11.107/05*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

KRELL, Andreas J. Parecer dado à consulta formulada pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades a respeito da viabilidade jurídica de um decreto presidencial regulamentar a Lei 11.107/2005 para toda a federação. Brasília. Nov. 2006. Cópia impressa.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os consórcios públicos*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Bahia, n.º03, julho/agosto/setembro, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 01/03/2006.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Consórcios Públicos. Comentários à Lei n.º 11.107/05*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord). *Consórcios públicos. Instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários às leis das PPPs, dos consórcios públicos e das organizações sociais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Cleber Demétrio Oliveria da. *Considerações sobre a futura regulamentação da lei de consórcios públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.934, 23 jan. 2006. Disponível em <http://www.jus2.com.br>. Acesso em 01/03/06.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º11.107/05: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.705, 10 jun. 2005. Disponível em <http://www.jus2.com.br>. Acesso em 01/03/06

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 481.