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

OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto

Doutor em Direito Público pela USP
Professor de Direito Administrativo da
Universidade de São Paulo.

PREÂMBULO

Trata-se da análise da constitucionalidade do Projeto de Lei enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional com o condão de regulamentar, por lei nacional, o instituto dos Consórcios Públicos previsto no artigo 241 da Constituição da República.

O Governo Federal remeteu ao Congresso Projeto de Lei que visa a instituir *"normas gerais de contratos de constituição de consórcios públicos, bem como de contratos de programa para a prestação de serviços por gestão associada"*. Referido Projeto suscitou aceso debate na doutrina publicista pátria, haja vista o caráter inovador de algumas de suas propostas, ensejando, por conseqüência, influência direta na discussão – ainda em fase pré-congressual – sobre os marcos regulatórios do saneamento básico. Há, inclusive, posições de doutrinadores que sustentam a inconstitucionalidade da propositura.

Assim, torna-se necessária uma análise jurídica mais profunda e independente, a fim de que as propostas estejam cercadas das devidas cautelas, com a verificação de sua necessária fundamentação jurídica.

Para instrução do assunto recebi cópia do projeto remetido pelo Executivo ao Congresso, propondo-me oferecer resposta às seguintes indagações:

1. Nos termos do artigo 241 da CF, pode um consórcio público ser constituído por um contrato ou é imprescindível que o ato constitutivo do consórcio seja necessária e exclusivamente um convênio?

2. Pode um consórcio público assumir personalidade jurídica de direito privado ou de direito público?

3. O fato de ser um consórcio público dotado de personalidade jurídica de direito público implica em criação de novo ente federativo, em afronta aos quadrantes da Federação previstos na Constituição da República?

4. Pode haver uma pessoa jurídica de direito público que integre a estrutura da administração indireta de mais de um ente da Federação?

5. Tem a União competência para legislar sobre normas gerais a cujo regime devam se submeter os atos constitutivos dos consórcios públicos?

6. É possível a um ente da Federação, titular de um serviço público, transferir a competência material para organizá-lo, prestá-lo ou delegar a prestação deste serviço a um consórcio público?

7. A previsão de gestão associada de serviços públicos encontra algum obstáculo no texto constitucional? A hipótese de gestão associada, tal como prevista no Projeto de Lei encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, importa em algum risco de centralização de poderes violadora do princípio federativo constitucional?

8. É possível a delegação de funções entre entes federados? Em que termos? Quais os limites para delegação do exercício de funções entre entes federados?

Assim posta a matéria, bem se vê que é imperiosa uma incursão pelo difícil tema das competências federativas na Constituição de 1988. Para seu deslinde será necessário tangenciar o pacto federativo, a sempre tortuosa separação entre competências normativas e concretas (materiais) - se é que seja possível apartar ambas -, tocar no tema da atribuição para organizar, regular e prestar (ou assegurar a oferta e prestação) de serviços públicos e, particularmente, enfrentar a questão da repartição entre os entes da Federação.

Para dar conta do trabalho (e de modo a permitir respostas objetivas e fundamentadas às indagações), pretendo seguir o itinerário seguinte. Inicialmente, creio oportuno fazer uma breve incursão sobre o instituto dos consórcios (mormente aqueles integrados por pessoas jurídicas de direito público interno) no Direito Brasileiro, não só no âmbito jurispositivo, mas também na doutrina. Pretendo aí demarcar o caráter insuficiente das construções doutrinárias existentes, mormente a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998 (doravante EC 19) (tópico I). Feito este preâmbulo, impõe-se adentrar mais amiúde na natureza jurídica dos entes consorciais em geral e dos consórcios integrados por entes federados em particular, enfrentando

especialmente a natureza do ato que institui os consórcios, o que farei no tópico II. De seguida, analisarei (tópico III) a questão dos entes consorciais integrados por mais de um ente da Federação (sejam eles Municípios diversos, sejam entes de plano federativo distinto). A questão das competências federativas, legislativas ou materiais, será o objeto do tópico IV, no qual procurarei desenvolver o tema da competência da União para disciplinar o regime jurídico dos consórcios públicos em lei nacional. Seguindo na trilha das competências federativas, caberá, então, abordar as possibilidades e limitações de delegação de competências atinentes à organização, regulação e prestação de serviços públicos (tópico V). A questão da gestão associada de serviços públicos será o mote do seguinte capítulo (tópico VI), no qual será imperativo analisar não só a possibilidade de vários entes locais se associarem para viabilizar a adequada oferta de um serviço de sua competência, como também os limites e condicionantes da participação direta da União nestes entes consorciais, verificando se isso implicará numa afronta ao pacto federativo. Antes de concluir, permitir-me-ei dedicar alguma atenção à crítica formulada pelo eminente Miguel Reale, até como forma de lhe render justa homenagem. A resposta às perguntas, alocada no tópico VII, rematará o presente trabalho.

Uma nota preambular é pertinente. Não se espere grandes incursões pelo direito comparado. Não que não sejam pertinentes as experiências de outros países na gestão compartilhada de serviços públicos e de associação cooperativa entre entes locais (a tradição da Itália e da França neste particular já preencheria uma centena de páginas). Ocorre que, como adiante se verá, a relevância da matéria se apresenta em face da Constituição brasileira, quer pelo fato do nosso federalismo revestir-se de características bastante peculiares, quer pela existência de expressa disposição constitucional introduzida pela Emenda Constitucional da Reforma Administrativa (EC nº 19). Daí o porquê da opção de recorrer ao direito comparado só quando essencial a respaldar o raciocínio.

I. OS CONSÓRCIOS NO DIREITO BRASILEIRO

I.1. Estudar o tema dos consórcios entre entes federados é, sempre, uma forma de revisitar o federalismo brasileiro e, por conseguinte, estudar seu percurso histórico. Na medida em que são os consórcios - fiquemos por agora com uma referência pouco técnica, para não antecipar o que adiante abordaremos - mecanismos de reunião de esforços de mais de um ente federado com vistas a melhor cumprir suas atribuições (afinal, ao poder público, em qualquer esfera da Federação, é defeso mobilizar esforços com fim diverso do cumprimento de suas competências), sua configuração jurídica toca diretamente o tema da repartição constitucional de competências federativas.

I.2. O federalismo brasileiro, já se disse[1], está longe de ser uma construção modelar, engendrada a partir de um modelo teórico concebido *a priori* pelos pais da pátria (como ocorre na experiência americana). Tampouco é fruto de grandes processos de confronto aberto, de conflitos armados, no âmbito de processos de unificação (caso da Alemanha) ou de movimentos segregacionistas (como ocorreu na Bélgica). O federalismo brasileiro, claro, é fruto de circunstâncias históricas[2] que foram, ao longo do tempo, modelando a configuração constitucional de competências federativas e registrando uma oscilação entre maior ou menor concentração de poder.

I.3. Com efeito, superado o período colonial – no qual registrara-se uma notável *"expansão municipalista"*, inobstante o ímpeto centralizador das capitanias hereditárias[3] –, com a outorga da Constituição de 1824, ainda sob a égide do Império, a autonomia municipal veio a sofrer um significativo revés. Isso porque, em que pese a Carta ter assegurado aos Municípios competência para o *"Governo econômico, e municipal"* (artigo 167), deixou à lei regulamentar a tarefa de normatizar o exercício *"de suas funcções municipaes, formação das suas posturas policiaes, aplicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e úteis atribuições"* (artigo 169). E, num cenário onde reinava a desconfiança nas administrações locais, a lei que veio a ser editada (*"Lei do 1º de outubro de 1828"*) acabou por tolher a autonomia dos Municípios, os quais, nas palavras de Hely Lopes MEIRELLES, ficaram na condição da *"mais estrita subordinação administrativa e política aos presidentes das Províncias"*[4].

De mais a mais, o Estado brasileiro ainda não se constituía, sequer formalmente, num Estado *federal*. Isso só veio a ocorrer com a proclamação da República, em 1889, quando o Decreto nº 1 expressamente decretou *"como a fórma de governo da nação brazileira – a Republica Federativa"* (artigo 1º), conferindo a cada um dos Estados brasileiros a prerrogativa de se auto-organizarem *"no exercício de sua legitima soberania* [*sic*]*"* (artigo 3º). Pouco tempo mais tarde, com o advento da Constituição de 1891, o texto maior destacou que as unidades federativas haveriam de respeitar, nessa tarefa, a *"autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse"* (artigo 68) – disposição esta, contudo, que não se consagrou na prática, pois,

---

[1] Nos dizeres de Carmen Lúcia Antunes ROCHA, "(...) o federalismo brasileiro tem peculiaridades não encontradas em outros sistemas e que a Federação desempenha, com as singularidades próprias forjadas no curso da história pátria, um contraponto à centralização não apenas territorial, mas principalmente política, que tem dominado o País com mais freqüência do que se poderia não apenas aspirar, mas aceitar" (República e Federação no Brasil – Traços constitucionais da organização política brasileira, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, página 162).

[2] O papel do poder local – v.g., os Municípios – entre nós é decorrência forte da influência colonial, especialmente do período em que Portugal esteve sob o domínio espanhol (até meados do século XVII), aliada ao fato de que, na Colônia, o poder estava na mão dos grandes proprietários rurais, que o exerciam no âmbito das municipalidades, quase em modos feudais.

[3] Cf. Hely Lopes MEIRELLES, Direito Municipal Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1993, 6ª edição, página 28.

[4] Idem, página 29.

como também lembra Hely, *"[d]urante os 40 anos em que vigorou a Constituição de 1891 não houve autonomia municipal no Brasil."*[5]

Até então, a par dessa aparente autonomia assegurada aos Municípios, as competências eram distribuídas entre União e Estados da forma clássica: enumerando-se aquelas que fossem *privativas* da União (artigo 34) e deixando-se aos Estados a competência para tratar das demais matérias, isto é, a competência *residual* (artigo 65, § 2º). É tão somente com a Constituição de 1934 que a idéia de competência *concorrente* surge no direito constitucional brasileiro[6]. Isso se deu tanto em relação à competência legislativa da União sobre determinados temas prevista no artigo 5º do texto constitucional – a qual não excluía a *"legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias"* (artigo 5º, § 3º) –, quanto à competência material, trazendo o texto constitucional um elenco de assuntos de atribuição concorrente da União e dos Estados (artigo 10).

Outrossim, vale destacar que a Carta de 1934 trouxe renovada força à autonomia dos Municípios, que tiveram assegurada não apenas a prerrogativa de auto-organização (política e administrativa) como, também, os meios para desempenhá-la, na medida em que foram dotados de competência para a *"decretação dos seus impostos e taxas, e a arrecadação e aplicação das suas rendas"* (artigo 13).

A Constituição de 1934, contudo, durou pouco mais de três anos, sendo logo substituída, com a inauguração do *Estado Novo*, pela Carta de 1937. Reflexo do ambiente político de então, o novo texto constitucional incorporou a tendência centralizadora do governo federal, apresentando-se *"mais restritivo em relação à faculdade de os Estados participarem da legislação concorrente"*, como registra Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA[7]. Instituiu-se, então, o que Hely denominou de um *"sistema de subalternidade nacional"*[8] que alcançou também os Municípios, cuja autonomia foi seriamente limitada, a começar pelo fato de se relegar ao Governador do Estado a nomeação dos prefeitos (artigo 27).

Com o restabelecimento do ideal democrático, em 1945, a Constituição que se seguiu (1946) promoveu uma descentralização administrativa, distribuindo competências de forma mais equilibrada entre União, Estado e Municípios. Estes últimos voltaram a gozar de ampla autonomia política, administrativa e financeira (artigos 28 e 29).

A Constituição de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda nº 1/69, embora não tenha alterado o critério de repartição de competências fixado na Carta anterior – ao enumerar as competências privativas da União; conferir aos Estados competência residual, a par da competência (legislativa)

---

[5] Ibidem, página 31.

[6] Cf. Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA, Competências nas Constituição de 1988, São Paulo, Atlas, 1991, página 60.

[7] Op. cit., página 61.

[8] Op. cit., página 33.

concorrente em determinados assuntos; e consagrar a autonomia dos Municípios[9] –, centralizou novamente poderes nas mãos da União, reduzindo a margem de autonomia tanto de Estados quanto dos Municípios (o que se deu de forma ainda mais acentuada por meio dos atos institucionais e emendas constitucionais)[10].

Em 1988, com o retorno do regime democrático, assistimos a um novo rearranjo do pacto federativo, prestigiando-se uma vez mais a autonomia estadual e municipal. Mais ainda: a Constituição hoje vigente não se limitou a assegurar, como era da tradição constitucional pátria, a mera autonomia dos Municípios; foi além, e alçou-os à condição de *ente federativo* (artigos 1º e 18). Dessarte, nas palavras de José Afonso da SILVA, *"a Federação brasileira adquire peculiaridade, configurando-se, nela, realmente três esferas governamentais: a da* União *(governo federal), a dos* Estados Federados *(governos estaduais) e a dos* Municípios *(governos municipais), além do* Distrito Federal*, a que a Constituição agora conferiu autonomia."*[11]

I.4. Segue daí o traço bastante peculiar do nosso federalismo, do qual vale demarcar três fatores.

I.4.1. Primeiro, a circunstância territorial. Temos uma característica especial que faz com que nosso território seja, todo ele, submetido às três esferas de poder federado: União, Estados e Municípios, ressalvado o caso do Distrito Federal que reúne as competências estaduais e municipais e de Fernando de Noronha, que integra o Estado de Pernambuco sem se constituir território de Município. É dizer, o poder local (municipal) exerce suas competências não apenas sobre a urbe, a comuna, a cidade, mas sobre todo um território (urbano ou não) e a soma dos territórios de todos os Municípios[12] – acrescido do DF e de Fernando de Noronha – resulta no território da União. Disso provém uma dificuldade de definição das competências dos entes locais (Municípios), pois suas atribuições desenvolvem-se sobre território idêntico (não peculiarizado por características especificamente comunais ou urbanas ou por identidades históricas) ao dos demais entes da Federação e sobre todos os cidadãos situados no âmbito deste território.

I.4.2. Segundo, importa ressaltar que nossa Constituição (artigo 18) define como integrantes da Federação os três tipos de entes federativos (União, Estados e Municípios, além do Distrito Federal, algo incomum no direito comparado), cuja união indissolúvel constitui o Estado Brasileiro (CF, artigo 1º). Isso implica dizer, para o quanto aqui interessa, que os três entes recebem

---

[9] Cf. Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA, op. cit., página 62.

[10] Cf. Hely Lopes MEIRELLES, op. cit., página 35.

[11] Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, 1998, 15ª edição, página 620.

[12] A exceção seriam os Territórios (CF, artigo 18, § 2º e artigo 33), os quais integrariam diretamente a União, afastadas sobre eles as competências estaduais e municipais. Não exclui a CF a possibilidade dos Territórios serem divididos em Municípios (artigo 33, § 1º). Porém, após a Constituição de 88 não há, na prática, áreas submetidas ao regime de territórios, salvo – por analogia – o citado caso de Fernando de Noronha (cf. artigos 14 e 15 do ADCT).

seus poderes, suas atribuições e competências, em suma, sua autoridade, diretamente da Constituição[13], independendo de qualquer anuência ou manifestação jurídica dos demais entes[14]. Por conseguinte, União, Estados e Municípios constituem-se em pessoas jurídicas de direito público interno (pessoas políticas), possuindo, cada qual em suas esferas de competências, poderes de inovar na ordem jurídica (legislar) e não apenas editar atos normativos infralegais (como ocorria no passado com as municipalidades[15]). Segue daí que ao atribuir a Constituição competências diretamente a cada um dos três entes, defere ela os meios para que tais competências sejam exercidas[16]. Corresponde, pois, a autonomia federativa não apenas a uma autonomia para exercício das respectivas competências, mas também uma autonomia acerca do como estas competências deverão ser exercidas.

I.4.3. O terceiro aspecto está no modo como a Constituição procede à divisão de competências entre os entes federados. A par de outras atribuições conferidas em caráter suplementar, complementar ou concorrente[17], como sabemos, a Constituição Federal atribui com privatividade competências para União e para os Municípios (esta, digamos, exclusividade de competências municipais se revela como característica singular no direito comparado). As primeiras, de forma explícita e específica (as competências da União vem listadas na Carta[18]). As segundas, de forma explícita[19] ou expressa

[13] É a lição sempre presente de Vitor Nunes: "O que é essencial na federação (porque sem esse traço a federação não se distinguirá do Estado unitário descentralizado) é a demarcação de competências na própria Constituição, de modo a não poder ser alterada pelo legislador ordinário. Se o legislador ordinário pudesse mutilar, a seu talante, a competências dos Estados, não teríamos federação, mas regime unitário descentralizado." (Victor Nunes LEAL, Problemas de Direito Público, Brasília, Ministério da Justiça, 1997, volume I, página 324).

[14] Fosse isso necessário e lembraríamos que uma das causas de intervenção entre entes da Federação é o desrespeito à autonomia dos demais entes federados (CF, artigo 34, VII, c e artigo 35).

[15] Isso é, ao menos, até a Constituição de 1934. Afinal, antes disso a competência dos Municípios esteve ora expressamente sujeita aos termos de lei regulamentar (Constituição de 1824, artigo 169) – e, como já assinalamos acima, a lei que veio a ser baixada ("Lei do 1º de outubro de 1928") tolheu significativamente a autonomia municipal –, ora dependente dos desígnios dos Estados (Constituição de 1891, artigo 68). Foi somente com o advento da Carta de 1934 que a competência dos Municípios para, por exemplo, instituir impostos e taxas ou organizar os serviços locais encontrou guarida no próprio texto constitucional (artigo 13).

[16] Isso porque, como assevera José Afonso da SILVA, das competências explicitamente fixadas no texto constitucional decorrem outras, naquelas implícitas, referentes à "prática de atos ou atividades razoavelmente consideradas necessárias ao exercício de poderes expressos, ou reservados; por exemplo, no silêncio da Constituição de 1891, o STF decidiu que a expulsão de estrangeiros era de competência da União, embora isso não estivesse dito naquela Carta Magna." (Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, 1998, 15ª edição, página 480).

[17] Sobre os diferentes critérios de repartição de competências entre entes federativos, v. infra, item IV.

[18] Ver especialmente artigos 21 e 22 da CF.

