

PARECER
PGFN/CJU/COJLC/N. 111/2011

VITOR JUNQUEIRA VAZ

Procurador da Fazenda Nacional

DIREITO ADMINISTRATIVO, CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONSÓRCIO PÚBLICO. ENTENDIMENTO DIVERSO, EM PARTE, DO FIRMADO NOS PARECERS PGFN/CAF/Nº 1504/2005 E PGFN/CAF/Nº 77/2007. NECESSIDADE DE APROVAÇÃO DO PARECER PELA PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL.

1. Consórcios públicos de direito público têm natureza jurídica de autarquias. Consórcio público de direito privado tem natureza jurídica de associação (Erik Jayme – Diálogo das Fontes).
2. Os Consórcios públicos de direito público adotam a forma jurídica única de associação pública, enquanto os de direito privado adotam forma jurídica inominada, *sui generis*.
3. Tanto os consórcios públicos de direito público, quanto os de direito privado integram a Administração Indireta de todos os entes Federados consorciados (filtragem constitucional, interpretação lógico-sistemática e finalista ou teleológica).
4. Os consórcios públicos de direito público adotam regime jurídico de direito público, enquanto os de direito privado adotam regime jurídico híbrido, misto (público e privado).
5. Matéria Financeira. Competência da Coordenação-Geral de Assuntos Financeiros – CAF.
6. Os consórcios públicos de direito público e de direito privado se submetem à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Princípio da Unidade da Constituição. Vedação da existência de normas constitucionais inconstitucionais. Teoria de Otto Bachof.

I

Trata-se de consulta formulada pela Coordenação-Geral de Normas de Contabilidade Aplicadas à Federação da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda - CCONF/STN/MF (Registro nº 3565/2011) acerca de algumas questões jurídicas concernentes aos consórcios públicos de direito público e de direito privado, previstos na Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, regulamentados pelo Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

2. Por intermédio da Nota nº 248/2011/CCONF/SUCON/STN, a mencionada Coordenação-Geral da STN, esclareceu que, tendo em vista as suas atribuições previstas nos artigos 20 da Lei nº 11.107, de 2005¹ e 40, inciso II, do Decreto nº 6.017, de 2007², a STN está em processo de elaboração de uma *“Portaria que regulamentará a forma de cumprimento de normas de contabilidade pública e responsabilidade fiscal pelos consórcios públicos constituídos de acordo com a Lei nº 11.107/05 e pelos respectivos entes da Federação consorciados”*.

3. Na referida Nota, em primeiro lugar, a STN ressaltou que a consulta formulada *“não abrange os consórcios públicos administrativos constituídos anteriormente à edição da Lei nº 11.107/05, os quais não possuem personalidade jurídica, desde que não tenham se convertido à forma regrada neste diploma legal”*.

4. Acrescentou, também, que, haja vista a elaboração da supracitada Portaria, algumas dúvidas jurídicas surgiram, as quais foram encaminhadas para Coordenação-Geral de Assuntos Financeiros da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (CAF/PGFN) para apresentação de posicionamento sobre a matéria.

5. Após discorrer de forma minuciosa sobre os consórcios públicos, a CCONF/STN/MF, ao final da Nota, formulou os seguintes questionamentos jurídicos, *in verbis*:

1 “Art. 20. O Poder Executivo da União regulamentará o disposto nesta Lei, inclusive as normas gerais de contabilidade pública que serão observadas pelos consórcios públicos para que sua gestão financeira e orçamentária se realize na conformidade dos pressupostos da responsabilidade fiscal.” (Destacou-se).

2 “Art. 40. Para que a gestão financeira e orçamentária dos consórcios públicos se realize na conformidade dos pressupostos da responsabilidade fiscal, a Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda: [...].

II - editará normas gerais de consolidação das contas dos consórcios públicos, incluindo:

a) critérios para que seu respectivo passivo seja distribuído aos entes consorciados;

b) regras de regularidade fiscal a serem observadas pelos consórcios públicos.” (grifou-se).

- a) Qual a natureza jurídica dos consórcios públicos de direito público e dos consórcios públicos de direito privado?
- b) Quais as formas jurídicas passíveis de serem adotadas pelos consórcios públicos de direito público e pelos consórcios públicos de direito privado?
- c) Os consórcios públicos de direito público e os consórcios públicos de direito privado integram a Administração Pública Indireta de todos os entes da Federação consorciados?
- d) Qual o regime jurídico aplicável aos consórcios públicos de direito público e aos consórcios públicos de direito privado?
- e) Os consórcios públicos de direito público e os consórcios públicos de direito privado se submetem integralmente às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas, especialmente no tocante ao orçamento, à contabilidade pública, à execução orçamentária e à responsabilidade fiscal?
- f) Os consórcios públicos de direito público e os consórcios públicos de direito privado se submetem integralmente às normas previstas na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993?

6. Em atenção ao disposto no artigo 25^o do Anexo da Portaria do Ministério da Fazenda nº 257, de 23 de junho de 2009 (Regimento interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN), a CAF/PGFN encaminhou cópia da referida consulta para essa Coordenação-Geral Jurídica - CJU, uma vez que a maioria das indagações dizem respeito à questões concernentes ao Direito Administrativo.

II

7. *Ab initio*, cabe destacar que a questão “e)”, formulada nos seguintes termos : “*Os consórcios públicos de direito público e os consórcios públicos de direito privado se submetem integralmente às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas, especialmente no tocante ao orçamento, à contabilidade pública, à execução orçamentária e à responsabilidade fiscal?*” é da competência, dentro dessa PGFN, da Coordenação-Geral

³ Art. 25. À Coordenação-Geral Jurídica compete realizar as atividades de consultoria e assessoria em questões de Direito Administrativo, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda, bem como as demais atividades descritas nos incisos do art. 24 deste Regimento. (grifou-se).

de Assuntos Financeiros – CAF⁴, por isso a mencionada questão não será objeto de análise dessa CJU neste Parecer.

8. Em relação à primeira pergunta formulada, qual seja : “a) *Qual a natureza jurídica dos consórcios públicos de direito público e dos consórcios públicos de direito privado?*”, é preciso fazer as seguintes observações:

9. Conforme exposto na Nota nº 248/2011/CCONF/SUCON/STN e relatado acima, essa indagação restringe aos consórcios públicos constituídos sob a égide da Lei nº 11.107, de 2005, ou seja, não abrange os consórcios públicos administrativos constituídos anteriormente à supramencionada Lei, os quais não possuem personalidade jurídica (artigo 19⁵ da Lei nº 11.107, de 2005).

10. Tendo em vista a necessidade de se intensificar a cooperação e parceria entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios (federalismo cooperativo), o Poder Constituinte Reformador elaborou a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, conhecida como “*Reforma Administrativa*”, a qual deu nova redação ao artigo 241 da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

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. (grifou-se).

11. De acordo com o artigo citado acima, nota-se que a Constituição Federal de 1988 previu, após a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a figura do consórcio público 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

4 Art. 14. À Coordenação-Geral de Assuntos Financeiros compete coordenar as atividades pertinentes às operações financeiras internas no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a consultoria e assessoria jurídicas em assuntos de natureza financeira em geral, sendo as seguintes as suas atribuições:

[...]

IX - assistir o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, nas consultas formuladas pelo Ministro de Estado da Fazenda ou por qualquer dos órgãos a ele vinculados, inclusive relativas às instituições financeiras oficiais, sobre as matérias de sua competência; (grifou-se).

5 Art. 19. O disposto nesta Lei não se aplica aos convênios de cooperação, contratos de programa para gestão associada de serviços públicos ou instrumentos congêneres, que tenham sido celebrados anteriormente a sua vigência. (grifou-se).

dos serviços transferidos, deixando ao cargo da lei a disciplina dos consórcios públicos.

12. Como se percebe pela redação do dispositivo constitucional mencionado, a disciplina dos consórcios públicos deve ser feita pela União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios, ou seja, trata-se de competência concorrente dos entes federativos. Nesta senda, como no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais⁶, a União editou a Lei nº 11.107, de 2005, a qual dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Ademais, conforme destaca José dos Santos Carvalho Filho⁷, a referida Lei tem, também, como fundamento constitucional o artigo 22, inciso XXVII, da Lei Maior, o qual dispõe que compete privativamente à União editar normas gerais de licitação e contratos para as administrações diretas, autárquicas e fundacionais de todas as pessoas federativas.

13. Por intermédio da referida Lei, a União conferiu personalidade jurídica aos consórcios públicos, eis que, conforme disposto no artigo 1º, §1º, das Normas Gerais de Contratação de Consórcios Públicos, “*o consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado*”.

14. Assim, não há dúvida, em primeiro lugar, que os consórcios públicos constituem pessoas jurídicas distintas dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

15. Quanto aos consórcios públicos de direito público, verifica-se que sua natureza jurídica é de autarquia, haja vista que o artigo 16 da Lei nº 11.107, de 2005, alterou a redação do artigo 41, inciso IV, Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) para que constasse que as associações públicas (consórcios públicos de direito público) são autarquias, *in verbis*:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

6 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. (grifou-se). (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

7 José dos Santos Carvalho Filho. *Consórcios Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 13.

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005). (Destacou-se).

16. No mesmo sentido dispõe o artigo 2º, inciso I, do Decreto nº 6.017, de 2007:

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

I - consórcio público: pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, *constituída como associação pública, com natureza jurídica de direito público e natureza autárquica*, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos; (Destacou-se).

17. Apesar da referida alteração legislativa, sabe-se, conforme relatado pela STN, que a CAF, no Parecer PGFN/CAF/Nº 1504/2005, de lavra do colega Francisco Targino da Rocha Neto, que de forma brilhante discorreu sobre os consórcios públicos no Brasil, ao analisar a minuta de decreto que iria regulamentar a Lei nº 11.107, de 2005, que, posteriormente veio a constituir o atual Decreto nº 6.017, de 2007, apontou nos itens 85 e seguintes do referido Parecer que seria inconstitucional atribuir o regime autárquico aos consórcios públicos de direito público (associações públicas). Os argumentos utilizados pela CAF para apontar a inconstitucionalidade mencionada foram, *in verbis*:

85. Se a pretensão do constituinte reformador foi a de autorizar a criação de consórcios públicos com personalidade *de direito público*, pensamos que o tema deveria ter sido tratado no próprio texto da Carta, de forma expressa.

86. Isto, pelas suas óbvias e relevantíssimas relações com o campo do Pacto Federativo, matéria nuclear de nossa Constituição, a constituir inclusive cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. I).

87. Veja-se que a nova redação do art. 241 da Carta não alude apenas a consórcios formados por entes públicos de mesmo nível – que era o único padrão até então aceito pela quase totalidade da doutrina do Direito Administrativo (a que o Parecer PGFN/CJU/Nº 292, de 2004, e o Parecer PGFN/CJU nº 480, de 2005, se

referem)⁸ –, mas por entes públicos de quaisquer das três esferas entre si, o que, já se vê, implica uma nova visão de federação, até então desconhecida e ausente do texto original da Carta de 1988.

88. Como não imaginar que um consórcio público firmado, por exemplo, entre a União e Estados-Membros, que se haja deliberado ter personalidade jurídica *de direito público* – a formar, portanto, um ente público intermediário entre a União e os Estados-Membros –, não devesse ter essa condição devidamente expressa no próprio texto da Lei Maior?

89. De verificar que sobre a possibilidade da criação de *autarquias interestaduais* por ato infraconstitucional manifestou-se *contrariamente* o Supremo Tribunal Federal, com argumentos de índole essencialmente constitucional. Trata-se do célebre caso do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul – BRDE, criado por convênio, depois ratificado por leis, dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, no ano de 1961, a que se pretendia atribuir natureza autárquica (interestadual), para o efeito, *inter alia*, de poder ele executar seus devedores pela via (normalmente reservada às pessoas jurídicas de direito público) da execução fiscal. (Destacou-se).

18. Não obstante concordemos que seria mais seguro juridicamente a atribuição de regime autárquico aos consórcios públicos de direito público por intermédio de emenda constitucional, *concessa* vênha, entendemos ser constitucional a mencionada natureza autárquica dos consórcios públicos de direito público, pelos argumentos a seguir expostos.

