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

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 3 – julho/agosto/setembro de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

NOTA TÉCNICA SOBRE A LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DO ANTEPROJETO DE LEI CRIADO PELA PORTARIA 1.391/CCIVIL/2003

Prof. Wladimir António Ribeiro

Advogado e Consultor em Direito Público, Consultor da Subchefia de Assuntos Federativos para a Lei de Consórcios Públicos, Mestre em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Casa Civil da Presidência da República

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)

Projeto BRA/04/021

NOTA TÉCNICA Analisa a legalidade e constitucionalidade do anteprojeto de lei que "estabelece normas gerais para os contratos de constituição de consórcios públicos, bem como para os contratos de programa para a prestação de serviços por meio de gestão associada e dá outras providências", apresentado pelo Grupo de Trabalho Interministerial criado pela Portaria 1.391/CCivil/2003.

1. INTRODUÇÃO

O Governo Federal, por meio da Portaria nº 1.391, de 28 de agosto de 2003, subscrita pelo Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República, instituiu Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para estudar proposições que promovam "o aperfeiçoamento dos mecanismos de articulação intermunicipal e de gestão intergovernamental e propostas que permitam o desenvolvimento de instrumento jurídico de cooperação entre os diferentes níveis de governo", bem como "a redução dos custos operacionais e os ganhos de escala na execução das políticas públicas" (art. 2º, incisos II e III, da Portaria nº 1.391/2003).

No cumprimento desses objetivos, o Grupo de Trabalho Interministerial apresentou anteprojeto de lei que objetiva "instituir normas gerais para os contratos de constituição de consórcios públicos, bem como para os contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada e dá outras providências".

O proposto no anteprojeto é que a União estabeleça, mediante lei, as normas gerais para três espécies de contratos da Administração Pública: (1) os contratos para a constituição de consórcios públicos; (2) os contratos de rateio, ou seja, o destinado à manutenção financeira dos consórcios públicos e (3) os contratos de programa, para disciplinar a prestação – excluindo-se, portanto, a regulação que, por indelegável, não pode ser objeto de contrato - de serviços públicos por meio de gestão associada autorizada seja por contrato de constituição de consórcio público, seja por meio de convênio de cooperação entre entes federados.

Evidente, assim, que o anteprojeto de lei objetiva instituir normas gerais para três tipos de contratos da Administração Pública que se ligam a outros conceitos que, mesmo nesse tópico de introdução, cabem sejam ao menos sucintamente abordados.

Nos casos dos contratos de constituição de consórcios públicos e dos contratos de rateio, trata-se de instituir instrumentos para viabilizar, de forma mais eficiente e segura, que os consórcios públicos possam se organizar e executar os seus objetivos, especialmente facilitando que sejam esses consórcios públicos constituídos como pessoas jurídicas de direito público.

Já no caso do contrato de programa, trata-se de permitir que os entes da Federação possam constituir entre si obrigações de natureza contratual, conferindo maior amplitude e segurança jurídica à gestão associada de serviços públicos prevista no artigo 241 da Constituição (redação da Emenda Constitucional nº 19, de 15 de junho de 1998).

A presente Nota Técnica analisará, em primeiro lugar, os consórcios públicos, trazendo uma pequena notícia histórica de sua gênese no direito brasileiro e identificando as suas três espécies: (1) sem personalidade jurídica; (2) com personalidade jurídica de direito privado e (3) com personalidade jurídica de direito público. Em relação a esta última espécie, que é a que interessa ao anteprojeto, serão abordadas algumas questões mais importantes, na forma de conclusões intermediárias, de forma a orientar a análise posterior sobre cada um dos três contratos a que o anteprojeto pretende instituir normas gerais, inclusive os contratos de programa, meio pelo qual se pretende permitir o uso mais ampliado da gestão associada, removendo os obstáculos jurídicos para que possa ser efetivamente utilizada na prestação de serviços públicos.

2. O CONSÓRCIO PÚBLICO

a) natureza contratual

O consórcio público é uma das formas mais conhecidas de cooperação entre entes federativos, especialmente entre Municípios.

A sua grande característica é o fato de ser uma cooperação acordada, nos termos do que bem identificou Fernando Mendes de Almeida: "o consórcio municipal é cooperação acordada e que, como tal, pressupõe um ato formal, em que as partes revelem o seu **in idem placitum consensus**. Logo, não existindo um tal ato, ou existindo com inobservância do que é permitido nas leis de organização municipal, não procede que se fale em consórcio municipal, no sentido técnico-científico desta expressão." [1].

Mas qual a natureza desse acordo, por meio do qual se estabelece essa cooperação? Essa outra questão também é respondida pelo mesmo culto e ilustre Professor da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo: *"Outro elemento, por assim dizer, intuitivo do consórcio municipal é a existência de um acordo que nenhuma lei impõe às partes que se unem, mas permite, observadas as condições que nela se prescreveram. Então, o de que nele se trata é de um contrato, ou seja, um ato bilateral, ou plurilateral administrativo, de fatoração de efeitos jurídicos, que, para valer, carece de observar os ditames da lei acerca de sua formação"* [2].

O que se tem é que o consórcio, no direito administrativo, é uma espécie de contrato, da mesma forma que o é no direito privado, onde recebeu disciplina, no art. 278 e ss. da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que "Dispõe sobre as sociedades por ações". Ressalte-se que, apesar da mesma natureza contratual, o consórcio tratado nestas linhas não se confunde com o mencionado consórcio de empresas, inclusive quando este último é formado para participar de licitações públicas, como previsto e regulado no art. 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Atentemos um pouco para a evolução histórica do consórcio público no direito brasileiro.

O contrato de consórcio público, ao tempo da Constituição Federal de 1891, como ocorria com todas as questões atinentes aos Municípios, era disciplinada pelas Constituição dos Estados-membros que, em geral, adotavam dispositivos semelhantes à da Constituição Paulista de 14 de julho de 1891:

> "Art. 60. As municipalidades poderão associar-se para a realização de quaisquer melhoramentos, que julguem de comum interesse, dependendo, porém, de aprovação do Congresso as resoluções que nesse caso tomarem".

Note-se que, por essa época, por ser considerado como ente da administração do Estado-membro, o Município não possuía a larga autonomia que possui hoje, pelo que o negócio consorcial dependia da aquiescência do

---

[1] "Consórcio municipal", in Revista de Direito Administrativo, vol 52, abr.-jun 1958, pág. 526.

[2] Op. cit., pág. 527.

Estado, como pôde se verificar da citação acima (o Congresso mencionado era o estadual) e, também, com se deflui da precisa lição de Mário Marsagão:

> "Um município contrata com outro, seu vizinho, a feitura em comum de qualquer serviço público que a ambos interessa. Isso, em linguagem técnica, chama-se "Consórcio Municipal". Semelhante contrato, feito por dois ou mais municípios para execução em comum de serviços que lhe sejam vantajosos não pode entrar em vigor sem a aprovação pelo aparelhamento do Estado" [3].

Atualmente, com o amplo reconhecimento da autonomia municipal, evidente que a intervenção do Estado-membro no pacto consorcial não se justifica.

Doutro lado, a expressão consórcio público passou a designar o pacto de cooperação celebrado não apenas por Municípios, mas também por outros entes federativos, como deixa evidente a atual redação do art. 241 da Constituição Federal (redação da EC nº 19/1998): "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos (...)".

