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 TEXTO DO AUTÓGRAFO DO PROJETO DE LEI Nº 1.071, DE 1999 (CONSÓRCIOS PÚBLICOS)

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.

Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República (SCPAI/PR)

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) - PROJETO BRA/04/021

NOTA TÉCNICA: Analisa o texto do autógrafo do Projeto de Lei nº 1.071, de 1999, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.

I. Analisa-se nesta Nota Técnica tanto o texto, como as manifestações que os órgãos da Administração Federal elaboraram sobre o autógrafo do Projeto de Lei nº. 1.071, de 1999, que "dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências".

Destaque-se que o autógrafo aprovado é originário de um **acordo** entre o Governo e a Oposição, no âmbito do Senado Federal, por meio do qual se chegou a um texto de Substitutivo, **que incorporou as propostas do Projeto de Lei pelo Poder Executivo,** que, enviado em regime de urgência, tratava do mesmo assunto (PL nº. 3.884, de 2004).

II. Segundo informou a Subchefia de Assuntos Parlamentares da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da

República, manifestaram-se sobre o autógrafo o Ministério da Justiça, o Ministério da Fazenda e a Advocacia Geral da União.

Doutro lado, o autógrafo foi apreciado pelo Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) constituído pela Portaria no 1.391, de 28 de agosto de 2003, da Casa Civil da Presidência da República, em reuniões realizadas nos dias 18 e 23 de março de 2005.

Tanto as manifestações escritas, como as realizadas nas reuniões do GTI serão analisadas nesta Nota Técnica.

III. A manifestação do Ministério da Justiça é pela sanção do anteprojeto, com veto no artigo 16, que modifica o inciso IV do art. 41 do Código Civil. A seguir uma comparação dos textos:

Redação atual	**Redação do autógrafo**
Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:	Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:
IV – as autarquias;	IV – as autarquias**, inclusive as associações públicas**;

A razão apontada para o veto é que o dispositivo seria desnecessário, uma vez que o art. 41 do Código Civil, em seu inciso V, afirma que também são pessoas de direito público interno "as demais entidades de caráter público criadas por lei".

IV. Porém, uma análise mais atenta aponta que a modificação no Código Civil é necessária, pelo que o art. 16 do autógrafo não pode ser vetado.

Isso porque outro dispositivo do mesmo autógrafo, ou seja, o § 1º do art. 1º, afirma, claramente, que o consórcio público de direito público é associação pública. Dessa forma, por coerência, para se vetar o art. 16 dever-se-ia vetar o § 1º do art. 1º o que, evidentemente, não é o desejo do Ministério da Justiça.

Doutro lado, vetar-se somente o art. 16 levaria a se criar dificuldades para se compreender o disposto no § 1º do art. 1º da Lei, que passaria a mencionar conceito que, por causa do veto, não mais constaria do seu texto. Evidentemente que isso dificultará a correta aplicação da Lei.

Vê-se, assim, que o uso da expressão associação pública facilita muito a compreensão do que é o consórcio público, que é conceito novo, pois introduzido em 1998, pela Emenda Constitucional nº. 19.

Acrescente-se, ainda, que o consórcio público é caracterizado como associação pública tanto pela mais moderna doutrina jurídica brasileira, como pela tradicional doutrina européia.

Citem-se, como exemplos, no campo brasileiro, os pareceres que, a respeito do Projeto de Lei do Executivo, foram exarados pelos Professores Dalmo De Abreu Dallari, Floriano De Azevedo Marques Neto, Marçal Justen Filho e Benedicto Porto Neto e, no campo do direito comparado, sirva como súmula da doutrina européia o exposto por Vital Moreira, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em sua recente e profunda obra Administração Autônoma e Associações Públicas.

Em função disso, nada mais natural do que preservar-se o art. 16 do autógrafo.

V. A manifestação do Ministério da Fazenda foi elaborada pelas Secretarias de Política Econômica e do Tesouro Nacional, que reiteraram manifestações anteriores as quais, por serem de cunho jurídico, foram submetidas à apreciação da Procuradoria da Fazenda Nacional.

A Procuradoria da Fazenda Nacional ratificou o entendimento anterior, em que aprovava o conteúdo do Projeto de Lei enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em regime de urgência, e que tratava do mesmo assunto. Dessa forma, passou a analisar apenas o que o autógrafo se diferenciava em relação àquele outro Projeto de Lei.

Por essa via, conclui pelo "veto de todas as partes da proposta em que se alude à personalidade jurídica de direito privado dos consórcios público", bem como "do parágrafo único do art. 9º" (fls. 7 do Parecer PGFN/CJU/Nº 480/2005).

VI. As mesmas questões analisadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional foram analisadas pela Advocacia Geral da União.