19. Em primeiro lugar, conforme apontado no supracitado Parecer da CAF, o “*célebre caso do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul – BRDE, criado por convênio, depois ratificado por leis, dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná*” ocorreu no ano de 1961, ou seja, antes mesmo da Constituição Brasileira de 1988. Apesar do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal - STF, do citado caso ter ocorrido já sob a égide da hodierna Lei Fundamental Brasileira, isto é, no ano de 1992⁹, vê-se que o julgamento foi realizado antes da Emenda constitucional nº 19, de 1998, a qual autorizou, expressamente, no

8 Costumava, com efeito, a doutrina distinguir os convênios dos consórcios (estes, espécies daqueles) exatamente pelo critério da qualidade dos participantes: nos convênios poderiam participar entes públicos de diversas esferas (federal, estadual, distrital ou municipal); já nos consórcios, somente poderiam tomar parte entes públicos de mesmo nível (Estados com Estados, Municípios com Municípios, autarquias federais com autarquias federais, etc). Confira-se, por todos, JOSÉ AFONSO DA SILVA, *O prefeito e o município*, Fundação Prefeito Faria Lima, São Paulo, 1977. p. 198.

9 Recurso Extraordinário nº 120.932, julgado à unanimidade em 24.3.1992, publicado no DJU de 30.4.1992.

artigo 241 acima citado, que a “*União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios*” disciplinassem “*por meio de lei*” os consórcios públicos, “*autorizando a gestão associada de serviços públicos*”.

20. Ademais, o principal argumento mencionado pela Corte Suprema é que não havia autorização constitucional para a constituição de autarquia interfederativa, bem como que o plano de desenvolvimento regional econômico é de competência exclusiva da União (artigo 21, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁰).

21. Quanto ao primeiro argumento mencionado pelo STF, verifica-se que há, atualmente, conforme mencionado, após a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, autorização constitucional para a constituição de consórcios públicos para a gestão associada de serviços públicos e que o consórcio público será disciplinado por lei, ou seja, a própria Constituição Federal de 1988 delegou à lei a atribuição de personalidade jurídica aos consórcios públicos, bem como o seu regime jurídico, seja de direito público, seja de direito privado.

22. Em relação ao segundo argumento, logicamente que só poderá haver consórcio público que disponha sobre serviço público de competência da União caso esse ente federativo faça parte do consórcio público. Assim, por exemplo, um consórcio público interestadual que estabeleça um plano de desenvolvimento econômico para uma determinada região seria inconstitucional por violar o artigo 21, inciso IX, da Lei Fundamental, mas isso não faz com que o consórcio público autárquico interestadual seja inconstitucional, caso disponha, por exemplo, sobre a gestão associativa de serviços públicos estaduais.

23. Ainda em relação ao julgamento do STF, percebe-se que a STN, assim como nós, também entende que a Suprema Corte não julgou inconstitucional a existência de uma autarquia interfederativa. Transcreve-se, assim, o posicionamento do Tesouro Nacional na Nota nº 248/2011/CCONF/SUCON/STN:

26. Nos parece que o Supremo Tribunal Federal não julgou inconstitucional ou inviável juridicamente a existência de uma autarquia interfederativa, mas sim a existência de uma autarquia interfederativa que exercesse funções que extrapolassem a competência de cada

¹⁰ Art. 21. Compete à União:

[...].

IX – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico especial;

ente da Federação que a constituísse e a existência de uma autarquia interfederativa sem que houvesse previsão constitucional dessa figura jurídica. As especificidades do julgado quanto à natureza de autarquia ou empresa pública nos parecem estarem relacionados exclusivamente com o objeto da instituição em questão.

27. Assim sendo, os juristas têm entendido que a impossibilidade de criação de uma autarquia interfederativa não subsistiria em face do art. 241 da Constituição Federal de 1988, alterado pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que teria inserido essa figura no texto magno. Considere-se, ainda, que a atividade a ser exercida por essa entidade esteja compreendida nas competências dos entes que as constituem. (grifou-se).

24. Outro argumento trazido no mencionado parecer da CAF seria que o consórcio público de direito público, sob regime autárquico seria inconstitucional por violar a cláusula pétrea do pacto federativo (artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal de 1988¹¹). No que concerne a esse argumento, data vênua, é absolutamente improvável que um consórcio público coloque em risco a forma federativa de Estado, pelas seguintes razões:

25. A uma, como é cediço, a Constituição Federal não veda que a Lei Maior seja alterada por emenda constitucional que reflita, de alguma forma, na forma federativa de Estado, na verdade, o que se protege é o “núcleo essencial” do federalismo, ou seja, que emenda constitucional, por exemplo, transforme o Brasil em Estado Unitário, e, conseqüentemente, deixe de repartir competências constitucionais entre os diversos entes. Nesse sentido, sobre a possibilidade de emenda constitucional dispor sobre o regime federativo, calha transcrever a seguinte lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco¹², *in verbis*:

A repartição de competências é crucial para a caracterização do Estado Federal, mas não deve ser considerada insuscetível de alterações. Não há obstáculo à transferência de competências de uma esfera da Federação para

11 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...].

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

12 Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 256.

outra, desde que resguardado certo grau de autonomia de cada qual. (Destacou-se).

26. A duas, a criação de consórcio público interfederativo de direito público não colocaria em risco o regime federativo por um simples fato, a criação de autarquia entre os entes federativos cria uma pessoa jurídica administrativa e não uma nova pessoa política, ou seja, o consórcio público não tem o poder de autogoverno (editar atos legislativos próprios) como tem os entes federativos, bem como a qualquer momento os entes consorciados podem extinguir a pessoa jurídica de direito público criada, isto é, em nenhum momento é colocada em risco a autonomia de cada ente federativo, característica essencial que deve ser preservada para que não se descaracterize a forma federativa de Estado no Brasil.

27. A três, a autonomia federativa não quer dizer que os entes federativos não devam cooperar um com o outro ou estabelecer parcerias entre eles. Tanto isso é verdade que a Constituição do Brasil dispõe sobre matérias de competência comum (artigo 23) e concorrente (artigo 24) entres os diversos entes federativos, bem como inclusive permite que excepcionalmente, por meio de lei complementar, que os Estados legislem sobre questões específicas envolvendo matérias de competência privativa da União (parágrafo único do artigo 22¹³).

28. A quatro, se a República Federativa do Brasil pode criar pessoas jurídicas internacionais com outros países (Estados), sem que isso coloque em risco sua soberania, sejam pessoas jurídicas internacionais de direito público (como, *verbi gratia*, uma organização internacional intergovernamental tal qual o Mercosul) ou de direito privado (como, por exemplo, a hidrelétrica de Itaipu binacional entre o Brasil e o Paraguai), com muito mais razão deve-se permitir que dentro da República Federativa do Brasil os seus entes federativos de direito interno, os quais são muito mais homogêneos entre si do que um Estado estrangeiro com o outro, bem como são unidos de forma indissolúvel, possam criar pessoas jurídicas entre eles, sejam de direito público, sejam de direito privado, para que atendam melhor o interesse público sem que isso coloque em risco a autonomia federativa.

13 Compete privativamente à União legislar sobre:

[...].

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

29. Outro argumento importante que deve ser mencionado é que desde a edição do Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969¹⁴, se permite a constituição de empresa pública interfederativa, ou seja, qual seria a razão de se permitir a criação de uma pessoa jurídica administrativa de direito privado interfederativa e não se permitir a criação de uma de direito público? Nesse caso deve-se aplicar o velho brocardo latim: “*Ubi eadem ratio, ibi idem ius statuendum*” (“onde há a mesma razão deve-se empregar o mesmo direito”). Acrescenta-se, também, que a permissão de empresa pública interfederativa no Brasil se deu pelo referido ato normativo, isto é, por ato normativo infraconstitucional, o qual foi recepcionado pela atual Constituição Federal, uma vez que, s.m.j, o Supremo Tribunal Federal não declarou o mencionado dispositivo inconstitucional por ferir a cláusula pétrea do pacto federativo, seja por controle difuso, seja por controle concentrado.

30. Ademais, se o artigo 241 da Lei Maior Brasileira dispõe que os consórcios públicos entre os entes federados serão criados, dentre outras finalidades, para a “gestão associada de *serviços públicos*”, deve-se entender *primordialmente* que os consórcios públicos devem ser pessoas jurídicas de direito público, uma vez que, como se sabe, o Poder Público normalmente presta serviço público por meio de seus entes de direito público e, excepcionalmente, por intermédio de entes de direito privado, haja vista que apesar de se admitir empresa pública e sociedade de economia mista para a prestação de serviços públicos, essas empresas estatais são criadas normalmente para realizarem atividades econômicas em sentido estrito.

31. Se, conforme exposto acima, a prestação de serviço público pelo Estado normalmente se dá por meio de pessoa jurídica de direito público, pergunta-se qual seria a pessoa jurídica de direito público interfederativa, integrante da Administração Pública Indireta de todos os entes consorciados que deveria prestar o serviço público de forma consorciada? *A resposta só poderia ser a autarquia, uma vez que, hodiernamente, é a única pessoa jurídica de direito público da Administração Pública Indireta*, eis que a doutrina, após a Constituição Federal de 1988, é no sentido que as fundações públicas de direito público nada mais são do que verdadeiras autarquias. Nesse sentido, é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵, *in verbis*:

14 Art. 5º Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União será admitida, no capital da Empresa Pública (artigo 5º, inciso II, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios). (grifou-se).

15 Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 186.

Uma vez, que as fundações públicas [de direito público] são pessoas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa, resulta que são autarquias e que, pois, todo regime jurídico dantes exposto, como o concernente às entidades autárquicas, aplica-se-lhes integralmente. (grifou-se).

32. Se a doutrina é praticamente uníssona que, após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as fundações públicas de direito público são verdadeiras autarquias a despeito de qualquer dispositivo constitucional ou norma infraconstitucional que disponha nesse sentido, com muito maior razão deve-se entender constitucional a atribuição de natureza autárquica aos consórcios públicos de direito público pelo artigo 41, inciso IV, Código Civil suprarreferido, alterado pelo artigo 16 da Lei nº 11.107, de 2005. Se a doutrina, que é fonte informal do Direito ou, no máximo, fonte formal indireta do Direito, pode atribuir natureza autárquica às fundações públicas de direito público, com certeza uma lei, que é fonte imediata direta do Direito, pode dispor que os consórcios públicos (associações públicas) têm natureza autárquica.

33. Inclusive, a própria STN relata, na Nota nº 248/2011/CCONF/SUCON/STN, que a doutrina majoritária atual é no sentido que as associações públicas (consórcios públicos) são autarquias e que o próprio anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Federal é nesse sentido, *in verbis*:

17. Desde a data da edição dos pareceres da CAF/PGFN, muito se produziu no Brasil em relação a consórcios públicos, não só em termos práticos, mas também doutrinariamente, alterando, exemplo o próprio anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Federal, apresentado para consulta pública pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que reflete a doutrina majoritária atual:

“Art. 14. São autarquias de regime especial:

.....

III – o consórcio público constituído sob a forma de associação pública

[...]. (Sublinhou-se).

34. Impende, outrossim, destacar, que a União editou recentemente a Lei nº 12.396, de 21 de março de 2011, a qual ratificou o Protocolo

de Intenções firmado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, com a finalidade de constituir consórcio público, denominado Autoridade Pública Olímpica – APO. Nessa Lei, no seu artigo 1º, ficou novamente claro que os consórcios públicos de direito público são verdadeiras autarquias:

Art 1º. Ficam ratificados, na forma do Anexo, os termos do Protocolo de Intenções celebrado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro para *criação de consórcio público, sob a forma de autarquia em regime especial*, denominado Autoridade Pública Olímpica – APO. (Destacou-se).

35. A doutrina administrativista também ensina que os consórcios públicos de direito público têm natureza autárquica. Nesse sentido, transcreve-se o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho em sua obra específica de consórcios públicos¹⁶:

NATUREZA JURÍDICA – Nota-se que o legislador enquadrou os consórcios públicos na classe das *autarquias*, mas é imperioso reconhecer que se trata de autarquia com peculiaridade específica, qual seja, a de resultar do ajuste cooperativo entre pessoas jurídicas.

De início, pois, é correto afirmar que a natureza jurídica básica da pessoa jurídica de direito público derivada da formação do consórcio público é a de *autarquia*.

Por força de sua peculiaridade, porém, foi essa autarquia caracterizada como *associação pública*, de forma a distinguir-se das autarquias em geral, que não possuem essa especificidade. A associação pública, então, é uma subespécie das autarquias. Pode-se afirmar, por conseguinte, que o consórcio público, quando constituído como pessoa jurídica de direito público, configura-se como *autarquia associativa*.

De todos esses elementos, podemos asseverar que tais pessoas consorciais têm a natureza jurídica de *autarquias associativas*, criadas sob a forma de *associações públicas*. (grifos presentes também na obra do autor).