Porém, mesmo com essas mudanças, não deixou o consórcio de possuir natureza contratual, como esclarece Lenir Santos, que é enfática na necessidade de a União estabelecer as normas gerais para esse tipo de contrato:

> "(...) à União compete fixar normas gerais sobre consórcio público pelo fato de sua natureza ser contratual. (...) Se a União tem poderes para dispor sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas federal, estadual e municipal, haverá, agora, com base, também, no art. 241, de disciplinar a matéria de forma genérica para todas as administrações públicas, sob pena de divergências insuperáveis no âmbito legislativo municipal impedirem a formação de consórcios intermunicipais. Se a União não baixar diretrizes gerais sobre consórcios públicos, deixando para cada ente político a sua regulação, poderá ocorrer de uma lei municipal vir a colidir com outra lei municipal, criando impedimentos de tal sorte que inviabilize a formação de consórcios entre municípios" [4].

b) consórcios com personalidade jurídica de direito privado

---

[3] Prelecções de Direito Administrativo, S. Paulo: Editora Linotécnica, 1937, págs. 132-133. Acrescente-se que essa intervenção do Estado-membro no pacto consorcial celebrado entre Municípios em verdade se equivalia ao placet que o Governo Federal, para a eficácia desses atos, podia conceder ou negar aos ajustes e convenções celebrados entre os Estados-membros (arts. 65, 1º,cc. art. 48, nº 16, da Constituição Federal de 1891).

[4] "Consórcio Administrativo Intermunicipal", in Boletim de Direito Municipal, nº 1/Ano XVII, jan./2001, pág. 13.

Apesar de os consórcios serem contratos, tal como ocorre com os contratos de direito privado, podem servir como atos constitutivos de uma pessoa jurídica, como deixa bem claro a Dra. Mariana Moreira, técnica do Centro de Estudos de Administração Municipal da Fundação Prefeito Faria Lima (CEPAM), uma das maiores estudiosas do tema:

> "O pacto consorcial é celebrado pelos municípios sem adoção de qualquer forma jurídica, isto é, os partícipes não criam, não fazem nascer uma pessoa jurídica diferente deles. Este, podemos chamar, "tipo" ou "espécie" de consórcios que é o que denominamos "consórcio administrativo".
>
> A outra espécie consorcial que também surge do reconhecimento pelos entes públicos municipais da impossibilidade de serem realizados certos serviços sem a conjunção de esforços, é o pacto realizado com a conseqüente criação de uma nova pessoa jurídica constituída por vários municípios.
>
> Note-se que tanto no consórcio do tipo administrativo quanto naquele constituído sob a forma de pessoa jurídica, a essência será sempre o PACTO que sustentará a vontade manifesta dos municípios, de atuarem de forma conjunta a fim de buscar na prestação de serviços públicos, voltados para os administrados ou para as próprias administrações, a qualidade adequada.
>
> Dessa maneira, entendemos que o PACTO estabelecido é equivalente a **affectio societatis**, elemento de vontade que mantém, no âmbito do direito civil e comercial, as sociedades civis e comerciais"[5]

Normalmente, como se infere dos consórcios públicos existentes[6], a forma geralmente adotada é a de associação civil, regulada pelo direito privado, isto é, pelos dispositivos do Código Civil que, ao prever que "Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos" (art. 53, caput), não exclui dessas pessoas as pessoas jurídicas de direito público.

Sobre esse ponto há que se fazer duas ponderações.

A primeira é que, mesmo o pacto consorcial se confundindo com o ato constitutivo de uma associação civil formada por pessoas jurídicas de direito público (v.g., por Municípios), não diminui tal pacto a sua natureza contratual porque, como bem ensina Miguel Reale, *"No direito pátrio dúvida não há no tocante à caracterização do ato constitutivo das associações e sociedades civis ou mercantis, como contrato, e, mais particularmente, como contrato*

---

[5] "Consórcios: natureza jurídica", in Informativo CEPAM – Consórcio: uma nova forma de cooperação intermunicipal, S. Paulo, 2.000.

[6] A partir desse ponto, tendo em vista os critérios apresentados, passaremos a designar como consórcio administrativo aquele desprovido de personalidade jurídica e como consórcio público o que possui esse atributo.

plurilateral, sujeito, por conseguinte, aos mesmos princípios que condicionam a validade e licitude dos contratos em geral"[7].

A segunda é que o reconhecimento da personalidade jurídica de direito privado, permitida pela legislação, leva à situação de que a soma de uma pessoa jurídica de direito público com outras pessoas jurídicas de direito público redunde numa pessoa jurídica de direito privado, o que, certamente, contribui para o processo de precarização do Estado, pois afasta das ações públicas os princípios basilares da Administração Pública, tais como o da licitação ou o do concurso público. Nesse sentido é a opinião de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> "Quanto a criar uma sociedade, civil ou comercial, com o fim específico de administrar o consórcio [que é a posição de Hely Lopes Meirelles, antes citada pela autora], não há fundamento legal no direito brasileiro, se essa entidade for privada. Estaria havendo uma tercerização da gestão pública. Ora, se o consórcio administra serviços públicos e se utiliza de bens do patrimônio público, não há como fugir ao regime jurídico publicístico, especialmente no que diz respeito à observância dos princípios constitucionais pertinentes, como exigência de licitação para celebração de contratos e concurso público para seleção de pessoal."[8]

Essa última razão, de velar pela segurança jurídica das ações da Administração Pública, como se infere da exposição de motivos que o acompanha, trata-se de um dos objetivos principais do anteprojeto, vindo como resposta aos diversos questionamentos, especialmente dos tribunais de contas e do Ministério Público, a que atualmente está sujeita a modalidade de consórcio que utiliza as vestes de associação de direito privado.

c) consórcios com personalidade jurídica de direito público

Como se viu, o consórcio pode ser o consórcio administrativo, que é apenas um contrato de colaboração, que não origina nenhuma pessoa jurídica distinta daquelas que dele contratam, e o consórcio público, que dá origem à nova pessoa jurídica. Porém essa nova pessoa jurídica pode ser de direito privado que, como vimos, é geralmente uma associação civil – apesar das críticas e dificuldades que o uso do regime de direito privado acarreta -, ou, ainda, pode dar origem a uma pessoa jurídica de direito público.

Porém, apesar de hoje mais disseminada a constituição do consórcio público como pessoa jurídica de direito privado, a sua personalidade jurídica pública, de natureza autárquica, é a que foi reconhecida em primeiro lugar.

Com efeito, se atentarmos para a Carta de 1937, verificaremos que seu art. 29 dispunha que *"Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O*

---

[7] Parecer publicado na Revista dos Tribunais nº 455, novembro de 1972, págs. 16-17.

[8] Direito Administrativo, 14ª. ed., S. Paulo: Editora Atlas, 2002, pág. 296.

agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins". Apesar de não dizer textualmente que a personalidade jurídica seria de direito público, Pontes de Miranda, em seus comentários, é peremptório: *"A personalidade jurídica prevista no art. 29 é de direito público"*[9].

Evidentemente que, tendo em vista o teor autoritário do Estado Novo, a que a Carta de 1937 procurava dar ares de Estado de Direito, que o acima mencionado dispositivo não rendeu frutos, posto que a coordenação e a cooperação entre os entes federativos se davam pela força, por meio das prescrições do então governo ditatorial.

Foi somente com a redemocratização do País e o advento da Constituição de 1946 que a questão foi retomada, inclusive se registrando a criação de uma pessoa jurídica de direito público que integra a administração indireta de mais de um ente federativo, qual seja, a criação do BRDE – Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul, entidade que subsiste nos dias de hoje, com uma atuação exemplar e que, em seus atos constitutivos, não deixa dúvidas de sua natureza jurídica:

> "Art. 1º. Com a denominação de Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo-SUL (BRDE), fica instituída, pelos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, uma autarquia interestadual, objetivando o desenvolvimento da Região Sul do Brasil."

