Parecer elaborado pelo Professor Doutor Marçal Justen Filho, versando sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos

Marçal Justen Filho
Professor Titular da UFPR

SUMÁRIO

I. As questões relevantes a serem consideradas 1
Primeira Parte – Fundamentos Jurídicos 2
II. O núcleo da questão: o modelo federativo brasileiro 2
II.1. As concepções clássicas sobre federação 2
II.2 A ausência de um modelo abstrato de federação 5
II.3 A ausência de um modelo acabado de federação no Brasil 7
II.4 A integração das competências 7
II.5 – A ampliação democrática e a tendência à associação 10
Segunda Parte - A questão da criação de novas pessoas de direito público 11
III. Panorama geral da questão 11
IV. Avaliação da situação subjetiva atual no Estado brasileiro 11
IV.1 Pessoas jurídicas de direito público 12
IV.1.1 Pessoas políticas 13
IV.1.2 Pessoas meramente administrativas: as autarquias 13
IV.2 Pessoas de direito privado 13
IV.3 A dimensão legislativa do Dec.-lei n° 200/1967 14
IV.4 A criação de categoria nova 17
V. A expressa autorização constitucional 18
V.1 O descabimento da invocação da disciplina privatística 19
V.2 A inutilidade de um consórcio público não personificado 20
V.3 A confirmação da tese no art. 241 da CF/88 21
VI. O surgimento de nova espécie de pessoa jurídica pública 22
VI.1 A personificação do consórcio público e seus efeitos 23
VI.2 Os limites impostos pelo sistema federativo 23
VI.3 O fracionamento do poder estatal 25
VI.4 A experiência no âmbito das atividades econômicas 25
VI.5 A manifestação da autonomia federativa 26
VI.6 Síntese 26
VII. A disciplina por meio de lei federal 27

VII.1 A competência para editar normas gerais..... 27
VII.2 A competência legislativa local 28
VIII. A natureza jurídica do ato constitutivo do consórcio público 29
IX. Conclusão 30

Marçal Justen Filho
Professor Titular da UFPR

P A R E C E R

O ***MINISTÉRIO DAS CIDADES***, por meio da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, honrou-me com o convite para fornecer parecer jurídico versando sobre questões constitucionais e legais relacionadas com anteprojeto e projeto de leis, tal como exposto no Termo de Referência nº 080/UGP/PMSS-SNSA/MCIDADES.

I. As questões relevantes a serem consideradas

1. O Termo de Referência nº 080/UGP/PMSS-SNSA/MCIDADES estabeleceu os parâmetros para a contratação de juristas visando a fornecer pareceres na área de Direito Constitucional, Administrativo e Regulatório para análise do Anteprojeto de Lei da Política Nacional de Saneamento Ambiental (PNSA) e do Projeto de Lei de Constituição de Consórcios Públicos (CP).

2. O presente parecer envolve, de modo específico, o Projeto de Lei nº 3.884-2004, que contempla normas gerais sobre a constituição de consórcios públicos para a gestão associada de serviços públicos, visando a promover a criação de mecanismos e instrumentos para a coordenação e cooperação entre os entes federados.

A elaboração do presente parecer se vincula à necessidade de avaliação da constitucionalidade das soluções concebidas

pelo Governo Federal, especialmente tomando em vista a estrutura do sistema federativo brasileiro. Essa preocupação se acentuou em vista de manifestações no sentido da inconstitucionalidade das opções concebidas pelo Governo Federal.

Assim, solicitou-se uma análise abrangente dos dois temas, versando sobre os seguintes quesitos:

a) Em face do sistema constitucional brasileiro, é admissível a criação de uma nova entidade (consórcio público), dotada de personalidade jurídica de direito público?
b) A criação de consórcios públicos, dotados de personalidade jurídica autônoma, é incompatível com a estrutura federativa do Estado brasileiro?
c) A União dispõe de competência legislativa para editar normas gerais vinculantes para os demais entes federativos, a propósito de consórcios públicos?
d) O ato de constituição do consórcio público configura um contrato ou um convênio?

Passo à análise.

Primeira Parte – Fundamentos Jurídicos

3. As questões versadas no parecer envolvem alguns fundamentos jurídicos que são comuns, que podem ser examinados preliminarmente.

II. O núcleo da questão: o modelo federativo brasileiro

4. Todas as questões levantadas envolvem algum ângulo do modelo federativo brasileiro. Direta ou indiretamente, as controvérsias se prendem à dimensão qualitativa ou à extensão quantitativa das competências reservadas à União e aos demais entes federados.

Por isso, qualquer avaliação sobre os temas objeto do parecer demanda a definição de pressupostos político-jurídicos, pertinentes à disciplina da federação brasileira.

II.1. As concepções clássicas sobre federação

5. A temática da federação é um dos pontos centrais da teoria geral do Estado. A contraposição entre Estado Unitário – Estado

Federado revela uma dentre diversas possíveis formas de organização do poder político formal.

5.1. A configuração do Estado variou ao longo da história, ainda que se possa admitir que todo e qualquer Estado pressupõe a institucionalização do poder sobre um determinado território, traduzindo-se em organizações sociais dotadas de um grau de estabilidade e permanência.

A concepção de Estado com a qual a sociedade ocidental convive tem sua origem no Tratado de Wetfalia (1648). Um dos traços característicos dessa idéia de Estado reside no monopólio da violência e na tendência à legitimação por meio da adoção de organismos burocráticos[1].

Não é excessivo afirmar que a concepção teórica e a implementação concreta do Estado são fenômenos de natureza *cultural*. A expressão indica a intervenção da criatividade humana (individual e coletiva) para interferir sobre o universo circundante e promover instrumentos para a concretização de determinados valores. Ou seja, o Estado não é um objeto dado ao ser humano, mas é uma instituição produzida pela vivência social e por um (longo) processo de experiência.

Bem por isso, a configuração do Estado não se põe como perfeita e acabada, mas se encontra em permanente evolução e suscetível à mutação futura.

5.2. Por outro lado, a afirmação de um conceito razoavelmente definido de Estado não elimina a diversidade de modelos organizacionais. Existem diversas *arquiteturas* possíveis para o Estado. Ou seja, o modo como se institucionaliza o poder político pode variar de Estado para Estado.

5.3. Costuma-se aludir a Estado **unitário** para indicar o modelo de organização política caracterizado pela centralização e pela existência de uma única esfera de poder sobre um certo território. Como

---

[1] Confira-se MAX WEBER, *Economy and Society*, (trad. da 4ª edição alemã de 1956) Berkeley and Los Angeles: University of California Press, vol. I, 1978, p. 26 e ss; p. 212 e ss. Vale considerar, ainda, o pensamento de EISENMANN em *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2002, p. 307 e ss.

ensinava ESMEIN, refletindo o pensamento jurídico clássico, *"soberania não é nem dividida nem partilhada"*[2].

Mas a existência do Estado comporta a multiplicação de esferas de poder sobre o mesmo território. A amplitude das competências dos diversos entes e a intensidade dos vínculos entre eles existentes podem variar. A absoluta afirmação da autonomia de entes locais pode conduzir ao próprio desaparecimento de um único Estado. Mas é bastante problemático estabelecer um critério quantitativo ou qualitativo que permita determinar, com facilidade, o limite da existência de um Estado único[3].

