

CONSULTA

Está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 3.884, de 2004, de iniciativa do Poder Executivo, que “institui normas gerais de contratos para a constituição de consórcios públicos, bem como de contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada e dá outras providências.”

O Ministério das Cidades honra-me com solicitação para responder aos seguintes quesitos sobre o Projeto de Lei referido:

“**Quesito 1.** Após o advento da Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, é possível a gestão associada de serviços públicos sem a celebração de consórcio público ou de convênio de cooperação?”

“**Quesito 2.** Sem prévia edição de lei dos entes da Federação interessados, é válida a celebração de consórcio público ou de convênio de cooperação, com o objetivo de autorizar gestão associada de serviços públicos?”

“**Quesito 3.** É constitucional lei nacional que institua normas gerais para os contratos que objetivem a prestação de serviços públicos no âmbito de gestão associada (art. 241 da CF, na redação da EC n.º 19/1998)?”

Benedicto Porto Neto

“**Quesito 4.** A proposta de normas gerais para os contratos de programa prevista no Projeto de Lei nº 3.884, de 2004, possui adequada técnica jurídica? Em que pode ser aperfeiçoada?”

“**Quesito 5.** Uma vez em vigor lei nacional de normas gerais para os contratos de programa, é válido disciplinar por contrato de concessão ou de permissão a prestação de serviços públicos no âmbito de gestão associada?”

“**Quesito 6.** Qual o significado da expressão ‘transferência total ou parcial de serviços’ para os fins do art. 241 da Constituição Federal (redação da EC nº 19/1998)?”

Respondo à consulta em separado.

São Paulo, 26 de janeiro de 2005.

Benedicto Porto Neto

PARECER

I - Introdução

As questões formuladas pelo Ministério das Cidades estão relacionadas à validade ou não dos requisitos e condicionamentos fixados pelo Projeto de Lei para que possa ser promovida a cooperação entre entes da Federação por meio de gestão associada de serviços ou por transferência total ou parcial de serviços.

O Projeto de Lei disciplina matérias não relacionadas diretamente com esse tema, tais como o regime de pessoal dos consórcios, alteração de sua constituição, direitos e obrigações em caso de sua extinção, contrato de rateio, entre outras. Não examinarei esses outros pontos porque eles não dizem respeito diretamente às questões formuladas na consulta.

É útil fazer brevíssima indicação das disposições do Projeto de Lei que guardam relação direta com as questões suscitadas pelo Ministério das Cidades.

II - Disposições do Projeto de Lei que estão relacionadas com a consulta

O art. 2º, I, do Projeto de Lei define *consórcio público* como “a associação pública formada por dois ou mais entes da federação, para a realização de objetivos de interesse comum”.

Benedicto Porto Neto

O consórcio público é pessoa jurídica dotada de *personalidade de direito público*, que *integra a administração indireta de cada um dos entes da Federação consorciados*, nos termos do **art. 2º, IV** e **art. 5º, VIII**, do Projeto de Lei. Ele, portanto, é autarquia. Seu traço peculiar é o de ser autarquia que integra a administração indireta de mais de um ente da Federação. O consórcio público reúne interesses e finalidades dos entes que dele participam.

O **art. 3º** do Projeto define os *objetivos* que o consórcio público pode perseguir. Dentre eles, interessam mais diretamente para este parecer os seguintes:

- a) gestão associada de serviços públicos (**inciso I**);
- b) prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, execução de obras e fornecimento de bens à administração direta ou indireta dos entes consorciados (**inciso II**);
- c) compartilhamento ou uso em comum de instrumentos e equipamentos de gestão, manutenção, informática, de pessoal técnico e de procedimentos de licitação e de admissão de pessoal (**inciso III**);
- d) exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que tenham sido delegadas ou autorizadas (**inciso VII**);
- e) exercício de competências pertencentes aos entes federados nos termos de autorização ou delegação (**inciso XIII**).

Benedicto Porto Neto

O consórcio público, portanto, pode assumir competências dos entes que o integram para gestão associada e prestação de serviços públicos.

A *gestão associada plena de serviços públicos* é definida pelo **art. 2º, VIII**, como “as atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de *consórcio público*, acompanhadas ou não da sua prestação”.

A *gestão associada parcial de serviços públicos* é, na definição do **inciso IX** do mesmo **art. 2º**, “a que não envolve as atividades de planejamento, regulação, ou fiscalização de serviços públicos.”

Apenas consórcio público pode assumir a *gestão associada plena* dos serviços, que abrange poderes para *regulamentação e fiscalização*.

Na *gestão associada parcial* de serviços públicos, as competências para regulação e fiscalização devem permanecer nas mãos de seu titular (cuja definição está inserida no **art. 2º, XV**) diretamente ou por pessoa de sua administração indireta, inclusive consórcio público (**art. 28, IV e XIX, “a”**).

A constituição de consórcio deve ser precedida de *protocolo de intenções* subscrito pelos Chefes de Poder Executivo dos entes interessados (**art. 4º**).

Por força do **art. 5º** do Projeto de Lei, o protocolo de intenções deve conter obrigatoriamente, entre outras, *cláusulas* que estabeleçam:

Benedicto Porto Neto

- a) as competências que são delegadas ao consórcio público ou cujo exercício lhe é atribuído (**inciso III**);
- b) as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria (**inciso V**);
- c) a autorização para gestão associada de serviços públicos pelo consórcio, caso ela integre seus objetivos, com explicitação de seus termos e condições, que incluem a precisa fixação das competências delegadas, do prazo de delegação, dos serviços públicos objeto da gestão associada, da área de sua prestação (**inciso VI**);
- d) autorização para outorga de concessão, permissão ou autorização dos serviços e para formação de parcerias público-privadas, (**inciso VI**);
- e) a forma de cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, com demonstração contábil e econômica de cada um de seus componentes e com definição de critérios gerais para sua revisão e reajuste (**inciso VI**);
- f) a indicação da área de atuação do consórcio público (**inciso VII**);
- g) o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio, inclusive as relativas à transferência de bens ou direitos (**inciso XIII**).

O consórcio será formalizado quando o protocolo de intenções for ratificado por lei editada por todos os entes da Federação que o subscreveram (**art. 6º**).

Benedicto Porto Neto

Para gestão associada dos serviços ou para transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços é imprescindível celebração de *contrato de programa* (**art. 5º, VI, “d” e art. 24**).

A definição do contrato de programa está contida no art. 2º, XVI, do Projeto, que tem a seguinte redação:

“Art. 2º XVI - contrato de programa: instrumento pelo qual são constituídas e reguladas obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro, ou para com consórcio público, em razão de:

- a) prestação de serviços públicos por meio de gestão associada;
- b) transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

Por meio de contrato de programa, ente da Federação pode atribuir *a outro ente* ou *a consórcio* a gestão associada de serviços ou transferir-lhe total ou parcialmente a prestação de serviços.

Mediante previsão do contrato de consórcio ou do convênio de cooperação, o contrato de programa pode ser celebrado por entidades que integram a Administração Indireta dos entes da Federação interessados (**art. 27**).

São nulas as obrigações assumidas com vistas a esses objetivos sem a celebração prévia de contrato de programa (**art. 24**).

Benedicto Porto Neto

O contrato de programa deve obedecer à legislação sobre concessões e permissões de serviços e conter obrigatoriamente as cláusulas arroladas no **art. 28** do Projeto de Lei. Essas cláusulas devem versar sobre: objeto da gestão associada e a área em que ela será exercida; prazo de vigência; fiscalização dos serviços; bens reversíveis; obras a serem executadas; penalidade do contratado em caso de descumprimento de suas obrigações; valor das obras, tarifas e outros preços públicos e os critérios para sua revisão e reajuste, entre outros assuntos.

O contrato de programa deixa de produzir efeitos com a extinção do contrato de consórcio ou do convênio de cooperação (**art. 26**).

Nenhum ente da Federação é obrigado a manter-se consorciado (**art. 19**). A retirada deve operar-se por ato formal, na forma previamente disciplinada por lei, do Chefe do Poder Executivo do ente retirante (**art. 20**).

Essas são as principais disposições do Projeto de Lei que reputo conveniente colocar em destaque para enfrentar as questões postas.

III - Federação: equilíbrio entre colaboração e indelegabilidade de competência entre entes da Federação

A Constituição Federal reparte as competências administrativas entre os entes da Federação – União, Estados, Distrito Federal e

Benedicto Porto Neto

Municípios –, com definição precisa das atribuições de cada um deles.

A despeito da divisão constitucional, não se pode pensar nas competências privativas como poderes que devam ser exercidos *sem relação entre eles*.

O modelo federativo, com a feição que lhe confere o texto constitucional, não elimina a natureza unitária do Estado brasileiro, e todos os entes que o compõem devem, em conjunto e em colaboração mútua, perseguir e implementar seus objetivos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos (art. 3º, CF).

A Federação foi concebida para que esses objetivos possam ser alcançados com mais perfeição e eficiência, mediante o concurso de todos os entes que a integram.

O art. 1º da Constituição Federal prescreve que a República Federativa do Brasil é formada pela *união indissolúvel* dos entes da Federação. Essa união não é apenas física, territorial, mas também a que impõe a todos e a cada um o dever de implementar os interesses públicos.

Benedicto Porto Neto

A autonomia político-administrativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, prevista no art. 18 da Constituição Federal, não enfraquece nem representa obstáculo à atuação harmoniosa de todos os entes. Ela apenas assegura que as relações de colaboração sejam mantidas entre iguais, em condições de equivalência entre as partes, sem subordinação de umas a outras. Daí a importância da atuação *concertada* dos entes da Federação.

Com essas poucas e inequívocas observações sobre o princípio federativo, já é possível concluir com segurança que, no Estado brasileiro, a atuação dos entes federativos deve ser harmoniosa e voltada para objetivos comuns.

No campo da prestação de serviços estatais, a colaboração mútua reveste-se de especial importância, porquanto o exercício de suas respectivas competências por um ente interfere nas atribuições de outros.

Cito, como primeiro exemplo, a relevância da coordenação entre o transporte coletivo das regiões metropolitanas, de competência dos Estados, com o transporte coletivo local dos Municípios que as integram, atribuição de cada um deles. A integração entre estradas federais, estaduais e municipais é o segundo bom exemplo.

Essa colaboração pode e deve dar-se por meio de definição de *políticas públicas afinadas*, com estabelecimento de metas, diretrizes e planos que garantam atuação mais eficiente de cada ente no desenvolvimento de suas respectivas atribuições.

Benedicto Porto Neto

Mas ela também pode ser mais ampla, para operar-se mediante o desempenho, por um ente, de serviços reservados a outro, ou ainda para sua gestão compartilhada.

Se esse entendimento já podia ser extraído diretamente do princípio federativo, agora, depois da Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, ele decorre de norma expressa da Constituição Federal:

“Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de colaboração entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoa e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”¹

A Constituição Federal passou a prever expressamente a possibilidade de gestão associada de serviços e a transferência de sua prestação entre as pessoas político-administrativas.

Mesmo antes da Emenda Constitucional n.º 19/98 essa delegação já era promovida.

Diversos Estados da Federação, por meio de empresas estatais que integram sua Administração Indireta, através de convênios e contratos de concessão, assumiram a implantação, prestação e expansão dos serviços de saneamento em Municípios, exercendo

Benedicto Porto Neto

competência municipal, com incentivo do Plano Nacional de Saneamento Básico - PLANASA. A União ficou autorizada pela Lei n.º 9.277, de 10 de maio de 1996, a delegar a Municípios, Estados e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais.

É certo, portanto, que a ampla colaboração entre os entes da Federação na prestação de serviços estatais é admitida pelo texto constitucional.

A Federação, contudo, se por um lado impõe a colaboração entre os entes que a integram, por outro impede a *livre e irrestrita delegação* das competências constitucionais.

Essas competências conferidas pela Constituição Federal são *deveres* atribuídos às pessoas político-administrativas, *encargos* que lhes são confiados. Elas lhes são entregues para que sejam atingidas *finalidades* fixadas constitucionalmente, finalidades que têm o dever de perseguir e alcançar. Na qualidade de deveres impostos a seus titulares, as competências são intransferíveis, irrenunciáveis e imodificáveis.

É o que bem esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello na seguinte passagem:

¹ O art. 13, § 3º, da Constituição de 67/69 consagrava preceito semelhante: “A União, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais”.

Benedicto Porto Neto

“Então, posto que as competências lhes são outorgadas, não para realizar a própria satisfação, e sim para atender à finalidade em vista da qual foram instituídas, ou seja, para cumprir o interesse público que preside sua instituição, resulta que se lhes propõe uma situação de dever: o dever de prover àquele interesse. Daí haver De Santi Romano caracterizado tal situação como a de poder-dever. Em rigor, entretanto, melhor se denominariam deveres-poderes, já que a inversão do binômio traduz com maior fidelidade sua verdadeira índole.

(...)

Também por isso se compreende a afirmação corrente de que (as competências) são intransferíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, imodificáveis pela vontade do titular e, conseqüentemente, insuscetíveis de transação.”²

A repartição de competência define o modelo federativo.

Não teria sentido supor que a Constituição Federal tivesse promovido a rígida repartição de competências entre os entes da Federação para depois admitir que lhes fosse dada livre destinação por “vontade” de seus titulares. Nessa hipótese, a definição de competências deslocar-se-ia do texto constitucional para a “vontade” dos entes federativos.

O princípio federativo, portanto, repousa no equilíbrio entre colaboração mútua dos entes federados e impossibilidade de renúncia ou delegação de suas competências próprias.

IV - Concessão e outras formas de delegação de serviços estatais

² Empréstimo Público - Garantias - Parcela de ICM do Município in Revista de Direito Público, vol. 91, 87-94, p. 88.

Benedicto Porto Neto

Na falta de regramento específico mais abrangente sobre as formas de colaboração entre os entes da Federação, lacuna que o Projeto de Lei pretende suprimir, atualmente é muito comum, para promovê-la, o recurso ao instituto da *concessão de serviço público*.

O caput do art. 175 da Constituição Federal tem a seguinte redação:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

A concessão é de fato um dos instrumentos de colaboração entre as pessoas político-administrativas.

Embora ela tenha sido concebida para viabilizar a transferência da prestação de serviços públicos a *particulares*, é possível que entes estatais assumam a posição destes sob o mesmo *regime jurídico*.

A noção de concessão, inicialmente atrelada à idéia de transferência de serviços para *particulares*, evoluiu para admitir a outorga dos serviços também para *pessoas estatais*.

François Llorens, discorrendo sobre o conceito atual de concessão na França, informa que tradicionalmente o concessionário era um particular e que certos doutrinadores incluíam esse traço entre os elementos que o definiam. Segundo ele, atualmente o particular, na

Benedicto Porto Neto

qualidade de concessionário, não é mais uma característica da concessão, que também admite sua outorga para pessoas governamentais.³

O ordenamento jurídico nacional acompanhou a evolução do regime da concessão na França.

Embora a Lei Geral de Concessões (Lei n.º 8.987/95) seja vaga, sobre este ponto, ao definir o conceito de concessão como a delegação de serviço para *pessoa jurídica*, seu art. 17 prescreve a desclassificação, em licitação para concessão, de proposta de “*entidade estatal*” alheia à esfera político-administrativa do poder concedente quando ela contemple vantagens ou subsídios do Poder Público que a controle. O dispositivo legal, portanto, confirma expressamente a possibilidade de concessão para ente governamental.

Sendo admitida a outorga da prestação de serviços públicos para particulares em regime de concessão, com mais e superiores razões deve ser comportada a transferência de sua prestação, *no mesmo regime*, para entes estatais, que não a assumem por interesses econômicos que pudessem ter, mas sim por força de seu dever constitucional de colaboração e até na qualidade de interessados no sucesso das atividades assumidas.

³ La Concession de Service Public face au Droit Communautaire, Sirey, Paris: 1992, p. 22. André Laubadère também admite a concessão de serviços públicos para pessoas estatais (Traité des Contrats Administratifs, 2ª Edição, T I, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, obra com Franck Moderne e Pierre Delvolvé, p. 291.)

Benedicto Porto Neto

A concessão é instrumento jurídico à disposição dos titulares de serviços públicos para outorga de sua prestação a pessoas estatais, por força do art. 175 da Constituição Federal.

Essa prerrogativa constitucional não pode sofrer restrições por lei.

O art. 241 da Constituição Federal, que contempla a gestão associada e a transferência de serviços entre entes da federação, não tem força para restringir o alcance do art. 175.

Acontece que a concessão de serviços públicos tem *regime jurídico específico*.

O regime geral das concessões é fixado pelas Leis n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, n.º 9.074, de 7 de julho de 1995, e pela Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2005.⁴

Esses diplomas legais não definem um modelo rígido para as concessões, mas eles também não o deixam completamente aberto.

A concessão não se esgota na idéia de *delegação* da prestação dos serviços.

Uma importante característica de seu regime é a existência de *contrato* que defina seu equilíbrio econômico-financeiro. O concessionário assume a prestação de serviços por prazo

⁴ Esta última cuida dos contratos de parcerias público-privadas, que se classificam em concessão administrativa e concessão de serviço público patrocinada.

Benedicto Porto Neto

determinado, com garantia de remuneração contratualmente definida, que deve ser suficiente para amortização de seus investimentos, previamente definidos, e para sua remuneração.

Outra importante característica de seu regime jurídico é a concentração do poder para regular os serviços nas mãos do concedente, com dever do concessionário dar fiel cumprimento às normas por ele expedidas.

Os entes da Federação, todavia, vêm assumindo a prestação de serviços estatais de outros entes em *regime muito distinto*, algumas vezes qualificando impropriamente essas relações de concessão.

Tem sido comum a delegação de serviços por prazo indeterminado, sem definição de remuneração do prestador ou dos investimentos sob sua responsabilidade, sem identificação de bens reversíveis e da forma e condições de sua amortização, sem regulação dos serviços pela pessoa constitucionalmente encarregada de sua gestão, entre diversos outros aspectos fundamentais no regime de concessão. Enfim, muitas vezes há pura e *simples delegação* da atividade, sem o estabelecimento de nenhuma outra regra adicional para reger a relação ou com a adoção de normas muito distintas das que vigoram nas relações de concessão.

Daí a necessidade e importância de disciplinar o art. 241 da Constituição Federal, que admite outros instrumentos para gestão associada de serviços por entes da federação e para transferência de serviços entre eles: o consórcio público e o convênio.

V - Competência legislativa para editar normas gerais sobre consórcio público e convênio

A Constituição Federal prevê que a gestão associada ou a transferência de serviços públicos para ente da federação deve operar-se por meio de *consórcio ou convênio*.

A questão que se põe é se a União tem competência para legislar sobre esses dois institutos.

A resposta não se esgota no exame do art. 241 da Constituição Federal, como poderia parecer, segundo o qual “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 e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

É competência de cada pessoa política, fora de dúvida, definir, por meio de lei, a forma para exercício de suas atribuições constitucionais, se diretamente, se por meio de gestão associada ou se mediante transferência de serviços para outro ente. União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência legislativa para delimitar os serviços que poderão ser objeto de gestão associada ou de transferência, os encargos que serão compartilhados ou assumidos por outro ente, entre outras matérias relacionadas à sua forma de

Benedicto Porto Neto

atuação e à organização dos serviços, tema que será aprofundado mais adiante.

Em obra teórica sobre concessão de serviço público, já afirmei que a competência para legislar sobre esse instituto não se confunde com a para disciplinar a organização dos serviços nem com a para autorizar sua outorga.⁵

A mesma questão se apresenta em relação aos consórcios públicos e convênios para gestão associada ou transferência de serviços públicos.

O ponto a ser examinado, então, é o seguinte: quem pode legislar sobre *consórcio público* e *convênio*? O art. 241 da Constituição Federal atribui a cada ente da Federação competência legislativa para disciplinar estes institutos exaustivamente nos seus respectivos âmbitos de atuação?

Para responder essas questões é preciso verificar se, no ordenamento jurídico nacional, consórcio público e convênio podem ser classificados de *contrato*.

Fernando Mendes de Almeida identifica natureza contratual no consórcio:

⁵ “Não se confunde a competência legislativa para fixar o regime da concessão com a competência para disciplinar o serviço público e para autorizar sua concessão”. (Concessão no Regime da Lei n.º 8.987/95, Malheiros Editores, p. 51.) No caso da concessão, a competência para editar normas gerais sobre o instituto é da União, e a para disciplinar a organização dos serviços e para autorizar a outorga, da pessoa titular dos serviços.

Benedicto Porto Neto

“Outro elemento, por assim dizer, intuitivo do consórcio municipal é a existência de um acordo que nenhuma lei impõe às partes que se unem, mas permite, observadas as condições que nela se prescreveram. Então, o de que nele se trata é de um contrato, ou seja, um ato bilateral, ou plurilateral administrativo, de fatoração de efeitos jurídicos, que, para valer, carece de observar os ditames da lei acerca de sua formação”⁶.

Outros juristas, tratando genericamente das duas figuras, não as qualificam como contrato. Vislumbram, porém, aquelas situações em que dois ou mais entes exercem, cada qual, *competências próprias* para implementação de *interesses comuns*.

Essa é, por exemplo, a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, ao contestar a natureza contratual do convênio, refere-se às relações em que os *“partícipes têm competências institucionais comuns”* ou quando *“o resultado almejado (pelo convênio) insere-se dentro das atribuições de cada um dos partícipes.”*⁷

Os exemplos citados pela administrativista auxiliam a compreender a relação jurídica por ela tratada:

“Uma primeira hipótese seria aquela em que os entes conveniados têm *objetivos institucionais comuns* e se reúnem para obtenção de melhores resultados; por exemplo, o Estado, na sua missão de prestar serviços públicos na área da saúde, associa-se a hospital particular para ampliação da área de atendimento. Outro exemplo: uma universidade pública - cujo objetivo é o ensino, a pesquisa e a prestação de serviços à comunidade - celebra convênio com outra entidade, pública ou privada, para realizar um estudo,

⁶ “Consórcio municipal”, *Revista de Direito Administrativo*, vol 52, 1958, p. 527; grifei.

⁷ *Temas Polêmicos de Licitações e Contratos*, 5ª Edição, Malheiros Editores, p. 346.

Benedicto Porto Neto

um projeto, de *interesse de ambas* ou para *prestar serviços de competência comum* a terceiros.

(...)

Outro indicador é a obtenção de um *resultado comum*, ou seja, de um estudo, de um ato jurídico, de um projeto, de uma obra, de um serviço técnico, de uma invenção etc., *que serão usufruídos por todos os partícipes.*"⁸

A perseguição de “interesses institucionais comuns” ou de “resultados de interesse comum” são traços característicos do convênio não equiparado pela jurista ao contrato. Já o contrato, ainda segundo ela, configura-se pela existência de interesses que são *opostos e contraditórios*.

Essa definição de contrato parece-me apoiada no *critério formal* adotado por Leon Duguit para classificação dos atos jurídicos. Segundo o jurista francês, os atos jurídicos classificam-se, por esse critério, em ato coletivo, ato-união e contrato, sendo que estes são definidos como “acordo entre duas pessoas, tendo como objeto criar uma obrigação a cargo de uma que se torna devedor da outra que, por sua vez, se torna credor.”⁹

A tese, contudo, consagra enorme sutileza, pelo que é de difícil aplicação. O próprio autor reconheceu a dificuldade de aplicar o critério em algumas situações.¹⁰

⁸ Idem, *ibidem*. Os destaques não são do original.

⁹ Apud Laubadère...p. 133 e 134.

¹⁰ Cf. Laubadère, *cit.*, p. 39 e 40.

Benedicto Porto Neto

A dificuldade na sua aplicação em vários casos repousa justamente na falta de clareza quanto à existência ou não de obrigações *opostas e contraditórias*.

Odete Medauar, alinhando-se à tese contratualista, registra a dificuldade na aplicação da tese, apoiada em obrigações opostas e contraditórias nos casos de consórcios e convênios:

“Vários argumentos em resalva a tais diferenças (entre contrato e convênio) poderiam ser expostos. Serão mencionados somente alguns. Quanto aos interesses, a presença do poder público num dos pólos levaria a raciocinar que o interesse público necessariamente será o fim visado pelos convênios e contratos administrativos; por outro lado, no caso de convênios celebrados com particulares poder-se-ia argumentar que este não atua com fim de interesse público, havendo, então, interesses contrapostos; por um e outro raciocínio, não se fixa a distinção. E ainda: nas situações de contratos e convênios entre entidades estatais nem sempre é clara a separação entre as duas figuras, porque o interesse público aparece como denominador comum.

(...)

Parece igualmente difícil raciocinar em termos de existência ou inexistência de obrigações recíprocas para diferenciar contratos de convênios. Os convênios implicam, claramente, encargos recíprocos; por exemplo: num convênio entre uma Secretaria Estadual de Educação e uma Prefeitura para construção de uma escola, cabendo à primeira a obra e à segunda o oferecimento do terreno, há encargos recíprocos para atingimento do resultado.”¹¹

E conclui Odete Medauar:

“A dificuldade de fixar diferenças entre contrato e convênio parece levar a concluir que são figuras da mesma natureza, pertencentes à mesma categoria, a

¹¹ Direito Administrativo Moderno, 4ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 272.

Benedicto Porto Neto

contratual; a característica dos convênios e consórcios está na sua especificidade por envolver duas ou mais entidades estatais ou pelo tipo de resultado que se pretende atingir com o acordo firmado.”^{12 13}

No caso em pauta, a existência de obrigações contrapostas está bem caracterizada.

O Projeto de Lei cria a figura do *contrato de programa*, cuja celebração é condição para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada ou para transferência de serviço (art. 24). Esse contrato deve consagrar cláusulas que estabeleçam: os serviços que serão objeto de gestão associada ou aqueles cuja prestação será transferida; prazo de vigência do ajuste; modo de fiscalização dos serviços; bens reversíveis; obras a serem executadas; investimentos sob responsabilidade do contratado; penalidades que lhe podem ser impostas em caso de descumprimento de suas obrigações; tarifas ou outros preços públicos, com critérios para sua revisão e reajuste, entre outras (art. 28).

Esse regime jurídico é muito semelhante ao da *concessão de serviço público*, definitivamente classificada de *contrato* no ordenamento jurídico nacional (art. 175 da Constituição Federal). Aliás, o art. 28 do Projeto de Lei prescreve que ao contrato de programa aplica-se a legislação de concessões e permissões de serviços públicos (caput do art. 28).

¹² Idem, ibidem.

¹³ Marçal Justen Filho não descarta a classificação de contrato nem mesmo para os ajustes em que inexistam interesses contrapostos. Para ele, os contratos podem ser “comutativos” ou

Benedicto Porto Neto

As posições que os entes da Federação encontram-se na gestão associada ou na transferência de serviços são iguais, em boa medida, às desfrutadas por poder concedente e concessionário na concessão de serviço público. Os direitos e obrigações assumidos pelos entes os colocam em posição de credor e devedor.

O titular do serviço tem o direito de exigir do outro ente da Federação o cumprimento dos encargos assumidos com a gestão associada ou com a transferência de serviços, e este, por sua vez, tem o dever de desempenhar as atividades que lhe são confiadas. O ente que presta o serviço público tem o dever de fazer os investimentos definidos no ajuste, que podem e devem ser exigidos pelo titular dos serviços. As tarifas e preços públicos pactuados, inclusive com sua revisão e reajuste, devem ser assegurados pelo titular do serviço ao outro ente da relação, que tem o direito de exigí-los. Enfim, há direitos e obrigações muito semelhantes à relação de concessão.¹⁴

Não está configurada, nas hipóteses do art. 241, a simples atuação concertada e harmoniosa de entes da Federação no exercício de suas respectivas atribuições, para que sejam atingidos interesses comuns. Nelas, um ente assume atribuições que é exclusivamente de outro, conforme

“cooperativos”, tendo em vista a existência ou não da contraposição de interesses (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.9. ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 606.)

¹⁴ Geraldo Ataliba, no XVI Congresso Estadual de Municípios, patrocinado pela Associação Paulista de Municípios, ofereceu a seguinte resposta à indagação sobre as implicações legais pelo não pagamento, ao consórcio, de cotas-partes por Município consorciado: “Um Prefeito assinou o compromisso de dar dinheiro para o Consórcio de Promoção Social. Se esse compromisso foi aprovado pela Câmara, o Município tem de cumprir a obrigação que assumiu. Não pagando, o Consórcio tem o direito de exigir, mediante ação ordinária, o pagamento, em juízo, ou a exclusão

Benedicto Porto Neto

repartição de competências promovida pela Constituição Federal. Um ente apenas auxilia outro na perseguição e implementação de interesses e objetivos que juridicamente são próprios e exclusivos deste.

É bem verdade que, por força do modelo federativo, o ente que participa da gestão associada ou que assume a prestação de serviço público de outro tem interesse amplo no bom resultado das atividades assumidas, e por isso empresta sua *colaboração*. Mesmo assim, a *competência constitucional* para tutelar os interesses e perseguir os objetivos em questão não é *própria* do ente que assume a gestão associada ou a prestação dos serviços; a competência continua sendo *exclusiva e privativa* do titular dos serviços. Sua postura de colaboração não é muito distinta da do particular contratado pela Administração Pública. A diferença repousa no fato de que o particular colabora com a Administração em razão de interesses econômicos que possa ter, enquanto na gestão associada ou na transferência de serviços o ente assume a posição de colaborador perante outro por força do princípio federativo.

Teria interesse acadêmico e seria perda de tempo adotar o critério proposto por Duguit para classificação dos atos jurídicos com o objetivo de verificar a competência legislativa sobre a matéria. O direito positivo brasileiro não acolheu a sutileza de sua tese.

A Constituição Federal consagra conceito bastante amplo de contrato, para nele incluir as relações formadas por acordos de vontade.

daquela Prefeitura.” (Revista de Direito Administrativo, vol. 18, p. 305). O regime apontado pelo saudoso publicista é o mesmo dos contratos.

Benedicto Porto Neto

Bom exemplo é a permissão, que, mesmo sendo *ato unilateral*, é designada pelo rótulo de contrato no art. 175 da Constituição Federal. Na permissão, há um ato unilateral do Poder Público transferindo a prestação dos serviços e outro do particular que se submete voluntariamente à relação jurídica (ato-condição). A simples existência desses dois atos é suficiente para que o mencionado dispositivo constitucional refira-se à relação pelo rótulo de contrato.

A própria concessão, segundo outro critério de classificação dos atos jurídicos proposto por Duguit (critério material), não se esgota no conceito de contrato.¹⁵ Este é apenas um dos atos que a formam (as suas cláusulas econômico-financeiras), mesmo assim as normas de direito positivo e a doutrina nacionais a classificam como tal.

No direito positivo do país, já a partir da Constituição Federal, os acordos de vontades da Administração Pública que lhe criam direitos e obrigações são chamados de *contratos*. Não se deve, portanto, para examinar as competências constitucionais, adotar noção mais restrita de contrato.

O consórcio público e o convênio para gestão associada ou transferência de serviços inserem-se no conceito de contrato no direito positivo nacional.

¹⁵ O objetivo dessa nova classificação é apartar os acordos de vontade que fazem surgir uma relação subjetiva daquelas em que a relação nascida é objetiva. Na concessão, as normas de organização dos serviços são fixadas unilateralmente pelo Poder Público. Daí porque, quanto a elas,

Benedicto Porto Neto

Ao impor as figuras do consórcio público e do convênio como os únicos meios para alcançar os objetivos enunciados no art. 241 – sem descartar a concessão de serviços públicos –, a Constituição Federal *assegura campo para regulação legislativa à União*.

É da União a competência para editar normas gerais sobre contratos.

O art. 22, XXVII, da Constituição Federal tem a seguinte redação:

“Art. 22. Compete privativamente à união legislar sobre:

XXVII - 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, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

O preceito constitucional *não* restringe a competência da União para disciplinar os contratos da Administração celebrados com *particulares*. Sem distinção ou restrição no preceito constitucional, a competência consagrada é ampla, alcançando também as relações entre *entes da Federação*.

O exercício, pela União, de competência legislativa para disciplinar *convênios* e até *outros acordos* celebrados por entes da Federação *não é novidade*.

não há relação contratual. Essa distinção, contudo, não foi acolhida no direito positivo brasileiro, e

Benedicto Porto Neto

A Lei n.º 8.666/93 editada pela União, que institui o regime geral dos contratos administrativos para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º), prescreve no art. 116 a aplicação de suas normas, no que couber, “aos *convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres* celebrados por órgãos e entidades da Administração.” O dispositivo foi bastante abrangente ao identificar as relações da Administração alcançadas pela Lei de Regência dos Contratos Administrativos, submetendo ao seu regime *todas aquelas que instituem direitos e obrigações para a Administração Pública mediante acordo de vontades.*

A competência legislativa em tela não se refere apenas ao poder para definir normas gerais sobre *aspectos formais* dos consórcios públicos e convênios. O exercício dessa competência interfere, em maior ou menor grau, em seu *conteúdo.*

É o que também se passa na Lei n.º 8.666/83. Ela proíbe que o particular contratado fique encarregado de obter financiamento para a Administração (art. 7º, § 3º); impõe o pagamento do preço no prazo máximo de 30 (trinta) dias do adimplemento da obrigação pelo contratado (art. 40, XIV, “a”); determinava, antes do advento do Plano Real (Lei n.º 8.880/94, Lei n.º 9.069/95 e Lei n.º 10.192/01), que os preços contratuais fossem reajustados desde a apresentação da proposta que deu origem ao contrato até a data de seu efetivo

Benedicto Porto Neto

pagamento (art. 40, XI c/c XIV, “c”, e art. 55, III)¹⁶; limita em 60 (sessenta) meses o prazo de vigência dos contratos de prestação continuada, com possibilidade de prorrogação extraordinária por mais 12 (doze) meses (art. 55, II, e seu § 4º).

Essas normas afetam e condicionam o objeto do contrato.

Ninguém vislumbra, nessas normas, invasão, pela União, de competências privativas dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A competência legislativa da União para disciplinar contratos, destarte, acaba afetando em alguma medida seu conteúdo.

As noções de consórcio público e convênio têm *limites*, que não devem ser fixados, em cada caso, pela só decisão dos entes participantes do ajuste.

Impor que a gestão associada e a transferência de serviços entre entes da federação sejam promovidas *exclusivamente* por meio de consórcio e convênio e, ao mesmo tempo, admitir que consórcio e convênio comportem *tudo* o que desejarem seus partícipes, equivaleria dizer que eles são *nada*.

Fosse essa a orientação da Constituição Federal, as palavras “consórcio público” e “convênio” não teriam sido incorporadas em seu art. 241. Bastaria ele ter a seguinte redação: “A União, os Estados

¹⁶ Depois do Plano Real, a periodicidade mínima de reajuste de preços passou a ser de 12 (doze) meses. Essa periodicidade mínima deve obrigatoriamente ser adotada nos contratos

Benedicto Porto Neto

e os Municípios disciplinarão por meio de lei 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.” Nesta hipótese, lei própria de cada pessoa política definiria os instrumentos para implementação dos objetivos perseguidos.

Não teria sentido, na interpretação do art. 241 da Constituição Federal, negar alcance e finalidade às figuras do consórcio público e convênio nele contidas.

A imposição de que entes da federação promovam a gestão associada ou transferência de serviços por meio de consórcio público e convênio tem o nítido propósito de *uniformizar* o regime jurídico dessas relações. A definição desse regime jurídico uniforme só pode ser atribuição da União, por força do art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

Esta é a opinião de Lenir Santos:

“(…) à União compete fixar normas gerais sobre consórcio público pelo fato de sua natureza ser contratual. (...) Se a União tem poderes para dispor sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas federal, estadual e municipal, haverá, agora, com base, também, no art. 241, de disciplinar a matéria de forma genérica para todas as administrações públicas, sob pena de divergências insuperáveis no âmbito legislativo municipal impedirem a formação de consórcios intermunicipais. Se a União não baixar

Benedicto Porto Neto

diretrizes gerais sobre consórcios públicos, deixando para cada ente político a sua regulação, poderá ocorrer de uma lei municipal vir a colidir com outra lei municipal, criando impedimentos de tal sorte que inviabilize a formação de consórcios entre municípios”¹⁷.

O Projeto de Lei cria ainda a figura do *contrato de programa*, com o propósito de *complementar* o regime jurídico dos consórcios públicos e convênios para gestão associada de serviços ou para transferência de serviços. Trata-se, porém, apenas de uma forma possível de disciplinar os consórcios públicos e convênios. O contrato de programa *integra* o regime global desses dois institutos, tanto que se houver a extinção dos primeiros também desaparecem os segundos (art. 26 do Projeto de Lei).

De qualquer forma, o contrato de programa, sendo também *contrato*, é matéria afeta à competência legislativa da União no que se refere às suas normas gerais.

VI - Competência legislativa privativa de cada pessoa política

A Constituição Federal também reserva competência legislativa sobre a matéria para Estados, Distrito Federal e Municípios, como já adiantei acima. Isso está muito claro na própria redação do art. 241 do texto constitucional: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os

¹⁷ *Consórcio Administrativo Intermunicipal* in Boletim de Direito Municipal, nº 1/Ano XVII, jan./2001, p. 13.

Benedicto Porto Neto

Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados,....”.

É mesmo fundamental e imprescindível lei de competência da pessoa político-administrativa titular do serviço para que a Administração Pública possa transferir atribuições relativas a serviços públicos por meio de consórcio público ou convênio, em face do princípio da legalidade. O ente que assume esses encargos também precisa de respaldo legal.

No Estado de Direito, apenas a lei tem a dicção do interesse público que deva ser perseguido e implementado pela Administração.

A Constituição Federal prestigia com muita intensidade o princípio da legalidade. Além de sua previsão genérica no caput do art. 37, o texto constitucional prescreve que o Presidente da República expedirá decretos para garantir o *fidel cumprimento de lei* (art. 84, incisos IV); que os tributos serão criados *por lei* (art. 150, inciso I); que os cargos, empregos e funções públicas serão *instituídos por lei* (art. 150, inciso I); que o Poder Público deve prestar serviço público diretamente ou por meio de concessão ou permissão, *na forma da lei*. Enfim, sempre que possível, a Constituição reforça o alcance daquele princípio. É o que também se passa em relação ao seu art. 241. Ele reitera que a gestão associada e a transferência de serviços devem operar-se em conformidade com a lei.

A Administração Pública não é livre para decidir, sem respaldo em lei, sobre a gestão associada de serviços públicos ou sobre a

Benedicto Porto Neto

transferência ou assunção desses serviços. Este papel cabe à lei de cada uma das pessoas políticas.

É função da lei definir ou conferir competência discricionária ao administrador para que ele defina os serviços objeto de gestão associada e a área em que eles serão prestados (art. 5º, III, e art. 28, I), as competências que serão delegadas ao consórcio (art. 5º, VI, “a”), a autorização para o consórcio público promover outorga de concessão, permissão ou autorização dos serviços e para formação de parcerias público-privadas (art. 5º, VI, “b”), o prazo de vigência da gestão associada ou de transferência dos serviços (art. 28, II), os aspectos gerais da fiscalização dos serviços e a pessoa do âmbito administrativo da pessoa titular dos serviços encarregada de exercê-la (art. 28, IV), os encargos transferidos no caso de transferência de serviços (art. 28, XX, “a”), o momento de transferência desses encargos (art. 28, XX, “c”), entre outros aspectos relacionados com a organização dos serviços. Ou seja, cabe à lei de cada ente da Federação definir os aspectos relacionados aos encargos que serão assumidos ou transferidos na forma de gestão associada ou por transferência dos serviços.

O art. 241 da Constituição Federal, destarte, reafirma a submissão ao princípio da legalidade dos entes da Federação para cooperação recíproca na prestação de serviço público. Esta é a competência legislativa comum a todos eles.

No mais, cada ente da Federação pode *complementar* o regime legal traçado pela União por meio de *normas específicas* sobre a

matéria, já que a competência desta é apenas para expedição de normas gerais.

VII - Os regimes jurídicos de consórcio público e de convênio

1. Principais diferenças

A doutrina tradicionalmente distingue consórcio e convênio apenas com base nos *partícipes do vínculo*. Quando ele é formado por entes da Federação da mesma natureza ou espécie (ex.: dois ou mais Municípios), está-se diante de consórcio. Quando as pessoas que dele participam são de natureza distinta (ex.: Município e Estado), a figura que surge é o convênio.

A classificação é insatisfatória porque atribuí *nomes diferentes* para relações que teriam rigorosamente o *mesmo regime jurídico*, apenas em razão da natureza das pessoas que participam do vínculo.

É preciso reconhecer que a Constituição Federal prevê *dois* institutos para a gestão associada ou transferência de serviços. A idéia de submetê-los a um único regime jurídico os reduziria a *um só*. Nessa postura, consórcio público e convênio seriam uma e a mesma coisa, a despeito da terminologia diferente que lhes foi empregada, com mudança da norma contida no art. 241 da Constituição Federal.

O Governo Federal propôs projeto de lei que adota solução adequada para o problema. Segundo ele, as diferenças entre os dois institutos são:

Benedicto Porto Neto

- a) o consórcio público é *pessoa jurídica* formada por dois ou mais entes da Federação, enquanto o convênio é simples *acordo de vontade* entre eles, sem criação de nova pessoa jurídica;
- b) a gestão associada ou prestação de serviço pelo consórcio público deveria ser objeto de relação *estável* entre entes da Federação, pretensão que não foi traduzida no Anteprojeto de Lei, como examinarei adiante. O convênio é relação *precária*;
- c) apenas o consórcio pode assumir as *competências para regular e fiscalizar os serviços*, poderes que não podem ser exercidos por meio de convênio.

É certo que a lei não pode alterar o *conteúdo mínimo* das palavras empregadas na Constituição Federal, porque isso representaria sua alteração, com burla à norma constitucional. Mas é ambiciosa a pretensão de tentar extrair de uma ou duas palavras inseridas na Constituição Federal o *completo regime* dos institutos nela referidos.

Não é possível conhecer e definir as noções de consórcio público e convênio sem consideração do conjunto *total* de normas que os disciplinam. Cabe ao legislador ordinário complementar o regime desses institutos, a partir do conteúdo mínimo que as expressões constitucionais tenham. Desconsiderar o tratamento legal atribuído à matéria, seria carregar para sempre a "*tradição*" do ordenamento

jurídico, impedindo sua evolução e modificação, o que nem de longe encontra respaldo no texto constitucional.¹⁸

O tratamento jurídico que o Projeto de Lei confere ao consórcio público e ao convênio é afinado com as normas e princípios constitucionais.

2. O consórcio enquanto pessoa dotada de personalidade de direito público

Alguns juristas estranharam a definição legal de consórcio como pessoa dotada de personalidade jurídica, identificando inválido rompimento com a noção há tempos consagrada na Lei das Sociedades Anônimas.¹⁹

Acontece, porém, que a criação do regime jurídico do consórcio público *por meio de lei* não sofre limitação por *leis anteriores*, inclusive pela Lei das Sociedades Anônimas. Não se pode interpretar a Constituição Federal a partir de leis vigentes, pelo que é insustentável a tese de que o texto constitucional, ele mesmo, defina o consórcio público como associação de entes *sem personalidade jurídica autônoma*.

¹⁸ Neste ponto é inevitável a lembrança das seguintes palavras de Thomas Paine: “A vaidade e presunção de governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolente das tiranias. Os homens não têm propriedade sobre os homens; também nenhuma geração tem propriedade sobre as gerações que estão por vir...” (Rights of Man, Penguin Books, New York, 1984, p. 16).

¹⁹ Lei n.º 6.404/76, art. 278: “As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. § 1º. O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.”

Benedicto Porto Neto

É papel da lei definir o regime dos consórcios públicos. Sua noção não pode ficar indefinidamente atrelada à definição adotada anteriormente em lei ordinária.

Caso a lei que venha disciplinar os consórcios públicos tivesse alguma relação com a Lei das Sociedades Anônimas, a lei nova modificaria, total ou parcialmente, a mais antiga.

Mas a Lei das Sociedades Anônimas trata de situação muito diferente da prevista no art. 241 da Constituição Federal. Ela cuida de conjugação de esforços por pessoas jurídicas *particulares*, relação submetida ao regime de direito privado, para desempenho de atividades no seu próprio interesse. Quando essas sociedades pretendam reunir suas capacidades mediante a criação de pessoa dotada de personalidade jurídica, basta que simplesmente constituam outra pessoa jurídica segundo as regras próprias do direito privado. As sociedades particulares, portanto, têm à sua disposição as duas formas de associação: reunião de esforços por meio de consórcio sem personalidade jurídica ou mediante a criação de nova pessoa jurídica.

Já o artigo 241 cuida da associação entre entes da federação para consecução de *interesses públicos*, relação submetida ao regime publicista. Cabe à lei definir seu regime jurídico, com a possibilidade de imputar-lhe, como é a proposta em exame, personalidade jurídica.

Benedicto Porto Neto

Na Itália, os consórcios públicos são pessoas dotadas de personalidade jurídica.²⁰

Francisco Ferrara, depois de classificar os consórcios em (a) de direito civil, (b) privados de interesse público e (c) públicos, afirma sobre os últimos:

“Nessas várias formas de consórcio (público), a natureza da obra de interesse geral, o caráter de taxa atribuído à contribuição consorcial, a constituição do consórcio por decisão de autoridade administrativa, o funcionamento da atividade sob permanente fiscalização e controle desta autoridade e os direitos de supremacia exercidos pelo consórcio não deixam dúvida de que, nesses casos, **trata-se de pessoa jurídica com caráter público.**

Resumindo, os consórcios de direito civil são meras formas de sociedade e co-propriedade, os consórcios do segundo grupo (privado de interesse público) são grupos de pessoas jurídicas privadas, que não desaparecem no conjunto, **os consórcios administrativos, pessoas jurídicas públicas.**”²¹²²

Entendo que a adoção no art. 241 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n.º 19/98, da terminologia empregada no sistema jurídico italiano seja insuficiente para incorporar ao ordenamento jurídico nacional o completo regime sobre a matéria

²⁰ Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 352

²¹ Francisco Ferrara, *Teoría de Las Personas Jurídicas*, Réus, S.A, Madrid, tradução para o espanhol da segunda edição italiana, 1929, p. 574. A tradução para o português e os esclarecimentos entre parênteses são meus.

²² No ordenamento jurídico argentino, o consórcio público também tem personalidade jurídica. É o que aponta José Roberto Dromi: “Conceitualmente, os consórcios públicos são entes públicos associativos de gestão local ou regional que cumprem atividade administrativa, materializadas na realização ou prestação de obras e serviços. (...) O consórcio, enquanto união de pessoas jurídicas públicas e/ou privadas, constitui um ente público com personalidade jurídica sobre as individualidades subjetivas que o integram.” (*Manual de Derecho Administrativa*, Tomo 1, Astrea, p. 463)

Benedicto Porto Neto

naquele país. Mas a *lei* pode legitimamente atribuir personalidade jurídica ao consórcio público.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta que nosso ordenamento jurídico também admite a figura de consórcio público dotado de personalidade jurídica:

“Quanto aos pactos de cooperação, em suas modalidades de convênio, do consórcio e dos acordos de programa, abrem campo à negociação política entre as unidades federativas. (...).

Os pactos de cooperação poderão, sob autorização legislativa específica outorgada pelas partes, instituir órgãos personalizados para a realização das atividades comuns, sob a forma de autarquias ou paraestatais.”²³

É, portanto, papel da lei definir o regime jurídico do consórcio público, inclusive para atribuir-lhe personalidade jurídica.

3. As competências para regular e fiscalizar os serviços

A conferência de personalidade jurídica de direito público ao consórcio público, formado por dois ou mais entes da Federação, é medida *imprescindível* para que ele possa assumir as competências de regulação e fiscalização de serviço público.

Como afirmei acima, as competências constitucionais atribuídas às pessoas político-administrativas são *deveres* que lhe são confiados. Ao reservar determinado serviço a ente da Federação, a Constituição Federal lhe impõe o dever de assegurar o permanente atendimento dos usuários na sua fruição, o que importa no encargo de regulá-lo e

Benedicto Porto Neto

de fiscalizar sua prestação. Bem por isso, as competências constitucionais são *indelegáveis* e *irrenunciáveis*, exceto nas hipóteses expressamente admitidas no próprio texto constitucional. A Constituição Federal atribui a cada um dos entes da Federação o dever de cada qual ficar *responsável pelo bom e perfeito funcionamento dos serviços entregues aos seus cuidados*, com permanente atendimento do interesse da coletividade. É evidente, então, que eles não podem se desencarregar desse dever por *decisão própria*, mediante a simples transferência dessa atribuição para outro ente da Federação. Postura dessa natureza representaria modificação das competências constitucionais, que não pode ser promovida por “vontade” do titular do serviço.

Na assunção pelo consórcio público das competências para *regular e fiscalizar* serviço opera-se fenômeno muito diferente.

Nos termos do Projeto de Lei, *o consórcio público integra a Administração Indireta das pessoas que dele participam*.

O consórcio público nada mais é do que *autarquia*, pessoa dotada de personalidade de direito público, *que faz parte da esfera administrativa de todos os entes da Federação que dele participam*. Nessa condição, o consórcio público também integra a Administração Indireta da pessoa titular do serviço, aquela responsável por sua

²³ Curso de Direito Administrativo, 11ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, pág. 30.

Benedicto Porto Neto

organização e fiscalização, sendo parte dela. “A autarquia é ainda Estado, dele fazendo parte integrante.”²⁴

A reunião, por consórcio público, dos deveres de organização e fiscalização de serviço público nada mais é do que a figura de *descentralização*, há tempos consagrada no ordenamento jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, na descentralização de serviços para autarquias, há *compartilhamento* de sua titularidade entre ela e o Estado.

“Dá-se a descentralização de atividade administrativa por pessoa pública quando o Estado cria, ao lado da sua, outras capacidades de direito público, para assumirem como próprias as funções ou serviços que lhes foram conferidas. Atribui às pessoas que criou não apenas o exercício de uma atividade que lhe competiria mas outorga-lhes a titularidade sobre ela. Por isso a pessoa em questão terá ‘negócios próprios’, ‘interesses próprios’ que são ‘negócios’ e ‘interesses públicos’. É certo que continuam a sê-lo também do Estado e, em última análise, a pertencer-lhe sempre, seja embora indiretamente, isto é, através das pessoas que criou, seja mediante o controle que as conforma aos objetivos maiores da Administração, seja, afinal, através da permanente disponibilidade sobre funções e serviços descentralizados, no sentido de que pode retomá-los diretamente em suas mãos, a qualquer momento, extinguindo as pessoas que criou para prosseguí-los.

(...)

Há sobre a atividade administrativa descentralizada uma simultânea titularidade em que co-participam o Estado e as descentralizações mencionadas: estas, na medida em que desfrutam de capacidade pública, por ato daquele.”²⁵

²⁴ Celso Ribeiro Bastos, “A Concessão de Serviços Públicos e os contratos administrativos” in RDP 11/185-191.

Benedicto Porto Neto

Na descentralização, não há renúncia ou inválida delegação de competência. Ela é apenas uma forma possível de organização administrativa.

A autarquia reúne em *nome próprio* as competências administrativas que lhe são atribuídas, *não por transferência da Administração Pública Direta*. O fundamento das competências da autarquia é a lei. As competências por ela manejadas *não* estão vinculadas à Administração Pública *Direta*, ao contrário, são de sua *própria titularidade*.

As competências administrativas, portanto, podem ser exercidas pelo Estado por meio de sua Administração Direta ou por autarquia que venha a criar, sem que, no segundo caso, haja inválida delegação ou renúncia de poderes.

O consórcio público é instrumento que, sem delegação de competências constitucionais, posto que ele integra a Administração Indireta do titular dos serviços, viabiliza o compartilhamento de sua gestão com outros entes da Federação (que também participam do consórcio).

4. Noção de transferência total de serviços

Resta examinar se o art. 241 da Constituição Federal, ao prever, ao lado da gestão associada, “a transferência *total* ou parcial de

²⁵ Natureza e Regime Jurídico das Autarquias, Editora Revista dos Tribunais, p. 90 e 91.

Benedicto Porto Neto

encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”, estaria admitindo também a delegação, para outros entes da federação, das competências para regulação e fiscalização dos serviços; se a “transferência total” da atribuição para prestação dos serviços abrangeria a possibilidade de delegação de *todas as competências* a ele vinculadas, inclusive os poderes de regulação e fiscalização.

Admitir a delegação daqueles poderes não é o melhor encaminhamento da questão.

Com efeito, o art. 241 da Constituição Federal deve ser interpretado à luz do *princípio federativo*, um dos que se situam no ápice da pirâmide jurídica. Sua importância no ordenamento jurídico revela-se pela impossibilidade de tramitação de emenda constitucional tendente a aboli-lo (cf. 60, § 4º, I, da Constituição Federal).

Ao reservar determinado serviço a pessoa político-administrativa, a Constituição Federal confere-lhe o dever de identificar e definir o interesse público relacionado ao serviço. É dele, e só dele, o dever de organizar o serviço que foi reservado de forma a dar plena satisfação aos interesses da coletividade e o de zelar pelo seu bom funcionamento.

A atividade de regulação representa a *definição do interesse público* (com base em lei ou ato com fundamento em lei). Somente a

Benedicto Porto Neto

pessoa encarregada pela Constituição Federal pode identificar esse interesse. Ninguém pode substituí-la nessa tarefa.

Segue daí que todas as normas relacionadas com a organização dos serviços são indelegáveis.

Entre elas, têm especial importância as que definem as tarifas e preços públicos para acesso aos serviços. Na verdade, esse particular aspecto da regulação é um dos mais importantes para fruição dos serviços pelos usuários. Não teria sentido, então, sustentar que a definição da contrapartida devida pelos usuários ficasse de fora das normas de organização dos serviços, que elas fossem subtraídas da competência para regulação dos serviços.

Embora tratando da concessão de serviço público, Laubadère destaca esse aspecto:

“Mas não é menos verdade que a tarifa constitui um elemento essencial das regras de funcionamento do serviço: ela interessa diretamente aos usuários; ela faz parte das ‘cláusulas do serviço’; politicamente é essencial que a tarifa esteja submissa ao domínio da Administração, juiz do interesse geral a satisfazer e conciliar.”²⁶

Entre nós, Celso Antônio Bandeira de Mello, também tratando da concessão de serviço público, caminha no mesmo sentido:

“Faz parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários. Em conseqüência, integram-no as

²⁶ Ob. cit., t. 2, p. 331.

Benedicto Porto Neto

disposições relativas à organização, ao funcionamento do serviço, ao prazo da concessão e às tarifas que serão cobradas; está é a parte mutável na concessão por ato exclusivo do Estado.”²⁷

Na concessão, a definição da tarifa paga pelo usuário fica a critério do Estado porque se insere entre as normas de organização do serviço, ou seja, *faz parte de seu poder de regulação*. Daí porque, também em outras formas de transferência da prestação dos serviços, esse dever não pode ser delegado.

Já em relação à fiscalização, o quadro é semelhante. É do titular do serviço o dever de zelar pelo interesse da coletividade, pelo bom funcionamento do serviço, dever esse irrenunciável.

O titular do serviço, na definição constitucional, não pode desvencilhar-se desses deveres mediante simples transferência de suas atribuições constitucionais para outro ente federado. Tal postura aniquilaria com a própria repartição constitucional de competências, tornando-a inócua e sem sentido.

Ao transferir a prestação de serviços, remanesce seu dever de continuar zelando por seu bom funcionamento, mediante fiscalização.

Dessa forma, entendo que a possibilidade de transferência total ou parcial de serviços referida no art. 241 da Constituição Federal não abrange a delegação de poderes de regulação e fiscalização.

²⁷ Curso de Direito Administrativo, 17^{a.} ed., São Paulo: Forense, 2004, p.664.

Benedicto Porto Neto

Onde então repousa a diferença entre as duas formas de transferência?

Os modelos de organização e exploração dos serviços admitem sua desintegração por dois diferentes critérios: horizontal e vertical, com possibilidade de sua conjugação.

Na desintegração horizontal, o serviço é dividido em função da área de prestação, para que as partes resultantes da divisão sejam assumidas por diferentes pessoas. É o que se passa, por exemplo, com o serviço de coleta e destinação final de lixo no Município de São Paulo. A cidade foi dividida em duas áreas, com exploração dos serviços por diferentes concessionários em cada uma.

A prestação de serviço público aos usuários, contudo, envolve um complexo de atividades, que tecnicamente se dividem em fases ou segmentos. Dependendo da opção regulatória adotada, cada uma dessas partes pode ser considerada como um serviço autônomo, com outorga própria e independente. A título de exemplo, cito o serviço de energia elétrica, que está dividido em geração, transmissão, distribuição e comercialização. A isso se vem denominando *unbundling*.

Quando o art. 241 da Constituição Federal refere-se à transferência total ou parcial do serviço, apenas autoriza que ente federado outorgue sua prestação sem divisão vertical ou horizontal

Benedicto Porto Neto

do serviço ou que este seja desintegrado por um dos critérios apontados, para que apenas *parte* dele seja transferida.

A previsão de transferência *total* do serviço, portanto, não importa em autorização para a delegação dos poderes para sua regulação e fiscalização.

Esta me parece a interpretação compatível com o princípio federativo.

Em conclusão deste ponto, apenas os consórcios podem assumir a gestão associada *plena* de serviços, isto é, a competência para *regular* e *fiscalizar os serviços* que lhe são atribuídos. A razão da limitação, contudo, não é decisão do legislador, mas encontra seu fundamento diretamente no texto constitucional. O Projeto de Lei, portanto, apenas respeita limites constitucionais.

5. Caráter estável e caráter precário das relações jurídicas

Segundo diversas apresentações sobre o Projeto de Lei promovidas pelo Governo Federal, o consórcio público deve ser instrumento para a transferência *estável* de serviços, enquanto o convênio ficará reservado para sua transferência *precária*. Essa pretensão não foi efetivamente incorporada no Projeto de Lei, posto que ente da Federação pode retirar-se de consórcio a qualquer tempo, por sua exclusiva decisão, o que resultará na extinção do contrato de programa. Entendo que esse regime precisa ser aperfeiçoado.

Benedicto Porto Neto

A idéia – não materializada no Projeto de Lei, repito – é juridicamente incensurável, posto que atribui sentido próprio para cada um dos institutos, sem desfigurá-los.

As regras inseridas no Projeto de Lei, contudo, não prestigiam a idéia.

O art. 20 do Projeto de Lei disciplina os efeitos da saída de ente do consórcio público.

Embora o § 1º daquela norma legal defina que, em caso de retirada de um consorciado, a reversão ou não, em favor do consórcio dos bens que lhe foram destinados dependa de previsão contratual, como se passa também em caso de convênio, o § 2º prescreve que devem ser preservadas apenas as obrigações já constituídas entre o consorciado que se retira e o consórcio, ainda que pendente de termo ou condição. As obrigações futuras do consorciado retirante, portanto, são extintas, situação que confere *precariedade* à relação.

Na hipótese de consórcio público formado apenas por dois entes, a retirada de um, como não poderia deixar de ser, implicará a extinção daquele (art. 20, § 3º), quando as obrigações e direitos remanescentes serão atribuídos a cada ente à razão proporcional do quanto tenha contribuído com o consórcio público nos três exercícios financeiros anteriores à extinção, se o contrato de consórcio não dispuser de maneira diferente (art. 23). Com a extinção, o pessoal cedido ao consórcio público retornará a seus órgãos de origem (art. 23, § 3º).

Benedicto Porto Neto

Impõe-se a definição de regras mais adequadas à natureza estável que se pretende conferir ao consórcio público.

Se a autonomia político-administrativa dos entes da Federação e o princípio da indisponibilidade do interesse público não permitem que sejam impostas restrições à competência do titular do serviço para alteração do regime de gestão dos serviços ou para retomada de sua prestação, podem ser definidas regras mais adequadas sobre os efeitos da retirada de consorciado ou da sua extinção, de forma a conferir-lhe a estabilidade almejada.

VIII - Consórcio público ou convênio e regiões metropolitanas

Grande crítica dirigida ao Projeto de Lei é sobre suposta invasão, por consórcios públicos ou convênios formados por Municípios, sobre competência que a Constituição Federal confere aos Estados no § 3º de seu artigo 25, que tem a seguinte redação:

“Art. 25.

§ 3º. Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”

Característica fundamental da Federação é a possibilidade de colaboração entre os entes que a integram. A cooperação é ainda mais

Benedicto Porto Neto

relevante entre municípios limítrofes na consecução de interesses comuns.

Em face da *autonomia* político-administrativa dos Municípios, estes não podem ficar, para implementação conjunta de interesses comuns, na *dependência* de decisão política do Estado.

A criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microregiões não é o único caminho traçado pela Constituição Federal para que Municípios limítrofes possam colaborar uns com outros na gestão de seus serviços públicos. O consórcio público e o convênio, previstos no art. 241 do texto constitucional, *também estão à sua disposição*.

É certo que a criação daquelas regiões, aglomerações ou microregiões por lei complementar estadual interfere nas competências dos municípios que as integram. Antes de sua edição, contudo, eles são livres para assumir a colaboração mútua, de acordo com definições próprias. Existindo Lei Complementar, a conjugação de esforços entre eles continua comportada, apenas com dever de observância das competências do Estado.

Não há, portanto, disputa entre consórcio público ou convênio de Municípios e Estado para implementação de interesses dos primeiros. Deve haver apenas atuação harmoniosa entre todas as partes.

Benedicto Porto Neto

Há importante diferença entre as duas competências (dos Estados e Municípios). Com a criação de regiões metropolitanas, aglomerações ou microregiões, o Estado interfere *unilateralmente* no modelo de organização dos serviços de interesse comum dos Municípios. Estes, nesse quadro, não possuem total liberdade para definir a organização, planejamento e execução dos serviços. A Constituição Federal cria condições para que o Estado possa *impor* solução afinada para todos os Municípios e, portanto, ao próprio Estado, sendo hoje polêmico até onde pode ir esse poder do Estado. Já por meio de consórcio público ou convênio, a colaboração recíproca entre Municípios é *voluntária*, definida pelos partícipes (acordo de vontades), nos limites de suas competências. Há, portanto, profunda diferença entre os dois caminhos, que não são incompatíveis.

Afastar ou amesquinhar a possibilidade de criação de consórcio público e de celebração de convênio entre Municípios, a pretexto de prestigiar o Estado, enfraqueceria a própria Federação e a autonomia municipal; conferiria apenas ao Estado os poderes para implementação de interesses comuns dos Municípios.

IX - Resposta aos quesitos

Depois das análises feitas acima, posso responder objetivamente aos quesitos apresentados.

“Quesito 1. Após o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, é possível a gestão associada de serviços públicos sem a celebração de consórcio público ou de convênio de cooperação?”

Benedicto Porto Neto

A expressão “gestão associada” é empregada apenas no art. 241 da Constituição Federal, para se referir à *colaboração* entre entes da Federação. Ela tem, então, sentido restrito, designando uma *forma específica* de prestação de serviço público por meio de colaboração.

A *concessão de serviço público* para entidade governamental continua comportada no ordenamento jurídico nacional, por força do art. 175 da Constituição Federal. Neste caso, contudo, deve ser observada rigorosamente a legislação que a disciplina.

Fora do regime de concessão, que sempre exige rigorosa observância de seu regime jurídico, entes da Federação podem promover gestão associada *exclusivamente* por meio de consórcio público ou convênio de colaboração.

“Quesito 2. Sem prévia edição de lei dos entes da Federação interessados, é válido a celebração de consórcio público ou de convênio de cooperação, com o objetivo de autorizar gestão associada de serviços públicos?”

Não. Toda atividade administrativa está submissa ao princípio da legalidade. A Administração Pública de cada um dos entes não pode, sem autorização legal, promover a gestão associada de serviços com outro ente.

É fundamental que lei própria de cada pessoa política autorize a celebração de consórcio ou de convênio de cooperação para promoção

Benedicto Porto Neto

de gestão associada, com definição dos serviços que serão por ela alcançados e dos termos e condições em que será promovida.

“Quesito 3. É constitucional lei nacional que institua normas gerais para os contratos que objetivem a prestação de serviços públicos no âmbito de gestão associada (art. 241 da CF, na redação da EC nº 19/1998)?”

Sim. No ordenamento jurídico nacional é da União a competência para editar normas gerais sobre acordos de vontades que criem direitos e obrigações para as partes (art. 22, XXVII, CF).

Os consórcios públicos e convênios, na terminologia adotada por nosso ordenamento jurídico, são contratos, sujeitos à competência legislativa da União.

As demais pessoas políticas podem complementar o regime traçado pela União, com respeito às normas gerais por ela editadas.

“Quesito 4. A proposta de norma gerais para os contratos de programa prevista no Projeto de Lei nº 3.884, de 2004, possuem adequada técnica jurídica? Em que podem ser aperfeiçoadas?”

Vislumbro duas impropriedades jurídicas no Projeto de Lei, as quais, em minha opinião, podem ser suprimidas.

A primeira delas é que seu art. 24, ao prescrever que a gestão associada de serviços e a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos possam ser promovidas apenas por meio de contrato de programa, pode induzir ao entendimento de que ficou descartada a

Benedicto Porto Neto

possibilidade de outorga de concessão ou permissão de serviço público para ente da Federação.

O art. 241 da Constituição Federal não restringe a norma contida no art. 175, que admite a transferência da prestação de serviço público por meio de concessão ou permissão.

Embora me pareça que o art. 24 do Projeto de Lei não tenha pretendido afastar a possibilidade de outorga de concessão ou permissão para entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do titular do serviço, reputo conveniente aclarar esse ponto.

A segunda inconveniência repousa na previsão de que o contrato de programa deixa de produzir efeitos com a extinção do contrato de consórcio público entre entes da Federal, em face dos efeitos definidos para essa extinção. Esse regime jurídico confere caráter precário que, parece-me, não era a intenção original do Governo Federal. Para consagrar caráter estável ao consórcio público, o Projeto de Lei deveria fixar conseqüências patrimoniais mais seguras para a hipótese de sua extinção, por exemplo, prevendo que os contratos de programa continuarão a vigor, dependendo de rescisão específica que, a depender das circunstâncias, pode importar no pagamento de indenização.

“Quesito 5. Uma vez em vigor lei nacional de normas gerais para os contratos de programa, é válido disciplinar por contrato de concessão ou de permissão a prestação de serviços públicos no âmbito de gestão associada?”

Benedicto Porto Neto

Como afirmei na resposta ao quesito n.º 1, a expressão “gestão associada” é empregada pelo texto constitucional em sentido restrito. Nesse específico sentido, o art. 241 da Constituição Federal admite apenas dois instrumentos para implementação dos objetivos nele fixados: convênio e consórcio público, os quais reclamam a celebração do contrato de programa.

Entendo, porém, que, mesmo em vigor o Projeto de Lei, ente da Federação poderá outorgar concessão ou permissão de serviço público para outro ente, com observância da legislação específica sobre a matéria.

O Poder Público, contudo, não poderá recorrer a pseudo-contrato de concessão ou pseudo-ato de permissão para promover gestão associada de serviços em regime diverso do definido na legislação que disciplina esses dois institutos e em desconformidade com as normas que regerão a gestão associada referida no art. 241 da Constituição Federal (por meio de contrato de programa). Ele não poderá mascarar de contrato de concessão ou em ato de permissão a gestão associada ou a transferência de serviços, apenas para contornar o contrato de programa.

Quesito 6. Qual o significado da expressão “transferência total ou parcial de serviços” para os fins do art. 241 da Constituição Federal (redação da EC n.º 19/1998)?

Benedicto Porto Neto

Os serviços públicos podem, de acordo com o modelo regulatório adotado, ser divididos em função das áreas de sua prestação (critério horizontal de divisão). Eles podem ser divididos ainda de acordo com as diferentes fases e segmentos que os compõem, para que cada fase ou segmento seja considerado serviço autônomo (critério vertical). Havendo a desintegração por um dos dois critérios, o titular do serviço pode transferi-lo apenas parcialmente. Quando não há a desintegração, a transferência pode ser total, para assunção dos serviços por outro ente em todas as áreas de sua prestação, com todas as fases ou segmentos que o compõem.

A transferência total dos serviços não abrange a possibilidade de transferência de poderes de regulação e de fiscalização, posto que tais competências constitucionais são indelegáveis e irrenunciáveis.

Na gestão associada plena de serviço público por meio de consórcio, não há a delegação desses poderes, uma vez que o consórcio público que os assume integra a esfera político-administrativa do titular do serviço (descentralização).

É o meu parecer.

São Paulo, 26 de janeiro de 2005.

Benedicto Porto Neto