A possibilidade de poder se criar uma autarquia formada pela associação voluntária de entes federativos se mostra evidente, posto que a natureza autárquica foi largamente reconhecida ou atribuída inclusive para as associações compulsórias de pessoas físicas, como foi o caso das corporações profissionais, dentre elas a Ordem dos Advogados do Brasil ou o Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura. Ou seja, se pode para as associações de pessoas físicas, porque – havendo o interesse público - não poderia para as pessoas jurídicas, mais especialmente para pessoas jurídicas de direito público?

Isso esclarece que, mesmo após as mudanças constitucionais, venha a se manter o entendimento de que os consórcios podem adquirir a personalidade jurídica de direito público, o que aqui se ilustra com as lições de José Afonso da Silva, proferida na égide da Carta de 1969, e a de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando já em vigor a Constituição Federal de 1988:

> **José Afonso da Silva:**
>
> "Os consórcios intermunicipais podem tomar a natureza de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista intermunicipais, dependendo da natureza do serviço a ser prestado.

---

[9] Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937, Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1939, vol. I, pág. 605. De se asseverar, como já fizemos notar nesse texto, que a autonomia municipal não era reconhecida como hoje, pelo que essa pessoa jurídica de direito público pertenceria à órbita do Estado federado, sendo regulada por sua respectiva legislação.

> Qualquer dessas formas atribui à entidade intermunicipal personalidade jurídica, de que decorre sua capacidade para direitos e obrigações."[10]

Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

> "Quanto aos **pactos de cooperação,** em suas modalidades de **convênio**, do **consórcio** e dos **acordos de programa**, abrem campo à negociação política entre as unidades federativas. (...).
>
> Os pactos de cooperação poderão, sob autorização legislativa específica outorgada pelas partes, instituir órgãos personalizados para a realização das atividades comuns, sob a forma de autarquias ou paraestatais."[11]

Doutro lado, a própria existência e o bom funcionamento do BRDE é uma demonstração clara e inequívoca da possibilidade de haver autarquias instituídas por mais de um ente federativo, pelo que evidente que não há obstáculos para que os consórcios adotem personalidade de direito público.

d) as opiniões de Hely Lopes Meirelles

Porém, de se fazer menção à opinião divergente de Hely Lopes Meirelles, que considera o consórcio como um ajuste desprovido de personalidade jurídica. Ou seja, esse ilustre doutrinador reconhece o consórcio administrativo, mas não o consórcio público.

Apesar de sua posição não possuir fundamento em direito positivo, sendo meramente doutrinária, de se reconhecer o seu grande prestígio, porque se trata da posição de um dos mais eméritos administrativistas brasileiros, sendo acolhida por diversos outros autores, que a reproduzem em seus respectivos manuais. Inclusive algumas consultorias jurídicas, dos Ministérios que integram o Grupo de Trabalho Interministerial, ao serem consultadas do texto do anteprojeto manifestaram-se muitas vezes reproduzindo, diretamente ou por outros autores, a lição de Hely Lopes Meirelles, nada acrescentando em relação a ela, satisfeitas com o merecido prestígio desse autor.

Para saber porque a opinião do Professor Hely tanto destoa dos outros publicistas que lhe são contemporâneos, realizamos minuciosa pesquisa.

O resultado dela foi a de que, originalmente, Hely Lopes Meirelles adotava posição que se filiava com a desses outros publicistas, como se pode observar da lição que publicou na 2ª. edição de seu Direito Administrativo Brasileiro:

> "Serviços há, de competência local, que interessam ao mesmo tempo a vários municípios convizinhos, mas nenhum deles poderá realizá-los isoladamente, já por falta de recursos financeiros, já pela carência de

---

[10] O Prefeito e o Município, Brasília: SERFHAU, 1971, pág. 121.

[11] Curso de Direito Administrativo, 11ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, pág. 30.

> elementos técnicos e pessoal especializado. Em tais casos é recomendável o grupamento dos municípios interessados, sob a modalidade de consórcio, materializado numa entidade intermunicipal, que ficará incumbida da prestação do serviço, em nome e por conta de todas as municipalidades participantes do acordo administrativo. Para a concretização desse pacto, dever-se-á elaborar previamente o estatuto ou o regulamento da futura entidade, para que cada município interessado o aprove por lei e autorize o acordo final, a ser firmado pelos respectivos prefeitos.
>
> O órgão executor do consórcio poderá revestir a forma autárquica ou paraestatal (sociedade de economia mista, empresa pública, fundação, comunidade de serviço etc), ou ter o caráter de simples comissão diretora despersonalizada. Advertimos, todavia, que a falta de personalidade jurídica do órgão executor e diretor do consórcio é que tem respondido pelo insucesso desses acordos, uma vez que ficam sem possibilidade de exercer direitos e contrair obrigações em nome próprio. O ideal, parece-nos, é que os consórcios tenham autonomia para o desempenho de suas atribuições específicas, embora atuem orientados pelas prefeituras interessadas e com responsabilidade subsidiária dos municípios signatários do acordo administrativo.
>
> .....
>
> Os consórcios administrativos, embora mais freqüentes entre municípios, podem também ser realizados entre unidades federadas, para a execução de obras e serviços interestaduais."[12]

Aprofundando a pesquisa, observamos também que, ao que tudo indica, o que teria modificado a opinião do ilustre administrativista bandeirante seria parecer que elaborou, em 1966, e que versava sobre a Comissão Intermunicipal de Controle da Poluição das Águas e do Ar (CICPAA), instituída, em 16 de agosto de 1960, pelos Municípios de Santo André, S. Bernardo do Campo, S. Caetano do Sul e Mauá.

A questão trazida para a análise do Professor Hely era de saber se a CICPAA era pessoa jurídica que integra a administração municipal e, portanto, sujeita aos mandamentos do Ato Complementar nº 15, que complementou o Ato Institucional nº 2, baixado pela ditadura militar, e que havia: (a) limitado o gasto com servidores municipais; (b) estabelecido teto para vencimentos e proventos e (c) anulado nomeações.

A resposta fornecida era a de que a CICPAA "(...) não tem personalidade jurídica própria, não é pessoa jurídica quer de direito público, quer de direito privado. É uma simples coletividade patrimonializada e com objetivos técnicos e científicos de estudos de controle da poluição das águas e do ar da região do

[12] S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, págs. 337-338.

ABCM e das bacias dos rios Tietê e Cubatão"[13]. Com isso, o Professor Hely concluiu que as restrições do Ato Complementar nº 15, de 1966, não se aplicavam à CICPAA, até porque "Nem se compreenderia que o Estado e o Município desvinculassem serviços e atividades de sua estrutura pública, para a melhor realização sob a forma privada, e ficassem as instituições prestadoras desses serviços submetidas às mesmas normas e restrições da pessoa originária"[14].