Primeiro, por parecer de 31 de março do corrente do Departamento de Análise de Atos Normativos da Consultoria Geral da União, que entendeu que os dispositivos previstos no autógrafo, inclusive os apontados pela Procuradoria da Fazenda Nacional, poderiam ser aplicados de forma inconstitucional, mas não concluiu pela adoção de veto, mas com a assertiva de que as inovações trazidas pela conversão do autógrafo em lei levarão a "vários questionamentos constitucionais" que "exigirão teses jurídicas consistentes para afastá-los" (fls. 33 da Nota Técnica nº. 19/2005/DENOR/CGU/AGU).

Em suma: a conclusão é que matéria de alguns dos dispositivos do autógrafo seria controvertida, mas não inconstitucional.

O Consultor Geral da União, no dia 4 subseqüente, apreciou a manifestação do DENOR e, de forma bastante consistente, demonstrou que a eventual aplicação inconstitucional da Lei não seria um problema de seu **texto**, mas "do cumprimento incorreto ou do descumprimento dos preceitos da lei" (fls. 324 do proc. adm. nº. 00001.0150029/2003-37).

Observe-se que o Consultor Geral da União foi preciso e avançou no ponto essencial da questão: não se veta dispositivo porque a sua aplicação defeituosa pode ser inconstitucional, porque isso não é problema de seu texto, mas de seu aplicador. Doutro lado, essa mesma manifestação deixa manifesta a necessidade de que, como prevê o próprio autógrafo (art. 20), a Lei seja regulamentada, para que, com a orientação adequada, se evite a aplicação defeituosa. Em resumo: os questionamentos levantados não se resolvem com vetos, mas com o regulamento.

Em face destes doutos e precisos argumentos, **o Advogado Geral da União aprovou, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União, a manifestação então exarada pelo Departamento de Análise de Atos Normativos (DENOR)**.

Como a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional é subordinada técnica e juridicamente ao Advogado Geral da União (art. 2º, § 1º, da Lei Complementar nº. 73, de 1993), a aprovação deste último prejudicou as conclusões em sentido contrário da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, uma vez que ambas as manifestações tratam dos mesmos assuntos.

Conclui-se, dessa forma, que, em termos unificados, **a recomendação dos órgãos jurídicos da Administração Federal – que analisaram minuciosamente a questão - é pela sanção do autógrafo sem nenhum veto**.

VII. Porém, como se disse, o autógrafo foi analisado do Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) constituído pela Portaria nº 1.391, de 28 de agosto de 2003, da Casa Civil da Presidência da República, que, nas duas reuniões realizadas, decidiu pela recomendação de três vetos.

VIII. Os dois primeiros vetos recomendados pelo Grupo de Trabalho Interministerial referem-se aos incisos III e IV do § 1º do art. 4º do autógrafo.

Para facilitar o entendimento, citamos a seguir todo o § 1º, negritando os incisos que se quer vetar:

"Art. 4º. .....

.....

> § 1º Para os fins do inciso III do caput deste artigo, considera-se como área de atuação do consórcio público, independentemente de figurar a União como consorciada, a que corresponde à soma dos territórios:
>
> I – dos Municípios, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos;
>
> II – dos Estados ou dos Estados e do Distrito Federal, quando o consórcio público for, respectivamente, constituído por mais de 1 (um) Estado ou por 1 (um) ou mais Estados e o Distrito Federal;
>
> III – dos Municípios e dos Estados, quando o consórcio público for constituído por 1 (um) ou mais Estados e Municípios;
>
> IV – dos Municípios e do Distrito Federal, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal e os Municípios; e
>
> V – dos Municípios, do Distrito Federal e dos Estados, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal, 1 (um) ou mais Estados e Municípios.

IX. Como se observa, o inciso **III** trata de consórcios públicos entre Estados e Municípios, como ocorre no inciso I, mas com a diferença de que o território dos Municípios não precisam estar contidos no território do Estado. A distinção é clara, porque a parte final do inciso I afirma que se tratam de "Municípios com território nele contidos", ou seja, Municípios com territórios contidos no território do Estado que se consorcia.

A redação original do inciso **III**, tanto no Projeto de Lei do Poder Executivo (art. 2º, II, "c"), como no texto aprovado no Senado (art. 5º, § 1º, III) previa que os Municípios, nesse caso, teriam os seus territórios contíguos, isto é, fariam divisa com o território do Estado.

O dispositivo, dessa forma, tinha por objetivo permitir que um Estado pudesse auxiliar um Município que, mesmo se situando em outro Estado, lhe fosse vizinho, a fim de procurar solução integrada para algumas de suas políticas públicas, o que, inclusive, é a realidade brasileira atual (por exemplo, veja-se o Município de Timon, que se situa no Maranhão, mas faz parte do complexo metropolitano de Teresina, ou, ainda, o caso dos Municípios do Vale do Paranapanema paulista, que mantém relações estreitas, especialmente na área da saúde, com os seus vizinhos paranaenses).

Mas, por meio de emenda, a Câmara dos Deputados retirou o requisito que o Município fosse contíguo ao Estado, o que permite – a se manter a redação atual – que um Estado se consorcie com Municípios de outro Estado mesmo que não haja relações de vizinhança que legitime esse consorciamento.