5.4 As diversas formas de Estado variam entre si em virtude do número de pólos formais de poder político e dos vínculos estabelecidos entre esses pólos formais.

Em princípio, um Estado unitário se caracteriza pela existência de um pólo único de poder. Mas não existe um único modelo de Estado unitário. Basta considerar, por exemplo, o caso da França. A França se auto-reconhece como um Estado unitário, não obstante a pluralidade de divisões e subdivisões administrativas. Apesar disso, a recente reforma constitucional de 2003[4] promoveu um amplo processo de *regionalização*, com a ampliação das competências dos entes locais. A França permanece como um Estado unitário, mas com uma acentuada transferência de competências para órbitas locais, o que passou a constar do art. 1° da Constituição francesa.[5]

5.5. O Estado federal se diferencia do Estado unitário pela existência de um conjunto de entes dotados de poderes próprios e irredutíveis. Sob um mesmo e único território, coexistem diversas

---

[2] *Éléments de droit constitutionnel français et comparé,* 6ª e., Paris : Sirey, 1914, reimp. por Editions Panthéon-Assas, Paris, 2001, p. 4.

[3] Ao longo da história, há inúmeros exemplos de associações entre Estados, em que a autonomia entre as diversas órbitas políticas gerava sérias dificuldades quanto à existência ou não de um Estado único. No passado, o exemplo clássico foi o da Alemanha de metade do séc. XIX. No presente, há uma situação emblemática envolvendo Sérvia e Montenegro.

[4] Para uma ampla análise, consulte-se o *"dossier"* denominado *"La révision constitutionnelle sur la décentralisation"*, publicado no vol. 11/2003 da AJDA – Hebdo (p. 522-570).

[5] A redação do dispositivo, em português, é a seguinte: *"A França é uma República indivisível, laica, democrática e social. Ela assegura a igualdade perante a lei de todos os cidadãos sem*

organizações políticas, a quem são atribuídas competências próprias e, em princípio, invioláveis.

Numa federação, cada órbita política configura-se como autônoma em relação às demais, ainda que não soberana. A soberania – entendida como o poder incondicionado de identificar os próprios interesses e de submeter outros entes à sua realização – é reconhecida ao Estado (entendido como o conjunto dos entes federados). Cada ente integrante do Estado federado é protegido em face dos demais – o que gera um efeito de equilíbrio entre todos. Nenhum dos entes integrantes de uma federação é autorizado a identificar ou promover interesses próprios sem tomar em vista os interesses dos demais, sendo a cada um interditado estabelecer primazia em prol de si mesmo. Talvez o aspecto primordial seja o reconhecimento de que todos os entes integrantes da federação são co-titulares de interesses comuns, cuja promoção se desenvolve por meio da atuação conjunta e indissociável, assegurando-se a todos eles respeito recíproco. Os entes federativos são parcelas de um todo e o conjunto desses entes federativos não é uma simples soma de partes. O todo (a federação) é mais do que a mera soma das partes (entes federados).

Num Estado unitário, não existem partes se compondo para formar uma ordem total. Há apenas a ordem total. O Estado federado se caracteriza pela possibilidade de aludir-se a "ordens parciais". Assim se passa porque as partes (entes federados) são dotadas de uma margem de autonomia.

6. Essa autonomia reside na existência de interesses próprios, de poderes diferenciados e de competências privativas. A federação somente pode ser reconhecida quando essa autonomia local é afirmada, permitindo reconhecer diferentes ordens político-jurídicas convivendo sobre um mesmo e único território.

II.2 A ausência de um modelo abstrato de federação

---

distinção de origem, raça ou religião. Ela respeita todas as crenças. Sua organização é descentralizada". Essa última frase foi introduzida pela reforma de 2003.

7. Mas não existe um modelo abstrato – único, perfeito e acabado – de federação. Tal como exposto, a idéia de federação resultou da experiência civilizatória.

7.1. O conceito de federação se funda na coexistência de diversas ordens político-jurídicas autônomas sobre um mesmo território.

7.2. No entanto, cada Estado federado apresenta soluções organizacionais concretas diferentes. A extensão da autonomia dos entes federados depende da formação histórica e da relação de forças sócio-políticas concretamente existente. Os poderes de cada ente federado variam de Estado para Estado. Não há uma solução única e uniforme.

Para demonstrar o raciocínio, basta considerar os casos dos EUA e da Alemanha. São dois Estados federados cuja organização política é muito diferenciada.

Seguindo essa mesma linha, VERGOTTINI afimar que *"os vínculos de natureza federativa são compatíveis com diversas soluções organizacionais, sejam internas como externas ao Estado"*[6]. VEDEL fornece inúmeros exemplos práticos a propósito de Estados federados muito diversos entre si[7].

7.3. Aliás, ainda quando uma determinada federação influenciou a organização de outro Estado, o resultado prático é bastante diverso. Assim se passa no caso brasileiro. A proclamação da República brasileira foi seguida da tentativa de implantação de uma federação calcada nos EUA. Logo se verificou, no entanto, a inviabilidade dessa pretensão. Por isso, foi necessária a emenda da Constituição de 1891: a alteração promovida em 1926 foi marcante. Ao longo do séc. XX, as sucessivas modificações e as permanentes mutações constitucionais conduziram à existência de uma federação inconfundível com a norte-americana.

Assim, para comprovar a tese, basta observar que a Constituição brasileira afirma que a federação é produzida pela união indissolúvel entre Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º) – solução

---

[6] *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Padova : Cedam, 2001, p. 103.
[7] *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris: Dalloz, 2002, reed. da versão de 1949, p.

absolutamente diferenciada daquela praticada em outras federações existentes no mundo.

II.3 A ausência de um modelo acabado de federação no Brasil

8. Tanto bastaria para autorizar a conclusão de que a federação brasileira não pode ser identificada com nenhuma outra. É única e inconfundível, sendo o resultado de um processo histórico autônomo.

Mas há um outro dado a ser considerado. O modelo federativo brasileiro ainda não pode ser reputado como definitivo – diversamente do que ocorre com diversos outros Estados federados existentes no mundo ocidental.

Assim se passa em virtude do que se poderia denominar de "amadurecimento incompleto" do processo político brasileiro. Embora a Constituição de 1988 tenha representado um passo decisivo na modelagem da organização estatal brasileira, não se produziu uma organização política dotada de estabilidade definitiva. Somente a estabilidade democrática é que produzirá a estabilidade institucional.

9. Não se contraponha que o modelo federativo da Constituição é intangível, por força da determinação do art. 60, § 4°, inc. I – que proíbe até mesmo a apreciação de emendas constitucionais destinadas a suprimir a federação.

Não se cogita, no caso, de alteração formal da Constituição a propósito da disciplina da federação. O que se examina é a própria interpretação da Constituição quanto ao modelo de federação e quanto ao modo de relacionamento entre os entes federativos brasileiros.

Essa questão permanece em aberto, especialmente porque foi proscrita a solução praticada até 1988 – que consistia na imposição das determinações oriundas da União sobre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

II.4 A integração das competências

10. A existência de uma federação significa o reconhecimento de interesses comuns e indissociáveis. A autonomia de cada ente federativo

---

108 e ss.

conduz à afirmação de interesses próprios insuprimíveis. Logo se vê que toda organização federativa envolve um complexo problema de composição e harmonização de interesses nacionais e locais.