Após esse parecer, passou Hely Lopes Meirelles a adotar, a partir da 3ª. edição de seu Direito Administrativo Brasileiro, a sua posição mais conhecida, in verbis:

> "CONSÓRCIOS **- Consórcios administrativos** são acordos firmados entre entidades estatais, autárquicas fundacionais ou paraestatais, **sempre da mesma espécie**, para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.
>
> O que caracteriza o **consórcio** e o distingue do **convênio** é que este é celebrado entre pessoas jurídicas de espécies diferentes, e aquele só o é entre entidades da mesma espécie. Feita essa distinção, todos os princípios e preceitos regedores dos convênios são aplicados aos nossos **consórcios administrativos**, como válidas para estes ficam sendo as observações que fizemos quanto à organização e direção daqueles.
>
> Entre nós o consórcio usual é o de Municípios, para a realização de obras, serviços e atividades de competência local, mas de interesse comum intermunicipal de toda uma região. Com essa **cooperação associativa** das Municipalidades reúnem-se recursos financeiros, técnicos e administrativos que uma só Prefeitura não teria para executar o empreendimento desejado e de utilidade geral para todos.
>
> Entendemos que os consórcios dependem de autorização para serem validamente celebrados, e como não são pessoas jurídicas não têm capacidade para exercer direitos e assumir obrigações em nome próprio, pelo que é de toda conveniência a organização de uma entidade civil ou comercial, paralela, que administre os seus interesses e realize os seus objetivos como desejado pelos consorciados."[15]

Destaque-se, ainda, que, em nota de rodapé nas edições em que passou a adotar novo posicionamento, Hely Lopes Meirelles também aponta que: "Não se confundam os nossos **consórcios administrativos**, despersonalizados, com os **consorzi intercomunali** italianos, personalizados

---

[13] Parecer publicado in Estudos e Pareceres de Direito Público, S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, pág. 246.

[14] Op. cit., pág. 249.

[15] 16ª. ed., última revisada pelo próprio autor, S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág.s. 352-353, grifos do autor. A 3ª. ed. mencionada é de 1975, vez que a 2ª. edição, de 1966, foi reimpressa em 1968, 1969, 1970, 1971, 1972, 1973 (duas vezes) e 1974.

pela Lei 383, de 3.3.34 (Legge Comunale e Provinciale) [...]"[16]. Ou seja, no entender do Professor Hely, os nossos consórcios não se confundiriam com os italianos, destinados que estes últimos são para a "gestione associata de servici pubblici".

e) a Emenda Constitucional nº 19, de 15 de junho de 1998.

Apesar do uso corrente dos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado e, ainda, do pleno e exitoso funcionamento do BRDE, que é uma autarquia interestadual, entendeu o Executivo Federal, talvez em homenagem à respeitada opinião de Hely Lopes Meirelles, que seria necessário regrar-se constitucionalmente o consórcio público, prevendo-se expressamente a sua personalidade jurídica e, como no direito italiano, a possibilidade de que por meio dele se faça a gestão associada de serviços públicos.

Nesse sentido, o Poder Executivo da União apresentou ao Congresso Nacional a Mensagem nº 886, de 23 de Agosto de 1995, que encaminhou a Proposta de Emenda Constitucional que deu origem à Emenda Constitucional nº 19, de 15 de junho de 1998.

Nessa proposta, se previa o acréscimo, no Título das Disposições Constitucionais Gerais, do artigo 247, com a seguinte redação:

> "Art. 247. Para o fim de implementar de modo coordenado funções e serviços, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer entre si:
>
> I – consórcios públicos para a gestão associada de um ou mais serviços, inclusive mediante a instituição de órgãos e entidades intergovernamentais;
>
> II – convênios de cooperação para execução de suas leis, serviços ou funções;
>
> III – convênios para transferência total ou parcial de encargos e serviços, estabelecendo a lei complementar critérios para incorporação, remuneração ou cessão de pessoal, bens e instalações essenciais à continuidade dos serviços transferidos."

A Exposição de Motivos Interministerial nº 49, de 18 de agosto de 1995, que acompanhou a Mensagem presidencial, esclarecia o objetivo dessa proposta:

> "**viabilizar o federalismo administrativo:** a introdução de novos formatos institucionais para gestão em regime de cooperação dos serviços públicos, envolvendo a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e a remoção de obstáculos legais à transferência de bens e de pessoal aprofundarão a aplicação dos preceitos do federalismo na administração pública, particularmente no que tange à descentralização dos serviços públicos."

Porém, o relator da Proposta de Emenda Constitucional na Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, o Deputado Prisco

[16] Op. cit., pág. 352, grifos do autor.

Viana, entendeu que as **medidas propostas eram desnecessárias, posto que o direito em vigor já abrigava tais possibilidades** (o que, como visto, era verdade), entendendo que a questão era meramente **administrativa** e não **constitucional**. Veja-se, no que tange a essa matéria, a íntegra de seu pronunciamento:

> "Art. 247
>
> Trata-se de matéria de natureza puramente administrativa, que se inclui no âmbito da competência e da capacidade de obrigar-se juridicamente, reconhecidas aos entes estatais referidos no artigo em apreço, na qualidade de entidades dotadas de personalidade jurídica e, nessa condição, capazes de obrigar-se, de contratar e consorciar, e de autogerir suas atividades, decidindo o que lhes parecer mais apropriado à realização de suas finalidades institucionais.
>
> Não é preciso regra constitucional para dizer que os entes federados podem pactuar entre si. A formalização de compromissos da espécie insere-se na competência político-administrativa dos entes estatais envolvidos, exigindo, quando for o caso, tão-somente autorização legislativa (caso da transferência de patrimônio).
>
> Ainda do ponto de vista formal, considera-se desnecessária a previsão de lei "complementar" para estabelecer critérios de incorporação ou de cessão de pessoal, bens e instalações, matérias perfeitamente delineadas no campo da legislação ordinária.
>
> Pelos defeitos de técnica legislativa e de juridicidade apontados, exsurge a necessidade de extirpar essa parte da Proposta, o que se faz através da Emenda nº 10 anexa."[17]

O seu parecer e emendas, inclusive a que extirpava da Proposta o artigo 247, foram aprovados, apesar de muitas manifestações no sentido de que o Relator havia adotado entendimento por demais simplificado na matéria.

No âmbito da Comissão Especial criada na Câmara dos Deputados, o Deputado Moreira Franco, restabeleceu com nova redação o dispositivo extirpado pela emenda do Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, dando origem ao atual texto do artigo 241 da Constituição Federal, 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 entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem com a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos."

---

[17] Relatório do Deputado PRISCO VIANA, Relator da Proposta de Emenda Constitucional da Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, pág. 42 da separata do projeto.

Do texto constitucional pode-se chegar a algumas conclusões.

A primeira é que se reconheceu que os consórcios públicos podem ser celebrados entre entidades estatais de espécies diferentes (por ex., Estado com Município).

Ante a previsão constitucional expressa, portanto, não há que se reduzir o consórcio como pacto de entidades públicas de mesma espécie. Em outras palavras, talvez mais precisas, o consórcio público não se limita a ser um contrato de cooperação celebrado por entidades que possuem as mesmas espécies de competências, uma vez que, no sistema da Constituição de 1988, há muitas competências comuns aos entes federativos ou que se interferem mutuamente, pelo que necessários espaços de articulação federativa, como os consórcios.

A segunda, é que o modelo adotado pela Emenda Constitucional é, sem sombra de dúvidas, o italiano – aquele mesmo apontado pelo mestre Hely em sua nota de rodapé -, onde o consórcio exerce a gestão associada de serviços públicos e é provido de personalidade jurídica de direito público, pelo que a adoção da designação consórcio público ao invés da que era antes tradicionalmente utilizada, qual seja, consórcio administrativo. Para se demonstrar essa assertiva basta se atentar para as seguintes palavras de Paulo Barile, emérito Professor da Universidade de Florença: "Funzioni e servizi possono essere svolti dai comuni anche in forme associate e attivando forme di cooperazione, mediante convenzioni tra comuni, province e regione (**consorzi**, per la gestione associata di uno o più servizi).[18]

Observe-se que o ponto que, expressamente, previa essa personalidade jurídica foi extirpado do texto da Proposta de Emenda Constitucional não porque houvesse discordância de mérito ou de juridicidade, mas porque era considerado **desnecessário,** já que se tratava de possibilidade que já estava ao alcance das pessoas públicas – como, aliás, demonstra a prática atual, como no apontado exemplo do BRDE.