[19] Como ocorre com aquelas contidas, por exemplo, no artigo 30, IV, VI, e VII, ou, ainda, na parte final do inciso V, in fine (transporte coletivo de passageiros intramunicipal).

genericamente[20]. Por fim, para os Estados, a par de competências também concorrentes (v.g. artigo 24) e outras expressas e exclusivas (por exemplo o artigo 25, § 2º), são atribuídas competências residuais, remanescentes (ou seja, a eles cabem as competências que não houverem sido enumeradas, explícita ou implicitamente, para os demais entes – União e Municípios). Esta opção de nosso constitucionalismo, se é fato que não foi inaugurada pela Constituição de 1988, certamente foi por ela aprofundada. Para não se ir muito longe, basta lembrar que, no que tange às competências dos Municípios, o conceito até então utilizado de competências atinentes aos *"assuntos predominantemente locais"* deu lugar à reserva das matérias de *interesse local*, referida nos incisos I e IV do artigo 30.

I.5. É neste contexto que podem ser analisados os consórcios no direito brasileiro. Tenhamos por ora como referência que a noção de consórcio nos remete à idéia de conjugação, ao somatório de esforços e ao concurso de meios e capacidades para que dois ou mais entes atinjam objetivos no todo ou em parte comuns, convergindo e concertando seus esforços. Esta noção decorre da própria etimologia do termo. Ademais, além deste aspecto de somatório coordenado de esforços, ínsito ao conceito, também está o fato de que a reunião de consortes não há de levar ao desaparecimento destes, na medida que é pressuposto do ente consorcial que os seus instituidores sigam tendo existência jurídica própria, apartada do consórcio. É pressuposto do consórcio que os entes consorciados sigam tendo existência jurídica própria, ainda que o consórcio se constitua em ente personificado[21].

Pois bem. Aqui tratamos de consórcios integrados por entes públicos e especialmente por pessoas jurídicas de direito público interno.

I.6. A Constituição de 1891 remetia as questões atinentes aos Municípios às Constituições estaduais (lembremos que naquele tempo outra era a nossa configuração federativa). Alguns Estados (poucos) faziam então referência à possibilidade de conjugação de esforços entre entes federados. A Carta paulista, por exemplo, previa no seu artigo 60 que *"*[a]*s municipalidades poderão associar-se para a realização de quaisquer melhoramentos, que julguem de comum interesse, dependendo, porém, de aprovação do Congresso*

[20] É o caso da competência explícita, mas genericamente delimitada para os Municípios tratarem, com exclusividade, dos assuntos de interesse local, seja legislativamente (CF, artigo 30, I) seja concretamente (CF, artigo 30, V).

[21] Essa idéia, porém, leva alguns a incidir em equívoco. Dizer que o consórcio não importa no desaparecimento jurídico dos consortes não leva à conclusão de que o consórcio não pode assumir personalidade jurídica. Várias pessoas jurídicas podem se unir para constituir uma sociedade sem que isso se confunda com uma fusão ou incorporação de empresas. A reunião de esforços e capacidades entre pessoas jurídicas em torno de um objetivo comum tende a ter por conseqüência a constituição de uma sociedade. Daí por que, no direito societário (campo do direito até certo ponto imprestável, por partir de pressupostos distintos daqueles atinentes ao direito público), justamente porque seria natural a personificação do ente consorcial, preocupou-se o legislador (cf. artigo 278 da Lei nº 6.404/76) em explicitar que o consórcio no direito societário não implicaria na criação de nova pessoa jurídica. Fosse natural, automático, inerente, à figura consorcial a despersonalização e não seria necessário ter o legislador isso determinado. Retomo esse raciocínio mais adiante.

[obviamente o legislativo estadual, hoje Assembléia Legislativa] *as resoluções que nesse caso tomarem."*

CRETELLA JÚNIOR[22] nos dá notícia ainda, no mesmo Estado de São Paulo, da primeira referência legal à possibilidade de conjugação concertada de esforços entre entes públicos (municipais). Trata-se da Lei Estadual nº 2.484, de 16 de dezembro de 1935, que, segundo o autor, continha a primeira referência específica a *consórcio municipal*.

No plano da Constituição da República, será a Constituição de 1937 que conterá a primeira referência (no seu artigo 29) não propriamente a consórcios, mas à possibilidade dos Municípios de uma mesma região poderem *"agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns",* prevendo ainda que tal *agrupamento* (o consórcio, em suma) seria *"dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins"* e que caberia *"aos Estados regular as condições de tais agrupamentos"* tanto no tocante a sua constituição quanto à sua administração (CF 37, artigo 29, Parágrafo único).

A Carta de 1946, embora tenha promovido uma significativa descentralização administrativa, reforçando a autonomia dos entes federados (como tive a oportunidade de assinalar linhas atrás), foi silente quanto à possibilidade de os Municípios se associarem para o desenvolvimento de serviços compartilhados.

Do mesmo modo, a Constituição de 1967 não contemplava o tema. Previa, contudo, a possibilidade de reunião de esforços entre Municípios mediante a pactuação convenial. Fazia-o no artigo 16, § 4º, prevendo que os *"Municípios poderão celebrar convênios para realização de obras ou a exploração de serviços públicos de interesse comum, cuja execução* [dos convênios] *ficará dependendo da aprovação das respectivas Câmaras Municipais."*

I.7. Vê-se, portanto, que na tradição constitucional e legal brasileira não se mostrava, com a exceção da Constituição de 1937, freqüente e detalhada a referência à figura do consórcio entre Municípios. Ausente de todo, ademais, era a referência ao consorciamento entre entes federados de distinta abrangência. Contudo, apesar da inexistência de referência constitucional expressa, na tradição do municipalismo brasileiro, não se fez incomum a reunião de municipalidades em consórcios ou outras entidades voltadas a somar esforços para melhor desempenho das competências comuns.

Os exemplos são variados. Restringindo-nos tão somente à região do Estado de São Paulo, podemos constatar que os primeiros consórcios entre entes públicos (no caso, intermunicipais) datam de 1960[23]. Atualmente, eles se

---

[22] José CRETELLA JR., Dicionário de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 1998, página 123. O texto será referência para outras diversas passagens neste parágrafo.

[23] O Consórcio de Promoção Social da região de Bauru, por exemplo, foi criado já na década de 1960 e o Consórcio de Desenvolvimento do Vale do Paraíba – Codivap, em 1970 (v. CRUZ, Maria do Carmo Meirelles Toledo. Consórcios Intermunicipais: uma alternativa de

estendem pelas mais diversas regiões e campos de atuação municipal. Têm escopo genérico, composto por diversas áreas de atuação conjunta[24], ou escopo específico, como, por exemplo, aqueles relacionados aos setores de saúde[25], recursos hídricos[26], cultura[27], agricultura[28], infra-estrutura[29], informática[30], etc.

I.8. Pois bem. Neste quadro, temos que: *(i)* a tradição constitucional brasileira nunca afastou a possibilidade de os entes locais se reunirem com seus congêneres para melhor desempenhar suas atribuições; *(ii)* quando a Constituição da República contemplou referência expressa ao agrupamento de Municípios, fê-lo prevendo a assunção de personalidade jurídica específica (CF de 1937); *(iii)* não se tinha precedente de norma constitucional prevendo a possibilidade de concertação de entes federados distintos formando um agrupamento com vistas a uma finalidade comum ou para desempenho de atribuições coincidentes; e *(iv)* malgrado a tibieza de previsões constitucionais ou mesmo legais expressas neste sentido, a prática administrativa brasileira apresenta várias e relevantes experiências de consórcios entre Municípios.

I.9. Foi nestes quadrantes que se desenvolveu e consolidou a posição da doutrina hodierna[31]. Os excertos que se colhem hoje entre os mais renomados juspublicistas decorrem em sua grande maioria de posicionamentos

---

integração regional ascendente. Instituto Pólis, Programa Gestão Pública e Cidadania/EAESP/FGV. São Paulo, 2001.)

[24] É o caso, por exemplo, do Consórcio do Grande ABC/SP, talvez a experiência de consórcio intermunicipal mais conhecida.

[25] A experiência do Estado de São Paulo não é tão profícua na área da saúde como é em outros Estados da Federação, como por exemplo Minas Gerais. Há, entretanto, exemplos exitosos, como o Consórcio de Penápolis ou do Vale do Ribeira.

[26] V. por exemplo o Consórcio Intermunicipal das Bacias do Alto Tamanduateí e Represa Billings, Consórcio Intermunicipal de recuperação da Bacia Hidrográfica do Ribeirão Lajeado, Consórcio Intermunicipal Pró-Recuperação do Rio do Peixe (Marília), Consórcio Intermunicipal da bacia do Rio Paraíba (CRUZ, Maria do Carmo Meirelles Toledo., op. cit.).

[27] V. por exemplo o Consórcio Intermunicipal de Cultura da Região de Campinas e o Consórcio Intermunicipal de Cultura do Litoral Norte/SP (CRUZ, Maria do Carmo Meirelles Toledo, op. cit.).

[28] É notadamente o caso do Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento Agro-Industrial (Cindagri) criado no Noroeste Paulista (agrupando os Municípios de Aparecida D'Oeste, Estrela D'Oeste, Fernandópolis, Guarani D'Oeste, Indiaporã, Jales, Macedônia, Marinópolis, Nova Canaã Paulista, Ouroeste, Palmeira D'Oeste, Pedranópolis, São Francisco, Três Fronteiras e Urânia).

[29] Nesse sentido, o recente Decreto nº 48.585/2004, do Governador do Estado de São Paulo, autoriza a Secretaria de Agricultura e Abastecimento a celebrar convênios com consórcios intermunicipais do Estado que sejam criados especialmente para os objetivos do Programa de Melhoria das Estradas Municipais - PRÓ-ESTRADA do Governo Estadual.

[30] É o caso da cooperação entre as Prefeituras de Volta Redonda, Campinas e São José dos Campos, em software para os serviços de educação.

[31] Para um apanhado das posições doutrinária, ver Hely Lopes MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1998, 23ª edição, página 345; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 2004, 17ª edição, páginas 296 a 298; Odete MEDAUAR, Direito Administrativo Moderno, São Paulo, RT, 2003, 7ª edição, páginas 250 a 253; e Diógenes GASPARINI, Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 2004, 9ª edição, páginas 398 a 403.

que se foram construindo a partir dos quadrantes constitucionais brasileiros tradicionais. Em grande medida, originam-se do contexto da Constituição de 67/69[32]. Destacado exemplo disso é a posição do grande Hely Lopes Meirelles, cuja influência neste tema sobre a melhor doutrina é inconteste.

A Hely devemos grande legado tanto pelas suas construções doutrinárias, quanto pela contribuição que deu ao direito positivo (da qual bastaria a referência aos Decretos–Lei nºs 200, 201 e 2.300 de cuja concepção participou ativamente). Contudo, ao nos nutrirmos dos ensinos do administrativista devemos ter em conta que ele faleceu em 1990. Digo isso para lembrar que, malgrado a atualização de suas obras esteja a cargo de juristas da melhor estirpe, pouco tempo teve Lopes Meirelles para absorver as alterações trazidas pela Constituição de 1988. Alterações estas profundas e significativas e cujo real alcance a doutrina vai se apercebendo apenas com o tempo, com a vivência prática que sempre animou em Hely a reflexão e a revisão dos seus postulados.

O doutrinador se nutre e contamina (no sentido positivo dos termos) da contribuição dos seus pares. E por vezes tão forte e consistente é essa contribuição que ela segue sendo reproduzida, inalterada, até que uma nova realidade jurídica (como uma alteração legal ou constitucional) ou fática (uma manifestação concreta do poder político) suscitem a reflexão ou obriguem a revisão dos conceitos ou postulados doutrinários.

I.10. No tema dos consórcios entre entes federados, temos que considerar dois marcos essenciais. De um lado, o regime federativo introduzido pela Constituição de 1988 já no seu texto original. De outro, e aqui de forma mais profunda e relevante, a alteração trazida pela EC nº 19. Vejamos cada qual.

I.11. É fato que a Constituição de 88 deu aos entes federados, e aos Municípios em particular, um reforço de autonomia e uma robusta capacidade de auto-organização dos seus serviços. Atribuiu-lhes, como acima dito,

[32] Confira-se, por todos, o entendimento de Hely Lopes MEIRELLES, que admite a formação de consórcios administrativos tão somente por entidades públicas "da mesma espécie" – característica esta que, no seu entender, integrava o próprio conceito do instituto e o diferenciava de outros, notadamente dos convênios –, tratando-se de forma de cooperação despersonalizada mais usual entre Municípios (consórcio intermunicipal). Hely Lopes MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1998, 23ª edição, página 345; e Direito Municipal Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 6ª edição, páginas 308 e 309. É de se notar, contudo, que, ao menos até a segunda edição (1966) daquela primeira obra, a idéia de que o consórcio pudesse assumir personalidade jurídica própria não era estranha ao pensamento do jurista: "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." (Direto Administrativo Brasileiro, São Paulo, RT, 1966, 2ª edição, páginas 337 e 338).

competências para legislar bem como para organizar, administrar e prestar os serviços que lhes incumbe e o uso de seus bens. Para desempenho destes cometimentos, a Constituição, de forma explícita ou implícita, assegurou a eles autonomia administrativa e prerrogativas para decidir como organizar a sua administração e como prestar os seus serviços, observadas as prescrições gerais editadas pelas União (por exemplo em matéria de licitação e contratações administrativas – CF, artigo 22, XXVII) ou, concorrentemente, pela União e Estados[33] (como ocorre, por exemplo, em matéria de direito financeiro -- cf. artigo 24, I).

Essa autonomia de responsabilidades e meios (lembremos que a conjugação de obrigações – poder-dever – e prerrogativas integra o núcleo do princípio da função que se revela na noção de competência) conferida aos entes federados, e que em relação ao Município se mostra sem precedentes, obriga a que reconheçamos que estes entes possuem margem de liberdade bastante grande para atuar, contratar, organizar-se e manejar suas competências. Disso decorre a superação obrigatória de antigas formulações que viam limitações para que os entes federados concertassem sua atuação e manejassem suas competências fora dos quadrantes estipulados pelos entes superiores[34] da Federação.

Não se pode seguir vendo o Município como aquela entidade que, ainda que dotada de alguma margem de autonomia, recebia seu poder e atribuição dos demais entes federados. O regime federativo inserido com a Constituição de 1988 não é mera manifestação de retórica constitucional. É, sim, o reconhecimento de que os entes municipais são autônomos, recebem seu poder diretamente da Carta magna, e, portanto, nela têm reconhecidos os meios para exercer tal autonomia.

I.12. A outra alteração foi aquela ensejada pela EC nº 19 que introduziu o artigo 241 no texto constitucional. Esta alteração, veremos, tem o condão de alterar significativamente os quadrantes que até seu advento, 1998, condicionavam a criação de consórcios entre entes federados. O texto é o seguinte:

> "Artigo 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".

I.13. O texto é rico em significativas alterações no que antes tinha a doutrina como regra. Antes de mais nada, tenhamos claro que a previsão do constituinte derivado se prestou exatamente a isso: modificar o tratamento constitucional destes institutos. Afinal, não pode o intérprete da Constituição dar à norma constitucional um sentido tal que ela apenas sirva a consagrar o

[33] Bem como pelo Distrito Federal que reúne competências de ambas as esferas.

[34] O termo superior aqui deve ser lido desprovido de qualquer juízo de valor. Ele procura remeter apenas à idéia de entes com atribuições mais abrangentes que os demais e à prevalência no tocante ao exercício de competências complementares ou suplementares.

que, na praxe administrativa, já era remansoso. Não se justificaria uma emenda constitucional apenas para autorizar aquilo que já se fazia.

A redação dada pela EC nº 19 ao artigo 241 importou no seguinte: *i)* ficou autorizada a formação de consórcios impuros, é dizer, aqueles formados por entes distintos da Federação e não apenas exclusivamente entre Estados ou entre Municípios; *ii)* a cooperação entre estes entes poderá se dar de duas formas distintas, consórcios ou convênios, obrigando que o intérprete dê a estes dois institutos conformação jurídica distinta; *iii)* a cooperação consorcial dar-se-á pela instituição de entes submetidos em alguma medida ao regime publicístico – diz a CF *consórcios públicos* – o que prenota alguma diferença em face dos tradicionais consórcios administrativos; *iv)* a disciplina destas duas formas de cooperação e coordenação entre entes federados será feita mediante lei editada pelos três entes, o que acarreta a atribuição de competência legislativa concorrente para disciplinar a matéria; *v)* o objeto destes instrumentos de cooperação e coordenação será a atuação concertada na gestão de serviços públicos, o que envolve a participação de um ente na prestação de um serviço público de titularidade de outro ente[35]; *vi)* para efetivar esta prestação por cooperação admite-se a gestão associada destes serviços, inclusive com a transferência recíproca, total ou parcial, de serviços e encargos.

Pois já se vê que não se tratou de modificação pouca. Vejamos cada uma destas alterações e seu efetivo alcance.

I.13.1. A primeira delas é fácil de se perceber. O texto refere-se à União, Estados e Municípios. A alusão à União pareada aos demais entes já é suficiente para prescrever que os consórcios públicos poderão contar com o envolvimento de entes distintos da Federação, pois, a ninguém ocorreria ler o dispositivo como uma autorização para os Municípios se consorciarem com Municípios, os Estados com Estados e a União consigo mesma.

Ademais, é expressa a referência à cooperação (por consórcios e convênios) *entre entes federados*. Ora, tendo o artigo 1º da CF definido que a República Federativa do Brasil é integrada pela União, Estados e Municípios, temos que, obrigatoriamente, no texto da Carta, entes federados são necessariamente os das três espécies em conjunto. Quisesse o constituinte admitir apenas alguns *consórcios* para determinados entes federativos, com a exclusão de outros, e teria expressamente determinado tal diferenciação.

Segue daí cair por terra, frente ao texto constitucional, a tradicional lição de parcela da doutrina que defende que os consórcios só poderiam reunir entes do mesmo plano da Federação ou de que os consórcios mistos seriam

[35] O que não afasta a possibilidade de que etapas da cadeia de um mesmo serviço sejam de titularidade de entes distintos da Federação, como ocorre com o segmento de gás canalizado, cuja produção e transporte bruto são de competência da União (e nem serviços públicos são), enquanto a distribuição, em âmbito local, constitui serviço público estadual (CF, artigo 25, § 2º).

inadmitidos[36]. E, diante de tal prescrição constitucional, tampouco mais se pode seguir sustentando que os consórcios hão de reunir apenas entes dotados da mesma competência material, como ver-se-á. Temos, então, como primeira nota, que o texto do artigo 241, após a EC nº 19, introduziu entre nós o instituto do consórcio entre entes federados, com a cooperação mista, inaugurando aplicação ao instituto consorcial muito distinta daquela sobre a qual já se debruçara a doutrina.