Examinando o tema, VEDEL indagava *"Qual é, então, do ponto de vista político, o espírito do federalismo? É precisamente o espírito de associação. Ao se agrupar no seio de um Estado federal, os Estados associados aceitam uma autoridade comum para o seu bem para todos e para cada um, mas conservando um domínio próprio, que se manifesta pela sobrevivência de uma Constituição, de uma legislação, de uma administração e de uma justiça próprias"*[8].

10.1. A composição federativa significa a impossibilidade de prevalência absoluta dos interesses de qualquer uma das ordens jurídicas, se tal significar o absoluto sacrifício do interesse de uma delas.

10.2. Mais precisamente, isso indica a impossibilidade de reputar-se que cada ordem federativa é titular privativa e exclusiva de determinados interesses.

10.3. As diversas ordens são co-titulares dos diversos interesses, ainda que se possa reconhecer a uma delas a privatividade no exercício de determinadas competências. Ainda quando exista uma competência privativa para um determinado ente federado, deverá dita competência ser exercitada de modo a assegurar a realização dos interesses conjuntos de todos os demais entes federados.

Um exemplo simples permite compreender o raciocínio. Um Município é titular da competência para determinar o destino e a forma de utilizar seus próprios bens. Daí não se infere que possa um determinado Município deliberar por soluções capazes de afetar negativamente os interesses dos habitantes de outros Municípios. A inter-relação entre os diversos entes federativos impõe atuação harmônica entre eles.

Ou seja, a privatividade de competências nunca pode ser afirmada como um postulado absoluto quando tal conduzir à inviabilização dos interesses comuns dos diversos entes federados.

---

[8] *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, cit., p. 109.

11. Ademais disso, há inúmeros interesses comuns quanto aos quais é impossível determinar o limite da titularidade, inclusive por questões geográficas. Voltar-se-á ao tema adiante, mas basta considerar o clássico exemplo das regiões metropolitanas.

O desenvolvimento sócio-econômico produziu o surgimento de cidades que se vinculam entre si, ainda que formalmente diferenciadas como Municípios autônomos. Num caso desses, não é cabível afirmar que o sistema de transportes é da competência isolada de cada um dos Municípios. A evolução dos fatos torna superadas as concepções jurídicas construídas à luz de uma realidade social e econômica não mais existente – o que não significa, obviamente, eleger a realidade dos fatos como o critério da validade das construções jurídicas.

12. O que se afirma é o reconhecimento da integração de competências e da atuação conjunta e coordenada entre os diversos entes federativos.

12.1. Essa proposta não apresenta qualquer cunho de inovação. Sempre se reconheceu, entre nós, a realidade de interesses conjuntos de diversos entes federados no tocante à promoção de certos interesses. A conjugação de esforços entre entes federativos, por meio de convênio, não apresenta qualquer novidade no Brasil.

A CF/37 previa, no art. 29, a existência de agrupamentos de municípios de uma mesma região para a prestação de serviços públicos comuns, com a explícita previsão de que o agrupamento seria dotado de personalidade jurídica autônoma. A CF/67 determinava que os entes federados estavam autorizados a promover convênios para a execução das suas leis (art. 13, § 3°), disposição que foi mantida na CF/69 (ainda que o art. 13, § 3°, tenha recebido redação diversa).

12.2. O que se pode identificar, no entanto, é a necessidade da institucionalização da atuação conjunta e coordenada, de modo a produzir soluções dotadas de maior estabilidade.

12.3. Alternativas dessa ordem já vêm sendo praticadas largamente no tocante a atividades econômicas. Assim, é usual que os diversos entes federados participem de uma mesma sociedade de economia

mista.

12.4. Aliás, essa solução se difundiu especialmente no tocante ao desempenho de determinados serviços públicos. As empresas estaduais de saneamento são um exemplo que não pode ser ignorado. Sua organização reflete a conjugação de esforços de Estados e de Municípios para superar dificuldades insuscetíveis de serem enfrentadas isoladamente.

II.5 – A ampliação democrática e a tendência à associação

13. A problemática mereceu uma interessante avaliação de um autor italiano. Examinando as concepções de associação entre entes governativos internos, BERTI assinala que *"Neste cenário, tal como nos modernos programas de reformas constitucionais, colhe-se provavelmente o eco de uma idéia quase federalística; mas o federalismo de moda antiga se atenua em nome daquele mesmo espírito de cooperação que é necessário para que as administrações funcionem e sejam a expressão de qualquer coisa de socialmente verdadeiro e não autoritariamente imposto... Os confins entre o Estado federal, o Estado regional e o Estado unitário presentemente não são mais assim nítidos e fortes como o eram no passado... Se se vai ver a literatura francesa, alemã e mesmo americana dos anos passados, encontram-se configuradas e analisadas, já no decênio de 1970 as mais variadas formas de associação, através das quais se realizam a inarredável tendência à cooperação entre o Estado e os departamentos, as regiões ou entre o Bund e os Länder, e assim por diante"*[9].

Não são – ou melhor, não podem ser – diversas as considerações a propósito da República Federativa do Brasil. A estrutura federativa do Estado não pode importar a vedação à integração e à associação entre os entes federados, ainda (especialmente) quando tal se traduza no surgimento de organizações administrativas dotadas de autonomia subjetiva. A cooperação entre os entes federados é indispensável para a ampliação da legitimidade democrática e para a afirmação da eficiência da atividade administrativa do Estado brasileiro. O princípio federativo não se

---

[9] Il principio colaborativo nell'amministrazione locale,em *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano: Giuffrè, 1993, vol. I, p. 206-207.

opõe, antes exige colaboração dessa ordem.

Segunda Parte - A questão da criação de novas pessoas de direito público

14. As propostas do Governo Federal – sob evidente influência do Direito italiano – envolvem a criação de mais uma espécie de pessoa jurídica de direito público, consistente no *consórcio público*.

III. Panorama geral da questão

15. Durante longo período, o Estado se manifestava como sujeito de direito único perante terceiros – quando muito a pluralidade subjetiva revelava tão somente a organização federativa.

15.1. A ampliação da complexidade organizacional e institucionalização de estruturas burocráticas acabou conduzindo ao surgimento de uma pluralidade de manifestações estatais. A princípio, essas diversas figuras apresentavam todas personalidade de direito público, com configuração autárquica.

A ampliação da intervenção estatal no domínio econômico e a aplicação das técnicas empresariais privadas conduziu ao surgimento de entidades estatais de direito privado.

Essa descrição corresponde à evolução ocorrida nos diversos países de tradição continental, especialmente aqueles sob influência do Direito francês.

15.2. No Brasil, o surgimento de pessoas administrativas de direito privado ocorreu com maior intensidade na década de 1960. O cenário foi sistematizado pelo Dec.-lei n° 200/1967, cuja única alteração significativa (nesse ponto) foi produzida pela introdução das chamadas *fundações públicas* (disciplinadas pela Lei n° 7.596/87).

Cabe, então, realizar uma avaliação geral sobre o tema, tomando em vista a disciplina do Dec.-lei n° 200.

IV. Avaliação da situação subjetiva atual no Estado brasileiro

16. O Dec.-lei n° 200 sistematizou o cenário das pessoas jurídicas integrantes da administração pública. Albergou uma diferença básica, distinguindo a chamada *"administração direta"* da *"administração indireta"*.

16.1. Segundo o art. 4°, inc. I, do referido diploma, a administração direta federal se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos ministérios. Já a administração indireta é composta por autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas (inc. II).

16.2. A utilização da terminologia "direta-indireta" parece vincular-se à origem das figuras.

Foi usada a expressão administração direta para referir os entes instituídos diretamente pela Nação, por ocasião do exercício do poder constituinte originário. Assim, a sede jurídica desses entes é a própria Constituição. Mais ainda, os poderes atribuídos constitucionalmente à administração direta não comportam **ampliação** por qualquer via infraconstitucional. Como se não bastasse, é impossível produzir-se, em nível infraconstitucional, a instauração de outras relações jurídicas entre Estado e administração direta além daquelas previstas constitucionalmente. Para ser mais preciso, a administração direta é uma manifestação estatal que é produzida em nível constitucional. O Estado e administração direta são manifestações indiferenciáveis de um mesmo fenômeno jurídico. A administração direta é um dos meios pelos quais o Estado se torna presente na vida social.

16.3. É possível e necessário que alguma lei infraconstitucional disponha sobre a administração direta, indicando sua composição, seus órgãos e outros temas. Mas, na essência, o núcleo da administração direta está determinado e delimitado constitucionalmente.

16.4. Já a administração indireta é produzida a partir da vontade legislativa infraconstitucional. É instituída pela vontade popular, exercitada indiretamente, por efeito da atuação dos representantes do povo. Nenhuma dessas entidades é criada diretamente pela Constituição.

IV.1 Pessoas jurídicas de direito público

17. A pessoa jurídica de direito público é aquela intrinsecamente estatal. É uma manifestação por meio da qual a organização política ("Estado") adquire existência jurídica. A pessoa jurídica de direito público apenas pode ser instituída por lei (aí abrangida a própria

Constituição), sendo-lhe atribuídas funções e competências inerentes à qualidade estatal, entre as quais se encontra o próprio poder de utilização da força de coerção. Sua atividade se sujeita ao regime de Direito Público, com todas as características já expostas.

IV.1.1 Pessoas políticas

18. É costumeiro diferenciar, dentro da categoria das pessoas dotadas de personalidade jurídica de direito público, as chamadas pessoas políticas. São aquelas manifestações estatais insuprimíveis, instituídas pela Constituição Federal como materialização da organização política que é o Estado.

As pessoas políticas são dotadas de competências não apenas administrativas, mas também legislativas, ainda que não sejam titulares necessariamente de função jurisdicional. São elas a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal.

Ou seja, as pessoas políticas são as manifestações formais da existência da Federação.

IV.1.2 Pessoas meramente administrativas: as autarquias

19. Há pessoas jurídicas de direito público que não são investidas de competências políticas. Seus poderes são restritos à função administrativa. São as autarquias, que se configuram como resultado de processos de descentralização de poderes (administrativos),[10] sendo criadas por meio de lei.

As autarquias são uma manifestação de descentralização de uma determinada pessoa política, sendo desconhecida, na sistemática do Dec.-lei 200, uma autarquia vinculada a mais de uma entidade federativa. Mas daí não se segue a impossibilidade de alguma inovação quanto ao tema, tal como abaixo será melhor exposto.

IV.2 Pessoas de direito privado

20. Já as pessoas jurídicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, integrantes da administração pública, não são criadas

[10] A descentralização pode se efetuar mediante a constituição de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações. (ZANELLA DI PIETRO, *Direito*

necessariamente por lei, ainda que sua instituição deva ser por lei autorizada. Desempenham, em graus variados, funções administrativas, mas sob forma de direito privado.

Em princípio, as pessoas de direito privado são a sociedade de economia mista e a empresa pública. Mas há referências legislativas à existência de outras figuras, tais como as fundações e as subsidiárias.

20.1. A sociedade de economia mista é um ente de natureza associativo, cujo patrimônio é composto por contribuições de diferentes sujeitos, nada impedindo inclusive que capitais privados sejam ali aplicados. A característica primordial reside na reserva do poder de controle para pessoa estatal. Reputa-se que a sociedade de economia mista teria de constituir-se sob forma de sociedade por ações.

20.2. Já a empresa pública é uma entidade associativa composta exclusivamente por capitais públicos. Trata-se, em última análise, de uma modalidade de *convênio*, utilizada a expressão para indicar uma opção organizacional entre diferentes sujeitos, voltada à realização de fins de interesse público.

Não existe definição precisa acerca da forma societária através da qual seria constituída a empresa pública. Alguns supõem que, à semelhança das sociedades de economia mista, deveria tratar-se de uma sociedade anônima. Mas não há, em rigor, impedimento a que se considere que a empresa pública é um tipo societário específico, dotado de características próprias, inconfundíveis com a sociedade por ações.

20.3. A fundação pública é dotada de personalidade jurídica de direito privado, caracterizando-se pela contribuição estatal para o seu surgimento.

IV.3 A dimensão legislativa do Dec.-lei n° 200/1967

21. Como dito, a estrutura da administração pública foi objeto de disciplina pelo Dec.-lei n° 200 (de 1967), que sofreu inúmeras alterações legislativas, mas que permanece em vigor. O diploma introduziu uma reforma

---

Administrativo, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 359).

administrativa e promoveu a sistematização quanto às pessoas integrantes da administração pública. Mas é usual que se examine a disciplina do Dec.-lei n° 200 tal como se fosse a solução final e imutável da esquematização do poder estatal no Brasil. Isso envolve equívocos significativos e acarreta problemas cujas manifestações são inevitáveis.

22. Não se pode olvidar que o Dec.-lei n° 200 não tem hierarquia normativa superior a nenhuma lei federal ordinária.

22.1. Até se pode reputar que a Constituição brasileira tenha incorporado algumas distinções delineadas no corpo do Dec.-lei n° 200. Assim, é inquestionável que a distinção entre administração direta e indireta foi explicitamente referida pela Constituição, em inúmeras passagens. Apenas para lembrar, o art. 37, *caput*, alude a ela.

Ademais disso, há dispositivos diversos em que a Constituição se reporta às espécies que constituem a administração indireta.

22.2. Mas há alguma turbulência em reconduzir todas as espécies previstas constitucionalmente à esquematização exata do Dec.-lei n° 200. Veja-se que o art. 37, inc. XII, alude a *subsidiárias* e *sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público*, o que desperta até uma certa curiosidade, acerca das características que permitiriam distinguir tais figuras das empresas públicas e sociedades de economia mista. Lembre-se que solução similar consta do § 1° do art. 173.[11]

22.3. Mas outra questão muito diversa é afirmar que a Constituição teria vedado a inovação legislativa superveniente no tocante a figuras subjetivas ou, mesmo, quanto ao próprio regime jurídico das entidades da Administração indireta.

É evidente que a Constituição acolhe a determinação de que autarquia é pessoa de Direito público, enquanto sociedade de economia mista e empresa pública são dotadas de personalidade jurídica de Direito privado.

---

[11] Não se diga que a responsabilidade pela inovação seria da Emenda Constitucional n° 19. Na redação original do dispositivo, a CF/88 dispunha sobre *"A empresa pública, a sociedade de economia mista* ***e outras entidades que explorem atividade econômica****"*, o que acarretava um impasse hermenêutico: quais e o que seriam essas outras entidades

Mas não é possível extrair da Constituição a consistência do regime jurídico aplicável às entidades da Administração indireta. Para tornar mais compreensível o discurso, imagine-se uma questão prática. Seria inválida uma lei federal que constituísse uma sociedade de economia mista sob forma distinta de sociedade anônima? Veja-se que a Constituição não determinou forma necessária para sociedade de economia mista. As regras sobre a matéria constam do Dec.-lei n° 200 e no corpo da Lei das S.A. Para negar validade à lei que adotasse forma especial para uma sociedade de economia mista, ter-se-ia de supor que o Dec.-lei n° 200 apresentaria um grau hierárquico superior ao das demais leis. Reconhecido que o diploma se configura como uma simples lei federal, aplicar-se-ão os princípios gerais da temporalidade e da especialidade, pelos quais a lei posterior revoga a anterior quando houver incompatibilidade entre elas. Mas a lei especial não revoga a geral nem vice-versa.

Assim, por exemplo, a existência do Código Civil ou da Lei das S.A. não impede que novos tipos societários sejam criados pela lei federal. Isso se passa no âmbito da atividade econômica privada.

Nada obstaria que idêntica solução se aplicasse à atividade econômica desempenhada pelo Estado, desde que não houvesse atribuição de privilégios insustentáveis perante o art. 173, § 1°, inc. II, da CF/88.

Tem de reputar-se que a situação comporta ainda maior margem de variação no tocante a entidades autárquicas, eis que os limites jurídicos constitucionais são muito genéricos.

A expressão “autarquia” comporta entidades submetidas a regimes jurídicos diversos. E isso porque a criação de autarquia depende de lei específica, à qual caberá determinar o regime jurídico da entidade. Ou seja, cada autarquia pode apresentar regime jurídico próprio, específico, peculiar.

Dito de outro modo, podem ser reconhecidos alguns pontos em comum a propósito das autarquias. São necessariamente pessoas jurídicas de Direito público. Seu objeto não pode ser o desempenho de

---

exploradoras de atividade econômica?

atividades econômicas em sentido estrito. Tais afirmativas são extraídas não do Dec.-lei nº 200, mas da Constituição Federal.

Toda a disciplina do Dec.-lei nº 200, que não tenha sido incorporada constitucionalmente, pode ser modificada por lei federal posterior. Logo, sua organização, as competências a ela atribuídas, os processos de controle, a intensidade e a extensão dos vínculos entre autarquia e Administração direta – tudo isso deverá ser determinado para o caso concreto pela lei instituidora.

IV.4 A criação de categoria nova

23. Assim considerada a questão, não há impedimento constitucional à criação de uma nova espécie de pessoa administrativa.

23.1. Aliás, essa é uma tendência no próprio Direito comparado. Basta considerar o cenário da França, em que proliferam inúmeras figuras, algumas das quais apresentam natureza híbrida de direito público e de direito privado.[12]

JEAN PIERRE LEBRETON lembra que, em 1° de janeiro de 2004, havia na França 14 comunidades urbanas, 143 comunidades de aglomeração e 2.195 comunidades de comunas, além de 8 sindicatos de aglomeração[13]. A lei constitucional de 28 de março de 2003 previu, no artigo 5°, que nenhuma "coletividade territorial"[14] pode exercer tutela sobre outra, mas a lei pode dispor sobre as modalidades de atuação comum.

LEBRETON acrescenta:

> *"A solução mais corrente consiste em confiar toda ou parte do 'encargo' a uma instituição ad hoc. Essa pode ser uma pessoa jurídica de direito privado... Pode ser uma instituição pública, crida pelas coletividades engajadas no projeto, e à qual pode ser confiada toda ou parte da elaboração e execução do projeto.*

---

[12] Para maior aprofundamento sobre o tema, confira-se a exposição apresentada pelo signatário em *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, especialmente às páginas 173 e ss.

[13] Syndicates mixtes et politiques intercommunales, em *AJDA* – HEBDO, 17/2004, p. 910.

[14] É evidente a impossibilidade de transpor a expressão para um modelo federativo como o nosso. As "entidades territoriais" do Direito francês não são entes federativos.

"Nesse caso, uma primeira fórmula reside na constituição de um agrupamento de interesse público (GIP`) sobre a base de um contrato entre as coletividades fundadoras....

"Uma segunda fórmula, que recebe a preferência dos poderes públicos, é recorrer um sindicato misto"[15].

23.2. Tendências similares podem ser identificadas nos demais países continentais europeus. Assim, na Itália, *"As comunas e as províncias podem constituir, ainda, um* ***Consórcio para a gestão associada de um ou mais serviços****. Trata-se de uma estrutura organizativa e autônoma, que tem a sua própria personalidade jurídica para desenvolver de modo associado um ou mais serviços, enquanto na titularidade dos entes locais particulares restam as funções administrativas"*[16]

24. Em suma, não é cabível afirmar que o Dec.-lei n° 200 introduziu a disciplina final e definitiva atinente aos sujeitos estatais. Tal como se passou com a maioria das matérias disciplinadas por esse diploma, é perfeitamente possível que uma lei posterior adote novas regras sobre a matéria.

Assim, decorridos quase quarenta anos desde a edição daquele diploma, é perfeitamente justificável a necessidade de inovações quanto a determinados pontos.

V. A expressa autorização constitucional

25. Mas qualquer outra dúvida sobre o cabimento da introdução de novas espécies de entidades administrativas, bastaria invocar o art. 241 da CF/88 (com a redação da EC n° 19/1998), que assim dispôs:

"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos,

---

[15] Ob. cit., p. 110. Um exame geral das figuras subjetivas que compõem a administração pública francesa pode ser encontrada na obra do signatário, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes* (São Paulo: Dialética, 2002, p. 162 e ss.). Uma ampla avaliação do tema consta de *Les groupments d'intérêt public*, Conseil d'État, Paris: La Documentation française, 1997.

[16] ROCCO GALLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Padova: Cedam, 1996, p. 278-279.

bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos".

V.1 O descabimento da invocação da disciplina privatística

26. Antes de tudo, não cabe contrapor que o Direito Privado conhece uma figura, denominada de *consórcio*, a qual é destituída de personalidade jurídica autônoma.

A Lei n° 6.404/76 disciplinou, especificamente, uma figura de natureza associativa, denominada de *consórcio*, definida no art. 278 do seguinte modo:

"As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento...".

O consórcio do Direito Privado se caracteriza como uma associação temporária entre pessoas jurídicas, visando à execução de um objeto específico e determinado. Essa figura não é dotada de personalidade jurídica própria (Lei das S.A., art. 278, § 1°). Daí se segue a ausência de nome comercial e de patrimônio próprio. O consórcio de Direito Privado não assume obrigações em nome próprio e seus direitos e obrigações são de titularidade dos consorciados.

Trata-se, em suma, de uma sociedade não personificada, cuja existência produz efeito na dimensão contratual.

27. Mas essa solução privatística não significa a impossibilidade de o Direito Público criar uma figura, denominada consórcio público, com características totalmente distintas.

27.1. Em primeiro lugar, a utilização da expressão *consórcio público* não vincula o legislador a subordinar-se ao modelo de Direito Privado. Já se superou essa concepção imanentista das palavras, que conduzia o intérprete a imaginar que o instituto de Direito Público deveria ser uma espécie de cópia daquele com denominação similar existente no Direito Privado. Bem por isso, a figura do contrato administrativo não necessita apresentar características idênticas às do contrato privado.

27.2. Depois disso, o influxo do regime publicístico produz alterações significativas em todos os institutos de Direito Privado. Assim se

passou, por exemplo, com a própria figura do consórcio. A Lei n° 8.666 determina, no art. 33, inc. IV, que as entidades consorciadas assumem responsabilidade solidária pelas obrigações do consórcio. Trata-se de uma inovação marcante no regime privatista, que altera radicalmente a concepção de consórcio. Essa inovação é reputada constitucional por toda a doutrina, sem qualquer divergência[17].

Essa modificação do regime jurídico do consórcio privado deriva da influência do Direito Público sobre a autonomia privada.

27.3. Nada impediria, inclusive, que a lei impusesse a personificação autônoma dos consórcios, no âmbito das contratações administrativas.

28. Mais explicitamente, não é possível afirmar que a utilização da expressão *consórcio*, no texto constitucional, imponha a adoção de um modelo de direito privado. Aliás, essa interpretação esbarraria na qualificação **"público"** que consta do texto constitucional. A Constituição previu a criação de *consórcios públicos*, o que importa o afastamento do regime próprio e peculiar da Lei das S.A.

V.2 A inutilidade de um consórcio público não personificado

29. Por outro lado, a criação de um consórcio entre pessoas administrativas, destituído de personalidade jurídica própria, seria uma inutilidade.

29.1. Um consórcio público não personificado corresponderia a uma associação temporária entre pessoas estatais, voltada à execução de um certo projeto, em que a contratação se faria em nome dos consorciados.

Ora, esse esquema corresponde, basicamente, à figura do convênio, largamente conhecida no Direito brasileiro.

29.2. O convênio consiste numa contratação administrativa, em que os diversos partícipes se comprometem a conjugar recursos e esforços para o desempenho de alguma atividade de interesse comum. A característica

---

[17] Nesse sentido e por todos, confiram-se CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 546 e HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro,* 28ª ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 307.

do convênio é produzir efeitos basicamente internos: o convênio permite a transferência de recursos financeiros e humanos e de bens de um ente estatal para outro, No entanto, o convênio não gera diretamente efeitos externos, na medida em que, perante terceiros, os direitos e obrigações são assumidos em nome próprio por um dentre os entes convenentes. Assim, o descumprimento dos termos de um convênio não gera direito para um terceiro prejudicado pretender a responsabilização direta do inadimplente. E tal se passa porque o terceiro travou relação jurídica com uma determinada e específica pessoa jurídica – não com o convênio.

29.3. Não é possível identificar diferenças entre um convênio, tal como largamente conhecido e praticado no Direito Administrativo, e um consórcio público despersonificado. Logo, a regra constitucional que aludiu à figura do consórcio público como uma figura própria e diferenciada perderia sua utlidade na medida em que não houvesse personificação da figura.

Partindo do pressuposto de que o legislador não está vinculado pela figura privatista denominada de *consórcio*, a inafastável conclusão é a possibilidade de criação de uma nova espécie de pessoa jurídica.

V.3 A confirmação da tese no art. 241 da CF/88

30. Para confirmar o entendimento acima, o art. 241 da CF/88 dispôs sobre *"os consórcios públicos e os convênios de cooperação"*.

Ora, a alusão às duas figuras significa a ausência de identificação entre elas. Se a vontade constitucional fosse negar ao consórcio público a personalidade jurídica, o resultado seria uma modalidade de convênio. Logo, bastaria a Constituição ter-se referido a convênios de cooperação.

Ou seja, a própria Constituição diferenciou convênios e consórcios. E o único aspecto que pode conduzir à diferenciação entre ambas as figuras reside na atribuição de personalidade jurídica autônoma ao consórcio público. Qualquer outra solução conduz a que o consórcio público seria uma modalidade de convênio.

Portanto, se a Constituição diferenciou ambas as figuras, o intérprete não pode ignorar a vontade constitucional. Cabe-lhe respeitar a vontade constitucional.

Em suma, afirmar que o consórcio público não pode ter personalidade jurídica autônoma equivale a tornar inútil a figura e a própria redação constitucional.

VI. O surgimento de nova espécie de pessoa jurídica pública

31. A atribuição de personalidade jurídica própria e autônoma para o consórcio público produz o surgimento de uma nova figura jurídica, inconfundível com aquelas até o presente conhecidas no Direito pátrio.

31.1. O consórcio público se caracteriza, primeiramente, por deter personalidade jurídica de direito público. Esse dado o diferencia de figuras societárias clássicas, tais como a empresa pública, a sociedade de economia mista. A própria fundação pública é dotada de natureza privada.

Ser dotada de personalidade jurídica de direito público significa a atribuição à entidade de competências, funções e regime próprios dos entes estatais. Equivale a afirmar que o ente, embora dotado de personalidade autônoma, é um instrumento de realização das funções propriamente públicas. Isso importa a ausência de aplicação dos princípios inerentes à organização privada.

31.2. Portanto, o consórcio público é uma figura muito mais próxima à autarquia do que às demais entidades integrantes da Administração indireta (no esquema clássico do Dec.-lei n° 200). Talvez até se pudesse afirmar que o consórcio público se configura como uma modalidade especial de autarquia.

A Constituição poderia ter denominado a figura como *autarquia interfederativa*. Mas é evidente que a variação terminológica, nesse ponto, é irrelevante.

31.3. O ponto diferencial entre uma autarquia e um consórcio público é a vinculação instrumental deste último a diversos entes federados, o que pressupõe um acordo de vontades entre eles.

A autarquia clássica, tal como conhecida no Direito brasileiro, consiste numa descentralização administrativa de um ente federado. A autarquia assume encargos que estão na titularidade do ente federado que a criou.

O consórcio público é numa manifestação conjunta e concomitante da atuação de diversos entes federados. Portanto, não é uma pura solução organizatória interna, por meio da qual um certo ente federado racionaliza o modo de promover o cumprimento de seus encargos.

VI.1 A personificação do consórcio público e seus efeitos

32. A figura do consórcio público personificado propicia o surgimento de sujeitos a quem serão investidas, de modo permanente e contínuo, a execução de tarefas de competência própria dos entes federados.

Por ser dotado de personalidade autônoma, esse ente estatal poderá praticar atos em nome próprio, será titular de um patrimônio específico e participará diretamente de relações jurídicas.

33. O ponto diferencial entre o consórcio público e um convênio residirá na dissociação entre a gestão da atividade e um dos sujeitos participantes do convênio – o que exige melhor esclarecimento para evitar equívoco.

33.1. Como exposto, o convênio propicia a atribuição de bens, recursos e pessoal de um ente federado para gestão por outro, em nome próprio. Situação similar se passa na hipótese de delegação.

33.2. No caso de consórcio público, o fenômeno é parcialmente similar. A diferença residirá em que o sujeito investido da gestão, dos bens, dos recursos será titular de personalidade jurídica própria. Portanto, a delegação não se fará em favor de um outro ente federado propriamente dito, mas em prol de uma entidade cuja gestão se fará em conjunto entre os diversos entes federados.

VI.2 Os limites impostos pelo sistema federativo

34. O consórcio público é o meio para conjugação de esforços de diversos entes federados. É uma via para realização de interesses comuns. Bem por isso, não é cabível afirmar que uma solução dessa ordem produz, de modo automático, a infração da sistemática federativa do Estado brasileiro.

35. É inquestionável que a sistemática federativa brasileira não impõe vedação à conjugação de esforços entre os diversos entes

federados, visando à realização de interesses comuns, que transcendam os estritos limites locais.

35.1. Essa lição sempre foi repetida por todos os constitucionalistas, mesmo antes da CF/88. Bem por isso e como já exposto, a utilização dos convênios era largamente praticada entre nós. Por essa via, tornava-se possível que recursos, bens e pessoal integrantes de uma órbita federativa fossem utilizados por outro ente federado – o que se legitimava em vista da existência de interesses comuns.

35.2. No entanto, essa não tem sido a única solução prática adotada entre nós. Também a delegação para o exercício de competência por um ente federado para outro, autorizada por via legislativa, é reputada como constitucional e compatível com a ordem constitucional.

Aliás, é possível lembrar a Lei Federal n° 9.277/1996, que *"autoriza a União a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal, a administração e exploração de rodovias e portos federais"*. É evidente que há peculiaridades próprias no caso de rodovias e portos, que tornam a hipótese bastante peculiar. A referência é relevante para demonstrar a existência de precedentes quanto à articulação inter-federativa.

Aludida Lei fundamentou a atuação conjunta e harmônica de entes federativos distintos para a prestação de serviços públicos e para sua regulação, sem questionamento quanto à constitucionalidade da solução.

35.3. Tanto basta para evidenciar que a delegação do exercício de competências entre entes federados não configura, de modo necessário, uma infração à estrutura federativa do Estado brasileiro. A questão envolve, muito mais, definir a extensão qualitativa de poderes objeto da transferência.

36. Vale dizer, o problema fundamental a ser avaliado a propósito da conjugação de atuações entre entes federados consiste na observância de determinados limites intransponíveis.

36.1. O primeiro limite envolve as competências políticas, que são inerentes à própria identidade do ente federado. Não se pode admitir – existam ou não consórcios públicos – uma solução consensual por meio da qual um ente federado transfira a outrem poderes que lhe dão identidade como participante da federação.

Assim, as competências políticas fundamentais não podem ser transferidas – o que abrange poderes de natureza legislativa, jurisdicional e de avaliação e defesa dos interesses fundamentais confiados ao ente federado.

36.2. Por outro lado, não se admite a renúncia ou a transferência definitiva de competências, o que equivaleria à frustração da estruturação federativa imposta constitucionalmente.

36.3. Mas é perfeitamente possível que competências atinentes à execução de serviços públicos e outros poderes regulatórios acessórios e secundários sejam transferidos – repita-se, seja por via do consórcio público, seja pelos meios atualmente disponíveis.

36.4. Mais ainda, é perfeitamente admissível que os diversos entes federados disciplinem o modo de exercitar competências concorrentes ou pertinentes a temas inter-relacionados. Essa conjugação reflete a racionalização dos esforços comuns para a mais satisfatória execução dos encargos de interesse conjunto.

VI.3 O fracionamento do poder estatal

37. Isso equivale à ampliação do fracionamento do poder estatal e ao surgimento de novos instrumentos de controle.

37.1. Na atual sistemática, o princípio federativo impede que um dos participantes do convênio possa interferir diretamente sobre as decisões produzidas por outro. Assim, se um ente convenente ou delegatário deliberar não cumprir as obrigações que lhe cabem em virtude do pacto avençado, o outro participante da relação jurídica apenas dispõe da faculdade de promover a extinção do vínculo.

37.2. Por meio do consórcio público personificado, será possível que os diversos entes estatais participem do processo decisório pertinente à gestão do seu interesse comum. .

VI.4 A experiência no âmbito das atividades econômicas

38. Ressalte-se que experiência dessa ordem já é praticada em sociedades de economia mista e em empresas públicas, quando delas participam entidades estatais integrantes de diversas órbitas federativas. A

gestão consensual propicia grandes vantagens, especialmente pela neutralização de interesses políticos secundários.

Aliás, a proposta de consórcios públicos personificados reflete a transferência para o âmbito de serviços públicos e de outras competências estatais de paradigmas vigentes no âmbito da atividade econômica desenvolvida pelo Estado.

A conjugação de esforços interfederativos, por meio de pessoas jurídicas autônomas, não produziu a desnaturação da ordem federativa no âmbito das atividades econômicas. Não há fundamento para avaliação distinta no tocante aos consórcios públicos.

VI.5 A manifestação da autonomia federativa

39. Ressalte-se que a participação em um consórcio público nunca poderá ser imposta coercitivamente a qualquer ente federado.

39.1. A autonomia intrínseca à federação assegura aos diversos entes federados a competência para estruturação de sua administração indireta. Assim, nenhuma norma federal pode constranger os entes federados a instituir autarquias, criar sociedades de economia mista e assim por diante. O mesmo se passará no tocante aos consórcios públicos.

39.2. A integração em um consórcio público será uma escolha autônoma de cada ente federado. Essa autonomia compreende não apenas o poder de associar-se como de desligar-se do consórcio.

VI.6 Síntese

40. As ponderações acima fundamentam o entendimento de que a instituição de pessoas jurídicas de direito público vinculadas a diversos entes federados não infringe a Constituição. A nova figura apresentará natureza autárquica, subordinando-se ao regime jurídico correspondente.

A delegação de competências de titularidade de um ente federativo em favor de outrem não é inconstitucional, desde que observados certos limites. Essa delegação vem sendo praticada ao longo do tempo no Brasil, sem qualquer dúvida no tocante à constitucionalidade.

A delegação de competência em favor de uma entidade descentralizada interfederativa, cujo processo decisório se fará pela conjugação das vontades dos diversos entes federados, não infringe a

federação – até porque delegação dessa ordem apresenta efeitos muito menos intensos e severos do que a pura e simples delegação para outro ente federado.

VII. A disciplina por meio de lei federal

41. Reconhecida a constitucionalidade da criação de consórcios públicos, afigura-se necessária a edição de normas gerais por meio de lei federal.

VII.1 A competência para editar normas gerais

42. A disputa sobre a competência da União para editar normas gerais nesse campo não apresenta, ao ver do signatário, nem novidade nem dificuldade.

42.1. Em primeiro lugar, a disputa repete uma controvérsia do passado, que se desenvolveu no Brasil a propósito do Dec.-lei n° 200. Ainda que o cenário constitucional seja distinto, a polêmica é a mesma. Trata-se de questionar a competência da União para impor regras vinculativas para os demais entes federados no tocante à estruturação da Administração indireta.

42.2. A controvérsia já foi superada de há muito. Ninguém ousaria afirmar que os Estados-membros, o Distrito Federal e o Município não necessitam observar as normas gerais sobre Administração indireta contidas no Dec.-lei n° 200.

Para encerrar essa discussão, basta um argumento *ad terrorem*: se a União não dispuser de competência para editar normas gerais a propósito dos consórcios públicos, então não disporá de competência para veicular normas gerais sobre outras entidades da Administração indireta. Logo, as regras do Dec.-lei n° 200 (na parte em que dispõem sobre o tema examinado) não vinculariam outros entes federados que não a União.

43. Ora, assim não o é. A referência do art. 241 à existência de leis dos diversos entes federados não traduz a vedação à edição de normas gerais por parte da União.

43.1. Em primeiro lugar, a figura do consórcio público produz a conjugação de competências, atuações e interesses de entes federados diversos. Portanto, há uma dimensão de supra-localidade do interesse

envolvido, que se pode traduzir na atuação conjunta de diversos Municípios e, mesmo, na participação estadual ou federal (se necessário se fizer).

Sem pretender reacender a disputa sobre leis federais – leis nacionais, esse é um dos casos em que nenhum dos entes federados locais pode pretender impor a disciplina por ele próprio editada. É indispensável a existência de regras de cunho nacional.

Portanto, cabe à União exercitar a competência legislativa nacional.

43.2. Ademais disso, incide ao caso a regra do art. 22, inc. XXVII, que reserva para a União a competência privativa para editar *"normas gerais de ... contratação em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios..."* .

É inquestionável que o consórcio público é uma manifestação de natureza contratual, do que deriva a incidência do dispositivo acima indicado. As normas gerais sobre consórcio público, editadas pela União, encontram fundamento constitucional na referida disposição.

VII.2 A competência legislativa local

44. Mas é evidente que a competência nacional não elimina a titularidade de competência legislativa para cada ente federado.

44.1. A autonomia federativa conduz, como visto, à impossibilidade de um ente federado ser constrangido a participar de um consórcio público.

44.2. Mas a decisão de compor um consórcio público demanda a utilização do instrumento legislativo. Essa exigência foi imposta constitucionalmente. A criação de entes da administração indireta depende de lei. É a regra geral que consta do art. 37, inc. XIX, da CF/88.

Sendo o consórcio público uma manifestação autárquica vinculada à Administração indireta de diversos entes federados, não é possível promover a sua criação por meio da lei isolada de competência de um único ente federado. A figura se assemelha, nesse ponto, a outras manifestações contratuais.

Portanto, será necessária a lei local autorizadora da participação do ente federado num consórcio público, cabendo ao diploma estabelecer as condições pertinentes.

VIII. A natureza jurídica do ato constitutivo do consórcio público

45. A determinação da natureza jurídica do ato constitutivo do consórcio público envolve muito mais uma disputa terminológica do que uma questão de fundo. Bem por isso, tanto se poderia aludir a um "convênio" como a um contrato[18].

45.1. Quando a expressão *convênio* é utilizada para indicar o ato jurídico que desencadeia o surgimento de uma relação jurídica, seu sentido compreende ajustes consensuais caracterizados pela ausência de contraposição de interesses entre os partícipes. A comunhão de interesses no tocante aos fins a serem atingidos e a ausência de atuação norteada à busca de lucro dão identidade ao convênio.

No entanto e rigorosamente, o convênio é uma manifestação contratual. Não existe, no campo da Teoria Geral do Direito, uma categoria de ato jurídico específica e autônoma, denominada *convênio*, que seja diversa e distinta do contrato.

A utilização da expressão *convênio*, no âmbito do Direito Administrativo, reflete a intenção de evitar confusão com as avenças tradicionalmente praticadas entre Administração Pública e particulares.

45.2. Tal como exposto em outra oportunidade[19], o convênio se configura como uma espécie de contrato plurilateral, para utilizar o pensamento desenvolvido por ASCARELLI[20].

45.3. O contrato plurilateral ou organizacional é uma avença caracterizada por duas ordens de fatores. Por um lado, a natureza desse

---

[18] A asserção não envolve contradição com a afirmação anterior, no sentido de que a expressão consórcio não se confunde com convênio. É necessário diferenciar a relação jurídica (ente) em face do ato jurídico que produz o seu surgimento. A expressão "convênio" tanto indica a relação jurídica como a categoria de ato jurídico, o que gera dificuldade terminológica. O mesmo se passa com outras expressões jurídicas, tais como "sociedade" e "casamento", por exemplo.

[19] Confira-se a obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 640.

[20] Para aprofundar o exame, consultem-se *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado,* 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1945, p. 257 e ss.

acordo de vontades comporta a participação de um número de partes superior a duas. Por outro lado, o contrato plurilateral não é instrumento de câmbio de riquezas entre os contratantes. O objeto de um contrato plurilateral é a criação de uma organização de bens e esforços visando ao desenvolvimento de uma certa atividade. O contrato plurilateral pode dar origem a um pólo subjetivo autônomo – tal ocorre com o contrato de sociedade. Mas há casos em que assim não se passa e o exemplo é o contrato de seguro (de grupo ou mútua).

46. Em face dessas considerações, afigura-se que o ato constitutivo do consórcio público consiste num contrato plurilateral, similar ao que se verifica no tocante à constituição de pessoas jurídicas de natureza consensual. Assim ocorre, por exemplo, no tocante às sociedades de economia mista. A constituição do consórcio público e a participação do ente federado envolvem um acordo de vontades, que abrange não apenas a vontade de participar mas também (a) a assunção de obrigações atinentes à composição do patrimônio, (b) a delegação de atribuições e competências determinadas e (c) a transferência de bens e pessoal para a entidade. Tudo isso se faz como instrumento de promoção de atuações aptas a promover a realização de interesses comuns dos diversos participantes.

IX. Conclusão

47. Em vista desses pressupostos, formulo as seguintes respostas para os quesitos apresentados.

a) Em face do sistema constitucional brasileiro, é admissível a criação de uma nova entidade (consórcio público), dotada de personalidade jurídica de direito público?

Resposta: **Sim, especialmente porque a própria Constituição Federal contém autorização para tanto, no art. 241.**

b) A criação de consórcios públicos, dotados de personalidade jurídica autônoma, é incompatível com a estrutura federativa do Estado brasileiro?

Resposta: **Não, especialmente porque os consórcios públicos somente poderão ser investidos de competências delegáveis de titularidade dos entes federados. Os consórcios públicos não serão investidos de competências próprias, mas receberão competências**

delegadas, por manifestação autônoma de vontade dos entes federados (observada a exigência de autorização legislativa).

c) A União dispõe de competência legislativa para editar normas gerais vinculantes para os demais entes federativos, a propósito de consórcios públicos?

Resposta: **Sim, em virtude da regra geral de que todos os temas de interesse comum a mais de um ente federado devem ser disciplinados por lei nacional. Ademais disso e na medida em que o consórcio público envolve uma figura de natureza contratual, aplica-se a regra constitucional da competência privativa da União para editar normas gerais sobre o tema.**

d) O ato de constituição do consórcio público configura um contrato ou um convênio?

Resposta: **Configura-se um contrato administrativo plurilateral, segundo a concepção delineada por ASCARELLI. Na terminologia tradicionalmente adotada no Brasil, seria um convênio – mas a expressão deve ser adotada com cautela para evitar o equívoco (muito difundido na prática) no sentido de que um convênio não apresenta cunho vinculante para as partes.**

É o parecer.

Curitiba, fevereiro de 2005.

Marçal Justen Filho
Professor Titular da UFPR
Doutor em Direito pela PUC/SP
OAB/PR 7.468