Terceira conclusão é que o novo texto constitucional estendeu para os convênios de cooperação a possibilidade de haver autorização para a gestão autorizada, criando a óbvia dificuldade de se operacionalizar nesse âmbito as atividades de natureza indelegável, como o planejamento e a regulação de serviços públicos que, se possíveis no âmbito do consórcio público, porque nele não se fala em delegação, mas em descentralização para pessoa consorcial de que participa o ente da Federação, já não é tão possível no âmbito de convênio, que meramente ajusta comportamentos num mesmo sentido, sem criar obrigações recíprocas.

Quarta e última conclusão é que o texto final acabou por extirpar a expressa previsão, que existia no texto original da Proposta de Emenda Constitucional, de que lei editada pela União venha a disciplinar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens. Mesmo

[18] Istituzione di diritto Pubblico, 6ª. ed., Florença: CEDAM, 1991, pág. 564.

que não fosse o caso de uma lei complementar, como se previa, há a clara necessidade de que, ao menos, sejam instituídas normas gerais de contratos, a fim de que essas matérias (transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens), no que sejam eminentemente contratuais, tenham conveniente e adequada disciplina.

Conclui-se, portanto, que apesar de auto-aplicável, a nova redação do artigo 241 da Constituição Federal necessita de uma legislação auxiliar, a ser editada pela União, no sentido de que suas prescrições possam ser exercidas mais amplamente e com segurança jurídica. Ou, no dizer de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *"A doutrina brasileira tem lamentado a ausência de legislação própria para essas fórmulas político-administrativas de cooperação que, não obstante, cada vez mais, vêm ganhando expressão na nossa prática federativa"*[19].

Com esses objetivos é que foram apresentados alguns projetos de lei, ora em apreciação na Câmara dos Deputados.

3. PROJETOS DE LEI EM APRECIAÇÃO NO LEGISLATIVO

No âmbito do Senado Federal foram apresentados dois projetos de lei sobre a matéria.

O primeiro deles foi o Projeto de Lei do Senado nº 222, de 1999, do Senador Ronaldo Cunha Lima; o segundo foi o Projeto de Lei do Senado nº 186, de 2000, de autoria do Senador Geraldo Althoff. Os projetos tiveram tramitação conjunta, sendo que foi aprovado o PLS de iniciativa do Senador Geraldo Althoff, com emendas, que fizeram com que fossem contempladas as propostas do PLS cuja iniciativa coube ao Senador Ronaldo Cunha Lima.

A proposta do Senado é sucinta, sendo, em grande parte atendida pelas propostas do anteprojeto de lei do Executivo. Ponto importante, já que ultrapassou a análise de legalidade e constitucionalidade no âmbito do Senado Federal, é o art. 4º do Projeto de Lei do Senado prevê que "Os consórcios públicos poderão ser dotados de personalidade jurídica, revestindo-se a forma de autarquia ou de sociedade civil sem fins lucrativos, conforme definido nos respectivos atos constitutivos".

Ou seja, tal projeto, que procura o seu fundamento na atual redação do art. 241 da Constituição Federal, versa sobre o consórcio público, e não sobre o consórcio administrativo, tornando mais uma vez evidente o teor e sentido da modificação estabelecida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998,

Atualmente a proposição aprovada no Senado Federal se encontra sob a apreciação da Câmara dos Deputados (PL nº 5.755, de 2001).

---

[19] Curso de Direito Administrativo, 11ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, pág. 30.

Já na Câmara dos Deputados, no que interessa à presente análise, foi apresentado o Projeto de Lei nº 1.071, de 1999, pelo Deputado Rafael Guerra que, como Secretário de Saúde do Estado de Minas Gerais, estimulou sobremaneira a constituição de consórcios intermunicipais de saúde.

O PL 1.071 foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, em parecer que analisou largamente a sua compatibilidade com o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, aguardando hoje a manifestação da Comissão de Desenvolvimento Urbano, para o qual foi tardiamente encaminhado.

De se ver que grande parte das propostas do PL 1.071 é atendida pelas do anteprojeto ora analisado, especialmente no que se refere às finalidades do consórcio público, as cláusulas necessárias para o contrato de constituição de consórcio público (que, entretanto, não recebia essa designação no PL 1.071), os poderes administrativos que se faculta ao consórcio.

Porém, o anteprojeto do Governo Federal, e que ora analisamos, é bem mais completo e possui inquestionável superioridade técnica – pelo que não é o caso de se apoiar o PL 1.071 em detrimento da proposta do Executivo Federal, por maiores que sejam os méritos da proposta do Deputado Rafael Guerra.

Saliente-se que o Projeto do Executivo é fruto do trabalho de equipe multidisciplinar que nele trabalhou **por mais de um ano** (i.e., desde abril de 2003), e que, além disso, se aproveitou dos debates havidos na própria tramitação do Projeto de Lei do Deputado Rafael Guerra sendo, inclusive, do ponto de vista técnico, uma evolução desse último.

Conclui-se que: (1) todos os projetos de lei em trâmite no Legislativo procuraram sanar as acima apontadas dificuldades para tornar operativos os consórcios públicos e (2) que o anteprojeto do Executivo não possui contrariedade com as propostas em trâmite no Legislativo, uma vez que amplamente as contempla.

4. ALGUMAS CONCLUSÕES INTERMEDIÁRIAS

Antes de se avançar na análise dos dispositivos do anteprojeto de lei, há que se traçar um quadro geral do ambiente jurídico em que ele se insere.

Como exposto, o consórcio é um contrato de colaboração, do qual pode ou não se originar uma pessoa jurídica que, por seu turno, pode ser de direito privado (uma associação civil ou uma sociedade de economia mista) ou de direito público (uma associação pública).

Porém, há opiniões doutrinárias em contrário, especialmente a posição que, a partir da 3ª. edição de seu Direito Administrativo Brasileiro, passou a

adotar Hely Lopes Meirelles, no sentido de não entender que o pacto consorcial origine uma pessoa jurídica e, outrossim, que seja tal pacto um contrato.

Repisemos que essa novel posição do Professor Hely ser deve ao fato, aqui apontado, de que muito da opinião desse doutrinador ter sido influenciada pelas circunstâncias do caso CICPAA, que analisou em parecer. Rememore-se que a CICPAA se tratava de uma comissão intermunicipal cujos objetivos não estavam bem delineados. Claro que, numa situação dessas, onde ausente a personalidade jurídica e a definição das obrigações a serem cumpridas, levar ao juízo de que não se tratava de contrato.

Esta novel opinião de Hely Lopes Meirelles, tendo em vista a influência das reedições mais recentes de sua obra, foi seguida por vários outros doutrinadores.

Porém, de se ver que tal opinião reformulada é **anterior** ao advento da Emenda Constitucional nº 19, de 15 de junho de 1998, que inseriu no texto constitucional a expressão consórcio público e não consórcio administrativo. Não houve como mestre Hely reformular novamente a sua posição, adequando-a ao direito constitucional positivo, posto que faleceu em 1990, bem antes, portanto, da EC nº 19.

Visto isso, acrescentamos aqui que a expressão consórcio público, inserida no artigo 241 da Constituição Federal, possui, no nosso direito público, o significado de uma pessoa jurídica de direito público por três razões.

Adiantamos aqui que a expressão consórcio público, inserida no artigo 241 da Constituição Federal, possui, no nosso direito público, o significado de uma pessoa jurídica de direito público por três razões.

A primeira se deve ao próprio trâmite da Proposta de Emenda Constitucional, onde é nítida a intenção de se identificar a expressão com uma pessoa jurídica de direito público intergovernamental, o que não veio a acontecer de forma explícita porque se entendeu desnecessário, vez que a possibilidade de criar tal pessoa estava já estaria presente na capacidade de os entes federativos entre si se obrigarem, bem auto-organizarem administrativamente. Ou seja, não se foi mais expresso porque se entendeu a matéria era apenas administrativa, nada trazendo de constitucional.