I.13.2. Uma segunda nota de interpretação se refere à distinção entre convênios e consórcios. Por se referir aos dois institutos, o constituinte obriga-nos a buscar a diferença entre eles. E, como visto, a diferença tradicionalmente oferecida pela doutrina (ou seja, que o convênio reuniria entes numa relação federativa vertical enquanto os consórcios agrupariam entes no plano horizontal[37]) tornou-se imprestável à luz do texto constitucional.

Tenho para comigo que a distinção que se pode extrair do artigo 241 diz respeito ao tipo de cooperação concertada entre os entes. Enquanto no convênio se estabelece uma relação de cooperação em que um ente fornece meios para que o outro exerça suas competências, provendo-o do quanto necessário e transferindo-lhe eventualmente obrigações, no consórcio há uma soma de esforços por meio da qual os entes consorciados, de forma perene, passam a exercer cada qual suas competências através do ente consorcial. Naquele (convênio) delega-se o exercício de uma atividade pública de um ente para outro. Neste (consórcio) exerce-se conjuntamente as competências de cada ente por um ente por eles integrado.

No convênio não há necessidade de personificação jurídica como instrumento para efetivação da cooperação, pois o ente incumbido de fazê-lo é o próprio ente federado que recebeu a atribuição e os meios. No consórcio surge a necessidade de personificação – daí inclusive a referência a *consórcios públicos* –, pois quem efetiva os objetivos da cooperação é o ente consorcial integrado por todos os consortes e recebedor – não exatamente um delegatário – das competências constitucionalmente atribuídas aos seus integrantes. Eis, então, a segunda nota: o artigo 241 fez alterar a velha distinção entre convênios e consórcios, sem torná-la irrelevante. A partir dele, a distinção passa a ser não pela natureza dos entes participantes, mas pelo tipo de relação de cooperação.

---

[36] O anverso desta doutrina afirma que os convênios é que se prestariam a formalizar a cooperação entre entes de distintos ramos da Federação.

[37] Neste sentido, temos a posição de Diógenes GASPARINI: "Vê-se que a distinção entre convênios e consórcios está na diversidade, ou não, dos partícipes. Dos convênios podem participar pessoas públicas de qualquer espécie ou mesmo particulares; dos consórcios podem participar pessoas públicas, desde que da mesma espécie. De sorte que, entre a União, o Estado Federado e Municípios pode haver convênio. Entre dois Estados-Membros ou cinco Municípios pode haver consórcio. A participação dos particulares, se não está proibida, descaracteriza, por esta razão, o consórcio" (Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 2004, 9ª edição, página 403).

I.13.3. Daí chegamos à terceira conclusão hermenêutica. O reformador constitucional[38] fez referência a *consórcios públicos.* Isso não é irrelevante. A doutrina tradicionalmente se referia aos consórcios entre entes da Federação como *consórcios administrativos.* A utilização do adjetivo *"público"* está relacionada ao fato de que, no mesmo artigo, parte final, prevê-se que os consórcios servirão para dar cabo à gestão associada de serviços públicos, genericamente referidos. Já pude afirmar mais de uma vez[39] que o termo *serviços públicos* na CF tem duas acepções distintas. A primeira, mais ampla (por exemplo, artigo 145, II), refere-se a serviço público como sinônimo de função pública, de atividade estatal genericamente referida. A segunda, mais restrita (artigo 175) refere-se ao conceito como uma espécie do gênero atividade econômica e, portanto, serviço público de natureza econômica (daí a possibilidade de ser delegado à iniciativa privada).

No artigo 241, o texto alude apenas à gestão de serviços públicos genericamente considerados. E cuida-se não de exploração ou prestação (o que permitiria pensar naqueles serviços públicos espécie de atividade econômica[40]) e, sim, de gestão (algo muito mais amplo, inerente à titularidade do serviço). Pois bem, se assim é, não se poderia cogitar que os consórcios a quem será atribuída a competência para gestão de serviços públicos assumisse configuração privada ou que se submetesse a regime jurídico outro que não o publicístico[41]. Imagine-se um consórcio constituído para a gestão dos serviços públicos de saúde, para os quais a CF reserva um regime

---

[38] Lembre-se que a possibilidade de se proceder a alterações no texto constitucional não é ilimitada. Nesse mister, o Legislativo está condicionado por rígidos limites de ordem formal (quorum de aprovação qualificado, e.g.) e material (indicados no artigo 60, § 1º, dentre os quais destaca-se a impossibilidade de qualquer proposta tendente a abolir a "forma federativa de Estado"). Ademais, cumpre ter em vista que, para assegurar a observância de tais condicionantes, mesmo as emendas constitucionais submetem-se ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário (vide José Afonso da SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 1998, página 70). Nesse contexto, note-se que a Emenda Constitucional nº 19, responsável pela atual redação do artigo 241, não só não foi objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, quanto menos recebeu qualquer censura por parte do órgão de cúpula do Judiciário. Por essa razão, a previsão de consórcios públicos, por tal Emenda inserida no texto constitucional, há de ser vista como absolutamente consentânea com o pacto federativo consagrado na Carta de 1988.

[39] V. por exemplo nossos Concessão de Serviços Públicos sem Ônus para o Usuário, in WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa (coord.), Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, páginas 334 e seguintes; Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal, in GUERRA, Sérgio (coord.), Temas de Direito Regulatório, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004, páginas 213 e seguintes.

[40] A referência ao trabalho seminal de Eros Roberto GRAU é inevitável: "(...) inexiste, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira. (...) 'Serviço Público – dir-se-á mais – é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. (...) Daí a verificação de que o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica." (A Ordem Econômica na Constituição de 1988, São Paulo. Malheiros, 1997, 3ª edição, página 131).

[41] Vide Lenir dos SANTOS, Consócio Administrativo Municipal, Boletim de Direito Municipal, ano XVII, nº 1, janeiro de 2001.

especial, onde é impertinente falar-se em delegação para a iniciativa privada[42]. Descaberia, portanto, falar em um consórcio com personalidade jurídica de direito privado, mesmo que instituído pelos entes federados e por eles controlado. Os consórcios públicos são, portanto, necessariamente submetidos a regime de direito público, diante de sua proximidade ao núcleo estratégico do Estado.

Além de importar na submissão obrigatória dos consórcios entre entes federados ao regime juspublicístico, essa referência no artigo 241 traz outra conseqüência. Estou convicto que ao adjetivar como públicos os consórcios restou necessário admitir que eles assumam personalidade jurídica própria (de direito público). De fato, não fosse para determinar a personificação jurídica do consórcio, não faria sentido o adjetivo *"público"* inserido no texto do artigo 241. Num consórcio despersonalizado, a identidade jurídica é determinada pela natureza dos consortes. Os entes da Federação são todos pessoas jurídicas de direito público interno.

Seria um verdadeiro *pleonasmo constitucional* (não admitido na boa hermenêutica, pois, não se pode ver na norma constitucional palavras inúteis ou rebarbativas) entender que o constituinte quis que fossem públicos os consórcios que já naturalmente o seriam! Ao contrário, o constituinte recorreu ao adjetivo público exatamente porque, pretendendo que eles assumam personalidade jurídica (já que os consórcios se prestarão para exercer de forma contínua função pública - gestão associada de serviços públicos – e receberão um plexo de direitos e obrigações, *v.g.:* encargos, bens, serviços), quis afastar a hipótese de serem eles constituídos como pessoas jurídicas de direito privado (mesmo que fossem sociedades de economia mista, empresas públicas ou mesmo fundações). Emerge a terceira nota: o adjetivo *"públicos"* pós-posto ao conceito de consórcios obriga que estes entes estejam submetidos ao regime de direito público não só na sua gestão, mas na sua constituição. Mais ainda, predica que os entes consorciais criados com vistas ao cumprimento do preceito contido no artigo 241 sejam dotados de personalidade jurídica de direito público. Em verdade, a adjetivação em referência opera uma significativa distinção em relação aos comezinhos consórcios administrativos de que há muito temos conhecimento.

I.13.4. Outra conclusão que se deve extrair do artigo 241 refere-se ao comando situado logo ao seu início. Nele vemos determinado que os entes federados deverão disciplinar por lei os institutos dos consórcios públicos e convênios de cooperação. Disso decorre a atribuição de competência legislativa concorrente para os três entes da Federação os regularem. E, sendo assim, creio que se deve reconhecer ter a Carta reservado à União competência para prescrever as normas gerais para o estabelecimento destes dois veículos de atuação federativa concertada. Temos, portanto, como aplicável a regra prevista nos §§ 1º a 4º do artigo 24 da CF. Disso provém a quarta nota: o artigo 241 atribuiu – e isso independe de considerarmos os

[42] Admite-se tão somente a contratação desta, como prestadora de serviços complementares ao SUS, e a oferta destes serviços em caráter suplementar, em regime privado.

convênios como espécie do gênero contrato – à União competência para disciplinar o regime dos consórcios públicos mediante a edição de lei geral nacional, a ser obedecida pelos Estados e Municípios quando disciplinarem a mesma matéria.

I.13.5. Chegamos à questão do objeto destes instrumentos de cooperação e coordenação. Diz o artigo 241 que ele será a atuação concertada na gestão de serviços públicos. Portanto, os entes consorciados (como vimos, entes dos distintos planos da Federação) poderão se reunir para organizar, planejar, disciplinar e prestar serviços públicos que sejam de titularidade de um ou vários destes entes consortes. Gestão associada há de ser – não vejo como se desviar disso – aquela que é efetivada em comum e de forma conjunta pelos entes federados que se consorciam. No caso do consórcio, isso não implicará em delegação de atribuições (o que é típico do convênio), mas sim assunção por um ente personalizado, integrado por todos os participantes, e que passará a exercer, de forma concertada, as competências que pertencem – e seguirão pertencendo – aos entes consorciados.

I.13.6. Por fim, a última inferência necessária neste tópico. O texto constitucional avança para prescrever a possibilidade de transferência não só de bens e pessoal (o que já é significativo), mas também de encargos e serviços. Transferência que, na forma como redigido o texto, há de ser vista como recíproca, seja na linha ascendente (dos Municípios para a União e para os Estados e destes para aquela) e descendente (mais tradicional, da União para Municípios e Estados e destes para aqueles). Quando a Constituição fala em encargos e serviços, temos que nisso ver uma autorização para, no exercício de sua autonomia, um ente deslocar o exercício de suas competências (a expressão *"encargos"* não me parece poder ser lida com outro sentido) para outro ente, sem contudo delas renunciar. Eis a derradeira nota: restou com o artigo 241 autorizada a delegação – não a renúncia, bem se veja – de competências entre entes da Federação, no âmbito tanto do consórcio público como no tipo especial de convênio (*"convênio de cooperação"*) mencionado pela Carta pós EC nº 19.

I.14. Temos postas as notas defluentes do texto constitucional e que devem, necessariamente, ser tomadas em conta pelo administrativista, porquanto a tradicional doutrina sobre os consórcios públicos não passa incólume pela alteração constitucional. Muito ao contrário, precisa ser relida e talvez reescrita. É de fato dura a atividade do jurista num país de Constituição em permanente câmbio. Porém, é o nosso mister. O que não podemos fazer é pretender refutar as mudanças apenas para que não tenhamos que revisitar nossos escritos. Diferentemente do que ocorre no sistema islâmico (onde a voz dos sábios faz o Direito, e não coincidentemente, são esses mesmos religiosos que integram a instância máxima do poder político), no sistema romanístico a doutrina há de ser caudatária (ainda que crítica, não subserviente) do direito positivo, quanto mais da Constituição.

II. A NATUREZA JURÍDICA DO CONSÓRCIO

II.1. A resposta aos quesitos formulados me obriga a analisar a questão da natureza jurídica dos consórcios, detidamente dos consórcios públicos que, como visto no tópico anterior, assumem configuração peculiar após a EC nº 19. Provavelmente o interesse por saber se os consórcios têm ou não natureza contratual está ligado à questão da competência da União para legislar sobre a matéria lastreada no disposto no artigo 22, XXVII, da CF. Como demonstrei acima, tal competência do legislativo nacional para baixar normas gerais sobre os consórcios públicos e convênios de cooperação independeria disso, visto decorrer do próprio texto do artigo 241 vigente. Porém, indagado que fui, cabe-me buscar a resposta.

II.2. A discussão acerca do caráter contratual ou não dos ajustes de vontade de natureza associativa é longa e antiga[43]. Data do final do século XIX. Ela nos remete à teoria dos atos complexos[44]. Entre nós, no âmbito do direito societário, creio que esta discussão já restou de há muito superada com o célebre trabalho de Túlio Ascarelli[45], no qual o jurista cunhou e desenvolveu a figura do contrato plurilateral, refutando, com substanciosos argumentos, a aplicação da teoria dos atos complexos para afastar a natureza contratual dos contratos de sociedade ou associação.

II.3. No direito administrativo a teoria dos atos complexos calou fundo, marcando entendimento de que só seriam contratos administrativos os acordos bilaterais de vontade que tivessem caráter comutativo, sinalagmático[46]. Esta construção doutrinária, cunhada mormente para extrair os convênios do regime geral dos contratos administrativos[47], tem por fundamento o raciocínio de que quando a Administração participa de uma relação jurídica negocial em que o interesse público por ela perseguido não se contrapõe ao interesse da parte que com ela trava o acordo de vontades, inexistiria contrato administrativo porquanto ausente a contraposição de interesses.

---

[43] Fazendo menção ao mencionado debate doutrinário, tem-se Túlio ASCARELLI: "Os estudiosos orientam-se especialmente em duas direções: por um lado houve teorias modernas que negaram ser, a constituição de uma sociedade (civil e, mais ainda, comercial), um contrato, vendo nela, ao contrário, um ato complexo; por outro, a doutrina tradicional continuou a ver, na constituição de uma sociedade, um contrato" (Problemas das sociedades anônimas e direito comparado, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1969, página 256).

[44] De acordo com esta teoria, os atos complexos se diferenciariam dos contratos – o que justificaria, por conseguinte, uma disciplina jurídica própria – em razão das partes comungarem de idênticos interesses, estarem "do mesmo lado", enquanto que nestes últimos os interesses seriam contrapostos (cf. Tulio ASCARELLI, op. cit., página 258).

[45] Ver Tulio ASCARELLI, O Contrato Plurilateral, op. cit., páginas 255 a 312.

[46] Vide, por exemplo, Hely Lopes MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1998, 23ª edição, páginas 188 e seguintes.

[47] Idem, página 343. Vide também Maria Silvia Zanella DI PIETRO, Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 2003, 15ª edição, páginas 292 e seguintes; e Diogenes GASPARINI, Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 2000, 5ª edição, páginas 364 e seguintes.

II.4. De minha parte, professo posição distinta. A meu ver, este entendimento incorre no erro de confundir gênero com espécie, de pressupor no contrato o caráter sinalagmático que nem todo acordo desta natureza possui. Analisando a questão já há alguns anos, debruçado especificamente sobre os convênios administrativos, pude expor[48] meu entendimento de tal forma aproveitável para o caso vertente, que permito-me cometer a ousadia da auto citação:

> *"A caracterização do que seja um convênio é matéria controvertida na doutrina. Hely, sempre um desbravador nas tortuosas questões do direito administrativo, pontificava que o convênio "é acordo administrativo para a realização de atividades de interesse das partes pactuantes. O convênio não é órgão, nem entidade personalizada. É ajuste obrigacional para a obtenção de serviços convenientes aos Municípios e ao Estado"[49]. Em vários outros escólios o autor vai construindo sua concepção de convênio a partir de duas idéias-força: a) de que os convênios envolvem um aspecto pactual (acordo de vontades); mas que b) não têm caráter contratual – é dizer "não são contratos" porquanto as partes convenentes não pactuam movidas por vontades antagônicas, e sim levadas por um "espírito de cooperação"[50]. Daí por que sintetizava dizendo que "no convênio, a posição jurídica dos signatários é uma só e idêntica para todos, podendo haver, apenas, diversificação na cooperação de cada um, segundo as suas possibilidades para a consecução do objetivo comum, desejado por todos"[51]*
>
> *"Desde então, vêm sendo muito freqüentes na doutrina as manifestações distintivas entre as duas figuras jurídicas, convenial e contratual. Em um passar d'olhos sobre estas abordagens, pode-se concluir que a parcela majoritária dos doutrinadores que se dedicam ao*

---

[48] Ver meu Convênios entre Estado e iniciativa privada para implantação de pólos industriais.

[49] Hely Lopes MEIRELLES, Comissões Intermunicipais, in Estudos e Pareceres de Direito Público, São Paulo, RT, 1971, volume I, página 244.

[50] Digna de nota, pela clareza e síntese, é a clássica distinção traçada pelo autor: "No intuito de afastar a confusão que alguns administradores ainda fazem entre o contrato administrativo e o convênio, depois de conceituar este último como o acordo firmado por entidade pública de qualquer espécie com outra ou com organização particular, para a realização de objetivos de interesse comum, procuramos deixar bem claro 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. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários); uma, que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.); outra, que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio, a posição jurídica dos signatários é uma só e idêntica para todos, podendo haver, apenas, diversificação na cooperação de cada um, segundo as suas possibilidades para a consecução do objetivo comum, desejado por todos." (Cf. Hely Lopes MEIRELLES, Contrato Administrativo – 'Anulação' pelo Tribunal de Contas, in Estudos e Pareceres de Direito Público, São Paulo, RT, Volume IX, 1986, página 101}.

[51] Hely Lopes MEIRELLES, idem, ibid.

tema, seguiu a trilha deixada por Hely, fixando-se na distinção que vem bem representada por Leon Frejda Szklarowsky: "O convênio distingue-se do contrato, conquanto com ele tenha um ponto em comum: o acordo. No contrato, os interesses das partes são divergentes e opostos; no convênio, os interesses coincidem e são comuns."[52]

"De minha parte, sem discrepar dos ensinamentos dos baluartes acima indicados (e de outros tantos que seguem nesta seara), tenho um entendimento um pouco diverso. Parece-me certo que o aspecto pactual, consensual ou de acordo a eles intrínseco (já que mesmo a simples adesão do convenente ao Termo implica numa manifestação positiva de vontade), remete-nos a um traço de bilateralidade e de obrigações recíprocas que aproximaria os convênios dos contratos, entendidos genericamente como instrumentos originadores de obrigações."