Evidentemente que a manutenção desse dispositivo é perigosa para a paz federativa, uma vez que um Estado poderá se imiscuir nos assuntos municipais de outro Estado sem ter, ao menos, uma relação de vizinhança que legitimasse a sua ação.

Por estas razões, o inciso **III** do § 1º do art. 4º do autógrafo deve ser vetado por inconstitucional, uma vez que viola o princípio federativo, que é estruturante do nosso sistema constitucional, bem como porque contraria o interesse público.

X. O mesmo raciocínio se aplica à necessidade de veto do inciso **V** do § 1º do art. 4º do autógrafo.

Tal como ocorreu no caso do inciso III, o texto original, tanto do Projeto de Lei do Executivo (art. 2º, II, "e"), como o texto aprovado pelo Senado Federal (art. 5º, § 1º, III), previa que podiam se consorciar o Distrito Federal, Estados e Municípios contíguos a qualquer deles.

Da mesma forma, emenda parlamentar retirou do texto o critério da contigüidade.

Deflui-se, então, que a manutenção deste dispositivo, tanto é perigosa - como no caso anterior - para a paz federativa, por permitir que um Estado venha a se imiscuir nos assuntos municipais de outro Estado, como, também, descaracterizou a mens legis do dispositivo, que passou a se confundir com as dos incisos II e IV do mesmo § 1º, prejudicando a boa aplicação da Lei.

Por estas razões, o inciso **V** do § 1º do art. 4º do autógrafo deve ser vetado por inconstitucional, uma vez que viola o princípio federativo, que é estruturante de nosso sistema constitucional, bem como porque contraria o interesse público.

XI. O terceiro e último veto recomendado pelo Grupo de Trabalho Interministerial refere-se ao disposto no **caput** do art. 10 do autógrafo, onde se afirma: "Os consorciados respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelo consórcio."

Evidente que houve um equívoco na redação do dispositivo, pois o que se pretendia dizer é que os consorciados respondem subsidiariamente e não solidariamente pelas obrigações do consórcio.

Esclarece-se.

Na responsabilidade subsidiária, a administração direta somente responde por obrigações quando comprovada a insolvência patrimonial do ente que integra a administração indireta. Ou seja, a entidade da administração indireta responde por si e, no caso de ter assumido obrigações maiores que seu patrimônio é que, liqüidado primeiro este, poderá a administração direta ser demandada pelas eventuais obrigações remanescentes.

Já na responsabilidade solidária, como previsto no art. 10 do autógrafo, o credor pode exigir o cumprimento da obrigação tanto do consórcio como dos

entes consorciados. Ora, isso fará com que dívidas do consórcio sejam automaticamente transferidas para os consorciados, num evidente prejuízo aos princípios da segurança jurídica e da estabilidade fiscal.

Esse aspecto do autógrafo já constava do texto aprovado pelo Senado Federal. Por conta disso**, o Ministério da Fazenda recomendou a sua alteração ou rejeição, que não acabou ocorrendo no âmbito da votação na Câmara dos Deputados, pelo que resta somente o caminho do veto**.

Com o veto, o regime a ser aplicado aos consórcios públicos será o da responsabilidade subsidiária, que é o ordinário da administração indireta. Acrescente-se que esse conceito é manso, pacífico e sem margens para nenhuma dúvida, como deixa clara a doutrina brasileira, de onde se destaca a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

> "... doutrina e jurisprudência sempre consideraram, outrossim, que quaisquer pleitos administrativos ou judiciais de atos que lhe fossem imputáveis, perante elas mesmas ou contra elas teriam que ser propostos – e não contra o Estado. Disto se segue igualmente que, perante terceiros, *as autarquias são responsáveis pelos próprios atos. A responsabilidade do Estado, em relação a eles, é apenas subsidiária"* (Curso de Direito Administrativo, 9ª. ed., pág. 102 – itálicos do autor).

Dessa forma, com o veto – e mantido o art. 16 do autógrafo, que considera o consórcio público um tipo de autarquia -, os consorciados passarão a responder apenas subsidiariamente pelas obrigações do consórcio, adotando-se a recomendação dos estudiosos do assunto, como, por exemplo, as de Hely Lopes Meirelles:

> "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" (Direito Administrativo Brasileiro, 2ª. ed., pág. 337).

Por estas razões, o disposto no **caput** do art. 10 do autógrafo deve ser vetado, por contrariedade ao interesse público.

XII. Em conclusão: recomendamos que seja o autógrafo sancionado como Lei, vetando-se os incisos **III** e **V** do § 1º de seu art. 4º, bem como o **caput** de seu art. 10.

Brasília, 6 de abril de 2005.

Wladimir Antônio Ribeiro

OAB/SP 110.307

R DE Revista Eletrônica de Direito do Estado | Direito do Estado.com.br O Direito Público da Cidadania

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

RIBEIRO, Wladimir Antônio. Nota Técnica sobre texto do autógrafo do Projeto de Lei nº 1.071, de 1999 (Consórcios Públicos). **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.