A segunda razão para se interpretar da forma apontada o art. 241 do texto constitucional se deve ao fato de que, no uso corrente, o consórcio público é aquele provido de personalidade jurídica. Segundo o Ministério da Saúde, na conformidade dos dados que trouxe para o Grupo de Trabalho Interministerial em 1998, justamente o ano da adoção da Emenda Constitucional nº 19, cerca de 42% (quarenta e dois por cento) dos Municípios brasileiros participavam de algum consórcio de saúde. Com isso, o legislador constitucional, pelo mais óbvio, teve em conta a experiência corrente e consagrada, e não as esporádicas, e pouco precisas, dissensões da doutrina publicística.

A terceira é que, no direito comparado, o consórcio público, o que esclarece o porquê da utilização do epíteto público ao invés de utilizar isoladamente a expressão consórcio, é uma pessoa jurídica de direito público, apesar de, em sua evolução, haver sido considerado como despersonalizado ou, como no exemplo português, ter se revestido de personalidade jurídica de direito privado.

No que se refere ao direito comparado que, na matéria, possui grande autoridade, vejam-se os seguintes exemplos: (1) as associações de municípios, do direito português; (2) as mancomunidades e os consórcios públicos do direito espanhol e, na última acepção, do direito argentino; (3) os syndicats de communes, do direito francês, belga e suíço de fala francesa; (4) as Zwerckverbände do direito alemão e suíço de fala alemã; (5) os consorzi pubblici, do direito italiano, em que se encontra presente também a figura da gestione associata de servici pubblici.

Evidente, assim, que o direito brasileiro veio a receber a influência do direito público de países de cultura jurídica semelhante, especialmente do direito italiano (onde há a gestão associada de serviços públicos), no fenômeno que Peter Häberle designa como evolução textual, onde o direito público de um país influencia o de outro, que faz melhor a contribuição recebida, porque os textos recebidos são "mais inteligentes" que os textos originais, já que "a realidade não escrita, sucessiva à redação do texto originário, assume forma escrita nos novos e reelaborados textos."[20]

Com isso, tendo em vista a inovação do texto constitucional, de se notar que o direito brasileiro veio a se aproximar dos conceitos do direito europeu, no sentido de se reconhecer o consórcio público como pessoa jurídica de direito público.

Doutro lado, com o advento da EC nº 19, se não remanescem dúvidas – se é verdade que antes elas existiam - de que o consórcio pode ser uma pessoa jurídica de direito público, sem descartar a possibilidade dele se revestir da personalidade de direito privado ou, ainda, ser despersonalizado, há que se analisar a questão de o ato constitutivo do consórcio possuir ou não a natureza contratual.

Em fins do século XIX e início do século XX havia grandes discussões em torno de que existiram atos jurídicos bilaterais, ou mesmo plurilaterais, que não se ajustariam à hipótese de contrato, do qual seria exemplo o pacto consorcial. Essa polêmica, que se originou do direito internacional[21], veio a se espraiar para outros ramos do direito público vindo, finalmente, a atingir o direito privado e a teoria geral do direito.

No Brasil, entretanto, trata-se de questão ultrapassada.

---

[20] "Problemi attuali del federalismo tedesco", in ANTONIO D´ATENA, Federalismo e Regionalismo in Europa, Milão: Giuffrè Editore, 1994, págs. 112-113.

[21] Um dos exemplos mais correntes desse novo tipo de ato administrativo seria a união de Estados para formar uma confederação.

No direito privado, após famoso estudo de Tullio Ascarelli[22], a questão foi resolvida reconhecendo-se que, em realidade, há duas espécies de contratos: (1) os comutativos, onde os interesses das partes são opostos e (2) os contratos de organização, onde as partes perseguem os mesmos objetivos.

No que se refere aos consórcios, que nos interessa agora mais de perto, Fernando Mendes de Almeida, em estudo publicado em 1958, do qual já fizemos referência no início desse texto[23], também analisou tais doutrinas de forma bastante aprofundada, concluindo no sentido de reconhecer ao consórcio o caráter de contrato.

Entretanto, sem fazer referência a essa discussão anterior, a já citada opinião reformulada de Hely Lopes Meirelles é a de que *"Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes"* [24] e, ainda, que *"todos os princípios e preceitos regedores dos convênios são aplicáveis aos* ***consórcios administrativos***"[25], pelo que se infere que, nesta sua opinião reformulada, o Professor Hely não considera o pacto consorcial como um contrato.

Atualmente, também no direito público, essa questão está superada pela moderna doutrina. Marçal Justen Filho, por exemplo, recupera a noção de contrato de organização cunhada por Tullio Ascarelli, demonstrando que é extremo reducionismo só reconhecer como contrato o contrato comutativo[26], já Odete Medauar se mostra enfática e precisa: *"A dificuldade de fixar diferenças entre contrato e convênio parece levar a concluir que são figuras da mesma natureza, pertencentes à mesma categoria, a contratual; a característica dos convênios e consórcios está na sua especificidade por envolver duas ou mais entidades estatais ou pelo tipo de resultado que se pretende atingir com o acordo firmado".*[27]

Porém, na doutrina administrativista, há que se dizer que muitos autores ainda não fizeram o reestudo dessa matéria, continuando a exprimir, sem a análise da doutrina que a sustenta, a opinião de que o convênio não se confunde com o contrato. Faz exceção a esses autores Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que adota a posição de que convênio não se confunde com contrato se fundamentando na antiga doutrina da Gesamtakt, entendendo que

---

[22] "O contrato plurilateral", reunido no volume Problemas das sociedades anônimas e direito comparado, 2ª. ed., S. Paulo: Editora Saraiva, 1969, págs. 255-312.

[23] "Consórcio municipal", in Revista de Direito Administrativo, vol 52, abr.-jun 1958, pág. 526.

[24] Direito Administrativo Brasileiro, 16ª. ed., última revisada pelo próprio autor, S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 350.

[25] Op. cit,. pág. 351.

[26] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª. ed., S. Paulo: Editora Dialética, 2002, págs. 39-46 e 606.

[27] Direito Administrativo Moderno, 4ª. ed., S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, págs. 272-273.

há atos administrativos bilaterais ou plurilaterais que não se confundem com o contrato, encontrando-se integrados na categoria de ato administrativo complexo ou de ato união[28].

Dessa forma, apesar desse autor reconhecer a possibilidade de o consórcio público se revestir da forma de pessoa jurídica de direito público, entende que o ato constitutivo dessa pessoa jurídica não seria um contrato, e sim um ato união, veja-se: "(...) a instituição de uma nova entidade, dotada de personalidade jurídica, através do ato união, não é, de forma alguma, estranha ao direito, pois na constituição de uma sociedade, no campo do direito privado, as vontades das partes também se integram complexamente com vistas à execução, por nova pessoa, de seu objetivo comum".[29]

Porém, o ilustre autor incorre em equívoco porque o ato constitutivo de pessoa jurídica privada é, sem dúvida, de natureza contratual, seja ele o contrato social de uma empresa, expressão que se esclarece por si mesma, ou os estatutos de uma sociedade anônima ou associação civil, considerados também como contrato no âmbito do direito privado[30].

Doutro lado, Leon Duguit, que cunhou a designação ato união, apesar de ser um dos mais notáveis defensores da teoria também adotada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, distingue nitidamente o ato constitutivo de uma pessoa jurídica, que seria contratual, dos atos posteriores, que venham a reger efetivamente a pessoa jurídica, a que se poderia entender como de diferente natureza.