36. Especificamente sobre a constitucionalidade dos consórcios públicos, os quais não afetam a autonomia federativa, José dos Santos Carvalho Filho¹⁷ leciona:

16 José dos Santos Carvalho Filho. *Consórcios Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 29.

17 José dos Santos Carvalho Filho. *Consórcios Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 40.

Também não vislumbramos qualquer afronta a mandamento constitucional, inclusive ao da autonomia dos entes federativos. A circunstância de o consórcio integrar mais de uma administração indireta não afeta a autonomia da pessoa consorciada. A autonomia desta foi exercida ao momento em que optou pela participação no consórcio. (Destacou-se).

37. Dessa forma, por todo o exposto, bem como pela inexistência de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade e pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis¹⁸, posicionamos, com a devida vênia, contrariamente à CAF (Parecer PGFN/CAF/Nº 1504/2005), ou seja, nos posicionamos pela constitucionalidade da natureza autárquica dos consórcios públicos.

38. A resposta para primeira parte da pergunta “a)” da STN, segundo as lições de José dos Santos Carvalho Filho mencionadas, é no sentido que a natureza jurídica dos consórcios públicos de direito público é de autarquia associativa.

39. Quanto à segunda parte da questão “a)”, isto é, qual seria a natureza jurídica dos consórcios públicos de direito privado, é preciso fazer as seguintes observações.

40. Ao disciplinar o artigo 241 da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 11.107, de 2005, dispôs que os consórcios públicos poderão também constituir pessoa jurídica de direito privado. Calha, assim, transcreve os seguintes dispositivos das Normas Gerais de Consórcios Públicos, *in verbis*:

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 interesse comum e dá outras providências.

§ 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:

¹⁸ O princípio da presunção de constitucionalidade das leis dispõe que as normas legais nascem, presumidamente, de acordo com o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil.

[...].

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:

[...].

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil. (Destacou-se).

41. O Decreto nº 6.017, de 2007, ao dar fiel execução à Lei nº 11.107, de 2005, também dispôs que os consórcios públicos podem ser pessoas jurídicas de direito privado *sem fins econômicos*. Nesse sentido, dispõe o artigo 2º, inciso I, do referido Decreto Regulamentar:

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

I - *consórcio público*: pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 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*; (Grifou-se).

42. A partir dos dispositivos supratranscritos, surge a dúvida qual seria a pessoa jurídica de direito privado que o consórcio público constituiria ou se estaríamos criando uma nova pessoa jurídica de direito privado?

43. Tradicionalmente, sabe-se que o Poder Público pode constituir três espécies de pessoas jurídicas de direito privado, quais sejam: as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações públicas de direito privado. Será que o consórcio público de direito privado se enquadraria em alguma dessas categorias jurídicas?

44. Em relação à sociedade de economia mista, verifica-se, de plano, a impossibilidade do consórcio público de direito privado adotar essa natureza jurídica pelo simples fato desse ente interfederativo ser uma pessoa criada por patrimônio integralmente público dos entes consorciados, que podem ser União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ou seja, não há participação de capital de particular, não se

enquadrando, conseqüentemente, ao conceito de sociedade de economia mista previsto no Decreto-Lei nº 200, de 1967:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

[..].

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

45. Quanto à possibilidade do consórcio público de direito privado ser empresa pública, nota-se que, inicialmente, a CAF entendia que os consórcios públicos de direito privado eram empresas públicas, conforme se desprende dos seguintes trechos do Parecer PGFN/CAF/Nº 1504/2005:

116. Inicialmente, somente se pode cogitar de alguma das figuras que o direito brasileiro admite para a constituição de pessoa jurídica controlada pelo Estado com personalidade de direito privado: são elas a sociedade de economia mista e a empresa pública.

117. De sociedade de economia mista não se pode cogitar, à míngua de previsão – quer no art. 241 da Lei Maior, quer na Lei nº 11.107, de 2005 – da presença de particulares entre os instituidores dos consórcios públicos.

118. *Resta, pois, a figura da empresa pública.* (Grifou-se).

46. Posteriormente, sem abandonar o seu posicionamento inicial, a CAF, por intermédio do Parecer PGFN/CAF/Nº 77/2007 admitiu que os consórcios públicos de direito privado poderiam ser considerados associações civis. Nesse sentido, transcreve-se os seguintes trechos do mencionado Parecer:

9. No art. 2º, inciso I, verifica-se a presença, no rol das modalidades de pessoas jurídicas de direito privado de que os consórcios públicos poderão se revestir, de menção apenas às fundações públicas e às associações civis. *Aqui, insta lembrar que no referido Parecer PGFN/CAF/Nº 1504/2005 a posição que externamos foi no sentido de ser necessário que os consórcios públicos assumam a figura de empresas públicas.*

10. A leitura da doutrina a que tivemos acesso posteriormente à feitura daquele Parecer, todavia, revela quadro desalentador a esse nosso ponto de vista, com certa tendência em prol da figura das associações civis.

11. Veja-se o que afirma DALMO DE ABREU DALLARI, em Parecer datado de 1º de dezembro de 2006:

“8. No caso dos consórcios públicos, sem refutar o primado da flexibilidade, a Lei 11.107, de 2005, estabelece limites que devem ser observados. No inciso IV do art. 4º estipula-se que o protocolo de intenções, que é o ato de fundação do consórcio, deve prever se a entidade a ser criada será ‘associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos’.

Com isso, ou o consórcio será *associação pública* ou será *pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos*. No mesmo entendimento do novel Código Civil, *pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos* ou é *fundação* ou é *associação civil*.

Observe-se que essa mesma conclusão é a do eminente Ministro HERMAN BENJAMIN, do Superior Tribunal de Justiça, exposta em painel do Seminário Internacional de Regionalização e Gestão Associada de Serviços Públicos, promovido entre os dias 7 e 8 de novembro do corrente ano pela Presidência da República e pelo Ministério das Cidades. No mesmo sentido opinam ODETE MEDAUAR e JUSTINO DE OLIVEIRA, em seus Comentários à Lei dos Consórcios Públicos (*Consórcios Públicos – comentários à Lei 11.107/2005, S. Paulo, RT, 2006*).

O que não se pode perder de vista é que a Lei nº 11.107, de 2005, criou uma figura nova no direito brasileiro, que é o consórcio público personalizado. Se as entidades públicas que unirem esforços para a realização de objetivos de interesse comum optarem por essa espécie de órgão administrativo, dando-lhe personalidade jurídica, estarão renunciando, implicitamente, a outras espécies, inclusive à empresa pública. Assim, fica absolutamente excluída a possibilidade de o consórcio público se constituir na forma de empresa, que é pessoa jurídica *com fins econômicos*, como decorre da conceituação de sociedade empresária, constante dos artigos 981 e seguintes do Código Civil.”

12. Por tal razão, à semelhança do que se passa em relação à temática da regulamentação da lei em causa via decreto, *pensamos que,*

no ponto, a matéria ganha contornos mais políticos que jurídicos. Assim, mantendo, embora, nosso posicionamento inicial, somos da opinião de que a ausência de menção, no dispositivo em tela, da figura da empresa pública é opção jurídica válida, a depender, tão-somente, de decisão política que a chancela. (Destacou-se).

47. Concessa vênua, discordamos do posicionamento da CAF, uma vez que entendemos que os consórcios públicos de direito privado não têm natureza jurídica de empresa pública.

48. Primeiramente, é importante destacar que as empresas públicas foram criadas originariamente para a exploração de atividade econômica e não para prestação de serviços públicos. Nesse sentido, dispõe o artigo 5º, inciso II, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, *in verbis*:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

[...].

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Destacou-se).

49. Assim, a atividade típica de uma empresa pública é a exploração de atividade econômica e só, excepcionalmente, a prestação de serviços públicos (como, por exemplo, menciona-se a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT). Esse é o posicionamento amplamente majoritário da doutrina e da jurisprudência, conforme nos relata Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo¹⁹:

Cumpra observar que o DL 200/1967 somente menciona a criação dessas entidades ‘para a exploração de atividade econômica’. Também a Constituição Federal – tanto em sua redação original quanto na que lhe deu a EC 19/1998 – só se refere expressamente a empresas públicas e sociedades de economia mista ‘que explorem atividade econômica’ (CF, art. 173).

¹⁹ Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19ª edição. São Paulo: Método, 2011, p. 75.

Não obstante a constatação exposta no parágrafo anterior, a doutrina amplamente majoritária (e mesmo a jurisprudência) advoga que essas entidades podem dedicar-se à exploração de atividades econômicas em sentido estrito ou à prestação de serviços públicos, sendo, entretanto, menos freqüente a última hipótese. (Destacou-se).

50. Comparando o conceito legal de empresa pública com o instituto do consórcio público, percebe-se que o consórcio público de direito privado, diferentemente de uma empresa pública, em nenhuma hipótese pode explorar atividade econômica em sentido estrito, eis que, conforme mandamento constitucional (art. 241), *os consórcios públicos estão autorizados a realizar a gestão associada de serviços públicos*. Ademais, de acordo com o artigo 1º da Lei nº 11.107, de 2005, além da gestão associada de serviços públicos, o consórcio público só pode ter por escopo outras hipóteses de interesse comum dos entes federativos, as quais não se confundem com a exploração de atividades econômicas em sentido estrito.

51. Outra razão ainda mais evidente que os consórcios públicos de direito privado não podem ter a natureza jurídica de empresa pública se retira da parte final do conceito legal de empresa pública supratranscrito, quando se fala que esta pode “*revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito*”. Se uma empresa pública pode adotar qualquer forma admitida em direito, isso não será possível em relação ao consórcio público, o qual por ser pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos, não poderia jamais se constituir na forma de uma sociedade empresária, seja a Sociedade por Ações (S.A.) ou a Sociedade Limitada (Ltda.), formas empresariais que normalmente são as adotadas pelas empresas públicas.

52. Ademais, utilizando-se da teoria do “*Diálogo das Fontes*”, desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme e trazida ao Brasil pela professora da Universidade do Rio Grande do Sul Cláudia Lima Marques, segundo a qual as normas que pertencem a ramos jurídicos distintos não se excluem mas se complementam (dialogam), *numa visão unitária do Direito*²⁰, verifica-se que as normas de Direito Administrativo não podem excluir as normas de Direito Empresarial, mas ao contrário devem ser complementadas por esse ramo do direito.

53. Dessa forma, socorrendo-se do Direito Empresarial, verifica-se que é da essência da Empresa, a qual é denominada por esse ramo do

20 Flávio Tartuce. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2011.

direito como empresário ou sociedade empresária, pois empresa seria a própria atividade econômica e não a pessoa que a explora, a finalidade econômica desse tipo de pessoa jurídica, como se infere do conceito de Empresa (*rectius*: empresário ou sociedade empresária) trazido pelo Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002), no Livro II, dedicado ao Direito de Empresa:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente *atividade econômica* organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. (grifou-se).

54. Ora, se pertence ao próprio conceito de empresa a realização de atividade econômica, não se pode considerar o consórcio público de direito privado, pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos, conforme disposto no artigo 4º, inciso IV, da Lei nº 11.107, de 2005, transcrito acima, como empresa. Mesmo que a empresa pública, diferentemente da empresa disciplinada pelo Código Civil, tenha como finalidade imediata a realização do interesse público primário (interesse da sociedade) nem por isso ela deixa de exercer, ainda que secundariamente, atividade com fins econômicos.

55. Parece-nos que a finalidade da Norma Geral de Consórcios Públicos, aos dispor que os consórcios públicos de direito privado são pessoas jurídicas sem fins econômicos, foi justamente não se confundir essa pessoa jurídica de direito privado com as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista). Assim, discordamos do posicionamento firmado pela CAF.

56. Quanto à possibilidade do consórcio público de direito privado ter natureza jurídica de fundação pública de direito privado, impende tecer as seguintes considerações.

57. Dentre as categorias jurídicas acima relatadas, com certeza a fundação pública de direito privado é a que o consórcio público de direito privado apresenta maiores semelhanças, principalmente porque ambas realizam atividades sem fins econômicos. Todavia, não pode integrar essa categoria, como se verá a seguir.

58. As fundações públicas são as pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta sobre as quais mais polêmicas doutrinárias existem. Há doutrinadores que afirmam que, hodiernamente, só existiriam as fundações públicas de direito público que são verdadeiras

autarquias (Celso Antônio Bandeira de Mello²¹), outros advogam a tese que só há fundações públicas de direito privado (Hely Lopes Meirelles²²). De qualquer forma, parece-nos que a Suprema Corte admite a existência de ambas (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 191/RS).

59. De acordo com o artigo 5º, inciso IV, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, o conceito legal de fundação pública de direito privado é o seguinte:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, *sem fins lucrativos*, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987). (Destacou-se).