"O que falta aos convênios, e isso os faz distintos dos contratos em espécie e frontalmente diferentes dos contratos administrativos, é a ausência de caráter sinalagmático, de reciprocidade e antagonismo obrigacional."[53]

"Dessarte, tenho comigo que os convênios são acordos de vontade (contratos em sentido amplo) na medida em que criam obrigações relativas para as partes conveniadas. Perfilho-me, como de resto cada vez mais tem ocorrido, com a percuciente lição de Odete Medauar, para quem: "a dificuldade de fixar diferenças entre contrato e convênio administrativo parece levar a concluir que se trata de figuras da mesma natureza (...) como foi exposto acima pode-se aventar, no âmbito do Direito Administrativo, uma visão genérica do módulo contratual. Aí estariam incluídos tanto os contratos de obras, de prestação de serviços, de fornecimento de materiais, as concessões, como os convênios, consórcios, pactos. A característica destes últimos está na sua especificidade, ou por envolver duas ou mais entidades ou órgãos públicos ou pelo tipo de resultado que se pretende atingir com o acordo firmado."[54]

"Isso não os faz caracterizar-se como instrumentos contratuais em sentido estrito, é dizer, não são os convênios ajustes sinalagmáticos, recíprocos e originados da instrumentalização de interesses antagônicos."

---

[52] Cf. Os Convênios Administrativos, in RT, volume 669, página 39.

[53] Daí a pertinência do traço distintivo posto por Edmir Netto de ARAÚJO para quem nos contratos as vontades "são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie – ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesse e objetivos comuns" (Cf. Do negócio jurídico Administrativo, São Paulo, Editora RT, 1992, página 145).

[54] Cf. Convênios e Consórcios Administrativos, in BDA, nº 8, 1995, página 456.

"Fio-me, pois, na distinção exposta por Eros Grau[55] entre os contratos de intercâmbio (nos quais os interesses das partes são necessariamente contrapostos, polarizados) dos contratos de comunhão de escopo (onde os interesses dos pactuantes são paralelos)."

"Razão, portanto, parece estar com o Ministro Rafael Mayer quando afirmava, em célebre acórdão, que "Convênio não é palavra de sentido unívoco no campo do Direito Administrativo, mas expressão utilizada, nos textos legais, de modo analógico e em categorias correspondentes, ao lado de ajustes, acordos e contratos. Sem embargo de que se possam atribuir notas conceituais específicas a cada uma, tais figuras têm de comum, dito de maneira bastante genérica, o fato de serem atos administrativos bilaterais tendo por objeto estabelecer condutas e empregar recursos para a consecução de determinados fins de interesse da Administração."[56]

"E neste sentido, o entendimento que ora exponho se presta fundamentalmente a gizar que o caráter bilateral, pactual e obrigacional dos convênios (que os faz integrantes da categoria de atos jurídicos de natureza contratual) não os faz confundíveis com os contratos stricto sensu e muito menos os torna espécies de contratos administrativos. Porém, deixa entrever que os convênios estabelecem obrigações para as partes convenentes, obrigações porém que não se fazem uma em relação ou em contra-partida à outra e sim ambas com vistas ao objetivo comum (convenial)."

II.5. Consórcios, como os convênios, são acordos de vontade, negócios jurídicos em que duas ou mais partes ajustam seus interesses (vontades) com vistas a atingir um resultado de interesse comum. Note-se que mesmo num contrato *stricto sensu* bilateral e sinalagmático em essência há um objetivo comum a mover as partes contratantes, ainda que a conjunção de vontades se dê pelo antagonismo (quanto mais desequilibrado o ajuste em favor de uma das partes, mais oneroso será para a outra e igual no revés). Nos *contratos de comunhão de escopo* (conforme a dicção de Eros Roberto GRAU), se bem é verdade que não é o antagonismo de vontades que move as partes, também não se afasta que exista alguma oposição de interesses. Se todos se juntam para executar um objetivo comum, certo deve estar que o carreamento de esforços mais oneroso a um consorte ou convenente tornará mais aliviados os demais.

---

[55] Ver Eros Roberto GRAU, Licitação e Contrato Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1995, página 91. Embora em texto bastante anterior (Cf. verbete Convênio e Contrato, in Enciclopédia Saraiva de Direito, volume 03, página 379, publicado nos idos de 1977), o autor afirmasse não se tratarem os convênios de contratos, parece claro que se referia lá a contratos em sentido estrito, pois, na distinção de Von Ihering que passou a adotar, os traços de oposição e comunhão distintivos das espécies não o impedem de tratar as duas figuras pelo termo genérico de "contrato".

[56] In Acórdão proferido na Representação de Inconstitucionalidade nº 1024-4/GO, RDA, volume 140, abril a junho de 1980, página 67.

E de igual modo, não me parece que o número de partes a realizar o negócio jurídico seja determinante para afastar ou caracterizar a natureza contratual do ajuste. Tanto que de há muito falamos das hipóteses de contrato coletivo de trabalho, de contratos relacionais[57] ou de espécies de contratos como os contratos de distribuição[58].

II.6. No direito administrativo, doutro bordo, este afastamento do caráter contratual para os ajustes de vontade em que não estejam presentes a bilateralidade e o antagonismo de vontades tampouco se sustenta nos dias de hoje sobretudo quando se multiplicam ajustes que, sem estas duas especificidades, são tratados como contratos.

O primeiro deles é o caso da concessão de serviços públicos, definida pela própria Constituição como contrato (cf. artigo 175, parágrafo único, que alude ao *caráter especial do seu contrato)*. Na concessão, já disse várias vezes, há, no mínimo, uma relação trilateral (conjugação de três pólos de interesse: poder concedente, concessionário e usuários, nem sempre alinhados ou convergentes). O esquema tradicional de bilateralidade que caracteriza os contratos tradicionais cai, portanto, por terra. Além disso, existe uma convergência (comunhão de escopo) entre as duas partes explicitamente contratantes, pois, ambas concorrem para viabilizar a oferta de um serviço público a um terceiro (usuário), a quem competirá remunerar as partes (diretamente ao concessionário e indiretamente ao poder concedente mediante a percepção do ônus da outorga – quando onerosa a concessão o preço é extraído da tarifa – ou mediante os investimentos nos bens reversíveis – bens públicos de dominialidade remota).

A segunda espécie de ajuste de vontades que fugiria do paradigma clássico da doutrina sobre o tema refere-se às parcerias público-privadas (PPP) recém instituídas pela Lei Federal nº 11.079/04. Na gênese de uma parceria está justamente a comunhão de escopos. Difícil seria ver nelas um antagonismo de vontades. Ainda assim, a ninguém ocorre sustentar que tais acordos não são contratos administrativos típicos. A espancar qualquer dúvida, a lei federal enquadra explicitamente tais ajustes como contratos administrativos (cf. artigo 2º).

Bem se vê, portanto, que existem contratos submetidos ao direito público e que, inobstante, não são especificamente bilaterais e nem envolvem sinalagma, antagonismo de vontades.

---

[57] Vide Ronaldo Porto MACEDO JR., Contratos relacionais e defesa do consumidor, São Paulo, Max Limonad, 1998.

[58] Ver a esse respeito Ruy Pereira CAMILLO JR., O contrato de distribuição: uma análise à luz da teoria relacional, Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, FADUSP, 2004. Lembra o autor que o contrato em tela envolve a formação de uma rede de distribuição, cujos membros "não visam apenas a desenvolver suas empresas, mas também o conjunto da própria rede" (página 191), e da qual emergem relações verticais (do controlador ou fornecedor com os diversos distribuidores), horizontais (dos distribuidores entre si) e com terceiros (páginas 216 e seguintes).

II.7. O direito positivo aponta para a existência de dois planos de contratos administrativos. Um plano geral, que compreende todos os ajustes de que faz parte ente da Administração Pública. Neste sentido amplo de contrato estão compreendidos os contratos administrativos estrito senso, os convênios, as PPP, os consórcios, os termos de cooperação e todos os demais acordos travados com o poder público (onde haja manifestação de vontades como requisito essencial para consecução do negócio). No plano específico estão apenas os contratos administrativos em sentido estrito, ou seja, aqueles contratos de intercâmbio de que fala o Ministro Eros Grau, onde há oposição vetorial de vontades.

Essa concepção, aliás, encontra compatibilidade com a definição de contrato administrativo contida no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, que define contrato como *"todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de um vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada".* A amplitude da definição não deixa dúvidas quanto ao não acolhimento, no direito público, da teoria dos atos complexos. E tanto isso é verdade que o artigo 116 da Lei de Licitações e Contratos diz aplicar-se as normas contidas naquela lei aos *convênios acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração* [note-se a proposital exclusão aqui da locução *"e particulares"*] no que couber[59].

II.8. Chegamos aos consórcios. Quando duas ou mais pessoas decidem se consorciar, estão em verdade travando um contrato de associação com vistas à atuação conjunta voltada à consecução de um objeto comum. Se o consórcio não tem o caráter de permanência de uma sociedade, certo é que ele não é também um acordo efêmero. Para formar um consórcio, as partes consorciadas hão de acordar (ajustar vontades) a atuação de cada qual (atuação esta que não será idêntica, pois se consorciar implica em reunir meios, aptidões, capacidades e não apenas repartir uniformemente os mesmos cometimentos). Ou seja, os consortes contratam a repartição de atribuições, de modo que cada membro se compromete com os demais a realizar uma parcela de atividades ou a ceder um plexo de direitos com vistas a que todos juntos - reunidos juridicamente no ente consorcial – logrem a consecução de um escopo que é de interesse comum (ainda que por razões distintas) a todos.

Neste sentido, tenho comigo que integra necessariamente a noção de consórcio uma estipulação obrigacional que implica num contrato naquele sentido lato há pouco referido. Se bem é verdade que para a formação do consórcio pode não bastar a simples formação de um contrato (em algumas situações se faz necessária a prática de outros atos, precedentes – como é o caso de uma autorização legal ou assembléia prévia – ou posteriores – como no caso de se exigir registro do ente consorcial ou ratificação de seus termos

[59] A locução "no que couber" é aqui inserida com irrepreensível acerto pelo legislador, pois o fato de dizer que estes ajustes têm natureza genericamente contratual não os torna idênticos em essência aos contratos administrativos em senso estrito, o que determina que nem tudo do regime legal aplicável a estes seja aplicado àqueles.

por outros entes). Isso, insisto, não desnatura o fato de que no âmago do consórcio está a criação de um vinculo obrigacional entre as partes consorciadas e, mais que isso, a estipulação de obrigações recíprocas[60].

II.9. Não afasta a natureza contratual – a de um contrato específico, plurilateral e não sinalagmático – do ato constitutivo do consórcio o fato de ser ele celebrado total ou parcialmente por pessoas jurídicas de direito público (entes públicos). Desnecessário predizer que os entes públicos podem firmar contratos e assumir obrigações, ainda que submetidas ao regime de direito público. De igual modo parece-me despiciendo demonstrar que um ente federado pode assumir obrigações perante outro ente. Quando a União firma convênio com um Estado para repassar os meios necessários à consecução de um empreendimento, a quebra na obrigação, por exemplo, de repassar uma quantia de recursos é, a meu ver, o descumprimento de um dever contratual que, inclusive, autoriza o Estado conveniado a alegar a *exceptio non adimpleti contractus* para se esquivar de cumprir sua parcela de obrigações.

II.10. Poderia alguém alegar que, no caso dos consórcios públicos, haveria a necessidade de manifestação legislativa do ente público consorciado e que isso afastaria a natureza contratual. O argumento não me parece suficiente para afastar o entendimento aqui esposado. Várias são as situações em que se exige que um ente público, para formar um contrato, obtenha prévia autorização legislativa e, nem por isso, resta descaracterizado o caráter contratual do ajuste. Dois exemplos. O primeiro é o contrato social para constituição de uma empresa estatal (cujo caráter contratual, na lição de Ascarelli, é incontroverso), o qual, nos termos do artigo 37, XIX, da CF exige prévia autorização legal. Outro é o contrato para delegação da exploração de serviço público por concessão (contrato por expressa disposição constitucional, lembremos) e para a formação do qual exige a Lei nº 9.074/95 edição de *"lei que lhes autorize e fixe os* [seus] *termos"*. Portanto, a exigência de prévia ou posterior manifestação legislativa autorizadora não tem o efeito de descaracterizar a natureza contratual da obrigação (bilateral, trilateral ou plurilateral) que será assumida.

II.11. Outro ponto, que ora e vez se alega para descartar a natureza contratual dos consórcios, é o fato de que, na associação consorcial, muita vez a retirada de uma ou mais partes (consortes) não é suficiente para extinguir o ajuste. Isso, com a vênia devida, não pode ser tido por suficiente para descaracterizar o contrato. É intrínseco ao contrato plurilateral – seja um contrato relacional, seja um consórcio, seja um convênio entre muitas partes – que o desaparecimento da obrigação de um dos partícipes (desde que existam

[60] Imperativo lembrar aqui que, em Direito, não se pode emprestar à expressão "recíprocos" um conteúdo idêntico a "antagônico". A reciprocidade implica que a obrigação de uma parte depende e gera obrigações para a outra, sem necessariamente estas obrigações se contraporem de forma sinalagmática. A obrigação de todos os consortes aportarem os meios para a consecução do fim comum é recíproca, inclusive de modo a criar o direito subjetivo de um consorte que inverta os meios a seu cargo de exigir o mesmo comportamento do outro, sob pena de ser indenizado pelas perdas e danos decorrentes da quebra da obrigação recíproca. Isso por óbvio não significa dizer que tais obrigações estejam contrapostas no sentido do antagonismo.

mais de dois na relação) obriga um rearranjo, uma redistribuição entre os remanescentes e não o perecimento automático do contrato. Seria um certo sofisma utilizar, para negar a existência do contrato, o raciocínio de que contratos multipartes não são contratos (por faltar-lhe a bilateralidade). E neste sentido vale lembrar que o Código Civil de 2002 admite (cf. artigo 1.033, IV) até mesmo a possibilidade da sociedade (contrato de sociedade) remanescer com um sócio apenas por certo período[61].

II.12. Reforça meu entendimento o fato de que, em se tratando dos consórcios públicos referidos no artigo 241 da CF, há previsão de transferência de bens, pessoal, serviços e encargos como uma faculdade garantida aos entes federados no seu livre exercício da autonomia para organizar seus serviços e cumprir suas obrigações. Não vejo como a estipulação dessas transferências realizadas em torno de um objetivo comum não tenha caráter contratual, com estipulação de obrigações recíprocas e com a exigência de manifestação de vontade expressa por todos os entes consorciados. São em verdade os consórcios tipos de parcerias (digamos parcerias público – público) e tal como as PPP assumem natureza contratual.

II.13. Tenho, então, que os consórcios em geral e os consórcios públicos em particular têm natureza contratual, é dizer, exigem a criação de obrigações recíprocas entre as partes, que se obrigam a cumprir suas parcelas de obrigações com vistas a bem atingir o objetivo de interesse comum.

III. OS ENTES PÚBLICOS PERTENCENTES A MAIS DE UM ENTE DA FEDERAÇÃO

III.1. Questão que também acende viva discussão e que também sobressai como aspecto, conquanto não pioneiro, certamente avançado no Projeto de Lei sob análise é a conseqüência nele posta de se criarem entes administrativos integrantes da estrutura organizativa de mais de um ente da Federação. De fato, assim serão os consórcios públicos originados da aplicação da lei ora gestada: entes administrativos – especificamente de natureza *autárquica*[62] – formados por mais de um ente federado e, de conseguinte, integrantes de mais de uma estrutura administrativa indireta.

---

[61] Aliás, vale destacar que o novo diploma civil não permite a continuidade do debate quanto ao caráter contratual das sociedades pluripessoais (vide, a respeito, Rubens REQUIÃO, Curso de Direito Comercial, São Paulo, Saraiva, 1986, 17ª edição, páginas 273 e seguintes). Isso porque o seu artigo 981 não deixa margem a dúvidas ao estipular que "[c]elebram **contrato** de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados." (destaques acrescidos).

[62] Pois essa é a única natureza jurídica de direito público da administração indireta, desde que as fundações públicas nada são além de autarquias, segundo acatadíssimo ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 2001, 13ª edição, página 146): "39. Em rigor, as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm. (...) Uma vez que as fundações públicas são pessoas de Direito Público de

III.2. Em face dessa peculiaridade, surge a indagação sobre a validade constitucional dessa figura: uma autarquia, digamos, *multifederada ou federativa*.

III.3. Primeiramente, nada há no conceito de autarquia, desde há tempos sedimentado em doutrina, que impeça admitir sua criação por mais de um ente federativo para o exercício de competências titularizadas pelos mesmos. Definindo a autarquia como *"pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei"*[63], considerando o que é aí precisamente conceitual – personalidade jurídica de direito público, incumbência de serviço público descentralizado, criação precedida de autorização legal e mesmo o controle nos limites da lei e demais atos criadores (devendo os atos infralegais, obviamente, respeitar as disposições legais concernentes) – nada comparece que interdite dois ou mais entes federativos de criar um ente autárquico para exercer competências daqueles dessarte descentralizadas.

Outrossim, o arranjo institucional de uma autarquia criada por dois ou mais entes federados para exercer competências próprias de ambos não dista – em termos de valoração constitucional quanto à distribuição de competências – a arranjo grandemente utilizado, por exemplo, no setor de saneamento básico, em que há sociedades de economia mista estaduais que receberam *"n"* delegações de Municípios para prestar os serviços locais de abastecimento de água e de esgotamento sanitário[64]. No caso, uma pessoa da administração indireta de um ente federativo exerce também competências de outros entes federativos, legitimando-se para tanto na delegação que recebe destes segundos (e não em competências próprias de seu ente criador já que este nem as têm no que diz respeito a várias atividades de saneamento básico no âmbito local).

Aliás, quando comparados o modelo autárquico dos consórcios públicos, nos termos tratados pelo Projeto de Lei em análise, com o longevo modelo da sociedade de economia mista estadual delegada de serviços (competências) municipais, observa-se ocorrer no segundo algo até mais drástico, visto que a aventada sociedade de economia mista exerce aí competências de terceiros que lhe são incumbidas por simples ato de delegação, enquanto nos consórcios legitima-se mais intensamente a delegação na medida que os delegadores *criam e participam* da autarquia consorcial.

---

capacidade exclusivamente administrativa, resulta que são autarquias e que, pois, todo o regime jurídico dantes exposto como o concernente às entidades autárquicas, aplica-se-lhes integralmente."

[63] Maria Sylvia Zanella di PIETRO, Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 2002, 14ª edição, página 368.

[64] Não cabe aqui desenvolver e aprofundar o raciocínio, mas registro minha firme convicção quanto á inconstitucionalidade, à luz do artigo 175 da CF, destas concessões serem feitas sem licitação.

III.4. Em outra mão, a hipótese de autarquias multi ou plurifederadas já foi, *en passant*, objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal[65], o qual, sob relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, firmou posicionamento no sentido da inviabilidade quando para elas se reconheçam competências que nenhum de seus entes constituidores possui. No caso em tela, cuidava-se de instituição bancária – o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE) – cuja lei de criação lhe impunha natureza de autarquia interestadual, incumbida de atividades financeiras de fomento regional. Do que então firmado, vale destacar o seguinte excerto:

> *"(...) II. Autarquia interestadual de desenvolvimento: sua inviabilidade constitucional. 3. O dado diferencial da autarquia e a personalidade de direito público (Celso Antônio), de que a podem dotar não só a União, mas também as demais entidades políticas do Estado Federal, como técnicas de realização de sua função administrativa, em setor especifico subtraído a administração direta. 4. Por isso mesmo, a validade da criação de uma autarquia pressupõe que a sua destinação institucional se compreenda toda na função administrativa da entidade matriz: 5. O*

---

[65] Anotamos a ementa do acórdão em comento:

"RE 120932 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 24/03/1992 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Publicação: DJ DATA-30-04-92 PP-05725 EMENT VOL-01659-02 PP-00255 RTJ VOL-00141-01 PP-00273.

Execução fiscal: débito representado por Cédula de Crédito Industrial em favor do BRDE - Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul: inidoneidade da via processual, resultante da solução negativa a questão constitucional da suposta natureza autárquica interestadual, que se arroga o credor exeqüente: RE provido. 1. Atividade econômica do Estado: intervenção suplementar no domínio econômico ou exploração de serviço público. 1. Ainda que se devesse reduzir a participação suplementar do Estado na atividade econômica "stricto sensu" - objeto do artigo 170 CF/69 - aquela que se faça mediante o apelo a técnica privatística das empresas estatais de forma mercantil não basta a descaracterização, em tese, da natureza autárquica de um banco de desenvolvimento criado pelo Poder Público. 2. Em tese, a assunção estatal, como serviço público, da atividade dos bancos de desenvolvimento e tanto mais viável quanto e certo que, desde a Constituição de 1967, a elaboração e a execução de planos regionais de desenvolvimento foram explicitamente incluídos no rol da competência da União: dispensa demonstração que, nosso regime de liberdade de iniciativa, a atividade de fomento dela, desenvolvida pelos bancos de desenvolvimento - mediante empréstimos com prazo ou condições favorecidas, prestação de garantias, intermediação de empréstimos externos ou tomada de participações acionarias -, são um dos instrumentos primaciais da tarefa estatal de execução do planejamento econômico. II. Autarquia interestadual de desenvolvimento: sua inviabilidade constitucional. 3. O dado diferencial da autarquia e a personalidade de direito público (Celso Antônio), de que a podem dotar não só a União, mas também as demais entidades políticas do Estado Federal, como técnicas de realização de sua função administrativa, em setor especifico subtraído a administração direta. 4. Por isso mesmo, a validade da criação de uma autarquia pressupõe que a sua destinação institucional se compreenda toda na função administrativa da entidade matriz: 5. O objetivo de fomento do desenvolvimento de região composta pelos territórios de três Estados Federados ultrapassa o raio da esfera administrativa de qualquer um deles, isoladamente considerado; só uma norma da Constituição Federal poderia emprestar a manifestação conjunta, mediante convênio, de vontades estatais incompetentes um poder que, individualmente, a todos eles falece. 6. As sucessivas Constituições da Republica - além de não abrirem explicitamente as unidades federadas a criação de entidades publicas de administração interestadual-, tem reservado a União, expressa e privativamente, as atividades de planejamento e promoção do desenvolvimento regional: analise da temática regional no constitucionalismo federal brasileiro."

> *objetivo de fomento do desenvolvimento de região composta pelos territórios de três Estados Federados ultrapassa o raio da esfera administrativa de qualquer um deles, isoladamente considerado; só uma norma da Constituição Federal poderia emprestar a manifestação conjunta, mediante convênio, de vontades estatais incompetentes um poder que, individualmente, a todos eles falece. (...)"*

Quanto ao tema que nos ocupa, averbou, então, o ministro que: *i)* a validade da criação de uma autarquia pressupõe que sua destinação institucional contenha-se integralmente na competência do ente político criador; *ii)* o fomento regional não seria competência de Estados membros, mas, sim, da União Federal; *iii)* somente norma constitucional federal poderia render validade constitucional ao arranjo institucional do modelo em comento.

Sublinhe-se que o julgado do STF em referência é datado de 1992, portanto, *muito antes do advento do novel artigo 241 da Lei Maior*. Daí conseqüência relevantíssima: no que o mesmo hostiliza a constitucionalidade do modelo da autarquia multifederada, deve se considerar como *"derrogado"* em face do *vigente* texto constitucional. Ou até mais. Não se pode desconsiderar a influência que postura jurisprudencial tenha exercido sobre o constituinte reformador, no sentido de o alertar da necessidade expressa de norma constitucional para dar validade a tal arranjo de cooperação federativa por meio de pessoa jurídica de direito público.

Sem embargo, dos próprios argumentos *supra* registrados em relato da posição do STF é também possível – melhor, *impositivo* – concluir a plena constitucionalidade do modelo autárquico multifederado. Assim é que, desde já, devemos reconhecer que o terceiro fundamento empregado pela Excelsa Corte segundo relatoria do eminente ministro Sepúlveda Pertence serve à tese da constitucionalidade das autarquias multifederadas. Isso porque, com a EC nº 19/98 e o novel artigo 241 dela resultante, o Texto Constitucional *explicitamente* passou a agasalhar a hipótese em causa: *consórcios públicos* instituídos por entes federativos de distinto *status* constitucional. E a natureza autárquica da pessoa jurídica dessarte criada é certamente solução abrangida no referido dispositivo constitucional, senão única solução nele prevista, conforme já apontei nos parágrafos I.13.3 e seguintes *supra*.

Em acréscimo e em rigor, cabe ainda dizer que mesmo anteriormente ao novel texto do artigo 241 da Lei Maior, cabia, sim, falar-se em pessoas jurídicas que integrem a administração indireta de mais de um ente federado. Como exemplo, a ninguém nunca atinou desconsiderar a viabilidade da participação de mais de uma pessoa de direito público na constituição do capital de uma sociedade de economia mista ou de uma empresa pública, a exemplo do que ocorre com a Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ –, de cujo capital participam o Estado de São Paulo e o Município da capital. A propósito, cuida-se de hipótese catalogada em renomada e difundida doutrina:

> "(...) não se pode admitir que tal designativo empresa pública fique reservado – com resultaria do artigo 5º do Decreto-Lei nº 200, conjugado com o artigo 5º do Decreto-Lei nº 900 – unicamente às empresas

> formadas por capitais de origem governamental nas quais a integralidade ou a maioria acionária votante pertença à União. Com efeito, não são de descartar hipóteses em que dita maioria não seja da União, mas sim de uma autarquia sua ou de uma outra sua empresa pública ou sociedade de economia mista, sobre remanescente de capital da própria União, ou de algum Estado federado, de algum Município ou de entidade da Administração indireta destes."[66]

A questão, portanto, se coloca em relação à possibilidade de uma pessoa jurídica de direito público (*i.e.,* uma autarquia) com tal configuração. E, nesse aspecto, como dissemos por diversas vezes, muito sensível é a diferença que, em relação ao regime anterior, proporcionou a redação que ao artigo 241 da Constituição conferiu a EC nº 19.

E, de seu turno, o que se passa com os consórcios públicos no Projeto de Lei sob análise, é estritamente fiel à citada modificação constitucional, dado que os entes autárquicos a serem criados mediante consórcios públicos terão sua competência adstrita à delegação competencial recebida dos entes federados seus criadores, inclusive no aspecto territorial. Desse modo, a competência das autarquias assim criadas será a mera conjunção de competências que as pessoas políticas que o instituem possuem. O consórcio público, assim, não altera o círculo de competências. Emerge, isto sim, como *uma forma para o exercício de competências*, por meio do qual tal exercício dar-se-á *em regime de cooperação federativa*, fazendo valer o princípio do federalismo cooperativo, que é estruturante da ordem constitucional brasileira.

Donde a conclusão tranqüila em favor da conformidade constitucional de autarquias criadas por mais de um ente federativo, incumbidas de competências descentralizadas de cada um dos entes seus criadores.

IV. AS COMPETÊNCIAS DOS DIFERENTES ENTES FEDERATIVOS

Já abordei a definição do instituto dos consórcios, sua natureza jurídica, o regime de direito que lhe é aplicável e, finalmente, a constitucionalidade dos entes consorciais integrados por mais de um ente da Federação (sejam eles Municípios diversos, sejam entes de plano federativo distinto). Cumpre-me agora apreciar, de maneira mais ampla, a constitucionalidade do Projeto de Lei do ponto de vista externo, ou seja, no que diz respeito à capacidade da União para legislar, como pretende fazer, sobre a matéria, inclusive no que diz respeito ao conteúdo material da lei que tem a intenção de editar. Impõe-se verificar, especialmente, se foi preservada a autonomia dos demais entes federativos (regionais e locais), sobretudo no que diz respeito à profundidade das normas e à sua natureza.

---

[66] Celso Antônio Bandeira de MELLO, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 2001, 13ª edição, página 148.

Para fazê-lo, abordarei, de maneira bastante sucinta, o regime geral da distribuição de competências entre entes federativos, conforme ele se encontra disposto na Constituição de 1988 (IV.1). Veremos em seguida, de maneira mais específica, a competência prevista no artigo 241 da Constituição, identificando qual o critério de distribuição de competência utilizado pelo constituinte nesse caso concreto, bem como suas conseqüências, notadamente a competência da União para legislar sobre a matéria, em determinada profundidade (IV.2), desde que observe os limites para o exercício de tal poder, notadamente a generalidade das normas que editar (IV.3).

IV.1. O REGIME GERAL DAS COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

IV.1.1. Em parecer oferecido recentemente, ainda inédito, abordei com algum detalhe as diferentes formas e critérios de distribuição de competências previstos na Constituição Federal. O tema agora discutido não permite digressões muito mais longas sobre o assunto, mesmo porque inúmeros trabalhos da doutrina já se dedicaram a ele, de maneira mais aprofundada[67]. O presente item se inspira largamente naquilo que escrevi em ocasião pretérita, a ser publicado no devido tempo.

Regra intrínseca ao princípio federativo, a distribuição de competências entre os entes federados autônomos e iguais entre si inicia-se e esgota-se na própria Constituição. De nenhum outro instrumento jurídico decorrem tais competências. O exame sumário da Constituição nos permite identificar alguns critérios distintos para essa distribuição.

IV.1.2. No que tange à natureza das atividades a serem delegadas, a CF divide entre competências materiais e competências legislativas, ou seja, ela segmenta, ao menos em princípio, os atos relativos à normatização de uma atividade e aqueles relativos à sua execução[68]. Por outro lado, quanto à relação entre os entes, encontramos na Constituição competências exercidas exclusivamente por um dos entes federativos, com a exclusão dos demais (competências privativas), e competências atribuídas a mais de um ente federativo, o que exige regras mais acuradas de coordenação entre eles

[67] V., além dos tratados de Direito Constitucional dos principais doutrinadores do direito público, as importantíssimas contribuições de Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (Competências na Constituição de 1988, 2ª edição, São Paulo, Atlas, 2000), Carmen Lúcia Antunes ROCHA (República e Federação no Brasil – Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira, Belo Horizonte, Del Rey, 1997) e José de Alfredo de Oliveira BARACHO (Teoria do Federalismo, Rio de Janeiro, Forense, 1986).

[68] A afirmação deve no entanto ser nuançada. Já tivemos a oportunidade de consignar que a distinção entre competência legislativa e competência material não corresponde fielmente à atribuição de poder para normatizar e poder para executar. Isso porque na competência material está necessariamente compreendida a competência para normatizar que se faz necessária, exatamente, à prestação do serviço e que está compreendida no poder de regulação (ver nosso Aspectos jurídicos enredados na implantação do programa de inspeção veicular, in Revista de Informação Legislativa, nº 151, julho a setembro de 2001, páginas 183 e seguintes).

(competências comuns e concorrentes[69]). Finalmente, no que diz respeito à técnica de atribuição de competência propriamente dita, já vimos que, para a distribuição das competências privativas, a Constituição adota critério explícito e específico para a União, explícito e globalmente genérico para os Municípios e implícito (residual) para os Estados[70].

IV.1.3. Analisemos inicialmente as competências privativas. O artigo 21 da Constituição estabelece as competências materiais privativas da União, enquanto o artigo 22 estabelece aquelas que, apesar de também excluírem os demais entes, são competências de natureza normativa (*"Compete privativamente à União legislar sobre..."*). As competências materiais e normativas privativas dos Municípios encontram-se previstas conjuntamente no artigo 30 da Constituição. Nele se verifica que, de maneira ampla, compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local (inciso I) e organizar e prestar os serviços públicos cujo interesse seja predominantemente presente nesse mesmo âmbito (inciso V). Aos Estados, conforme o disposto no artigo 25, § 1º, compete a matéria e a normatização remanescente ou residual, ou seja, aquela que não foi atribuída nem à União nem aos Municípios, ainda que algumas previsões – como por exemplo o caso da distribuição de gás canalizado – sejam expressamente efetuadas na Constituição. Ao Distrito Federal, por sua vez, são atribuídas concomitantemente as competências legislativas reservadas aos Estados e aos Municípios (artigo 32, § 1º, da Constituição Federal).

IV.1.4. Ao lado das competências privativas, convivem competências plurais dos entes federativos, que incidem sobre uma mesma matéria. Quanto a estas, é de se distinguir entre as competências comuns e as competências concorrentes. Ainda ressaltando o caráter esquemático destes traços sobre a competência, podemos identificar as competências comuns no artigo 23 da Carta Maior, que enumera as competências de atuação de ordem político-administrativa atribuídas tanto à União quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. As competências concorrentes, por sua vez, encontram-se no artigo 24 da Constituição, que, de forma geral, estabelece as competências

---

A competência concorrente, pois nela há a subdivisão entre as competências complementares e suplementares. Neste sentido, servindo-nos dos ensinamentos de Walber de Moura AGRA para distinguir entre as normas complementares ou suplementares. A norma é complementar "quando os Estados-membros ou o Distrito Federal produzem normatização para especificar a legislação geral da União, adequando a legislação nacional às peculiaridades regionais; suplementar quando ocorre uma omissão da União em proceder à cominação geral, e assim os Estados poderão produzir as normas gerais e as específicas. A competência para legislar sobre normas gerais continua a pertencer à União; diante de sua omissão de legislar, os Estados poderão normatizar, sem a dependência de nenhuma norma que explicite uma delegação. A transferência de atribuições é imediata, desde que configure a omissão. Na competência concorrente suplementar, voltando a União a legislar sobre assuntos gerais, as normas produzidas pelos Estados que estiverem em contradição com as normas da União serão suspensas do ordenamento jurídico. É bom salientar que as normas específicas devem se adequar às normas gerais; havendo uma modificação nestas, aquelas também terão de sofrer uma alteração" (Manual de Direito Constitucional, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, páginas 295 e 296).

[70] Com a exceção da distribuição de gás canalizado, expressamente atribuída aos Estados (CF, artigo 25, § 2º).

legislativas atribuídas concomitantemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal.

É essa última competência que mais nos interessa, uma vez que nos parece indubitável que a regra disposta no artigo 241 da Constituição atribui competência concorrente, de natureza legislativa, para os entes federativos a que faz referência, autorizando-lhes e exortando-lhes a legislar sobre os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados (v. abaixo, item IV.2). O dispositivo gera também questões relativas às competências materiais para a prestação dos serviços públicos referidos no artigo 241, mas estas serão tratadas em tópico próprio. Concentraremo-nos, portanto, sobre a competência legislativa concorrente.

IV.1.5. Há critérios claros para a atribuição de competências entre os diferentes entes federativos (ainda que eles sejam investidos da prerrogativa de legislar sobre uma mesma matéria). A repartição de competências se dá verticalmente, dividindo-se a intervenção legislativa em diferentes níveis, segundo sua profundidade, do geral para o particular, e atribuindo-se a cada um dos entes um nível diferente de normatividade.[71]

Distingue-se em geral entre duas formas de competência legislativa concorrente: a *cumulativa (ou clássica) e a não-cumulativa (ou limitada)*. A primeira existe sempre que *não há limites prévios para o exercício da competência* por parte de um ente federado, o que lhe permitiria esgotar a matéria compreendida. Implica, em tese, superposição total de competências legislativas entre os entes federados envolvidos[72]. Já a competência não-cumulativa (limitada) é a que propriamente estabelece a chamada *repartição vertical.* Haveria *competência limitada* para todos os entes federativos envolvidos, pois a nenhum seria autorizado esgotar a matéria prevista[73]. Reserva-se um nível superior ao ente federativo mais abrangente - a União - que fixa os princípios e normas gerais que regem a matéria, deixando-se aos entes federativos regionais a competência para *complementá-la.*

A Constituição apresenta em seu artigo 24 as matérias submetidas à competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal. Nos parágrafos desse artigo, a própria Constituição estabelece as regras de

---

[71] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Normas Gerais e Competência Concorrente: Uma exegese do artigo 24 da Constituição Federal, in Revista Trimestral de Direito Público, nº 7, 1994, página 17.

[72] À União seria facultado legislar integralmente sobre determinada matéria, sem ter que se ater a normas gerais ou a nível específico de intervenção legislativa. A contrario sensu, aos Estados e sucessivamente aos Municípios caberia tão somente competência supletiva ou complementar, nas matérias que a União não tivesse esgotado. Como conseqüência desta competência cumulativa, as normas federais prevaleceriam sobre as normas regionais e estas sobre as locais, em razão do já aludido princípio da abrangência dos interesses.

[73] Observe-se nesse sentido que, ainda que se admita que os Estados possam suplementar a omissão da União em estabelecer normas gerais, editando-as até que a União se manifestasse, tal possibilidade de "esgotar" a matéria seria eminentemente transitória, já que a superveniência de norma geral federal faz cessar a eficácia das normas editadas pelos Estados.

interpretação e articulação de tais competências concorrentes[74]. De maneira sintética, tais dispositivos podem ser resumidos em duas regras básicas. Primeiramente, a de que incumbe à União, essencialmente, a edição de normas gerais para as matérias envolvidas, constituindo estas o limite da intervenção federal. No que tange a estas normas gerais, existe primazia da norma federal, pois esta prevalece sobre as normas estaduais e normas municipais, sejam elas anteriores (perda da eficácia) ou posteriores (inconstitucionalidade) à norma geral federal.

IV.1.6. A noção de *"normas gerais"* adquire assim grande relevância, pois ela constitui o *discrímen* da competência concorrente da União, seja ela cumulativa ou não-cumulativa. Adoto a posição de FERRAZ JUNIOR, que observa que a linguagem constitucional *pode tratar tanto de normas gerais pelo conteúdo, como de normas gerais pelo destinatário ou universais*[75]*.* Nessas hipóteses, o critério para a identificação da norma geral será a incindibilidade do objeto normatizado ou a indeterminação dos sujeitos destinatários da norma. A *contrario sensu*, caberia aos entes regionais a competência para, respectivamente, editar normas *particulares e singulares* (conforme o conteúdo) ou especiais e individuais (conforme o destinatário).

Noção rica de *"normas gerais"* é oferecida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto[76], que recenseou as opiniões existentes na doutrina sobre tal definição. Afirma ele serem aquelas que (i) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais; (ii) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem esgotar o assunto legislado; (iii) são regras nacionais, uniformemente aplicáveis no território; (iv) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas, sem individualizá-las; (v) só cabem quando preencham lacunas constitucionais e disponham sobre áreas de conflito; (vi) devem referir-se a questões fundamentais; (vii) são limitadas, no sentido de

[74] O artigo 24, em seus §§1º e 2º, estabelece competência vertical não-cumulativa, na medida em que enuncia que "no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais" (§ 1º) e que a "competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados" (§ 2º) (grifos nossos). Já os §§ 3º e 4º do artigo 24 regulam competência vertical cumulativa. Assim é que o §3º prevê competência legislativa plena aos Estados ("§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades"), ainda que esta seja transitória, até a superveniência de norma geral federal ("§4º. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário."). (grifos nossos).

[75] Do ponto de vista substancial (teleológico, material ou finalístico) a distinção entre normas gerais e particulares ou individuais se reporta ao interesse prevalecente na organização federativa, o que nos remete ao conteúdo material da norma. Do ponto de vista finalístico, deveria ser objeto de norma geral toda matéria que extravasasse o interesse circunscrito de uma unidade (estadual em face da União; municipal em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve situações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional. Tal entendimento decorreria do federalismo de cooperação estabelecido no artigo 1º da Constituição e da visão de que a uniformização de certos interesses constitui um ponto básico da colaboração entre os entes federativos.

[76] in Constituição e Revisão: Temas de Direito Político e Constitucional, Rio de Janeiro, Forense, 1991, páginas 155 e seguintes.

não poderem violar a autonomia dos Estados; e (viii) não são normas de aplicação direta. A comparação entre diretrizes e normas gerais permite melhor distinguir os contornos das *"diretrizes"* conforme dispostas na Constituição.

IV.1.7. Parece-me, ainda, que duas das características acima referidas necessitam de maior esclarecimento. Em primeiro lugar, não me parece que a generalidade das normas impeça, em regra geral, sua aplicação direta. Como lembra Lucia Valle Figueiredo, elas se aplicam concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competência federal e, ainda no âmbito da competência administrativa regional, sempre que a autoridade regional (Estado ou Município) não tiver exercido sua competência concorrente particularizante. Aplicam-se, ainda, nos casos em que a autoridade regional haja exercido sua competência concorrente particularizante em contrariedade ao valor nelas declarado[77].

Um segundo ponto que merece observação é a impossibilidade das normas gerais esgotarem a matéria que regulam. Ainda que em teoria isso seja verdade, pode haver situações em que, em virtude da importância do tema e de suas particularidades, exista pouco espaço para inovação ou particularização por parte das autoridades estaduais. É o caso, por exemplo, da regulação em matéria de licitações, que foi praticamente exaurida por lei federal. Isso porque, no caso, era mais relevante assegurar a uniformidade nas contratações da Administração Pública como um único conjunto do que refletir eventuais particularidades regionais. O que se pode entender pela prescrição que veda à lei geral esgotar a matéria regulada há de ser a vedação a que esta invada o campo de especificidade e particularidade reservado à lei regional ou local. Inexistente a margem para a disciplina especificante regional ou local, descaberá falar em vedação ao exaurimento pela lei federal.

Finalmente, é interessante relembrar que, apesar de não existir hierarquia entre as normas gerais federais e as normas especiais regionais ou locais, as primeiras prevalecem sobre as últimas em virtude da 'primazia do interesse nacional', tomado pelo critério da abrangência. Caso contrário, há invasão de esferas legislativas, devendo ser declarada inconstitucional[78]. As diretrizes nacionais sobre certos assuntos deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura das suas respectivas legislações, mediante normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos[79].

---

[77] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discriminação Constitucional das Competências Ambientais. Aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais, in Revista de Direito Ambiental, nº 35, ano 9, julho a setembro de 2004, páginas 39 a 55.

[78] CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e a Fixação de Competência Concorrente na Federação Brasileira, in Revista de Processo, nº 92, outubro a dezembro de 1998, página 260.

[79] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais, in Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, nº 100, outubro a dezembro de 1988, páginas 128 a 130 e 159.

IV.1.8. Concluo este tópico ressaltando, portanto, que não há na Constituição de 1988 uma competência concorrente cumulativa para a edição de normas gerais. Estas competem sempre à União e, ainda que se admita a competência supletiva dos Estados em caso de omissão desta, (artigo 24, § 3º), a partir do momento em que a União exerce sua competência cessa a eficácia de tal regulação regional (artigo 24, § 4º).

IV.2. A COMPETÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 241 DA CONSTITUIÇÃO: COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE

IV.2.1. Voltemos então ao artigo 241 da Constituição Federal. Dispõe ele que "*a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e 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.*"

Impende analisar o dispositivo. Em primeiro lugar, identifica-se que o dispositivo constitucional trata de competência legislativa, ou seja, atribui aos entes federativos a que se refere o poder de *"disciplinar"* determinada matéria. A competência é de natureza normativa. Se alguma dúvida havia a respeito do sentido de *"disciplinar"*, a expressão *"por meio de lei"* completa o sentido do texto constitucional, tornado estreme de dúvidas que a atividade a que se refere o artigo 241 é de natureza legislativa.

IV.2.2. Além disso, o dispositivo atribui competência de natureza plural, pois se dirige à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e a eles incumbe uma mesma atividade: a de disciplinar por meio de lei os consórcios públicos e convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos. Isso não significa, evidentemente, que a todos os entes federados cabe legislar indistintamente sobre a matéria. Aplica-se o regime constitucional de distribuição de competências previsto no artigo 24 e sobretudo em seus parágrafos. A União é competente para legislar sobre as normas gerais da matéria, sendo que os demais entes têm competência supletiva, na medida do necessário para contemplar as particularidades regionais e o cumprimento de seus interesses públicos específicos.

Abro aqui um pequeno parêntese. Não há que se confundir a *"lei"* de que trata o artigo 241 da Constituição *("por meio de lei")* com a lei complementar a que se refere o artigo 23, parágrafo único, do mesmo diploma[80]. O artigo 23 trata de competências de natureza material atribuídas a diferentes entes federativos, não de competências concorrentes. As competências comuns, ao contrário daquelas, são indistintamente atribuídas aos entes federativos. Por

[80] Artigo 23, parágrafo único: "Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional."

serem direcionadas à ação, não é tão premente a distinção entre as competências, assim como não é tão grave – já que é intencional a vontade constitucional de implicar todos os entes nessas atividades - o acúmulo e superposição de ações dos entes federativos (desde que coordenadas). Não é o que acontece com as competências normativas. Assim, deve-se lembrar que estamos diante de competência legislativa concorrente, à qual se aplicam as regras do artigo 24 da Constituição.

IV.2.3. Deve, portanto, a União responsabilizar-se pela edição das normas gerais sobre a matéria, na forma da atribuição constitucional, às quais devem sujeitar-se os demais entes federativos. Cabe à União oferecer à Federação o quadro geral dos institutos previstos constitucionalmente, no espírito e nos limites fixados pela Lei Maior. Ao fazê-lo, é a União quem pauta os contornos da discussão e enquadra as competências dos demais entes, sejam elas legislativas ou materiais.

IV.2.4. Além disso, deve-se observar que a competência da União para editar as normas gerais para os institutos previstos no artigo 241 advém não somente do conteúdo deste artigo, mas também da competência legislativa exclusiva da União de editar *"normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios*" (artigo 22, XXVII). Reconhecido o caráter eminentemente contratual dos consórcios e, ainda, o fato de que os convênios podem ser considerados como espécies do gênero *"contrato"* em sentido lato (v. infra, item II), temos que concluir que a prescrição do artigo 22, XXVII reforça a competência da União para editar normas gerais para estes institutos.

IV.2.5. Conclui-se, portanto, que existe competência constitucionalmente atribuída da União para editar as normas gerais sobre consórcios públicos e convênios de cooperação entre entes federativos. Não há que se falar, assim, em violação à autonomia de cada ente, desde que a União respeite as regras de distribuição de competências previstas no artigo 24 da Constituição. Cabe aos Estados-membros, aos Municípios e ao Distrito Federal observar os limites impostos pelas normas gerais, sem prejuízo de sua autonomia para editar regras individuais suplementares, sobretudo no que diz respeito às normas que cada um dos entes seguirá para celebrar os convênios ou contratos de consórcios. Resta verificar se no caso concreto as normas constantes do Projeto de Lei são normas de natureza geral.

IV.3. A COMPETÊNCIA DA UNIÃO NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE: AS NORMAS GERAIS

IV.3.1. A apreciação do conteúdo geral do Projeto de Lei permite concluir que as normas ali constantes são facilmente identificadas e classificadas como normas gerais, conforme a definição apresentada no item anterior. A propositura estabelece as definições básicas dos conceitos e institutos

utilizados em seu texto, bem como as regras de constituição[81], gestão[82], alteração[83] e extinção[84] dos consórcios públicos. São ainda previstas normas relativas aos contratos de programa, notadamente o seu objeto[85], as cláusulas necessárias[86], normas procedimentais etc.[87]. Constam ao final do Projeto de Lei as disposições gerais, que contêm regras relativas à participação da União nos consórcios públicos e altera outros dispositivos legais. No conjunto – e mesmo individualmente – são normas de considerável grau de generalidade e abstração. São, ainda, essenciais para assegurar a necessária interlocução e homogeneização das práticas adotadas por cada ente federativo.

V. A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Constatada a constitucionalidade do Projeto de Lei no que diz respeito à obediência aos limites da competência legislativa concorrente estabelecida no artigo 241, devemos nos debruçar, agora, sobre a sua constitucionalidade em relação às competências materiais contidas na Carta Maior. Apreciemos, então, se a distribuição de competências materiais prevista na Constituição, sobretudo aquelas relativas ao poder-dever de prestar serviços públicos, foi preservada no Projeto de Lei.

Para isso, devemos primeiramente traçar algumas observações sobre os limites gerais da delegação de competências dos serviços públicos cometidas aos entes federativos pela Constituição (V.1), para em seguida analisar a possibilidade e os limites de transferência de competências materiais para consórcio público (V.2) e um mecanismo especificamente previsto no Projeto para o relacionamento entre o titular do serviço e seu delegatário: o contrato de programa (V.3).

V.1. SERVIÇOS PÚBLICOS: INDELEGABILIDADE DA TITULARIDADE E DELEGABILIDADE DE PRESTAÇÃO

V.1.1. A análise das competências privativas faz surgir a questão da delegabilidade de tais competências e de seus limites.

---

[81] Os artigos 3º a 9º fixam seus objetivos, a necessidade de protocolo de intenções, estatuto, etc.

[82] Os artigos 10 a 18 estabelecem mecanismos para consecução das finalidades, contrato de rateio, regras para o fornecimento de bens, serviço, pessoal, etc.

[83] Os artigos 19 a 21 estabelecem normas para retirada, suspensão e exclusão de ente consorciado, enquanto os artigos 22 e 23 tratam ainda da alteração dos contratos de consórcio.

[84] Os mesmos artigos 22 e 23 tratam da extinção de tais contratos.

[85] Artigo 24.

[86] Artigo 28.

[87] Artigos 25, 26 e 27.

V.1.2. No que diz respeito à delegabilidade de competências constitucionalmente atribuídas, há que se consignar que nada na Carta Maior proíbe tal prática. Ao contrário, prevê a possibilidade de tal delegação, por exemplo, em seu artigo 175. Se a Constituição admite a delegação da prestação de serviços públicos a particulares, tanto menos poderia impedir a delegação entre entes integrantes da Administração Pública. Observe-se ademais que a Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99), em seu artigo 12, expressamente autoriza que *"*[u]*m órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte de sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial"*.

Conclui-se, portanto, que a delegação de competências materiais sobre serviços públicos é plenamente aceita no regime constitucional. Não há confundir-se tal delegação com a renúncia de competência. Essa é inviável, já que o que a Constituição atribui aos entes federativos não é mera faculdade, mas poder-dever de exercer tais atributos. É corolário do princípio da função que o titular dos serviços não possa renunciar à competência . Ou seja, o titular de uma competência não pode abrir mão de exercê-la (já que dela não é dono, apenas a exerce por prescrição legal), deixar de cumpri-la ou fazê-lo de forma parcial. Pode, outrossim, cometer o seu exercício a outro órgão[88] da Administração, ainda mais se este órgão integrar administração direta ou indireta do ente detentor da competência. A propósito, é o próprio artigo 241 da CF que alude à transferência total ou parcial de encargos, o que necessariamente nos traz uma autorização constitucional para o trespasse de competências (encargos e serviços).

V.1.3. No regime constitucional de atribuição de competências, não é autorizado ao titular dos serviços rejeitar a responsabilidade que lhe é atribuída constitucionalmente. A titularidade de um serviço público é indelegável. Admite-se, isso sim, que parcela das atividades materiais de execução atinentes ao exercício de tais competências possa ser delegada.

Mas como distinguir, então, o que constitui o núcleo da titularidade do serviço, que não é passível de delegação? Essa distinção nem sempre é fácil, mas neste núcleo obviamente situam-se as competências normativas e adjudicatórias, que, portanto, devem permanecer intactas quando da transferência de competências, sendo vedado aos titulares dos serviços públicos abrir mão (*rectius:*renunciar) de tais competências em sua essência, sob pena de inconstitucionalidade. A delegação deve se restringir, pelo menos, às atividades executórias que não digam respeito ao âmago da regulação do serviço.

V.1.4. Daí o porquê da relevância da distinção operada entre regulação e fiscalização, constante do Projeto *sub examinem*. A fiscalização compreende

[88] Uso o termo no sentido amplo que lhe foi dado pela Lei do Processo Administrativo Federal, conforme definição do artigo 1º, § 2, I: "unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta ou indireta".

"atividades de acompanhamento, monitoramento, controle e avaliação", que podem ser transferidas para outrem, desde que o titular permaneça na qualidade de fiscal eventual e último de tais atividades[89].

Já a regulação é definida na propositura como *"todo e qualquer ato, normativo ou não, que discipline ou organize um determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impactos sócio-ambientais, os direitos e obrigações dos cidadãos, dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação, a política e sistema de cobrança, inclusive a fixação, reajuste e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos".* Assim, a atividade de regulação envolve poder decisório e margem de discricionariedade que não pode ser despojado por aquele a quem a Constituição Federal atribuiu a competência para desempenhá-la. Esse é o maior limite constitucional à outorga ou delegação de atividades relacionadas aos serviços públicos.

V.2. TRANSFERÊNCIA DE COMPETÊNCIAS MATERIAIS SOBRE SERVIÇO PÚBLICO PARA CONSÓRCIOS PÚBLICOS

V.2.1. Estabelecido este limite para a delegação dos serviços públicos de competência dos diferentes entes federativos, cabe verificar se estes foram respeitados no Projeto ora analisado.

V.2.2. Parece-me que sim. A ninguém ocorre duvidar da constitucionalidade de transferência de competências quando a transferência tem como destinatário entidades pertencentes à própria Administração titular dos serviços, como, por exemplo, autarquias ou os próprios órgãos que integram a Administração Direta. Isso porque, nesse caso, o planejamento, a regulação e a fiscalização do serviço permanecem sob os auspícios de seu titular. O destinatário da transferência é apenas uma divisão administrativa ou um braço criado para dar conta da competência que lhe incumbe constitucionalmente.

V.2.3. Ora, no caso dos consórcios, é forçoso reconhecer que se trata, *grosso modo*, do mesmo caso. Como já vimos anteriormente, na forma do Projeto de Lei, os consórcios públicos integram a estrutura da Administração Indireta de todos os entes da Federação que o celebram. Em conseqüência, a transferência, a consórcio público de que o titular faz parte, de competência para regular e fiscalizar determinado serviço público não se afigura inconstitucional. Em realidade, o ente deles titular mantém sob o sua responsabilidade a realização destas atividades, já que é entidade integrante de seu quadro orgânico que as executará.

---

[89] Pode-se estabelecer aqui paralelo com os limites de delegação do poder de polícia em matéria de policiamento de rodovias concedidas. Ainda que o poder de polícia seja indelegável a particulares, não houve censura na transferência ao concessionário de atividades executórias intrínsecas ao exercício de tal poder, como por exemplo o monitoramento da velocidade nos automóveis que transitavam nestas rodovias.

A constituição de consórcio público corresponde, portanto, como disse, a uma forma de exercício das competências regulatórias e fiscalizatórias do titular do serviço, e não a um mecanismo para transferi-las a outro ente. Uma vez que o consórcio público pertence (não só, mas também) à estrutura do titular do serviço, resta respeitado o limite de transferência da regulação do serviço – já que o titular não se desvencilha simplesmente de suas atribuições constitucionais, ele tão somente cria pessoa jurídica específica para fazê-lo, assim como faria com autarquia tradicional. A diferença é que, desta vez, trata-se de autarquia integrada também por outros entes federativos, que se coordenam para a melhor execução da tarefa. Em outras palavras, o titular dos serviços se associa com outros entes federativos para a sua execução, mas isso não implica em redução de sua responsabilidade na condição de titular do serviço.

Sob esse ponto de vista, nenhuma inconstitucionalidade parece decorrer da delegação de competências – mesmo aquelas de natureza regulatória – para consórcio público. Isso porque, ainda que juridicamente haja deslocamento de competência de uma personalidade jurídica para outra, o titular dos serviços não se desresponsabiliza de suas atividades.

V.2.4. Por outro lado, existe igualmente questionamento quanto à constitucionalidade de delegação das competências de prestação dos serviços públicos, tal qual desenhadas no Projeto de Lei, em função de suposto risco de que esta se torne instrumento de centralização dos poderes da União, frustrando o projeto de descentralização da prestação dos serviços públicos implementado pela Constituição de 1988. Risco sempre existe, porém este não é criado pelo Projeto de Lei ou pela disposição contida no artigo 241 da Constituição, mas sim pela grande desigualdade de meios que reina entre os entes federativos. Trata-se de risco fático, não jurídico. Sobretudo, não se trata de risco que permita de qualquer forma inferir a inconstitucionalidade do Projeto. Diante de tal realidade fática, parece-me que, ao contrário, o Projeto vai no sentido de amainar essas diferenças e estabelecer maior paridade de tratamento entre os entes.

Assim é que, na disciplina da delegação de competências e de gestão associada, são adotadas várias cautelas para impedir a centralização de competências na União. Tanto assim é que nele encontramos disposição expressa (artigo 3º, § 1º, III) no sentido de vedar que os Municípios deleguem competência. De mais a mais é assegurado ao ente da Federação a retirada, a qualquer tempo, do ente consorcial (cf. artigo 20 Projeto de Lei). Se risco há de a União fazer valer sua hipersuficiência financeira para induzir ou interferir na gestão estadual ou municipal, temos que reconhecer que este risco persiste havendo ou não o consorciamento entre estes entes. A desigualdade de meios de que dispõe a União obriga a que os demais entes se submetam a regras ou condições gerais para poder dispor de recursos ou gozar de investimentos. Nada há, pois, que predique a interferência da União nos demais entes para além do que já hoje existe e não é constitucionalmente questionado. Não será o instituto ou o mecanismo do consorciamento que favorecerá tal interferência, ao contrário, ele tende a domesticá-la.

V.2.5. Em sentido contrário, poder-se-ia igualmente afirmar que, ao estabelecer formas e limites para a delegação de competências no âmbito dos consórcios públicos, o Projeto de Lei seria igualmente inconstitucional, desta vez por motivo diverso: a infringência à autonomia federativa brasileira, com invasão de competências das demais esferas políticas.

Com efeito, a forma como está disposta a delegação de competências no Projeto de Lei poderia gerar questionamento quanto à preservação da autonomia dos demais entes federativos. Trata-se do texto contido no artigo 3º, § 1º, incisos II e III. O primeiro dispositivo prevê que o Estado somente poderá delegar competência para os consórcios públicos que constituir com a União e com Municípios contidos em seu território, mesmo quando o consórcio público também for integrado pela União. O segundo prevê que os Municípios não poderão delegar competências que exijam execução por instrumento de direito público.

A meu ver, descabe afirmar que o primeiro dispositivo restringe a liberdade dos Estados de pactuar os consórcios públicos, ao exigir que a delegação de competências só possa se dar no caso dos consórcios em que o ente – titular dos serviços - faça com a União ou com Municípios contidos em seus territórios. O dispositivo nada mais faz, em realidade, do que definir o âmbito e a natureza do consorciamento público. Estabelece a essencialidade do critério geográfico como elemento essencial de tal associação entre entes políticos, atendendo inclusive à posição jurisprudencial antes mencionada aqui, adotada no julgamento do "caso BRDE". Assim, a delegação de serviço público para o consórcio fará sentido se ela agregar entes políticos com interesses contíguos, determinados pela relação geográfica que têm entre si. Da mesma forma, o consorciamento envolve também a diversidade de interesses envolvidos e, de certa forma, a coincidência de interesses entre as atividades dos diferentes entes federativos que incidem sobre um mesmo território. Daí o porquê de não ser possível a delegação de competências nos casos em que o consórcio do Estado-membro é feito com outro Estado-membro.

V.2.6. Sob outro ponto de vista, a interdição relativa aos Municípios – no sentido de que eles não podem delegar a consórcios competências que exijam execução por instrumento de direito público – parece ter como duplo objetivo o de assegurar que a formação de consórcios não servirá a burlar a exigência de licitação para a prestação do serviço e de garantir que esse instrumento não sirva a burlar o objetivo constitucional de descentralização (v. infra, item I). Trata-se de disposição tendente a coadunar o novo instituto dos consórcios públicos com outros institutos constitucionais, notadamente a autonomia municipal conferida pela Constituição de 1988, garantindo que as diferenças de dimensão e poder entre entes federados não transformem os consórcios públicos em um instrumento de *"fagia"* dos entes federativos menos poderosos pelos mais poderosos.

V.2.7. A concertação de competências de entes distintos com vistas a executar (mediante gestão associada) serviços públicos não é criação do Projeto de Lei, mas da Constituição. Os consórcios públicos travestem-se em formas de associação e de coordenação entre entes federativos no intuito de

gerir serviços públicos de maneira conjunta ou coordenada, por meio do regramento da prestação dos serviços e da alocação de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais conforme as necessidades e possibilidades de cada um dos entes envolvidos. Trata-se, portanto, de manifestação do federalismo de cooperação, pelo qual não apenas todos os entes devem concorrer para a promoção dos serviços públicos essenciais, como também devem cooperar para auxiliar os entes com menor capacidade de investimento e de ação, como é o caso dos Municípios de menor porte. O dispositivo pretende, portanto, permitir e incitar os entes federativos de maior porte (União e Estados) a contribuir com a prestação de tais serviços. Esse é o sentido que deverá ser atribuído a tais disposições limitadoras.

V.2.8. Visto sob esse ponto de vista, forçoso é concluir que, ao contrário de limitar ou violar a autonomia federativa, o instrumento dos consórcios públicos serve, em sentido contrário, a fortalecê-la. Tal fato é ainda corroborado pelo caráter voluntário da adesão de cada ente federado aos consórcios. Integrar ou abandonar um consórcio é faculdade dos entes políticos – nunca involuntária – que pode ser exercida a qualquer hora. Assim, ao contrário de restringir a autonomia de tais entes, o Projeto de lei amplia tal autonomia, ao oferecer novo instrumento para exercer suas atividades, do qual o ente federativo poderá, ou não, lançar mão.

V.3. A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA POR CONTRATO DE PROGRAMA

V.3.1. Cumpre-me finalmente traçar algumas observações rápidas a respeito do contrato de programa, acordo que expressa o vínculo que se estabelece entre o delegatário dos serviços públicos e o titular, ambos integrantes da Administração Pública. O contrato de programa deve estar inserido no âmbito de gestão associada (v. abaixo, item VI) e, portanto, será sempre derivado de convênio de cooperação ou consórcio público, nos termos do artigo 241 da Constituição Federal.

V.3.2. Essa forma de contratação poderia levantar dúvidas quanto à sua constitucionalidade, diante da disposição constante do artigo 175 da Constituição. Uma vez que, segundo este, a prestação indireta de serviço público (por quem não seja seu titular) depende de concessão ou permissão, não seria contrário à Constituição a previsão de outro instrumento contratual?

V.3.3. Apesar de seu caráter eminentemente contratual, o contrato de programa está intrinsecamente vinculado à gestão associada formalizada por meio de consórcio público ou convênio de cooperação. Nessa qualidade, ele consubstancia relação de prestação de serviços de saneamento decorrente do plano de trabalho *('programa')* definido no âmbito da cooperação federativa previsto na atual redação do artigo 241 da Constituição. Parece-me, então, ser necessário reconhecer a particularidade dessa forma de delegação, que muito se distingue das formas tradicionais de delegação a particulares previstas no artigo 175 da Constituição. Trata-se de hipótese de cooperação federativa que

foge das formas da concessão tradicional. Impõe-se reconhecer a existência de formas de delegação que, por envolver a cooperação federativa, situam-se fora do âmbito do artigo 175. Elas se fundam, em seu conteúdo, nas competências materiais comuns dos entes, pois traduzem engajamento dos entes federativos na promoção da melhoria dos serviços públicos, e no federalismo de cooperação adotado pela República brasileira[90].

VI. A GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇO PÚBLICO

No que diz respeito à possibilidade de gestão associada de serviços públicos, prevista no artigo 241 da Constituição e regulada no Projeto de Lei, cumpre primeiramente definir tal conceito (VI.1), para então descrever como ele é tratado no Projeto de Lei (VI.2) e finalmente analisar a sua conformidade à Constituição Federal (VI.3).

VI.1. DELIMITANDO A GESTÃO ASSOCIADA

VI.1.1. A gestão associada de serviços públicos é noção que, a essa altura, já exsurge pacífica diante dos princípios e diretrizes gerais do Projeto de Lei. Trata-se do desempenho de funções e serviços por meio da associação entre diferentes entes federativos. Ela pressupõe que mais de um ente federativo se envolva na prestação de um serviço público, ainda que alguns dos entes envolvidos não sejam propriamente titulares do serviço. São, portanto, formas de cooperação formalmente estabelecidas, consubstanciadas em instrumentos jurídicos específicos (convencionais) entre entes políticos. Decorrem, elas também, do princípio de federalismo de cooperação que governa o Estado brasileiro.

VI.1.2. A gestão associada de serviços públicos é conceito que provém da doutrina e da prática italiana (*gestione associata di servizi pubblici*). Naquele país, o costume de associação entre comunidades locais, regionais e nacionais com o objetivo de conjugação de esforços para a prestação de serviço público – de indubitável interesse de todos os entes, uma vez que de interesse geral – existe desde há muito. Tem as mesmas características essenciais da configuração oferecida pelo Projeto de Lei ora analisado: a criação de nova personalidade jurídica, regida necessariamente pelo direito público.

[90] A experiência do saneamento básico é ilustrativa nesse sentido. A delegação entre entes públicos se praticou em larga escala, sobretudo em razão do incentivo do planejamento centralizado, por meio do PLANASA (Plano Nacional de Saneamento). A delegação se fazia, sobretudo, dos Municípios em favor de Companhias Estaduais de Saneamento, por meio de instrumentos jurídicos precários e imprecisos, que não se consubstanciavam propriamente em concessão. Eram, por isso, chamados de "concessões-convênios" pois estavam longe do esquema tradicional da concessão e não pressupunham, como nesse contrato administrativo, relação de sujeição típica dos contratos administrativos.

Vejamos, pois, as disposições específicas quanto a este instituto no Projeto de Lei.

VI.2. A GESTÃO ASSOCIADA NO PROJETO DE LEI

VI.2.1. Na forma do artigo 2º, VIII e IX do Projeto de Lei, são definidas duas modalidades de gestão associada de serviços públicos: a gestão associada plena e a gestão associada parcial. A primeira corresponde às *"atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público, acompanhadas ou não da sua prestação*" enquanto a segunda corresponde à gestão *"que não envolve as atividades de planejamento, regulação, ou fiscalização de serviços públicos"*.

VI.2.2. Daí, duas conclusões iniciais podem ser extraídas. A primeira delas, que nós já vimos anteriormente, diz respeito à abrangência da gestão associada. Ela autoriza a *"transferência"* das competências de planejamento, regulação e fiscalização de serviços públicos, permitindo que a *totalidade* das atividades relacionadas a determinado serviço público possa ser desempenhada de maneira conjunta pelo novo ente jurídico formado por meio de consorciamento. A segunda conclusão a que se chega é a de que a gestão associada pode se voltar para dois núcleos distintos de cooperação entre entes federativos. De um lado, uma cooperação mais conceitual, mais abrangente, que consiste na gestão associada plena. De outro, uma cooperação mais concreta, relacionada propriamente à execução material do serviço, à sua fruição pela população e à conjugação de esforços econômicos e materiais para que ela se viabilize.

VI.2.3. A propositura contém ainda diversas exigências em relação à gestão associada. A autorização para a gestão associada deve constar necessariamente do protocolo de intenções, ato a que está condicionado o ato constitutivo do consórcio público, caso ela esteja entre seus objetivos (artigo 5º, VI). Devem, assim, ser explicitados os seus termos e, especialmente, *"as competências delegadas ao consórcio público, por cada ente consorciado, especialmente se elas se referem às atividades de planejamento, de regulação, de fiscalização ou de prestação de serviços ou obras, ou somente a algumas delas, e respectivo prazo de delegação"* (alínea *"a"*), *"os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados"* (alínea *"b"*). Segundo o § 1º do mesmo artigo, a gestão associada exige ainda a celebração de *"contratos de rateio específico para cada um dos serviços, ou dos serviços que técnica e financeiramente se complementem, de forma a garantir a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares."*

VI.2.4. Ainda, o artigo 24 prevê que as obrigações assumidas por qualquer ente da Federação, inclusive da administração indireta, para com outro ente da Federação ou para com consórcio público, em virtude da gestão associada, será necessariamente disciplinada por contrato de programa (artigo 24).

VI.2.5. Ainda que de forma extremamente singela – e clara -, o Projeto de Lei fixa as bases principais da gestão associada. Seu âmbito e alcance devem estar plenamente delimitados, assim como as obrigações de cada ente, sobretudo aquelas de natureza econômica (contrato de rateio). A formalização destas condições, nas diversas fases (protocolo de intenções, contrato de programa, contrato de rateio) é igualmente vista pela Lei como garantia da solidez de tal gestão associada, de responsabilização dos entes envolvidos e, em última instância, de continuidade do serviço público em questão.

As formalidades acima referidas consistem em um limite para a gestão associada. A autorização para tal forma de cooperação deve constar expressamente do protocolo de intenções, e ela deve se fazer acompanhar, necessariamente, de contrato de programa (contribuições obrigacionais) e de contrato de rateio (contribuições econômicas).

VI.3. A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA GESTÃO ASSOCIADA

VI.3.1. A gestão associada chegou a ser criticada, quanto à sua constitucionalidade, pelas mesmas razões anteriormente apresentadas, relacionadas aos limites de delegação de competências e à possibilidade de ser convertida em mecanismo de intervenção demasiada da União sobre as atividades das demais esferas políticas da Federação.

VI.3.2. Parecem-me já debatidas suficientemente estas questões. A gestão associada foi expressamente prevista na Constituição como instrumento de fomento da prestação dos serviços públicos no Brasil (daí a expressão *"autorizando a gestão associada"* constante do artigo 241 da CF). É a própria Carta Maior que privilegia essa forma de cooperação dentre tantas outras que seriam admissíveis. O Projeto tão somente disciplina a execução de tal desígnio constitucional, no espírito constitucional, estabelecendo ao contrário freios poderosos à aludida centralização.

VI.3.3. Um ponto específico a ser abordado constitui a suposta violação ao disposto no artigo 25, § 3º, da Constituição, em virtude do tratamento dado à gestão associada no Anteprojeto. Afirmam alguns de seus críticos que, ao permitir a gestão associada por meio de contrato de consórcio público, estar-se-ia violando a competência estadual para prever a cooperação entre entes federativos, por meio da criação de região metropolitana.

Permito-me divergir. A afirmação pressuporia, em primeiro lugar, que o artigo 25, § 3º, conferiria aos Estados a prerrogativa de, mediante edição de lei complementar, avocar para si competências dos Municípios. Não é esse o sentido da norma constitucional[91]. A meu ver, a instituição de regiões

[91] Não me parece possível esposar o entendimento de que a mera edição de lei complementar que crie região metropolitana tenha o condão de alterar a competência para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico e permitir ao Estado avocar a competência para prestá-los. Isso, por duas razões. Em primeiro lugar, tal hipótese contrariaria o princípio federativo, que exige autonomia e isonomia entre os entes. Não seria facultado ao

metropolitanas não tem o condão de alterar competências, pois equivaleria à possibilidade de um ente federativo arrogar para si competências de outro, por sua exclusiva vontade. É hipótese radicalmente diferente da aqui tratada: não apenas os consórcios públicos dependem da expressão da vontade de todos os entes políticos envolvidos, como também eles não excluem ou eximem o titular original dos serviços de suas responsabilidades iniciais em relação ao serviço. Por esse motivo, creio que a instituição de regiões metropolitanas serve apenas para instituir padrões de coordenação e cooperação entre as localidades inseridas numa área de metrópole, sem nada interferir na titularidade ou delegação dos serviços.

Ainda que se considerasse que o artigo 25, § 3º, constitui mecanismo de redistribuição de competências, em nada ele excluiria a aplicabilidade e a constitucionalidade dos dispositivos constantes do Projeto de Lei. É de se ver que o artigo 25, § 3º diz respeito tão somente aos Estados-membros. É caso específico de cooperação entre as localidades, relacionado ao fenômeno da conurbação e da crescente integração entre Municípios. Não haveria porque acreditar que tal dispositivo específico, excluiria as demais formas de cooperação previstas expressamente na Constituição, sobretudo a gestão associada de serviços públicos, expressamente autorizada e preconizada pelo constituinte no artigo 241 da Constituição Federal.

VII. CONCLUSÃO: UMA RESPEITOSA OPOSIÇÃO AO ENTENDIMENTO DO GRANDE JURISTA

VII.1. Não poderia concluir este trabalho sem me referir a uma opinião em sentido diametralmente contrário à aqui exposta. Como é notório, o grande Professor Miguel Reale professa entendimento que contraria o que defendo. Não posso, pois, dar por encerrada minha tarefa sem aludir o fato e explicar a razão por que não me rendo aos seus sempre profundos ensinamentos.

VII.2. No caso concreto, o Professor Reale entende inconstitucional a proposta encaminhada pelo Executivo ao Congresso lastreado, basicamente, nos seguintes argumentos: *i)* não podem os consórcios assumir personalidade jurídica, pois eles seriam uma entidade constituída *"tão somente para executar empreendimento determinado"; ii)* o projeto permitirá que *"a União, por vias transversas, interfira em atividades de competência privativa dos Estados e* [M]*unicípios"*; *iii)* a Constituição vedaria a delegação de competências, o que

---

Estado-membro transferir competência de Município para si próprio, como se pudesse se sobrepor ao autogoverno municipal: as competências iniciam-se e se esgotam na Constituição Federal. Por outro lado, a possibilidade de alteração infraconstitucional da titularidade dos serviços públicos de saneamento conferiria instabilidade jurídica injustificável ao setor ao admitir a transferência de competência ao bel prazer dos Estados, com a possibilidade de alteração do status do serviço púbico a cada modificação legislativa. Concluo, então, que a prescrição do artigo 25, § 3º, da Constituição Federal serve a conferir nova dimensão regional à prestação dos serviços, que obriga que os Municípios, ao exercerem suas competências locais – que permanecem intocadas –, coordenem seus esforços de maneira integrada e tenham em conta o fenômeno regional.

estaria sendo encetado pelo Projeto; *iv)* os consórcios estariam elevados à condição de entes federados, equiparando-se-lhes, inconstitucionalmente, às Unidades da Federação; *v)* o Projeto desbordaria os limites das normas gerais cuja edição é de competência da União; *vi)* estaria contida na propositura uma verdadeira hipótese de *"intervenção oblíqua na vida administrativa dos Estados e Municípios"; vii)* o Projeto privaria os Estados das competências para instituir regiões metropolitanas; e *viii)* haveria inconstitucionalidade por afronta aos limites de competência dos três entes da Federação brasileira[92].

Com todas as homenagens que rendo ao autor, não vejo nenhum dos problemas apontados.

VII.3. A primeira crítica, relacionada a uma suposta impossibilidade dos consórcios assumirem personalidade jurídica própria, padece do mal de se tentar interpretar a Constituição a partir da lei e não, como seria de rigor, o contrário. A prescrição constante do artigo 278 da Lei das S.A.'s é absolutamente irrelevante para a matéria, por três motivos. Primeiro, porque tal dispositivo trata dos consórcios no âmbito do direito societário – consórcios constituídos por pessoas jurídicas de direito privado -, não sendo aplicável aos consórcios entre entes públicos. Segundo, porque, como vimos, a Constituição alude aos *consórcios públicos*, espécie já por si distinta dos consórcios de empresas. Terceiro, porque em se tratando de um Projeto de Lei, ao ser aprovado, este tornar-se-ia lei da mesma hierarquia que a Lei nº 6.404/76. Sendo posterior e específica, a nova lei constituiria exceção à anterior, ou operaria uma revogação tácita ou uma derrogação parcial do dispositivo no tocante aos consórcios formados por entes da Federação. De uma forma ou de outra, portanto, prevaleceria a nova prescrição legal.

Poder-se-ia ainda invocar o fato de que o constituinte, ao prescrever a regra constante do artigo 241, teria em mente o conceito legal de consórcio. Porém, o argumento não calha haja vista que o constituinte adjetivou os consórcios ali tratados como públicos (justamente para diferenciá-los dos consórcios tradicionais) e os caracterizou de forma tal que, como vimos acima, predicou uma necessária personalização sob a égide do direito público.

VII.4. O segundo ponto tampouco me parece ser procedente. Primeiramente, porque não é o projeto que induziu a que a União se consorciasse com os demais entes para a gestão associada de serviços de competências destes. Foi a Constituição que o fez (a partir da EC nº 19). E o Projeto, se lido com cuidado, toma todas as cautelas para impedir a centralização de competências na União. Tanto assim é que nele encontramos disposição expressa (artigo 3º, § 1º, III) no sentido de vedar que os Municípios renunciem à sua competência. De mais a mais é assegurado ao ente da Federação a retirada, a qualquer tempo, do ente consorcial (cf. artigo 20 Projeto de Lei). Se risco há de a União fazer valer sua hipersuficiência financeira para induzir ou interferir na gestão estadual ou municipal, temos que reconhecer que este risco persiste havendo ou não o consorciamento entre

[92] Vide "Parecer sobre Consócios Públicos", disponível em http://www.miguelreale.com.br [on line], acessado em 27.01.04.

estes entes. A desigualdade de meios de que dispõe a União obriga a que os demais entes se submetam a regras ou condições gerais para poder dispor de recursos ou gozar de investimentos, fenômeno que, no federalismo norte-americano, é denominado como *"spending power"*. Nada há, pois, que predique a interferência da União nos demais entes para além do que já hoje existe e não é constitucionalmente questionado. Não será o instituto ou o mecanismo do consorciamento que favorecerá tal interferência, ao contrário, ele tende a domesticá-la.

VII.5. Às tantas se perora que *"competência não se delega"* vendo-se, pois, uma inconstitucionalidade no Projeto ao prever a transferência de atribuições dos entes consortes em favor do ente consorcial. Lida e relida a Carta, não se acha norma com esse teor. Na verdade, como vimos acima, há, sim, a possibilidade de delegação de competências, particularmente quando a Lei assim autorizar. Em verdade, seja-me permitido, competências são, sim, delegáveis – nos termos do que predisser a lei. O que não se pode admitir (corolário do princípio da função) é a renúncia de competência. Ou seja, o titular de uma competência não pode abrir mão de exercê-la (já que dela não é dono, apenas a exerce por prescrição legal), deixar de cumpri-la ou fazê-lo de forma parcial. Pode, outrossim, cometer o seu exercício a outro ente ou órgão, especialmente se qualquer um destes integra sua Administração . A propósito, é o próprio artigo 241 da CF que alude à transferência total ou parcial de encargos, o que nos traz uma expressa autorização constitucional para a delegação de competências (encargos e serviços).

VII.6. Na seqüência, fala-se em criação, por meio dos consórcios, de novo ente da Federação não previsto na Constituição. Já pude afirmar mais acima a improcedência desta crítica. De novo ente não se há de falar, pois, ainda que os consórcios assumam a personalidade jurídica de direito público, não se constituem eles em pessoas políticas dotadas de capacidade de inovar na ordem jurídica ou de receber suas competências diretamente da Constituição. Ao contrário, os consórcios só existem enquanto os entes federados seguirem assim querendo. Desaparecendo o interesse consorcial, os entes retomam, inteiramente, o exercício de suas competências, bens, pessoal e serviços anteriormente cometidos ao consórcio. Segue daí a absoluta insustentabilidade da tese de afronta ao pacto federativo por inovação de Unidade da Federação não prevista.

VII.7. Tampouco parece haver extrapolação no caráter de normas gerais contido no Projeto de Lei enviado ao Congresso. É fato que a delimitação do que sejam normas gerais é sempre controversa[93]. Eu mesmo, em outra oportunidade, já critiquei o avanço da União sobre as competências de Estados e Municípios em matéria de licitações[94]. No caso concreto, contudo, não vejo

[93] Vide Geraldo ATALIBA, Alcance das Disposições do Código Tributário Nacional e o Conceito de Norma Geral de Direito Tributário, in Revista de Direito Público, nº 32, novembro a dezembro de 1974, páginas 248 a 278.

[94] V. meu Normas Gerais de Licitação - Doação e Permuta de Bens de Estados e de Municípios - Aplicabilidade de Disposições da Lei Federal nº 8.666/93 aos Entes Federados

este desbordamento. Na matéria, o Projeto de Lei se circunscreve a definir as regras para constituição, alteração, gestão e extinção dos consórcios públicos, além de instituir e regrar o contrato de programa. Este último instrumento é essencial para assegurar o cumprimento, por cada ente consorciado, de suas obrigações relativas à gestão associada de serviços púbicos. E neste particular cumpre lembrar que se houvesse (não a vejo) ameaça de invasão da União sobre as competências materiais de Estados e Municípios *"a pretexto de prestação de serviços públicos por meio de gestão associada"*, tal risco provém da própria Constituição que instituiu esta possibilidade no artigo 241. O Projeto, aqui, apenas disciplina como isso pode se dar, prevendo um instrumento (contrato de programa) que está longe de se caracterizar como instrumento interventivo.

VII.8. A alegação de uma pretendida *"intervenção oblíqua na vida administrativa"* dos demais entes, *data venia,* tampouco calha. Para que de intervenção se pudesse falar, teríamos que ter em alguma medida a compulsoriedade de que Estados e Municípios integrassem consórcios com a União. Contudo o Projeto de Lei determina expressamente (artigo 19) que "[n]*enhum ente da Federação poderá ser obrigado a se consorciar ou a permanecer consorciado"*. Portanto, soa um tanto despropositado imaginar uma intervenção para a qual os entes inferiores decidem livremente participar e podem a qualquer tempo se retirar. Daí, de duas uma: ou se alterou radicalmente o instituto da intervenção, ou dessa não se trata.

VII.9. A tese de que haveria inconstitucionalidade por afronta ao disposto no artigo 25, § 3º, da Constituição só pode se sustentar se entendermos que aquele dispositivo conferia aos Estados a prerrogativa de, mediante edição de lei complementar, avocar para si competências dos Municípios. Vimos que este não é o sentido da norma constitucional. Na verdade, a instituição de regiões metropolitanas serve apenas para instituir padrões de coordenação e cooperação entre as localidades inseridas numa área de metrópole. E, neste sentido, os consórcios públicos, tal como regrado no Projeto de Lei, apenas reforçam tal instituto, pois constituirão instrumentos disponíveis para a implementação da pauta de cada região metropolitana.

VII.10. Por derradeiro, há a alegação de que o Projeto de Lei traria uma quebra no quadro de divisão de competências entre os três entes da Federação. Como acima expus, vejo a iniciativa no sentido exatamente inverso. Primeiro, porque a concertação de competências de entes distintos, com vistas a executar (mediante gestão associada) serviços públicos, não é criação do Projeto de Lei, mas da Constituição. O Projeto, por seu turno, disciplina a matéria com absoluto rigor. Tanto que prevê as hipóteses de delegação de forma suficientemente restritiva, por exemplo, vedando que os Estados deleguem competência a consórcios públicos integrados também por Municípios situados fora do seu território (artigo 3º, § 1º, II, b). Ou ainda determina que (artigo 29) *"[a] União somente participará de consórcios públicos*

(Comentários a Acórdão do STF ADINCONST 927-3-RS), in Revista Trimestral de Direito Público, volume 12, 1995, páginas 173 a 191.

em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios sejam situados os Municípios consorciados".

E, de mais a mais, como visto acima, no âmbito dos consórcios públicos, a delegação de competências não chega a ser total na medida em que o ente recebedor (o consórcio) não é estranho ao titular da competência, pois é por ele integrado e exerce esta atribuição sob permanente supervisão do ente titular do serviço[95]. Portanto, também deste vício não padece a propositura.

VII.11. Tenho, pois, para comigo, que as críticas expostas pelo Professor Reale, embora conclamem a atenção e à preservação cautelosa dos limites estabelecidos no Projeto de Lei, não logram inquiná-lo do vício de inconstitucionalidade.

VIII. RESPOSTA OBJETIVA ÀS INDAGAÇÕES

É chegada a hora da resposta às indagações. Faço-o nos seguintes termos:

1. Nos termos do artigo 241 da CF, pode um consórcio público ser constituído por um contrato ou é imprescindível que o ato constitutivo do consórcio seja necessária e exclusivamente um convênio?

Os consórcios públicos referidos no artigo 241 da Constituição devem ser distinguidos dos convênios pois se prestam a finalidades distintas destes. Os consórcios públicos têm natureza contratual, ainda que sua constituição demande também a prática de outros atos entre os quais a manifestação legislativa ratificadora. Inobstante, é patente o caráter negocial, de estipulação de obrigações recíprocas que a constituição destes entes consorciais envolve. O artigo 241, como fatiguei-me em mostrar, alterou profundamente o regime sobre o qual se afirmava a tradicional doutrina administrativista acerca de convênios e consórcios. A partir da EC nº 19 arrisco-me a dizer que os consórcios não só podem como devem ser constituídos por contrato, no âmbito do qual as partes consorciadas (entes da Federação com interesses convergentes) tanto estipulem a repartição entre si e em favor do consócio de encargos, como as transferências de encargos, bens, pessoal e serviços (em suma: de obrigações em face destes). Parece-me, pois, indeclinável a natureza contratual do ato de constituição desta nova figura consorcial.

2. Pode um consórcio público assumir personalidade jurídica de direito privado ou de direito público?

A meu ver, o artigo 241 não deixa dúvidas de que os consórcios ali previstos devem assumir personalidade jurídica (pois ele será o instrumento para atuação consorciada dos entes consorciados com vistas à realização de

[95] Neste sentido, por exemplo, vêm as disposições constantes do artigo 28, XIX, alíneas "a" e "b" do Projeto de Lei.

seus interesses convergentes). E essa personificação jurídica há de se dar sob o regime público não só pela adstrição à designação expressa constante do texto constitucional, mas também porque estes consórcios poderão receber a atribuição de gestão de serviços públicos em sentido amplo (ou seja, função pública) e não apenas de serviços públicos de natureza econômica. Isso, a meu ver, afasta a possibilidade de que estes consórcios assumam a configuração de pessoas jurídicas de direito privado. Frisei ademais que os argumentos opostos a esse entendimento não calham. Primeiro, porque não se pode pretender *"legalizar"* a Constituição. No nosso Direito são as leis que devem se amoldar ao texto constitucional e não o inverso. Portanto, inservíveis são as alusões ao artigo 278 da Lei das Sociedades Anônimas (a regra da não personificação dos consórcios passa na não ter aplicação para os consórcios públicos e mesmo que tivesse a lei nova e específica o afastaria) e mesmo ao Decreto-lei nº 200 (cujas disposições, em várias oportunidades, não foram integralmente recepcionadas pela Constituição).

3. O fato de ser um consórcio público dotado de personalidade jurídica de direito público implica em criação de novo ente federativo, em afronta aos quadrantes da Federação previstos na Constituição da República?

Não. Dizê-lo implicaria confundir pessoas jurídicas de direito público com pessoas políticas, aquelas que têm, pela Constituição, capacidade para inovar na ordem jurídica. Os consórcios públicos hão de ser pessoas jurídicas de direito público dotadas de competências materiais para gestão de serviços públicos, mas desprovidas de capacidade normativa originária (competência legislativa). Podem exercer capacidade normativa derivada, nos estritos termos do que os entes consorciados vierem a determinar, mas nunca terão a si conferida autonomia para agir como entes federados. Tal raciocínio, apresentado *ad terrorem,* significaria retroceder quase um século no direito público. Não são os consórcios públicos nem novos entes da Federação, nem pessoas jurídicas distintas de seus constituintes. São entes de cooperação, com finalidades específicas e com poderes decorrentes não da Constituição, mas do pacto firmado pelos entes consortes.

4. Pode haver uma pessoa jurídica de direito público que integre a estrutura da Administração Indireta de mais de um ente da Federação?

Sim. Nada há no conceito de autarquia ou em seu regime jurídico que vede a sua criação de forma multifederadas. Sua estrutura institucional se diferencia pouco de sociedades de economia mista estaduais que recebem delegação para a prestação de serviços públicos municipais. A criação dessas autarquias plurifederadas foi expressamente prevista no artigo 241 da Constituição, o que por si só afasta sua inconstitucionalidade. No mesmo sentido, em decisão pretérita, o STF dá a entender que é constitucional a criação de tais entidades, desde que, evidentemente, seu escopo coincida com as competências dos órgãos que as criaram. Ademais, entender que, nessa hipótese, estaria vedada a criação de autarquia interfederativa seria o mesmo que negar vigência à atual redação do artigo 241 da Constituição pois, doutra forma, não haverá como se instituir um *consórcio* – necessariamente

personificado, como se verifica das atribuições que lhe são constitucionalmente previstas – que seja também *público,* no esteio do comando daquele dispositivo, que foi inserto pelo legislador constituinte derivado por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

5. Tem a União competência para legislar sobre normas gerais a cujo regime devam se submeter os atos constitutivos dos consórcios públicos?

Sim. Com duplo fundamento. De um lado, pela própria prescrição do artigo 241 que previu uma competência concorrente para os entes da Federação o que, à semelhança do prescrito no artigo 24 da CF, confere competência para a União prescrever normas gerais sobre a matéria. Fosse isso pouco e, dado o caráter contratual dos consórcios, estaria o artigo 22, XXVII, a conferir igual prerrogativa.

6. É possível a um ente da federação titular de um serviço público transferir a competência material para organizá-lo, prestá-lo ou delegar a prestação deste serviço a um consórcio público?

Sim. Mais do que possível, pelos termos do artigo 241 isso restou expressamente autorizado pela Carta quando prevê a gestão associada de serviços públicos e a transferência de encargos e serviços. Porém, nos caso dos consórcios públicos, o que ocorre não é uma transferência de competências materiais entre os entes consorciados, mas apenas a alocação conjunta de competências num ente que há de ser necessariamente integrado pelo detentor original da competência material. Ocorre, então, menos que uma delegação, mas um compartilhamento na medida em que a constituição de um consórcio público acaba por operar uma soma, uma associação de atribuições e meios para melhor exercício destas competências.

7. A previsão de gestão associada de serviços públicos encontra algum obstáculo no texto constitucional? A hipótese de gestão associada, tal como prevista no Projeto de Lei encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, importa em algum risco de centralização de poderes violadora do princípio federativo constitucional?

É um tanto inusitado se falar em obstáculo constitucional à gestão associada de serviços públicos quando é a própria Constituição que o determina (CF, artigo 241). Posto nestes quadrantes, o regime de gestão associada previsto no Projeto de Lei enviado pelo Executivo ao Congresso mostra-se, a meu ver, plenamente aderente à prescrição constitucional. Falar em risco de centralização tampouco me parece procedente. A gestão associada pela via consorcial reforça a descentralização na medida em que permite aos entes municipais e federais receber meios mais robustos para exercer suas competências. É de se notar que nenhum ente está vinculado a integrar um consórcio e se o fizer será no livre exercício de sua autonomia. O Projeto, ademais, toma as cautelas recomendáveis. Impede a formação de consórcios da União diretamente com os Municípios (prescindindo da participação dos Estados) e fornece os mecanismos e o regime legal para que

o ente consorciado se retire do consórcio (mecanismo da retirada – cf. artigo 2º, VI e artigo 20 do Projeto de Lei original) ou deixe de aderir a uma condição específica (mecanismo da reserva, cf. artigo 2º, V). Assim, a propositura é, no meu entender, absolutamente conforme à Constituição.

8. É possível a delegação de funções entre entes federados? Em que termos? Quais os limites para delegação do exercício de funções entre entes federados?

Sim. A delegação de funções, em especial no tocante a serviços públicos, é não só possível como bastante comum no direito brasileiro. Reporte-se, apenas a título de exemplo, o caso do transporte metropolitano de passageiros em muitas capitais que, malgrado tratar-se de serviço público municipal (no mais das vezes cuida-se de transporte intramunicipal), é explorado por entes estaduais (no caso do Metrô de São Paulo) ou mesmo federais (como ocorre com o Metrô de Porto Alegre, Salvador e Recife), ou então com o disposto na Lei nº 9.277/96 que autorizou a delegação de serviços públicos da União em favor dos demais entes. A questão dos limites desta transferência não importa em resposta objetiva, mas em dizer os critérios por meio dos quais se pode identificar tais limites, e o principal deles é que competências nucleares de um ente federativo só podem ser transferidas no caso de expressa previsão constitucional. Com isso, no caso da União, não cabe a transferência das competências, por exemplo, de cunhar moeda ou cuidar da defesa nacional ou de legislar em matérias privativas, salvo se diante da exceção prevista no parágrafo único do artigo 22 da Constituição.

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

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Os 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.