Para o genial publicista de Bordéus, o ato constitutivo de uma associação, onde "c'est incontestable" que haveria "véritables contrats entre les initiateurs du groupement", possuiria natureza distinta dos seus estatutos, onde haveria "un concours de volontés sans qu'il y ait convetion ni contrat, mais seulement une plurarité de déclarations uniláterales de volontés concourantes, à la suite desquelles se forme une règle objective, une véritable loi matérielle du nouveau groupe.[31]

A assertiva de Duguit é aguda, porque, evidentemente, que no momento constitutivo de uma pessoa jurídica, se alguém não concorda com sua

---

[28] Curso de Direito Administrativo, 11ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, págs. 133-137.

[29] Op. cit., pág. 135.

[30] Como deixa evidente a opinião de MIGUEL REALE, que antes aqui apontamos (Parecer publicado na Revista dos Tribunais nº 455, novembro de 1972, págs. 16-17). De se observar, também, que o ato união, pode ser designado como contrato plurilateral, na forma adotada por TULLIO ASCARELLI em estudo que aqui já mencionamos ("O contrato plurilateral", reunido no volume Problemas das sociedades anônimas e direito comparado, 2ª. ed., S. Paulo: Editora Saraiva, 1969, págs. 255-312), ou, ainda, como faz o mestre portenho MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ, pode ser designado como contrato coletivo (Teoría general de los constratos administrativos, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952, págs. 26-28).

[31] Traité de Droit Constitutionnel, , 3ª. ed., Paris: Librarie Fontemoing e Cia., 1927, t. I, pág. 400.

constituição estará fora dela, mas se, na assembléia geral, onde se votar os estatutos, for voto vencido, nem por isso a decisão da assembléia não lhe é aplicável, o que demonstra claramente a distinta natureza jurídica de tais atos.

De outro turno, Renzo Ravá, da Universidade de Firenze, apesar de não possuir a imensa autoridade de Leon Duguit, escreveu sobre o tema dos estatutos das associações públicas um trabalho monográfico que, por isso, desperta aqui todo o nosso interesse. Em tal trabalho, após analisar longamente as teorias a que se refere o Professor Diogo Figueiredo Moreira Neto, especialmente a sua evolução nos direitos alemão, francês e italiano, concluir como Duguit, de que o ato constitutivo possui natureza contratual[32].

O anteprojeto, talvez em excessiva homenagem à opinião do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, adota a posição de reconhecer ao contrato de constituição de consórcio público o papel de mero ato constitutivo do consórcio público, o qual seria secundado pelos estatutos que, então, possuiriam a natureza a que o ilustre Professor fluminense se refere.

O anteprojeto de lei, dessa forma, atende inclusive a essa posição minoritária.

Doutro turno, de se ver que a proposta do anteprojeto é criar uma alternativa para a constituição de consórcios públicos, sem prejuízo das demais existentes. Com isso, o anteprojeto procura ampliar as possibilidades de articulação entre entes federativos, e não as tolher, condicionar ou limitar, pelo que não há que se falar em intromissão indevida na autonomia federativa ou na supressão de liberdades e poderes já outorgados e reconhecidos aos entes federados.

Registramos que a discussão da natureza contratual ou não do pacto consorcial, que remonta ao final do século XIX, e que ainda vem nos assombrar em pleno século XXI, é, do ponto de vista das competências da União, de muito pequena utilidade, uma vez que o inciso XXVII do art. 21 da Constituição reconhece que à União compete legislar privativamente sobre normas gerais de contratações, o que abrange os convênios e figuras afins, como pode se verificar do disposto no artigo 116 da Lei nº 8.666, de 1993, que é um dispositivo inserido numa lei nacional que regula, em termos de normas gerais, justamente a matéria dos convênios e ajustes de mesma espécie.

Por fim, é necessário deixar evidenciado que a retomada, mesmo bissexta, da polêmica da natureza não-contratual dos convênios não pode ser utilizada para, sob esse epíteto, fazer com que relações contratuais fiquem imunes às normas gerais editadas pela União, ou das demais normas que impõe à Administração Pública uma conduta isonômica e honesta.

Ato jurídico bilateral que envolva relações materialmente contratuais será sempre contrato, mesmo que tenham, como rótulo, a designação de

[32] Gli statuti degli enti pubblici, Milão: Giuffrè, 1936, págs. 51-78.

convênio ou outra, uma vez que o que em realidade interessa é a materialidade da relação jurídica e não o seu nomen juris[33].

Dessa forma, uma vez que o anteprojeto de lei se circunscreveu à disciplina das relações materialmente contratuais acaba, assim, por se afastar das polêmicas antes referidas nesse tópico.

5. O CONTRATO DE CONSTITUIÇÃO DE CONSÓRCIO PÚBLICO

Como vimos acima, o ato constitutivo de uma pessoa jurídica, de direito público ou de direito privado, no caso dela ocorrer na conjunção da vontade de mais de uma pessoa é um contrato, no que a doutrina e a prática jurídica dominantes não deixam dúvidas.

Doutro lado, caso queiram exercer a faculdade estabelecida no artigo 241 da Constituição Federal e constituir um consórcio público que seja uma autarquia, aos moldes do que é o BRDE, a alternativa existente é que os entes federativos interessados – justamente como aconteceu no caso do BRDE – venham a celebrar convênio, a ser aprovado pelos legislativos dos partícipes e, assim, opera legis, criar-se pessoa jurídica de direito público.

Porém, o convênio, como é sabido, trata-se de instituto dos mais precários, admitindo denúncia a qualquer momento, sem quaisquer ônus, a não ser as obrigações anteriormente assumidas, da qual se esteja inadimplente[34].

Evidentemente há uma incongruência, pelo fato de ter que se utilizar convênio para hipótese que obviamente se exige contrato e, além disso, uma fragilidade muito grande do consórcio público, derivada da fragilidade de seu ato constitutivo.

Nesse sentido, o anteprojeto de lei ora analisado propõe a instituição, por meio de lei da União, de normas gerais para os contratos de constituição de consórcios públicos, disciplinando os estágios de sua celebração - que podem envolver protocolo de intenções, ratificação e reservas, as cláusulas necessárias desse contrato, as normas para a sua alteração e extinção.

---

[33] Nesse ponto precisa é a lição de EROS ROBERTO GRAU, que para a ocasião lembra o exemplo, clássico, de Hospers, dos rótulos e das garrafas e também outro, "algo mais poético: quando Julieta, na segunda cena do segundo ato de "Romeu e Julieta", descobre que Romeu é um Montecchio, ao se dar conta disso, imediatamente diz: 'Mas o que é um nome? Uma rosa, se não fosse chamada de rosa continuaria a cheirar doce, da mesma maneira´" ("Empresas estatais ou Estado empresário", in CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (organizador), Curso de direito administrativo, S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, pág. 103).

[34] V., por exemplo, o aresto publicado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 119.256-SP, onde o Supremo Tribunal Federal decidiu que "Pela precariedade do convênio administrativo, seus beneficiários não têm direito à sua manutenção, nem muito menos direito adquirido a ela" (Rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 14.4.1992). No mesmo sentido: TJESP, Apelação Cível nº 183.371-1, Rel. Des. ALMEIDA RIBEIRO, j. 29.4.1993, e Apelação Cível nº 279.114-1, Rel. Des. VALLIM BELLOCHI, j. 11.8.1997, além de aresto mais antigo, publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo, 95/61.

Com isso, as normas propostas encontram-se no interior da competência que a Constituição previu para a União, qual seja, a de legislar privativamente sobre normas gerais de contratação para as administrações direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 21, XXVII).