60. Infere-se, dessa definição legal, que o conceito de fundação pública de direito privado poderia englobar o de consórcio público de direito privado, principalmente pela finalidade não lucrativa de ambos os entes. Todavia, a principal diferença de ambos está no instrumento normativo que deve disciplinar a área de atuação de cada um desses entes. Enquanto a indicação da área de atuação do consórcio público de direito privado deve ser definida como cláusula do protocolo de intenções subscrito pelos entes consorciados, de acordo com o disposto artigo 4º, inciso III, da Lei nº 11.107, de 2005²³, nas fundações públicas de direito privado, a sua área de atuação deve estar previamente definida em Lei Complementar, conforme exige norma constitucional²⁴.

21 Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185.

22 Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 306.

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

[...].

III – a indicação da área de atuação do consórcio: (Destacou-se).

24 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

61. Ademais, percebe-se que o artigo 15 da Lei nº 11.107, de 2005 determina que, no que não contrariar a referida Lei, *deve-se aplicar a legislação que rege as associações civis*²⁵. Ora, se a intenção do legislador fosse que os consórcios públicos de direito privado tivessem natureza jurídica de fundações públicas de direito privado, obviamente deveria determinar, no que não contrariar as Normas Gerais de Consórcios Públicos, a aplicação da legislação que disciplina as fundações. Se assim não fez, parece-nos, conforme será detalhado a seguir, que essa disposição legal quis atribuir natureza jurídica de associação aos consórcios públicos de direito privado.

62. Utilizando-se, novamente, da teoria do diálogo das fontes, verifica-se que o Direito Civil reconhece as seguintes espécies de pessoas jurídicas de direito privado, conforme disposto no artigo 44 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002), *in verbis*:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22 de dezembro de 2003)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22 de dezembro de 2003). (grifou-se).

63. Assim, comparando as pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à Administração Pública Indireta e a norma de Direito Civil supracitada, nota-se que as empresas públicas e sociedades de economia mista são sociedades, pois, conforme exposto acima, apresentam fins econômicos, já as fundações públicas de direito privado tem natureza jurídica de fundações, uma vez que nada mais são do que um patrimônio personificado pertencente ao Poder Público. Logo, como os consórcios

[..]

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de *fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação*; (grifou-se).

25 Art. 15. No que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis. (Sublinhou-se).

públicos de direito privado não são sociedades, pois apresentam fins não econômicos e nem fundações, só poderão ser incluídos dentro das seguintes categorias de direito privado: organizações religiosas, partidos políticos ou associações.

64. Como se sabe, o Estado Brasileiro é laico/leigo desde pelo menos a Constituição da República de 1981, sendo esse princípio seguido por todas as demais Constituições, inclusive a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 19, inciso I²⁶), logo, o consórcio público de direito privado não pode ser considerado organização religiosa. Da mesma forma, o consórcio público de direito privado não é espécie de partido político, eis que sua finalidade é, por exemplo, a gestão associada de serviços públicos e não instrumentar a vontade popular no processo eleitoral, ou seja, enquanto o partido político é um ente que visa democratizar o acesso ao poder, o consórcio público de direito privado é uma pessoa jurídica que visa facilitar que as pessoas políticas consorciadas possam alcançar seus fins comuns mais facilmente (federalismo cooperativo).

65. Assim, dentre as várias espécies de pessoas jurídicas de direito privado admitidas pelo Direito Brasileiro, o consórcio público de direito privado só pode se enquadrar dentro da espécie associação, até porque esse ente de direito privado interfederativo se enquadra perfeitamente no conceito de associação estabelecido pelo Código Civil, uma vez que o consórcio público de direito privado é a união de pessoas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para fins não econômicos. Sobre o conceito de associação calha transcrever o previsto no 53 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002):

Art. 53. Constituem-se as associações pela *união de pessoas* que se organizem para *fins não econômicos*. (grifou-se).

66. Nesse sentido, é a lição de José dos Santos Carvalho Filho²⁷, *in verbis*:

Como já anotamos, a lei não informou a categoria de pessoa jurídica de direito privado em que deve enquadrar-se o consórcio público;

26 Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

27 José dos Santos Carvalho Filho. *Consórcios Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 33 e 34.

também não o fez o decreto regulamentador. Agiu, pois, de forma diversa daquela na qual cuidou das pessoas de direito público; em relação a estas, definiu sua classe – a de autarquias – e, dentro destas, situa-se como uma subespécie – associação públicas.

[...].

No Direito Civil, a destinação ou não da entidade a fins econômicos é o ponto básico que distingue as sociedades e as associações, aquelas direcionadas, e estas não, à atividade e objetivos econômicos. Todavia, não apenas as associações estão afastadas de fins econômicos; as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos também estão. Assim, o fato de o legislador ter-se referido à expressão “sem fins econômicos” não induziria, de plano, à idéia sobre qual a categoria de pessoa privada em que seria enquadrado o consórcio público.

[...].

É de indagar-se, pois, qual deve ser a categoria em que se deve enquadrar o consórcio quando se exterioriza por pessoa jurídica de direito privado.

Há quem perfilhe o entendimento de que pode ser instituída fundação, se a aglutinação de pessoas consorciadas se inclinar para a personalidade de direito privado.

Com a devida vênia, no entanto, parece-nos que não é a fundação a forma adequada para os consórcios públicos. Para que fosse uma fundação, teria que ser fundação privada, regida pelo Direito Civil. Ocorre que esse tipo de fundação demanda a figura do instituidor, que é quem define o objetivo a que a entidade se destina (art. 62, Código Civil), o que se revela incompatível com a pessoa consorcial. Por outro lado, a fundação teria que se vincular aos entes federativos consorciados e essa circunstância afastaria a função do Ministério Público de velar pelas entidades fundacionais, função inafastável quando se trata de fundações eminentemente privadas (art. 66, Código Civil). *Pela peculiaridade do negócio jurídico formador do consórcio público, a natureza jurídica deste, quando pessoa jurídica de direito privado, é a de associação.* (Destacou-se).

67. Logo, a resposta para a pergunta “a)” é a seguinte: os consórcios públicos de direito público tem natureza jurídica de autarquia (pessoa

jurídica de direito público) e os consórcios públicos de direito privado apresentam natureza jurídica de associação (pessoa jurídica de direito privado).

III

68. Em relação à pergunta “b)”: “*Quais as formas jurídicas passíveis de serem adotadas pelos consórcios públicos de direito público e dos consórcios públicos de direito privado?*”, a resposta à pergunta fica mais simples, após toda argumentação utilizada para responder o primeiro questionamento.

69. Os consórcios públicos de direito público, pessoas jurídicas de direito público, são verdadeiras autarquias, e, conseqüentemente, poderão ser consideradas autarquias comuns ou autarquias especiais. As autarquias comuns são aquelas que segue o regime geral previsto no Decreto-Lei nº 200, de 1967, sem nenhuma característica especial. Já as autarquias sob regime especial são aquelas que apresentam peculiaridades que as distinguem das demais, como, por exemplo, as universidades e agências reguladoras. Os consórcios públicos de direito público são espécies de autarquias sob regime especial, uma vez que, além de se aplicar o Decreto-Lei nº 200, 1967, os consórcios públicos apresentam peculiaridades que estão dispostas na Lei nº 11.107, de 2005. Inclusive, nesse sentido é o que dispõe o artigo 1º da Lei nº 12.396, de 2011²⁸, que dispõe sobre a ratificação da Autoridade Pública Olímpica – APO.

70. Dentre as diversas espécies de autarquias sob regime especial, como universidades, agências reguladoras, a única forma jurídica possível de ser adotada pelos consórcios públicos de direito público é a de *associação pública*, espécie de autarquia sob regime especial criada expressamente pela primeira parte do §1º do artigo 1º da Lei nº 11.107, de 2005²⁹, não podendo adotar qualquer outra forma de autarquia, seja de regime comum ou de regime especial (universidades e agências reguladoras).

28 Art. 1º Ficam ratificados, na forma do Anexo, os termos do Protocolo de Intenções celebrado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro para criação de consórcio público, sob a forma de autarquia em regime especial, denominado Autoridade Pública Olímpica – APO. (grifou-se)

29 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 interesse comum e dá outras providências.

§ 1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. (grifou-se).

71. Os consórcios públicos de direito privado, pessoa jurídica de direito privado que tem natureza jurídica de associação, também só podem adotar uma única forma jurídica a qual foi criada implicitamente e de forma inominada pela Lei nº 11.107, de 2005.

72. De acordo com a doutrina civilista, são espécies de associações: as associações civis, as organizações religiosas e os partidos políticos, uma vez que essas duas últimas, apesar de constarem em incisos distintos no artigo 44 do Código Civil, são apenas espécies de associações³⁰. Quanto a essas três formas jurídicas de associação, nota-se que, conforme exposto acima, os consórcios públicos de direito privado não podem adotar a forma de organizações religiosas e nem de partidos políticos.

73. Quanto à forma (espécie) de associação denominada associação civil, os consórcios públicos de direito privado, apesar de terem natureza jurídica de associação, conforme exposto acima, não adotam a forma jurídica específica das associações civis, pelas seguintes razões:

- a) as associações civis são instituídas por particulares, já os consórcios públicos de direito privado são instituídos pelos entes federativos (pessoas jurídicas de direito público);
- b) os consórcios públicos de direito privado são constituídos por contrato, de acordo com o artigo 3º da Lei nº 11.107, de 2005³¹, enquanto as associações civis são constituídas por meio de estatuto (art. 54 do Código Civil)³².
- c) Se os consórcios públicos de direito privado fossem associações civis, seriam disciplinados integralmente pela legislação que rege as associações civis e não só pelas normas das associações civis que não contrariam a Lei nº 11.107, de 2005, de acordo com o artigo 15³³ da referida Norma Geral de Consórcios Públicos, ou seja, o regime das associações civis é integralmente privado, enquanto que dos consórcios públicos de direito privado é híbrido ou misto (tanto público quanto privado).

30 Calha esclarecer que, hodiernamente, alguns autores como Flávio Tartuce, no seu Manual de Direito Civil, São Paulo: Método, 2011, p. 130, entende que as organizações religiosas e os partidos políticos não são espécies de associação, mas corporações especiais.

31 Art. 3º *O consórcio público será constituído por contrato* cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções. (Destacou-se).

32 Art. 54. Sob pena de nulidade, *o estatuto* das associações conterá: (Sublinhou-se).

33 Art. 15. *No que não contrariar esta Lei*, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis. (Destacou-se).

74. Logo, deve-se entender que a Norma Geral de Consórcios Públicos criou, de forma implícita, uma nova forma jurídica de associação, a qual não atribuiu nome (inominada).

75. Quiçá o ideal seria que, assim como a doutrina faz com as fundações públicas de direito público e de direito privado, que a Lei nº 11.107, de 2005, tivesse diferenciado as associações públicas em de direito público para os consórcios públicos de direito público e em associações públicas de direito privado para os consórcios públicos de direito privado. Todavia, como a referida Lei dispôs expressamente que a forma jurídica dos consórcios públicos de direito público é a associação pública, não se deve fazer a referida distinção sob pena de causar confusão ao intérprete.

76. Assim, vê-se que os consórcios públicos de direito privado, apesar de terem a natureza jurídica de associações, adotam uma única forma jurídica sui generis, inominada, criada implicitamente pela Lei Nacional dos Consórcios Públicos, que não se confunde com as demais espécies de associação (organizações religiosas, partidos políticos e associações civis).

IV

77. Passemos, agora, para o questionamento “c)”, qual seja, “Os consórcios públicos de direito público e os consórcios públicos de direito privado integram a Administração Pública Indireta de todos os entes da Federação consorciados?”

78. Em relação aos consórcios públicos de direito público (associações públicas), não há dúvida que eles integram a Administração Pública Indireta de todos os entes da Federação consorciados, até por serem verdadeiras autarquias (art. 41, inciso IV, da Lei nº 10.406, de 2002 – Código Civil).

79. De acordo com o artigo 4º, inciso II, alínea “a”, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, as autarquias integram a Administração Indireta, *in verbis*:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

[...].

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) *Autarquias*; (grifou-se).

[..].

80. Acrescenta-se, também, conforme exposto acima, que não se pode argumentar que pelo simples fato de ser uma autarquia interfederativa, o consórcio público de direito público não integraria a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados, bem com que esse ente novo ente interfederativo feriria o princípio constitucional da forma federativa de Estado, uma vez que, cabe recordar, novamente, que desde o Decreto-Lei nº 900, de 1969 (artigo 5º)³⁴, admite-se pessoa jurídica interfederativa e esse dispositivo, s.m.j, não foi objeto de qualquer forma de controle concentrado de constitucionalidade, sendo recepcionado pela atual Lei Fundamental da República Federativa do Brasil.

81. Dessa forma, para que não haja qualquer dúvida de que o consórcio público de direito público integra a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados, o artigo 6º, §1º, da Lei nº 11.107, de 2005 expressamente dispôs nesse sentido, *in verbis*:

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

[..]

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados. (Sublihou-se).

82. Já em relação aos consórcios públicos de direito privado, a Lei Nacional de Consórcios Públicos foi omissa sobre se esses integrariam ou não a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados. Talvez, uma leitura apressada da mencionada Lei levar-nos-ia a conclusão que os consórcios públicos de direito privado não integrariam a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados, eis que, se a Lei dispôs que os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público integram a Administração Indireta, a *contrario sensu*, os consórcios públicos de direito privado não integrariam a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados.

34 Art. 5º Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da Empresa Pública (artigo 5º inciso II, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967), a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

83. Todavia, essa não é a melhor interpretação. Provavelmente a intenção do legislador, em uma interpretação histórica, que leva em consideração os debates legislativos para a elaboração da norma, foi a de não incluir na Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados os consórcios públicos de direito privado. Porém, como é cediço, a interpretação histórica é apenas um método auxiliar dentro da hermenêutica para se interpretar a norma jurídica, não devendo ser considerado como o único nem tampouco o melhor método de interpretação de uma norma.

84. Ao se interpretar uma norma jurídica, como adverte Carlos Maximiliano³⁵, deve-se interpretá-la de forma inteligível, de modo que não se retire conclusões absurdas, que prescrevem inconveniências. Desse modo, para melhor interpretar o artigo 6º, §1º, da Lei nº 11.107, de 2005, deve-se utilizar dos diversos métodos de interpretação, principalmente dos métodos finalístico (previsto no artigo 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro³⁶) e lógico-sistemático³⁷, bem como de uma “filtragem constitucional”³⁸, para que se possa estabelecer o verdadeiro sentido e alcance do dispositivo sob análise da Norma Geral de Consórcios Públicos.

85. A Administração Indireta é composta por entidades que foram criadas com personalidade jurídica própria para que o Estado possa, por intermédio da descentralização administrativa, prestar suas atividades de forma mais eficiente.

86. Pelo conceito exposto acima, verifica-se que os consórcios públicos, sejam de direito público, sejam de direito privado, enquadram perfeitamente no conceito de Administração Indireta, uma vez que são entidades criadas pelas pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para a gestão associada de serviços públicos e

35 Carlos Maximiliano, *in Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª Edição, Forense, 1984, p. 166: Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido ou ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

36 Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

37 É a interpretação realizada com base em todo o sistema jurídico, conforme o contexto, pois quem aplica uma norma, na verdade, aplica todo o sistema.

38 Filtragem constitucional significa que todas as normas, no processo de interpretação, devem passar pelo sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal para que estejam sempre atualizadas com os valores constitucionais.

realização de outros objetivos de interesse comum³⁹, ou seja, os entes políticos realizam, em conjunto, uma descentralização administrativa para que possam prestar suas atividades (como, por exemplo, serviços públicos) de forma mais eficiente.

87. Tradicionalmente, as entidades que integram a Administração Indireta são discriminadas no artigo 4º do Decreto-Lei nº 200, de 1967, *in verbis*:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)

88. Pela leitura do referido dispositivo legal, verifica-se que, dentro da expressão Administração Indireta, são contempladas apenas as seguintes categorias: as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas, ou seja, não há dispositivo expresso em lei que contemple os consórcios públicos de direito privado como ente integrante da Administração Indireta.

89. Todavia, é importante destacar que, à época da edição do supracitado Decreto-lei (1967), não se poderia, logicamente, contemplar os consórcios públicos, sejam de direito público, sejam de direito privado, como entes integrantes da Administração Indireta, uma vez que os atuais consórcios públicos, ou seja, os dotados de personalidade jurídica, só surgiram em 1998, com a

39 De acordo com Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira *in Consórcios Públicos*. São Paulo: RT, 2006, p. 23-24, os consórcios públicos além de estarem autorizados a realizar a gestão associada de serviços públicos, podem ter como objeto a realização de outros objetivos comuns dos entes federativos, conforme exposto no artigo 1º da Lei nº 11.107, de 2005 e 3º do Decreto nº 6.017, de 2007.

Emenda Constitucional nº 19, que deu nova redação ao artigo 241 da Constituição da República Federativa do Brasil, ou melhor, no ano de 2005, quando da edição da Lei nº 11.107, que regulamentou o mencionado dispositivo constitucional.

90. Dessa forma, o que defendemos no contexto atual é que, a despeito de dispositivo expresso em lei, os consórcios públicos de direito privado integram a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados, uma vez que a interpretação do termo Administração Indireta não deve partir do disposto em lei, mas dos valores e princípios previstos na Lei Fundamental de 1988 (“filtragem constitucional”).

91. Se a lei tivesse total autonomia para dispor quais são os entes integrantes da Administração Indireta, bastaria a edição de uma nova lei que derogasse o artigo 4º do Decreto-Lei nº 200, de 1967, para que as autarquias, por exemplo, não integrassem a Administração Indireta de um ente político. Porém, isso seria absurdo por ferir valores constitucionais e a interpretação lógico-sistemática, pois seria inadmissível uma pessoa jurídica de direito público prestadora de serviço público (atividade típica do Estado) não integrasse a Administração Indireta de um ente político.

92. Dessarte, a única interpretação possível é aquela que procura definir a Administração Indireta a partir da Constituição Federal e não a partir de dispositivo de lei, uma vez que, utilizando-se de exemplo jocoso do Ministro Sepúlveda Pertence⁴⁰, bastaria a edição de uma Medida Provisória que revogasse o artigo 4º do Decreto-Lei nº 200, de 1967, para que a expressão constitucional “*Administração Indireta*” perdesse sua força normativa, uma vez se suprimiria da referida expressão todas as pessoas jurídicas mencionadas no referido Decreto-Lei.

93. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Capítulo VII, disciplina a Administração Pública, tanto a direta quanto à indireta, prescrevendo os princípios que devem ser obedecidos por essa no “*caput*” de seu artigo 37, *in verbis*:

40 O exemplo mencionado é uma adaptação do voto dado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no Recurso Extraordinário nº 226.855/RS, quando afirmou que se o direito adquirido fosse um problema de direito ordinário bastaria que uma medida provisória revogasse a Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro) para que se suprimisse do Brasil a garantia do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (destacou-se).*

94. Seria ilógico dizer que um ente descentralizado (consórcios público de direito privado) criado pelos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal, Municípios) para a prestação de serviços públicos ou para realizar outra atividade típica de Estado não devesse obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, ou, por exemplo, a regra do concurso público e licitação. Tanto isso é verdade que os consórcios públicos de direito privado devem obedecer às normas de direito público sobre licitação, celebração de contratos, prestação de contas, admissão de pessoal, conforme disposto no artigo 6º, §2º, da Lei nº 11.107, de 2005, *in verbis*:

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

[...].

2º *No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.*

95. Parece-nos que ao disciplinar a Administração Pública Indireta na Lei Fundamental, a intenção do constituinte foi estabelecer um regime mais rígido para todos os entes criados pelas pessoas políticas, utilizando-se da técnica da descentralização administrativa, para que pudesse com maior eficiência prestar as suas atividades ao cidadão, principalmente os serviços públicos.

96. Questiona-se, se os consórcios públicos de direito privado, pessoas criadas pelos entes políticos para a realização de objetivos comuns dos entes federativos não integrassem a Administração Indireta, qual categoria jurídica esses consórcios públicos integrariam? A iniciativa privada? O terceiro Setor?

97. Caso os consórcios públicos de direito privado não integrassem a Administração Indireta, não se visualiza outra categoria a qual pudessem integrar. Tanto a iniciativa privada (segundo setor), que

é responsável por questões individuais, quanto o terceiro setor, que é responsável por questões sociais, são compostas por entidades particulares como empresas particulares (segundo setor) ou Organizações Não-Governamentais – ONG’s, Organizações Sociais – OS’s ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (terceiro setor), ou seja, não são criadas diretamente pelos entes federativos e pertencentes ao Poder Público.

98. Se até uma empresa pública, que normalmente realiza atividade atípica do Estado (atividade econômica em sentido estrito), integra a Administração Indireta de um ente federativo, ou melhor, uma sociedade de economia mista, cujo capital inicial não é só público mas também particular, mesmo realizando atividade econômica em sentido estrito, integra a expressão “*Administração Indireta*”. Logo, com muito maior razão, um ente criado com patrimônio totalmente público para prestar serviço público ou para realizar qualquer outra atividade de interesse comum dos entes federativos arroladas no artigo 3º do Decreto nº 6.017, de 2007, ou seja, atividades típicas de Estado, necessariamente deve integrar a Administração Indireta dos entes federativos consorciados.

99. Não se desconhece o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1.649/DF que, decidiu, em 24 de março de 2004, que as empresas subsidiárias das empresas públicas e das sociedades de economia mista não integram a Administração Indireta, pois seriam verdadeiras empresas privadas. Contudo, referido entendimento, que é criticado pela doutrina administrativista, não pode ser empregado aos consórcios públicos de direito privado, uma vez que, conforme exposto acima, como não exercem atividade com fins econômicos, não poderiam ser enquadrados na categoria das empresas privadas.

100. O entendimento do STF para as empresas subsidiárias, embora criticado, até é compreensível, pois a atuação direta do Estado nas atividades econômicas é uma exceção, que só é permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173 da Constituição Federal de 1988)⁴¹, bem como o seu regime deve ser mais flexível para que o Poder Público possa competir com as empresas criadas por particulares, uma vez que o excesso de burocracia do regime aplicável à Administração Pública

41 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Indireta pode, quiçá, impedir que as empresas subsidiárias concorram em pé de igualdade com as demais empresas no livre mercado.

101. Todavia, não se vê razão para não se aplicar o regime aplicável à Administração Pública Indireta aos consórcios públicos de direito privado, eis que, reitera-se, são entidades criadas pelas pessoas políticas para exercerem atividade típica de Estado, a exemplo da prestação de serviço público, ou seja, não há, no caso, competição entre o Poder Público e a iniciativa privada.

102. Sabe-se que, hodiernamente, o Poder Legislativo, em diversas propostas normativas, tem buscado flexibilizar a aplicação do regime jurídico próprio da Administração Pública, tanto a direta quanto a indireta. Contudo, esse caminho nos parece incorreto, pois não se deve aplicar, por exemplo, o regime totalmente privado para os entes públicos, mas modernizar o regime aplicável à Administração Pública Indireta para que não seja excessivamente burocrático e possa acompanhar as exigências de um mundo e uma sociedade cada vez mais dinâmicos.

103. Conforme veementemente defendido pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁴², existe um regime jurídico-administrativo próprio para Administração Pública Direta e Indireta que decorre, basicamente, de dois princípios: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público. Não aplicar um regime jurídico mais rígido, como o aplicável à Administração Indireta, para os consórcios públicos de direito privado, que são pessoas jurídicas que visam facilitar o federalismo cooperativo, realizando atividades de interesse comum dos entes consorciados, típicas de Estado, fatalmente feririam ambos os princípios mencionados.

104. Utilizando-se do método de interpretação finalístico ou teleológico, verifica-se que o escopo de qualquer norma de Direito Administrativo deve ser a realização do interesse público primário, qual seja, o interesse da coletividade, e não o interesse público secundário, qual seja, o interesse da pessoa administrativa ou do ente político. Muito provavelmente, conforme exposto acima, o interesse público secundário (estatal), no caso, é que os consórcios públicos de direito privado não integrem a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados, todavia, o interesse público secundário só é legítimo se coincidir com o interesse público primário, que é o da coletividade.

42 Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 69 e seguintes.

105. Já o interesse público primário (da coletividade) certamente exige que uma entidade dotada de patrimônio público para a gestão associada de serviços públicos ou realizar qualquer outro objetivo comum dos entes consorciados seja integrante da Administração Indireta, para que possa ser aplicado um regime-jurídico administrativo mais severo, transparente, e, conseqüentemente, seja mais rígida, principalmente, a fiscalização, controle dos gastos públicos, por exemplo, na gestão associada de serviços públicos. Até porque, caso não se aplicasse o regime de Administração Pública, os entes políticos poderiam, em tese, apesar do exemplo ser esdrúxulo, transferir a gestão de praticamente todos os seus serviços públicos para um consórcio público de direito privado que fizesse parte todos os entes federativos (todos os Municípios e Estados, Distrito Federal e União) para que se excluísse, na prática, o regime diferenciado aplicado à Administração Indireta, em grave violação ao interesse público.

106. Vale recordar, também, que ao ferir os princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público, a interpretação que visa excluir da Administração Indireta os consórcios públicos de direito administrativo fere todo o sistema normativo brasileiro e não só uma norma, pois, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello⁴³, “*violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra*”.

107. A corroborar com nosso entendimento, calhar transcrever trecho das lições de José dos Santos Carvalho⁴⁴, em sua obra específica dedicada aos consórcios públicos, *in verbis*:

O consórcio público, além de ser resultante da associação de entes públicos, exerce típica função administrativa, inclusive pela prestação de serviços públicos de interesse dos entes consorciados.

Tendo em vista sua qualificação como pessoa administrativa, estabelece o art. 6º, §1º, da Lei 11.107/2005: “O consórcio público

43 Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 53.

44 José dos Santos Carvalho Filho. *Consórcios Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 39-40.

com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados”.

Há dois aspectos no dispositivo que demandam comentários.

O primeiro concerne ao fato de que o dispositivo só aludiu ao consórcio com personalidade jurídica de direito público. Semelhante alusão poderia, a um primeiro exame, conduzir à conclusão de que, a *contrario sensu*, os consórcios públicos constituídos como pessoas jurídicas de direito privado não estariam incluídos na administração indireta dos seus componentes.

Essa conclusão, entretanto, seria indubitavelmente incompatível com o sistema adotado pelo direito positivo para a Administração Pública. O sistema básico é o que divide a Administração em direta e indireta, como emana do art. 37, *caput*, da Constituição, sendo que a administração direta é aquela em que as atividades administrativas são executadas de forma centralizada, ao passo que a indireta representa a gestão pública exercida de forma descentralizada.

A Administração Direta é representada pela própria pessoa federativa, sendo composta por órgãos internos dotados, cada um, de competências específicas. Formalizando-se o consórcio público por meio de entidade dotada de personalidade jurídica autônoma, não poderia ela de nenhuma forma integrar o sistema da Administração Indireta.

Diante de tal óbvia exclusão, os consórcios, formados que são por entes federativos no exercício da atividade administrativa, não podem ser inseridos no sistema da Administração Indireta, seja qual for a natureza jurídica que se revestem. Por esse motivo, entendemos que andou mal o legislador nesse aspecto, dizendo menos do que deveria dizer. Poder-se-ia até considerar que se esqueceu dos consórcios com personalidade jurídica de direito privado. Na verdade, nenhum fundamento lógico haveria no fato de só admitir os consórcios com personalidade de direito público como suscetíveis de ser integrados na Administração Indireta.

A despeito, pois, dos inexatos termos do art. 6º, § 1º, é de considerar-se que o consórcio público integra o sistema da Administração Indireta dos entes consorciados, independentemente de ser ele pessoa jurídica de direito público ou de direito privado. (Destacou-se).

108. Inclusive, calha mencionar os argumentos que de forma brilhante a própria STN, citando Maria Sylvia Zanella di Pietro, trouxe

em sua Nota Técnica, para defender que os consórcios públicos, com personalidade jurídica de direito privado, integram a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados:

30. A maioria dos juristas, entretanto, não admite a possibilidade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (pessoas políticas, e, portanto, com personalidade jurídica de direito público) se reunirem e desta união resultar uma pessoa jurídica de direito privado, que vai desempenhar atividades próprias dos entes instituidores, mas ainda assim não integrar a Administração Pública. De acordo com DI PIETRO:

“Todos os entes criados pelo Poder Público para o desempenho de funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública Direta (se o ente for instituído como órgão sem personalidade jurídica) ou Indireta (se for instituído com personalidade jurídica própria). Até porque o desempenho dessas atividades dar-se-á por meio de descentralização de atividades administrativas, inserida na modalidade de descentralização por serviços”.

31. Dessa forma, independentemente de os consórcios públicos adotarem personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, sempre integrarão a Administração Pública Indireta dos entes consorciados.

109. Logo, seja por ferir princípios basilares do Direito Administrativo (interpretação finalística), seja pela *“filtragem constitucional”*, seja pela lógica de todo o sistema normativo administrativo brasileiro (interpretação lógico-sistemática), seja pelas lições doutrinárias mencionadas, entendemos que a melhor interpretação é aquela que conclui que os consórcios públicos de direito privado integram a Administração Pública Indireta de todos os entes da Federação consorciados, sob pena de a interpretação em contrário levar a conclusões absurdas e inconvenientes, como alerta Carlos Maximiliano.

V

110. Quanto à pergunta *“d) Qual o regime jurídico aplicável aos consórcios públicos de direito público e aos consórcios públicos de direito privado?”*, é importante tecer os seguintes comentários.

111. Os consórcios públicos de direito público, conforme exposto acima, são verdadeiras autarquias, conseqüentemente deve-se aplicar o regime próprio das entidades autárquicas, qual seja, *o regime jurídico de direito público*.

112. Não nos cabe aqui expor de forma detalhada o regime jurídico das autarquias, até porque isso não foi objeto de consulta. De qualquer forma, numera-se a seguir, de forma sintética, as principais características do regime jurídico de direito público aplicável aos consórcios públicos de direito público:

113.1. Os seus bens são considerados bens públicos, gozando, assim, dos mesmos privilégios atribuídos aos bens públicos em geral, como a imprescritibilidade, ou seja, não podem ser adquiridos mediante usucapião, e a impenhorabilidade, não podendo ser objeto de penhora.

113.2. A execução judicial em face de um consórcio público de direito público está sujeita ao regime de precatórios, previsto no artigo 100 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

113.3. O prazo das dívidas e direitos em favor de terceiros contra os consórcios públicos de direito público prescrevem, em regra, em 5 (cinco) anos, conforme disposto no artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, combinado com o artigo 2º do Decreto-Lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942.

113.4. Os consórcios públicos de direito público gozam da chamada imunidade tributária recíproca, que veda a instituição de impostos sobre o seu patrimônio, suas rendas e sobre os serviços que elas prestem, desde que estejam vinculados a suas finalidades essenciais, ou às que destas decorrem (artigo 150, inciso VI, alínea “a”, e § 2º, da Lei Fundamental Brasileira). Nos termos literais do texto constitucional, a imunidade só protege o patrimônio, a renda e os serviços vinculados às finalidades essenciais da autarquia, ou decorrentes dessas finalidades. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, tem decidido que a imunidade também alcança a exploração, pela autarquia, de atividades estranhas aos seus fins próprios, desde que a renda decorrente dessa exploração seja integralmente destinada à manutenção ou ampliação das finalidades essenciais da entidade⁴⁵. Todavia, cabe alertar a STN que, qualquer dúvida acerca de imunidade tributária dos consórcios públicos deve ser encaminhada, dentro desta PGFN, para a Coordenação-Geral de Assuntos Tributários, a qual compete manifestar de forma conclusiva sobre a matéria.

45 Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19ª edição. São Paulo: Método, 2011, p. 54.

113.5. As associações públicas (consórcios públicos de direito público) respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado ao consórcio o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (artigo 37, § 6º, da Constituição Brasileira⁴⁶).

113.6. Por ser uma autarquia, os consórcios públicos de direito público gozam dos privilégios processuais outorgados à Fazenda Pública, de que são exemplos⁴⁷:

- a) prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer nos processos em que é parte (artigo 188 do Código de Processo Civil e artigo 10 da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997);
- b) isenção de custas judiciais, não excluída, entretanto, a obrigação de reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, inciso I e parágrafo único da Lei nº 9.289, de 4 de julho de 1996);
- c) dispensa de depósito prévio, para interposição de recurso (artigo 1º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997);
- d) em regra há o duplo grau de jurisdição obrigatório (artigo 475, incisos I e II, do Código de Processo Civil).

114. No mesmo sentido, são os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho⁴⁸, *in verbis*:

REGIME JURÍDICO – A associação pública, enquadrando-se como modalidade de autarquia, sujeita-se, basicamente, ao *regime jurídico de direito público*, daí advindo as prerrogativas que estão contempladas no ordenamento jurídico para essa categoria de pessoas. Normas de direito privado só eventualmente se aplicam aos atos emanados de autarquias.

Inserem-se, entre outras prerrogativas de direito público atribuídas aos consórcios constituídos sob a forma de associações públicas,

46 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...].

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

47 Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19ª edição. São Paulo: Método, 2011, p. 52.

48 José dos Santos Carvalho Filho. *Consórcios Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 32.

as seguintes: 1ª) imunidade tributária (art. 150, § 2º, CF); 2ª) impenhorabilidade de seus bens e pagamento pelo sistema de precatórios (art. 100, CF); 3ª) imprescritibilidade de seus bens, não sujeitos estes à aquisição por usucapião (art. 102, Cód. Civil); 4ª) preservação patrimonial, só podendo ser alienados seus bens na forma que a lei determinar (art. 17, I e II, Lei 8.666/93); 5ª) prescrição quinquenal de dívidas e direitos em favor de terceiros (Decreto nº 20.910/32); 6ª) prerrogativas processuais (arts. 188 e 475, I e II, Cód. Proc. Civil). (Grifos presentes no original).

115. Ainda sobre o regime jurídico de direito público aplicável aos consórcios públicos de direito público, existe uma questão interessante, a qual nos chama atenção principalmente pelo fato de ter sido criado recentemente o primeiro consórcio público de direito público em que a União faz parte (Autoridade Pública Olímpica – APO), concernente à competência para processar e julgar os consórcios públicos de direito público que têm como ente político integrante a União.

116. Em relação às questões *externa corporis*, não há dúvida que a competência para processar e julgar as associações públicas (consórcios públicos de direito público) que a União for parte integrante é da Justiça Federal, uma vez que o ente interfederativo criado também é uma autarquia federal, logo incide a regra prevista no artigo 109, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (destacou-se).

117. Quanto às questões *interna corporis*, aquelas que envolvem os entes políticos consorciados, questão interessante pode surgir. Caso seja proposta uma ação por um município consorciado em face do ente interfederativo que a União faz parte, a competência será da Justiça Federal, eis que incide a regra do artigo 109 supracitado. Todavia, caso a União, um Estado ou o Distrito Federal proponha alguma ação em face do ente dotado de personalidade jurídica própria (consórcio público de direito público), parece-nos que, s.m.j, a competência originária nesse caso é do Supremo Tribunal Federal - STF, haja vista que, aparentemente, incide a regra prevista no artigo 102, inciso I, alínea “f”, que trata do conflito interfederativo, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...].

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

118. Já aos consórcios públicos de direito privado *deve-se aplicar um regime jurídico híbrido ou misto (público e privado)*, com maior predominância para o regime de direito público.

119. Sabe-se que no regime misto pode-se preponderar o regime público ou o regime privado. No caso das empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividades econômicas em sentido estrito, essas se sujeitam predominantemente ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme determina o artigo 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal⁴⁹, apesar de sujeitarem a algumas normas do regime público. Já as empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à prestação de serviços públicos, como, por exemplo, a INFRAERO e a ECT, se sujeitam predominantemente ao regime jurídico de direito público, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado.

120. Assim, parece-nos que o regime aplicável aos consórcios públicos de direito privado deve ser similar ao das demais pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta prestadoras de serviço público (empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e as fundações públicas de direito

49 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...].

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

privado) sendo vedado a aplicação analógica do artigo 173 do texto constitucional supramencionado.

121. Tanto é verdade que no regime híbrido dos consórcios públicos de direito privado deve-se dar primazia ao regime público que o artigo 15 da Lei nº 11.107, de 2005⁵⁰ determina a aplicação da legislação que rege as associações civis naquilo que não contrariar o disposto na mencionada lei, que praticamente estabelece um regime jurídico de direito público para os consórcios públicos de direito privado ao estabelecer no seu artigo 6º, §2º⁵¹ que esses observarão as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal.

122. Na prática, serão poucas as normas de direito civil que serão aplicáveis aos consórcios públicos de direito privado, como, por exemplo, a aquisição de personalidade jurídica mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil, conforme determina o artigo 6º, inciso II, das Normas Gerais de Consórcio Público. Nesse caso, parece-nos que se aplicam os artigos 45 e 46 do Código Civil⁵², que basicamente prevêm que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro.

123. Sobre a dificuldade de se aplicar as normas de direito privado nos consórcios públicos de direito privado, bem como apresentando uma crítica ao legislador ao criar uma pessoa de direito privado para

50 Art. 15. No que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis.

51 Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

[...]

§ 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

52 Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

Art. 46. O registro declarará:

I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;

II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;

III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo;

V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;

VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.

realizar atividade típica de Estado, José dos Santos Carvalho Filho nos apresenta a seguinte lição⁵³ (critica a qual concordamos):

A matéria relativa ao regime jurídico dos consórcios públicos formalizados por meio de associações de direito privado, tanto quanto comentamos a propósito da natureza jurídica, provocará decerto algumas discrepâncias quanto à sua incidência.

Com efeito, não será tarefa simples conciliar as disciplinas aplicáveis à matéria. Segundo dispõe o art. 15 da Lei nº 11.107/2005, deve recorrer-se à legislação incidente sobre as associações civis. Diz citado artigo: “No que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis”.

Primeiramente, é de se considerar que a norma só pode ser destinada aos consórcios constituídos como associações de direito privado. No que tange aos consórcios formados como associações públicas, não há como incidirem as normas da legislação reguladora das associações civis. É que, como vimos, as associações públicas são autarquias, pessoas jurídicas de direito público instituídas por lei e, diante de tal perfil, seu regime jurídico básico é o de direito público.

[...].

Entretanto, mesmo diante da premissa de que o art. 15 só se aplica aos consórcios constituídos como pessoas jurídicas de direito privado, haverá grande dificuldade – senão total impossibilidade – de aplicação das normas que regem a legislação civil, que são as dos arts. 53 a 61 do Código Civil. É simples o fundamento de tal conclusão: diferentemente do que ocorre com as associações privadas, a lei dos consórcios públicos exige que leis aprovelem os termos do protocolo de intenções nos quais se dará suporte ao contrato de consórcio. Só por aí já se vê que não se trata de pessoa jurídica com o exato perfil do que reveste as ditas associações de direito privado.

[...]

Em abono da opinião de respeitável doutrina, não nos parece, da mesma forma, que a natureza e os fins do consórcio público, constituído por pessoas federativas e de direito público, justifiquem a instituição de pessoa jurídica de direito privado.

53 José dos Santos Carvalho Filho. *Consórcios Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 34-36.

Nada há, na verdade, no âmbito do consórcio que se apresente como apropriado para a disciplina de direito privado. Ao contrário, os fins a serem alcançados em virtude da cooperação dos entes federativos deveriam dar ensejo apenas à formação de pessoas de direito público. Trata-se de situação jurídica insuscetível de “privatização” através da criação de pessoas de direito privado, diferente, portanto, de outras tantas em relação às quais é inteiramente cabível e adequada a atuação do Estado por pessoas dessa natureza. (Destacou-se).

124. Adiantando em parte a resposta da última questão, vê-se que o regime de direito público aplica-se aos consórcios públicos de direito privado, por exemplo, no que concerne:

124.1 Licitação, aplicam-se as regras previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como outras normas licitatórias como a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que dispõe sobre a modalidade de licitação denominada pregão.

124.2 Celebração de contratos, incidindo novamente a Lei nº 8.666, de 1993, que rege os contratos administrativos, que determina que a aplicação do direito privado aos contratos administrativos somente se dá de forma supletiva (art. 54)⁵⁴.

124.3 Acordos e convênios, conforme permite o artigo 2º, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.107, de 2005⁵⁵. Nesse caso, os acordos e convênios devem seguir o regime de direito público aplicável para os demais entes da Administração Pública.

125. Verifica-se, assim, que o regime híbrido (público e privado) aplicável aos consórcios públicos de direito privado, na prática, não se diferencia em muito do regime exclusivamente público aplicável aos consórcios públicos de direito público. Todavia, uma diferença substancial que deve ser mencionada é que apenas os consórcios públicos de direito público (associações públicas) podem “*promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público*”, de acordo com o disposto no artigo 2º, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.107, de 2005.

54 Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (Sublinhou-se).

55 Art. 2º Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais.

§ 1º Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá:

I – firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;

126. Uma questão interessante que pode surgir quanto ao regime jurídico aplicável aos consórcios públicos de direito privado diz respeito a alguns privilégios processuais e imunidades tributárias que a jurisprudência reconheceu para empresas estatais como a INFRAERO E ECT por prestarem serviço público. Quiçá, a jurisprudência possa estender referidas benesses jurídicas para os consórcios públicos de direito privado, por serem, também, pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta prestadoras de serviço público, bem como por poderem fazer parte dos consórcios públicos de direito privado entes políticos diversos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, por ser matéria tributária, de competência da Coordenação-Geral de Assuntos Tributários – CAT, dentro da estrutura dessa PGFN, bem como referida questão não foi objeto de questionamento, não nos arriscamos apresentar resposta peremptória sobre esse assunto.

127. Por fim, quanto à questão da competência, acredita-se que os consórcios públicos de direito privado, mesmo que tenham como ente integrante a União não são da competência da Justiça Federal, uma vez que não integram o rol exaustivo previsto no artigo 109 da Constituição da República Federativa de 1988, salvo se os tribunais superiores derem interpretação extensiva ao referido artigo como já fizeram anteriormente em relação às fundações públicas de direito privado, que não estão expressamente previstas no artigo 109 da Lei Fundamental, conforme destaca Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo⁵⁶:

Ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cabe mencionar um julgado de 1996, citando jurisprudência firmada pela Corte em 1989, segundo a qual *as fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado “são equiparadas às empresas públicas, para os efeitos do art. 109, I, da Constituição da República, sendo da Justiça Federal a competência para processar e julgar as causas de que participem”* (CC 16.397, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 28.08.1996). Frise-se que esse último julgado e a jurisprudência nele mencionada são muito posteriores à revogação do dispositivo do Decreto-Lei 200/1967 que equiparava as fundações públicas às empresas públicas, reportando-se, além disso, já à Constituição de 1988. (grifou-se).

56 Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19ª edição. São Paulo: Método, 2011, p. 69.

128. Todavia, reitera-se, caso a União, um Estado ou o Distrito Federal proponha alguma ação em face do consórcio público de direito privado, parece-nos que a competência originária nesse caso é do STF, em atenção ao disposto no artigo 102, inciso I, alínea “f”, que trata do conflito interfederativo.

VI

129. Em relação à questão “e) *Os consórcios públicos de direito público e os consórcios públicos de direito privado se submetem integralmente às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas, especialmente no tocante ao orçamento, à contabilidade pública, à execução orçamentária e à responsabilidade fiscal?*”, apesar do artigo 6º, § 2º, da Lei nº 11.107, de 2005 dispor expressamente que o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à prestação de contas, preferimos não nos manifestar sobre a questão, uma vez que, conforme exposto no início desse Parecer, regimentalmente tal matéria, dentro da PGFN, é da atribuição da Coordenação-Geral de Assuntos Financeiros – CAF.

VII

130. Dessa forma, passemos para a análise da última questão formulada: “f) *Os consórcios públicos de direito público e os consórcios públicos de direito privado se submetem integralmente às normas previstas na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993?*”

131. Quanto à Lei nº 8.666, de 1993, conforme adiantado acima, aplica-se tanto aos consórcios públicos de direito público como aos consórcios públicos de direito privado pelas seguintes razões.

132. Primeiramente, o Estatuto de Licitações e Contratos aplica-se integralmente a todos os consórcios públicos previstos na Lei nº 11.107, de 2005, qualquer que seja o ente federativo consorciado (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), pois a Lei nº 8.666, de 1993, por ser uma norma geral (Lei Nacional) de licitações e contratos, aplica-se a todos os entes federativos e a todas as esferas de poder (executivo, legislativo e judiciário). Nesse sentido dispõe o artigo 1º da referida Lei:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de

publicidade, compras, alienações e locações *no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*. (Destacou-se)

133. No que concerne aos consórcios públicos de direito público (associações públicas), não há dúvida que a Norma Geral de Licitações e Contratos é aplicável, uma vez que, conforme explicitado acima, são verdadeiras autarquias.

134. Também os consórcios públicos de direito privado, mesmo para aqueles que entendem que os referidos entes de direito privado não integram a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados, indubitavelmente se sujeitam às disposições da Lei nº 8.666, de 1993, uma vez que, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1º suprarreferido, o Estatuto de Licitações e Contratos aplica-se a todas entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como são os consórcios públicos de direito privado, *in verbis*:

Art. 1º [...].

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, *as autarquias*, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (grifou-se).

135. Se restasse qualquer dúvida se os consórcios públicos de direito privado se submetem à Lei nº 8.666, de 1993, o artigo 6º da Lei nº 11.107, de 2005 e artigo 7º, §1º, do Decreto nº 6.017, de 2007⁵⁷ dispôs expressamente que os consórcios públicos de direito privado observarão *as normas de direito público no que concerne à realização de licitação e celebração de contratos*.

136. Quiçá, a dúvida que teve a STN ao formular essa pergunta se refira à questão da submissão parcial ou integral dos consórcios públicos aos ditames da Lei nº 8.666, de 1993, eis que a pergunta foi expressa no sentido se essas entidades “*se submetem integralmente*” à referida Lei.

57 Art. 7º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

§ 1º Os consórcios públicos, ainda que revestidos de personalidade jurídica de direito privado, observarão as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, admissão de pessoal e à prestação de contas. (Destacou-se).

137. Sem dúvida os consórcios públicos de direito público se submetem integralmente ao regime do Estatuto de Licitações e Contratos, até porque o regime aplicável para essa espécie de consórcio é integralmente o público (regime autárquico). Já os consórcios de direito privado, por apresentarem regime híbrido (público e privado), talvez se submetessem apenas parcialmente aos ditames da Lei nº 8.666, de 1993, todavia essa não é a melhor interpretação.

138. Sabe-se que, hodiernamente, as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que exploram atividade econômica em sentido estrito, se submetem apenas parcialmente ao disposto na Norma Geral de Licitações e Contratos, mesmo que essa, no seu artigo 1º, disponha que a Lei de Licitações e Contratos é aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista. Isso ocorre, porque as atividades fim das referidas empresas estatais se submetem, por expressa disposição constitucional (artigo 173, § 1º, inciso I⁵⁸), ao regime próprio das empresas privadas, contudo as atividades meio, também por determinação constitucional (artigo 173, § 1º, inciso II)⁵⁹, devem se submeter ao procedimento licitatório.

139. Na verdade, as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, conforme o último dispositivo constitucional mencionado, deveriam se submeter a um estatuto jurídico próprio e não à Lei nº 8.666, de 1993. Porém, como o citado estatuto jurídico próprio ainda não existe, os dispositivos da Norma Geral de Licitações e Contratos devem ser aplicados para suas atividades meio, apesar que, de forma polêmica, já há lei que procura afastar a aplicação da Lei nº 8.666, de 1993, para empresas estatais exploradoras de atividade econômica, como, por exemplo, a PETROBRÁS, que tem procedimento licitatório simplificado (art. 67

58 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (Destacou-se).

59 III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública. (grifou-se).

da Lei nº 9.478⁶⁰, de 6 de agosto de 1997, combinado com o Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998).

140. O referido entendimento previsto para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito (aplicação parcial da Lei de Licitações e Contratos, previsão de estatuto jurídico próprio ou o polêmico procedimento licitatório simplificado) não pode ser aplicado para os consórcios públicos de direito privado por não haver autorização expressa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

141. Dessa forma, os consórcios públicos de direito privado devem se submeter integralmente a Lei nº 8.666, de 1993, assim como as demais entidades de direito privado integrantes da Administração Indireta que prestam serviço público: fundações públicas de direito privado e empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público. Tanto isso é verdade que a Lei nº 11.107, de 2005, ao modificar a Lei nº 8.666, de 1993 (ver artigos 23, §8º e 24, inciso XXVI e parágrafo único⁶¹), fala apenas em consórcio público, não distinguindo os de direito público dos de direito privado quanto à submissão às normas de licitação e contratos.

142. Por fim, quanto à aplicação da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, aos consórcios públicos de direito público e aos de direito privado, a questão parece ser mais simples para os consórcios públicos de direito privado, mas bastante complexa em relação aos consórcios públicos de direito público.

60 Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.

61 Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

[...].

§ 8º No caso de *consórcios públicos*, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005).

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...].

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de *consórcio público* ou em convênio de cooperação. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005).

[...].

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por *consórcios públicos*, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005). (grifou-se).

143. Em relação aos consórcios públicos de direito privado, não há dúvida que não se aplica a Lei nº 8.112, de 1990, uma vez que o artigo 6º, § 2º, da Lei nº 11.107, de 2005 (Norma Geral de Consórcios Públicos) dispõe expressamente que o consórcio público de direito privado observará as normas de direito público quanto à admissão de pessoal, mas “*será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT*”.

144. Assim, os empregados dos consórcios públicos de direito privado são regidos pela CLT, mas devem se submeter a prévia aprovação em concurso público. Nesse sentido é o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho⁶², *in verbis*:

Desse modo, o que a Lei 11.107/2005 quer dizer é que o contrato de trabalho em que é empregador um consórcio público instituído como pessoa privada terá que submeter-se aos mesmos requisitos que se aplicam na hipótese de ser empregador pessoa de direito público. Conseqüentemente, incidirão todas as normas constitucionais que regulam os servidores públicos sujeitos ao regime trabalhista, destacando-se dentre elas a que exige a observância dos princípios administrativos (art. 37, caput) e a *aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos antes da contratação* (art. 37, II, CF).

Outros mandamentos constitucionais, além dos citados, se incluem entre os aplicáveis aos contratos de trabalho. Citem-se o art. 37, I (acesso ao serviço público); art. 37, III e IV (concurso público); art. 37, VIII (percentual de empregos para portadores de deficiência); art. 37, VI (direito à livre associação sindical); art. 37, VII (direito de greve); art. 37, XI (teto remuneratório), e outros do mesmo gênero. (grifou-se).

145. Quanto aos consórcios públicos de direito público, poder-se-ia imaginar que a questão é bastante simples, pois o artigo 4º, inciso IX, da Lei nº 11.107, de 2005, que trata das cláusulas do protocolo de intenções dos consórcios públicos, dispõe expressamente “*o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*”.

146. Logo, como a referida cláusula da Lei Nacional dos Consórcios Públicos, ao tratar da “*remuneração dos empregados públicos*”, não faz diferenciação entre os consórcios públicos de direito público e os de direito privado, entende-se que o referido dispositivo legal aplica-se a

62 José dos Santos Carvalho Filho. *Consórcios Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 38-39.

todos os consórcios públicos, sejam os de direito público, sejam os de direito privado.

147. Inclusive, esse é o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, ao comentar sobre o protocolo de intenções nos consórcios públicos⁶³, *in verbis*:

O regime trabalhista, portanto, será o regime funcional dos consórcios, incidindo tanto sobre os dotados de personalidade de direito público, quanto aos consórcios de direito privado. (grifou-se).

148. Todavia, sabe-se que, em 1º de agosto de 2007, o STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.135, declarou a inconstitucionalidade do *caput* do artigo 39 da Constituição da República Federativa do Brasil, modificado pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, por inconstitucionalidade formal, retornando, assim, o regime jurídico único, na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, conforme a seguinte ementa:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO CAPUT DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL

63 José dos Santos Carvalho Filho. *Consórcios Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 76.

FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE.

1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. *Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura de emprego público.*

2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional.

3. *Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressalvando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso.*

4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo exaurimento do prazo estipulado para sua vigência.

5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final *aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior.*

6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.

149. Assim, como os consórcios públicos são autarquias interfederativas, deve-se verificar se a mencionada decisão da Suprema Corte atinge esses entes da Administração Indireta de todos os entes Federados consorciados.

150. Quanto aos consórcios públicos de direito público (autarquias) constituídas anteriormente ao julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 2.135, não há dúvida que essas poderiam adotar o regime celetista, mesmo que os entes consorciados adotassem o regime estatutário, uma vez que, conforme exposto na ementa supratranscrita, o STF deu efeito *ex nunc* (para o futuro) à sua decisão, preservando “atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso”. Dessa forma, os consórcios públicos de direito público, constituídos anteriormente a referida decisão da Suprema Corte, com base na Lei nº 11.107, de 2005, que permite o regime celetista tanto para os consórcios de direito público como para os de direito privado, são constitucionais.

151. Já em relação aos consórcios públicos de direito público constituídos ou que serão constituídos após julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 2.135, também entendemos, s.m.j., que esses entes devem seguir o regime previsto na Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), apesar do vigente *caput* do artigo 39 da Constituição da República Federativa do Brasil determinar regime jurídico único para toda a Administração Direta, autárquica e fundacional, pelas seguintes razões.

152. Com a referida declaração de inconstitucionalidade, a redação do *caput* do artigo 39 da Lei Fundamental volta a ser a seguinte, *in verbis*:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, *no âmbito de sua competência*, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, *das autarquias* e das fundações públicas. (Destacou-se).

153. Como se percebe da redação transcrita, o regime jurídico único é obrigatório para as autarquias que sejam da competência da União ou de um Estado ou do Distrito Federal ou de um Município, não atingindo autarquias interfederativas formadas por diversos entes políticos, pois, caso contrário, o referido dispositivo não utilizaria da expressão “*no âmbito de sua competência*”. Logo, a decisão do STF na ADI nº 2.135 não atinge as autarquias interfederativas (consórcios públicos de direito público) que são da competência de diversos entes políticos. Não se trata de autarquia da competência de um ente federativo (sua competência), mas de autarquia de competência compartilhada entre várias pessoas políticas.

154. Não há como imaginar que os consórcios públicos de direito público pudessem adotar o regime estatutário, pois isso inviabilizaria, na prática, a instituição de consórcios autárquicos.

155. Sabe-se que consórcios públicos de direito público foram criados para permitir, por exemplo, a gestão associada de serviços públicos, principalmente para que entes maiores como a União, Estados e Distrito Federal possam ajudar que o serviço público seja eficiente nos entes menores, como os pequenos municípios. Como se sabe, a União, Estados e Distrito Federal adotam, hodiernamente, o regime jurídico único estatutário (ressalvadas os atos praticados com base no regime celetista anteriores ao julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 2.135 pelo STF) enquanto que a maioria dos pequenos municípios adota o regime jurídico único celetista. Assim, caso o art. 39 da Constituição Federal de 1988 fosse aplicado aos consórcios públicos de direito público, os entes maiores (estatutários) não poderiam se consorciar com os entes menores que mais precisam da gestão associada de serviços públicos (celetistas), pois a autarquia criada deveria seguir o regime jurídico único estatutário do ente instituidor maior.

156. Da mesma forma, mesmo entre os entes políticos que adotam o regime jurídico único estatutário, não seria possível que eles formassem um consórcio público de direito público, eis que não existe um estatuto do servidor público nacional, não podendo um ente federativo, como por exemplo, a União forçar que os demais entes com ela consorciados adotem a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, pois é um estatuto jurídico exclusivamente federal, sob pena de violar o *caput* do artigo 39 da Lei Fundamental Brasileira que restringe o regime jurídico único ao “*âmbito de sua competência*”, autonomia federativa (artigo 18⁶⁴), bem como a forma federativa de Estado que inclusive é cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988 (artigo 60, § 4^o, inciso I)⁶⁵.

157. Pela natureza específica do consórcio público de direito público, que é uma autarquia interfederativa, o regime trabalhista é o mais adequado, uma vez que se aplica de forma unitária tanto aos particulares

64 Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *todos autônomos*, nos termos desta Constituição. (Destacou-se).

65 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...].

§ 4^o - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a *forma federativa de Estado*; (grifou-se).

como a qualquer ente político (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), pois é uma lei nacional, uma vez que só a União pode legislar sobre direito trabalhista⁶⁶, diversamente do regime estatutário que adota forma diversa em cada ente federativo, dependendo da lei específica do ente político que, reitera-se, só pode legislar, nesse caso, “no âmbito de sua competência”.

158. Se os consórcios públicos estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 241, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, bem como referido dispositivo não foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se entender que o referido artigo 241 excepcionou o artigo 39 da Constituição Federal, o que é plenamente possível, pois como se sabe a Constituição pode ser excepcionada pela própria Constituição. Há apenas um conflito aparente de normas.

159. Não se pode admitir que o artigo 39 prevaleça sobre o 241 da Constituição Federal de 1988, pois não há hierarquia entre normas constitucionais, sendo vedada no direito brasileiro a existência de normas constitucionais inconstitucionais (tese do jurista alemão Otto Bachof), uma vez que vigora no Brasil o princípio da unidade da Constituição, que determina que a Constituição deve ser interpretada como um todo para evitar antinomias, sendo todas as normas de seu texto de igual hierarquia normativa. Nesse sentido, é a lição de José Joaquim Gomes Canotilho⁶⁷, *in verbis*:

O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que *o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas* e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’ *o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais*, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios. (Destacou-se).

66 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

67 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 3ª ed., 1998, p.1149.

160. Assim, se o artigo 241 da Constituição da República Federativa do Brasil previu a figura do consórcio público entre diversos entes políticos, a única interpretação possível é aquela que entende que essa regra é uma exceção ao *caput* do artigo 39, que estabelece o regime jurídico único, sob pena de a interpretação em contrário ferir o princípio da autonomia federativa e inviabilizar, na prática, a efetivação da norma constitucional que dispõe sobre o consórcio público.

161. Quanto à aplicação da Lei nº 8.112, de 1990, nota-se, diante de todo o exposto, que essa só pode ser aplicada aos consórcios públicos de forma excepcionalíssima, na hipótese de cessão de servidor público federal civil para referidos entes interfederativos, observadas as exigências legais previstas no Estatuto do Servidor Público Federal, bem como as normas infralegais sobre a matéria. A regra, dessa forma, é a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) aos consórcios públicos, sejam de direito público, sejam de direito privado.

162. Na mesma linha do raciocínio estabelecido no parágrafo anterior, verifica-se que, caso haja cessão de servidor público civil estatutário estadual, distrital ou municipal para algum consórcio público, de forma excepcional o estatuto do ente federativo cedente deve ser observado em relação ao servidor cedido.

163. Por fim, recomenda-se a aprovação deste Parecer pela Procuradora-Geral da Fazenda Nacional, haja vista que discorre sobre entendimento diverso do firmado pela CAF nos itens 85 a 107 e 118 (iii) do Parecer PGFN/CAF/Nº 1504/2005 e item 12 do Parecer PGFN/CAF/Nº 77/2007, uma vez que esses mencionados itens defendem, em apertada síntese, a inconstitucionalidade do consórcio público de direito público, bem como a natureza jurídica de empresa pública do consórcio de direito privado.

VIII

164. Ante ao exposto, apresentamos, em síntese, as seguintes respostas aos questionamentos jurídicos formulados pela Coordenação-Geral de Normas de Contabilidade Aplicadas à Federação da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda (CCONF/STN/MF):

- a) Os consórcios públicos de direito público têm natureza jurídica de autarquia, enquanto que os de direito privado têm natureza jurídica de associação;
- b) Os consórcios públicos de direito público adotam a forma jurídica única de associação pública, espécie de autarquia sob regime especial. Já os consórcios públicos de direito privado adotam forma jurídica única inominada, *sui generis*, prevista na Lei nº 11.107, de 2005.
- c) Tanto os consórcios públicos de direito público como os consórcios públicos de direito privado integram a Administração Pública Indireta de todos os entes da Federação consorciados;
- d) O regime jurídico aplicável aos consórcios públicos de direito público é o de direito público, enquanto que os consórcios públicos de direito privado se submetem ao regime jurídico misto, híbrido (público e privado), com predominância do regime público;
- e) Quanto à aplicação das normas de direito financeiro, essa questão é, regimentalmente, da competência da Coordenação-Geral de Assuntos Financeiro – CAF dentro desta PGFN e não dessa Coordenação-Geral Jurídica – CJU;
- f) Os consórcios públicos de direito público e os consórcios públicos de direito privado se submetem integralmente às normas previstas na Lei nº 8.666, de 1993, bem como às disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A Lei nº 8.112, de 1990 só se aplica aos consórcios públicos, no caso excepcionalíssimo de cessão de servidor público federal, observadas as exigências legais e infralegais que regulamentam a cessão de servidor público federal.

À consideração superior, com sugestão de retorno dos autos à Coordenação-Geral de Normas de Contabilidade Aplicadas à Federação da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda (CCONF/STN/MF), em prosseguimento.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em
12 de novembro de 2011.

VITOR JUNQUEIRA VAZ
Procurador da Fazenda Nacional

De acordo. À consideração superior.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em
19 de dezembro de 2011.

FABIANO DE FIGUEIRÊDO ARAUJO VANESSA SILVA DE ALMEIDA
Coordenador Jurídico de Licitações e Procuradora-Geral Adjunta de
Contratos Consultoria Administrativa substituta

Aprovo. Revogam-se os entendimentos firmados nos itens 85 a 107 e 118 (iii) do Parecer PGFN/CAF/Nº 1504/2005, bem como o item 12 do Parecer PGFN/CAF/Nº 77/2007. Restituam-se os autos à CCONF/STN/MF, consoante proposto.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em
19 de dezembro de 2011.

ADRIANA QUEIROZ DE CARVALHO
Procuradora-Geral da Fazenda Nacional