Por outra banda, as cláusulas necessárias previstas para esse contrato são adequadas, tanto do ponto de vista da constitucionalidade, como da boa técnica do direito administrativo.

Interessante nesse ponto abordar a forma inteligente e adequada que foi tratada a questão da delegação de competências dos entes consorciados ao consórcio público.

A técnica utilizada foi a de definir com precisão a área de atuação do consórcio público e, ainda, prever-se que a delegação dar-se-á ou na hipótese, prevista constitucionalmente, de gestão associada de serviços públicos, ou de forma que respeite o princípio da territorialidade das competências federativas, fazendo com que o projeto adote exatamente o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no RE 120.932-1, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. em 24.3.1992, como na ACO 503-7, Rel. Ministro Moreira Alves, j. em 25.10.2001.

Cumpre ressaltar, também, que a instituição das normas gerais para os contratos de constituição de consórcios públicos não impede que, caso queiram, os entes federativos continuem a constituir ajustes de natureza consorcial, quer sejam os consórcios administrativos, desprovidos de personalidade jurídica, quer sejam as associações de direito privado.

Ou seja, a proposta analisada cria uma alternativa, sem prejudicar as demais hoje existentes e em uso. Aliás, nesse sentido são as disposições transitórias que, sob certas condições, permitem que os consórcios instituídos como associações civis se convertam em consórcios públicos.

6. O CONTRATO DE RATEIO

O mesmo que se disse sobre o contrato de constituição de consórcio público pode ser utilizado na análise dos contratos de rateio.

É que nos consórcios existentes, onde presente a personalidade jurídica de direito privado, grande questão é a sua manutenção econômico-financeira.

Geralmente, a solução adotada é a de que o ente consorciado venha a contribuir espontaneamente com recursos, o que torna o consórcio muito instável financeiramente, pois dependente da vontade dos dirigentes de cada uma das entidades consorciadas. Em outros termos, atualmente o consórcio não possui qualquer exigibilidade sobre os valores que lhe são destinados pelo orçamento dos entes que o integram, fazendo com que tenham grandes

dificuldades de assumir, com segurança jurídica, obrigações perante terceiros e, especialmente, serem veículos para investimentos de maior vulto.

A proposta do anteprojeto de lei é que, no uso da mesma competência que é facultada à União, de instituir normas gerais para os contratos da Administração Pública, se institua o contrato de rateio, destinado a viabilizar a gestão financeira dos consórcios públicos.

Tal contrato de rateio seria celebrado anualmente, na conformidade do que autorizaria a lei orçamentária de cada ente consorciado ou, nos caso de despesas previstas em plano plurianual, a celebração obedeceria ao prazo de vigência desse plano. Com isso, observadas as normas de direito financeiro, especialmente as de responsabilidade fiscal, o consórcio adquire a segurança de haver como contratados os recursos que lhe serão entregues, fazendo-os exigíveis, fornecendo segurança para a sua gestão administrativo-financeira.

Evidentemente que, submetido ao princípio da responsabilidade fiscal, o contrato de rateio terá diminuído o valor dos pagamentos nele programados no caso de o ente que tenha contratado a entrega dos recursos tenha abalo em suas receitas ou aumento imprevisto de despesas – o que, por força do mesmo princípio, levará a uma retificação também na atividade orçamentária e financeira do consórcio.

Porém, tal dispositivo não prejudica a segurança proporcionada pelo contrato de rateio, posto que somente nessa hipótese que poderão ser diminuídos os pagamentos nele previstos.

Por fim, de se ver que, afora algumas normas para a sua celebração, previstas no próprio anteprojeto de lei ora analisado, o contrato de rateio, como todos os contratos financeiros celebrados pela Administração Pública, será regido pelo direito privado, o que adequadamente faz com que dele sejam afastadas as prerrogativas inerentes aos contratos administrativos, denominadas como cláusulas exorbitantes que, nesse contexto – ou seja, para evitar pagamento corretamente acordado – seriam incabíveis.

7. O CONTRATO DE PROGRAMA

Terceiro aspecto do anteprojeto de lei que merece a nossa análise técnica diz respeito ao contrato de programa, destinado à disciplina da prestação de serviços públicos por meio de gestão associada, ou os aspectos contratuais da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Nesse ponto, retomando observação que antes fizemos, o artigo 241 da Constituição Federal, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, prevê que tanto a gestão associada de serviços públicos como a aludida transferência total ou parcial será autorizada por meio de consórcio público ou por convênio de cooperação.

Ora, no âmbito da gestão associada ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens poderá ocorrer de forma mais superficial que, de fato, não ultrapasse o âmbito de um convênio ou, ainda, para maior aprofundamento e segurança jurídica, poderá exigir um contrato, especialmente para que restem assegurados os direitos dos usuários dos serviços públicos objeto da gestão associada, tanto no que se refere à garantia de serviço adequado, como no que tange à modicidade de suas tarifas.

Nesse caso, atualmente apenas caberia aos entes federativos interessados operacionalizar a gestão associada ou a transferência total ou parcial por meio de um contrato de concessão que, entretanto, possui outros objetivos, não sendo disciplina adequada para outras espécies de relação jurídica.

Com isso, a natural necessidade de se prever um contrato específico, designado como contrato de programa.

O objetivo seria a disciplina das relações entre os entes da Federação interessados, no que se refere à gestão associada ou à transferência total ou parcial a ela ligada, que exorbitassem o âmbito meramente convenial, inserindo-se no do contrato.

Dessa forma, somente no caso de as obrigações revestirem-se de conteúdo contratual é que seria exigível o contrato de programa, instrumento que a União coloca, em termos de normas gerais, à disposição dos entes da Federação.

A prevista disciplina do contrato de programa é perfeitamente adequada, especialmente no que se refere às suas cláusulas necessárias.

8. DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

No anteprojeto de lei são previstos diversos dispositivos gerais e transitórios.

Em primeiro lugar, prevê-se que a União somente participará de consórcio público com Município caso do mesmo consórcio participe o Estado em que tal Município esteja situado. Trata-se de norma de auto-restrição da União, e extremamente benéfica, porque no sentido de impedir o uso do consórcio público no fomento de contenciosos federativos.

Outras normas de relevo adaptam o direito positivo às prescrições da nova lei, especialmente conferindo à gestão financeira do consórcio o mesmo respeito ao princípio da responsabilidade fiscal estabelecida, no âmbito da administração financeira de outros entes públicos, pela legislação que complementou a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. São normas, portanto, para equivaler o regime do consórcio público com os de outros entes públicos, evitando que a entidade consorcial venha a se torna uma

"válvula de escape" das restrições fiscais hoje impostas à atividade financeira da Administração Pública.

Finalmente, como norma transitória há as normas, aqui já referidas, que permitem, sob algumas condições, que os consórcios que atualmente possuam a natureza jurídica de associação civil, regida pelo direito privado, possam se converter em consórcios públicos.

9. CONCLUSÃO

O anteprojeto de lei ora analisado, que "instituir normas gerais para os contratos de constituição de consórcios públicos, bem como para os contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada e dá outras providências" propõe dispositivos que são constitucionais, adequados à nossa cultura de direito administrativo e com boa técnica legislativa, nada obstando, do ponto de vista jurídico, que seja encaminhado para a apreciação do Congresso Nacional.

Brasília, 23 de junho de 2004.

Wladimir António Ribeiro

OAB/SP 110.307

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

RIBEIRO, Wladimir António. Nota Técnica sobre a Legalidade e Constitucionalidade do Anteprojeto de Lei criado pela Portaria 1.391/Ccivil/2003. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, julho/agosto/setembro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível.