

DALMO DE ABREU DALLARI
Professor Titular da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo
Advogado – OAB/SP 12.589

PARECER

DA CONSULTA

O Congresso Nacional, através da Emenda Constitucional nº. 19, de 4 de junho de 1998, aprovou a introdução do novo artigo 241 ao texto da Constituição Federal, no qual se dispõe da seguinte forma: *“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”*

No mês de julho de 2004, o Presidente da República encaminhou ao Poder Legislativo projeto de lei referente à matéria versada

naquele dispositivo constitucional, com a finalidade de se instituir “*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*” (Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 3884/2004, do Poder Executivo).

Tendo em conta os termos do Projeto de Lei nº 3884/2004 e considerando as objeções de caráter jurídico-constitucional que têm sido suscitadas, o Governo Federal – por intermédio da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades, no âmbito do Programa de Modernização do Setor Saneamento – formula consulta consubstanciada nas seguintes questões:

- (a) *É correto dizer que o Projeto de Lei contraria as normas da Constituição brasileira sobre a organização federativa, porque cria um novo ente federativo e, em conseqüência, afeta a autonomia e as competências dos entes atuais?*

- (b) *É juridicamente correto afirmar que o Projeto de Lei em questão exorbita da competência legislativa da União, por estabelecer normas que serão obrigatórias para os Estados e os Municípios, bem como por conferir poderes excessivos aos consórcios, permitindo que eles decidam descumprir a legislação federal?*

- (c) *Pode-se dizer que o Projeto de Lei contraria o direito brasileiro, especialmente a Lei das Sociedades Anônimas, porque prevê a concessão de personalidade jurídica aos consórcios, entidades de direito público, enquanto a Lei das Sociedades Anônimas cuida apenas da concessão de personalidade jurídica a entidades de direito privado?*

- (d) *É correto afirmar que o Projeto de Lei em questão é inconstitucional porque admite a participação da União nos consórcios, introduzindo, assim, sub-repticiamente, uma medida fortemente centralizadora, contrária ao federalismo, uma vez que, valendo-se de sua superioridade de forças, a União poderá impor sua vontade?*
- (e) *A participação em consórcios de Municípios integrantes de Região Metropolitana, aglomeração urbana e região de desenvolvimento integrado viola os artigos 25, § 3º, e 43 da Constituição Federal?*

DO PARECER

1. As respostas às questões suscitadas na presente Consulta exigem, antes de tudo, a fixação da noção básica e das características essenciais do Estado Federal. Isso é necessário, no caso em exame, sobretudo para identificação das entidades capazes de figurar no Estado Federal como entes federativos, mas também para verificar se a criação de um novo tipo de órgão visando a descentralização administrativa reduz a autonomia e as competências dos entes federativos já existentes, contrariando, assim, as normas constitucionais federativas. Além disso, a partir desses elementos poderão ser analisadas com segurança as

variações introduzidas, no decorrer da experiência histórica, na organização administrativa do Estado Federal e nos modos de desempenho das competências dos entes federados, para se verificar, afinal, se inovações agora propostas são compatíveis com o princípio federativo e com as normas constitucionais que conformam o Estado Federal brasileiro.

A rigor, a preocupação com o estabelecimento de noções teóricas relativas ao conceito de Estado Federal e às exigências para sua caracterização e preservação nasce no momento mesmo de criação do primeiro modelo federativo, com a Constituição dos Estados Unidos da América, no final do século dezoito. Posteriormente, com os ensinamentos da experiência e, a par disso, com a criação de outros Estados Federais, inspirados no modelo norte-americano, mas sendo forçados a uma adaptação a circunstâncias políticas e sociais próprias, foi sendo percebida a necessidade de flexibilizar o sistema, mantidas certas peculiaridades básicas, para que ele não se descaracterizasse.

A constatação da grande variação ocorrida com o passar do tempo, segundo as circunstâncias de tempo e de lugar, levaram um eminente estudioso do federalismo, o belga LUDO VAN WAUWE, a produzir uma obra destinada à análise crítica do federalismo, examinando suas características, suas possibilidades e suas limitações. Significativamente, essa obra foi intitulada *Federalisme: Utopie ou Possibilité?* e logo na introdução o próprio autor chama a atenção para a diversidade de pontos de vista, decorrente da extrema variedade das experiências: “Antes de produzir os argumentos pró e contra o federalismo, vamo-nos deter na noção de federalismo. Quando se põe a questão: ‘Que é o federalismo?’, ouve-se freqüentemente a seguinte resposta: «Mas de qual federalismo você está falando? Existem tantos...”.

Apesar de reconhecer essa dificuldade, o mesmo autor aponta, mais adiante, o que considera serem os princípios básicos do sistema federal, os quais, portanto, devem estar sempre presentes, seja qual for a variedade de federalismo. Esses princípios, segundo ele, são os seguintes: “1. uma **autonomia constitucional**, uma ampla independência das unidades federadas no que concerne à sua organização interna; 2. a **participação** como unidade federada, no poder central; 3. a **eficácia** (por sua grande diversidade e suas diversas possibilidades de aplicação, pode-se facilmente adaptar o federalismo às dificuldades de cada país).” (ob.cit., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1971, págs. 53 e 54).

Além da exigência de eficácia, ou seja, da aplicação prática e efetiva das regras estabelecidas, ressalta-se a exigência do direito de auto-organização, ou seja, de regras de organização fixadas pela própria unidade federada, bem como de participação da unidade federada no poder central, integrando o próprio centro de decisões políticas e influenciando na fixação dessas decisões. Sem esses atributos nenhum órgão ou entidade se caracteriza como unidade da federação.

Buscando estabelecer uma noção que sintetize o essencial e seja universalmente válida, IVO DUCHACEK, tendo feito um estudo comparativo dos que denomina *sistemas federais*, propõe a seguinte definição: “Por *sistema federal* nós entendemos uma divisão constitucional do poder entre um governo geral (o que significa que tenha autoridade sobre todo o território nacional) e uma série de governos subnacionais (que individualmente tenham sua autoridade independente sobre seus respectivos territórios, cuja soma total represente *quase* [o destaque é do próprio DUCHACEK] todo o território nacional”. Em seguida ele próprio observa que o termo *quase* numa definição é estranho, mas diz que no caso ele se torna inevitável porque muitos governos federais estendem sua

autoridade sobre uma área mais ampla do que aquela administrada pelos governos subnacionais, como ocorre, em certos casos, com os territórios nacionais e as áreas estratégicas de fronteira (*Comparative Federalism – the Territorial Dimension of Politics*, Holt, Rinehart and Winston Inc., New York, 1970, pág. 194).

Pelo próprio título da obra fica evidente que para DUCHACEK é fundamental, no federalismo, a ligação entre poder político e território. Isso fica muito claro em sua definição de sistema federal, na qual toma por base a distribuição constitucional do poder, de tal modo que cada porção do território com uma autoridade independente é uma unidade federada e todas elas participam do poder central. Isso tudo estabelecido na Constituição.

Para tornar ainda mais clara a diferença entre uma unidade federada, componente essencial do Estado Federal, e qualquer órgão administrativo, sejam quais forem suas características, suas atribuições e sua organização, vem a propósito lembrar as colocações feitas por FERRANDO BADIA, em sua obra de grande envergadura intitulada *El Estado Unitario, el Federal y el Regional* (Ed. Tecnos, Madrid, 1978). Para esse eminente autor, o federalismo deve atender a dois princípios básicos, *autonomia* e *participação*, que decorrem da formação de unidades amplas, os Estados, pressupondo a existência de unidades menores, com a manutenção de seu caráter originário e de sua liberdade de ação coordenada. Ocorre aí, em suas palavras, um jogo de dois princípios potencialmente antagônicos, mas que expressará a essência de todo fenômeno federal autêntico, abrigando as tendências à autonomia e à participação.

Pela *autonomia*, explica FERRANDO BADIA, as comunidades federadas conservam sua ampla liberdade de gestão de seus próprios

assuntos, o que no âmbito político dará a uma comunidade política-membro, que poderá ser denominada Estado-membro, seu caráter estatal. Pelo princípio da *participação* as unidades que compõem a federação conformam as decisões que se adotarem como próprias da União federal. Tal participação, “inconfundível com a simples *subordinação*” (palavras e grifo de FERRANDO BADIA), será valiosa para diferenciar a federação de outros tipos de uniões políticas. Assim, pois, na organização federativa haverá um poder central e haverá poderes locais, próprios das unidades federadas, sem que se estabeleça uma relação de subordinação entre esses poderes (ob.cit., págs. 77 e 78). Desse modo, os organismos que não tiverem autonomia e que estiverem ligados ao poder central por uma relação de subordinação não se caracterizam como entes federativos.

Essa exigência de esferas próprias de atuação, com a independência de cada uma das esferas em relação às demais, foi também ressaltada com muita clareza e objetividade por KENETH WHEARE, numa das obras mais completas sobre as características básicas do federalismo multifacetado da segunda metade do século vinte. Diz o eminente estudioso do federalismo: “O que é necessário, para efetivação do princípio federal, é que cada governo seja limitado à sua própria esfera e que nela cada um seja independente dos outros” (*Federal Government*, Galaxy Book, New York, 1964).

Finalmente, ainda em relação à caracterização das entidades federativas, eu próprio cuidei do assunto em meu livro *O Estado Federal*, publicado em 1986. Fazendo o confronto entre a soberania, que na organização federativa é exercida pela União, e a autonomia, que é atributo essencial das entidades federadas, registrei a seguinte conclusão: “Os membros de uma federação gozam de autonomia, que é poder de autogoverno, incluindo a possibilidade de escolher seus governantes e de

agir por vontade própria em relação a muitos assuntos”. A escolha desses assuntos não é arbitrária, pois “as decisões do poder autônomo devem ser tomadas dentro dos limites fixados na Constituição federal” (Ed ; Ática, São Paulo, 1986, pág. 18).

Assim, portanto, o ente federado deve gozar de autonomia, o que implica, entre outras coisas, o poder de escolher o seu próprio governo, além de ter, por disposição constitucional, uma esfera própria de competências, na qual atua com autonomia, sem subordinação a outro poder. Um órgão sem autonomia e sem competências próprias constitucionalmente estabelecidas não se caracteriza como um dos entes do Estado Federal.

2. O Estado Federal brasileiro apresentou características próprias desde sua instituição, que ocorreu com a aprovação da primeira Constituição republicana, em 1891. Desde então, o federalismo foi adotado como cláusula pétrea da ordem constitucional brasileira, tendo sido mantido em todas as subseqüentes Constituições do Brasil, sem qualquer exceção. Como foi dito e reiterado por eminentes constituintes integrantes daquela primeira constituinte republicana, e é unanimemente reconhecido pelos teóricos do federalismo brasileiro, a Constituição então adotada foi republicana e federativa por influência da bem sucedida experiência dos Estados Unidos da América, que mantinham essa forma de organização política desde 1787.

Entretanto, embora tomando por modelo a Constituição federativa estadunidense, os constituintes de 1891 introduziram uma inovação importante, incluindo na organização federativa brasileira o Município autônomo, com sua autonomia constitucionalmente proclamada e

assegurada, como um dos princípios e fundamentos da organização política do Brasil, o que também foi mantido em todas as Constituições que vieram depois. Essa é, desde o início, uma característica fundamental da federação brasileira, definida em normas constitucionais: três centros de poder político, sem relação de subordinação entre eles. A par disso, é importante acentuar que cada um desses centros de poder foi vinculado a um certo espaço territorial, identificador e limitador de seu âmbito de atuação autônoma, podendo-se aplicar aí a noção de dimensão territorial do poder, exposta por DUCHACEK.

Essa inovação já foi uma demonstração eloqüente do reconhecimento de que os modelos políticos não podem e não devem ser automaticamente transplantados, mas devem ser adaptados às circunstâncias sociais, políticas e culturais do povo que vai adotar determinado modelo. Essa busca de adaptação tem sido uma constante na adoção do modelo federativo, como bem salientou DANIEL ELAZAR, eminente estudioso do fenômeno federativo no mundo. Observando que, mantida a característica básica, que é a multiplicidade de poderes políticos, a prática tem ensejado os arranjos mais diversificados, ELAZAR apresenta em sua obra *The Role of Federalism in Political Integration* (Jerusalem Institute for Federal Studies, 1979) uma tabela apontando dezoito Estados cuja Constituição é federal mas que incluem alguma peculiaridade, algum elemento diferenciador, em sua organização federativa. Não há, portanto, um modelo único, rígido e imutável de federalismo.

A essa observação é importante acrescentar que no interior de cada um desses sistemas federativos sempre se encontram variações significativas, mantendo-se o elemento básico, que é a multiplicidade de centros de poder político, mas acrescentando-se outras peculiaridades. Assim, por exemplo, existe grande diversidade quanto à distribuição das

competências entre o poder central e os poderes locais, como também é muito variável a organização política e administrativa interna dos entes federados. Um dado muito expressivo para se ter a medida dessa diversidade é o fato de que entre os Estados-membros da federação estadunidense encontram-se alguns com Legislativo bi-cameral, enquanto muitos outros optaram pelo Legislativo unicameral. E jamais algum teórico pretendeu que alguma dessas opções fosse inconstitucional.

Assim, também, a organização administrativa dos entes federados é extremamente diversificada, de um local para outro, além de variar sempre no tempo, em função de novas circunstâncias políticas e sociais, de novas necessidades, assim como de novas possibilidades, como as que decorrem de mudanças nas condições econômicas ou de inovações tecnológicas. Essas variações são, muitas vezes, necessárias e inevitáveis, outras vezes são muito convenientes, podendo estar ligadas a mudanças políticas que podem implicar a escolha de novas prioridades ou a opção por diferentes métodos e instrumentos de ação, sem que isso represente o abandono da Constituição federativa ou ofensa a princípios e normas que ela consagra. Essa é a realidade do federalismo no mundo.

O Brasil não tem sido exceção, nem poderia ser, nesse quadro de variações na aplicação do princípio federativo. Como já foi lembrado, a organização federativa brasileira, instituída em 1891, trouxe a inovação do Município autônomo por disposição constitucional, o que refletia a antiga tradição brasileira de poder local, no sentido de poder municipal. Quando uma nova Assembléia Constituinte aprovou a segunda Constituição republicana e federativa do Brasil, em 1934, as circunstâncias do mundo, como também do Brasil, eram completamente diferentes daquelas que haviam inspirado e influenciado os constituintes de 1891. Basta lembrar que entre uma e outra constituinte haviam ocorrido a primeira guerra mundial, a

revolução socialista russa, a organização da Sociedade das Nações, a criação da Organização Internacional do Trabalho, além de outros eventos que exerceram grande influência nas relações entre os indivíduos e os povos.

Essas ocorrências de grande magnitude são alguns dos fatores que levaram à derrocada da Primeira República brasileira e à convocação de nova Assembléia Constituinte, que daria ao Brasil nova Constituição, em 1934. Entre os membros dessa Constituinte havia mulheres e representantes de partidos de trabalhadores, o que seria impensável em 1891 e deixa evidente a existência de uma nova realidade. Como já foi dito antes, a nova Constituição era, como a anterior, republicana e federativa, mantendo, além disso, a tríplice distribuição do poder político, mas, a par disso, trouxe uma série de inovações, inclusive quanto ao papel social do Estado, que foi consideravelmente ampliado, tanto no plano da União quanto dos Estados-membros e Municípios. Em consequência disso, foi amplamente modificado o aparato administrativo do poder público no Brasil, criando-se e implantando-se novos instrumentos de ação, surgindo novas figuras jurídicas no âmbito público. Entre outras inovações, chegou ao Brasil a idéia de federalismo cooperativo, que era uma nova concepção do relacionamento entre a União e as unidades federadas, posta em prática nos Estados Unidos.

A Constituição de 1934 teve curta duração, pois já em 1937 foi revogada mediante o golpe do Estado Novo e substituída pela Carta outorgada pelo chefe do governo ditatorial, que declarava mantido o federalismo. Essa manutenção formal do federalismo não foi sem consequências, pois, embora perdendo a autonomia, os Estados-membros e Municípios continuaram a ter tarefas próprias e, conseqüentemente, a necessidade de um aparato administrativo para desempenhá-las. Apesar

das graves restrições impostas à prática, a revelação de um novo federalismo, feita em 1934, ficou implantada e o aparato administrativo público foi ainda mais ampliado e diversificado. Contribuindo indiretamente para isso, durante esse período eclodiu a segunda guerra mundial, que duraria de 1939 a 1945, favorecendo o desenvolvimento de vários setores da economia brasileira, inclusive setores que naquele momento tinham especial significado estratégico mas que, além disso, seriam fundamentais para o futuro desenvolvimento nacional, como ocorreu com a siderurgia. Esses setores puderam desenvolver-se graças aos investimentos e à ação administrativa do poder público, o que também favoreceu a dinamização do setor público.

Terminada a segunda guerra mundial, promoveu-se logo a restauração da normalidade constitucional no Brasil, convocando-se nova Assembléia Constituinte, que elaborou a Constituição de 1946, republicana e federativa como as anteriores a partir de 1891. Foi mantida a tríplice distribuição do poder político, registrando-se, entretanto, uma valorização do Município, possivelmente como antídoto à supercentralização imposta pelo governo ditatorial que acabava de ser deposto. Quem analisa com grande precisão essa valorização do nível municipal no sistema federativo definido em 1946 é o eminente jurista MIGUEL REALE, que, em trabalho inserido em sua obra *Nos Quadrantes do Direito Positivo* (Ed. Michalany, São Paulo, sem data, pág. 53), dá grande ênfase à autonomia municipal consagrada na Constituição, assinalando a conjugação de três requisitos indispensáveis à caracterização de uma unidade federativa: a eleição de seus governantes, a previsão constitucional de competências exclusivas, incluindo competência legislativa, e a atribuição de competência tributária própria. O registro dessas peculiaridades foi feito com grande ênfase por REALE, justamente por se tratar de uma criação original do federalismo brasileiro e por servir de parâmetro para a identificação dos entes federativos.

Um dado importante, que deve ser desde logo registrado, é que a restauração da normalidade constitucional efetuada em 1946 não acarretou o abandono das inovações introduzidas no instrumental administrativo a partir de 1934. Bem longe disso, a experiência adquirida, a percepção da importância do Estado como prestador de serviços, o conhecimento mais amplo, mais pormenorizado e mais preciso dos instrumentos e métodos de ação de outros Estados, tudo isso, acompanhado do desenvolvimento do tratamento teórico das questões políticas e administrativas pelos especialistas em Direito e Administração, levou à busca de aperfeiçoamento da Administração Pública brasileira, em todos os seus níveis.

Outro dado de grande relevância, que deve ser lembrado para que não se cometa o equívoco de interpretar como inovação o que já vem de muito longe, é a constatação da insuficiência financeira comprometendo a autonomia de unidades federadas e levando-as, indiretamente, a uma situação real de dependência, não obstante a inexistência de subordinação jurídica. Essa constatação foi feita e também enfatizada por MIGUEL REALE, que registrou a existência de uma “superioridade de fato” nas relações da União com os Estados-membros, concluindo que o mesmo fenômeno podia ser notado no relacionamento dos Estados-membros com os Municípios. Estes, embora constitucionalmente autônomos e tendo competência tributária, não conseguiam arrecadação suficiente para satisfação de seus encargos e ampliação ou aperfeiçoamento de seus serviços, razão pela qual recorriam com frequência ao apoio do respectivo Estado-membro, verificando-se, também aí, a mesma “superioridade de fato”, embora inexistindo subordinação jurídica (MIGUEL REALE, ob. cit., pág. 34).

Nessa mesma linha, em minha obra já referida, *O Estado Federal*, assinalei que em vários Estados federais verificava-se o problema da deficiência de recursos financeiros prejudicando a autonomia dos entes federados e induzindo à superioridade de fato da União, concluindo que isso ocorria em conseqüência de uma imperfeição dos modelos fixados nas Constituições, que não tratavam adequadamente a relação autonomia-encargos-rendas. Fiz, então, as seguintes observações: “Nas Constituições mais recentes a supremacia do poder federal vem sendo estabelecida de modo indireto. Embora mantendo formalmente a equivalência entre os poderes da União e dos Estados-membros, faz-se de tal modo a fixação e distribuição das competências que resulta clara e incontornável a superioridade do poder federal”.

Em seguida, ilustrando essa constatação, desenvolvi algumas considerações sobre o federalismo brasileiro: “Um exemplo bem expressivo dessa prática é a Constituição do Brasil. Em primeiro lugar, a enumeração das competências federais é tão ampla que abrange praticamente tudo o que é essencial em termos de direitos e deveres fundamentais, em relação à economia e às finanças, bem como sobre a organização e ação políticas. A par disso, a União tem também a competência para fixar regras gerais sobre muitas das matérias que figuram entre as competências estaduais e municipais. Desse modo, sem dizer que a União é superior e mesmo afirmando expressamente que os Estados e Municípios são autônomos, a Constituição assegura a supremacia do poder federal” (ob.cit., págs. 69/70).

Apesar dessas imperfeições, no regime da Constituição de 1946 houve grande desenvolvimento das administrações municipais, surgindo nessa fase muitos consórcios intermunicipais para a realização de obras e serviços de interesse comum, como será exposto mais adiante,

quando forem examinados especificamente os consórcios. A par disso, muitos Municípios participaram de acordos, com governos estaduais e com o governo federal, para o recebimento de apoio técnico e financeiro para a realização de empreendimentos de interesse local ou para a complementação de serviços estaduais e federais, tendo sido criados vários modelos jurídicos para a formalização desses acordos. Manteve-se a organização federativa, com suas características básicas fixadas na Constituição, sobretudo com a preservação da autonomia política dos Estados-membros e dos Municípios, mas, ao mesmo tempo, surgiram inovações importantes na organização administrativa, procurando dar efetividade às prioridades então fixadas.

O golpe militar de 1964 interrompeu o processo constitucional e introduziu vícios graves na Administração Pública. Os Estados e Municípios perderam a autonomia política e passaram a ser administrados segundo critérios fixados arbitrariamente pelo poder central. Setores importantes foram entregues a administradores improvisados, pelo critério único da absoluta subserviência ao comando militar superior, os instrumentos jurídicos de expressão da vontade popular foram eliminados e o exagero de sigilo nas decisões políticas e administrativas, agravado pela censura à imprensa, favoreceu a corrupção. Por tudo isso, ainda agravado pelo uso arbitrário dos instrumentos tradicionais de poder e de controle social, o novo regime praticamente anulou o federalismo, que só ressurgiu com o fim do período militar e se redefiniu com a aprovação da Constituição de 1988 por uma Assembléia Constituinte.

A Constituição brasileira de 1988 reafirmou o federalismo como princípio fundamental e norma pétrea da Constituição. Além disso, como tem sido assinalado pelos teóricos do federalismo brasileiro, foi mantido o tradicional *tripé federativo*, ou seja, a existência de três esferas de

poder político, com o poder central fixado na União e com Estados-membros e Municípios autônomos, tendo todos os atributos da autonomia já anteriormente analisados, que caracterizam os entes federativos. Manteve-se, também, a identificação dos entes federados com determinado espaço territorial, fixando-se, desse modo, o âmbito de atuação autônoma de cada um, inclusive o âmbito de exercício do respectivo poder legislativo. Sem prejuízo dessas características, os constituintes acrescentaram o Distrito Federal entre os integrantes da união indissolúvel que forma o Estado Federal brasileiro, repetindo-se aqui o fenômeno da introdução de algum elemento diferenciador, registrado por DANIEL ELAZAR e anteriormente referido. Note-se, entretanto, que esse novo ente federativo tem autonomia, elegendo seu próprio governo e exercendo poder legislativo limitado ao seu espaço territorial.

Aos Estados-membros e aos Municípios foram assegurados, como já se tinha feito nas Constituições anteriores, o direito de escolher seu próprio governo, uma esfera própria de competências exclusivas, incluindo competência legislativa, além de competências que podem ser exercidas em conjunto com outras esferas de poder ou com outros entes federativos, e, finalmente, competência tributária, com a enumeração dos tributos que cada um pode exigir, para obtenção de seus próprios recursos financeiros. A par disso, a Constituição estabeleceu normas sobre a Administração Pública e previu a criação de instrumentos novos. Para que se perceba a importância e o significado das inovações, é importante verificar, tendo em conta as principais inovações, a evolução da organização administrativa brasileira, para se chegar, afinal, à consideração das inovações agora propostas, tendo em vista os princípios, as normas e as determinações da Constituição de 1988.

3. Antes de tudo, é necessário e oportuno assinalar que desde o início da prática do federalismo, nos Estados Unidos, ficou evidente a necessidade de um aparato administrativo, que não só desse efetividade, em circunstâncias concretas, às decisões e determinações do governo, mas que fixasse regras pormenorizadas para viabilizar as ações, bem como para orientar os agentes do poder público e todos os que se relacionassem com eles ou estivessem obrigados a cumprir suas exigências ou a agir segundo as regras por eles estabelecidas.

Motivado pela preocupação de obter informações mais precisas sobre a origem e a autoridade das leis e dos regulamentos aplicáveis à área da Saúde nos Estados Unidos, KENNETH R. WING, professor nas escolas de Saúde Pública e de Direito da Universidade da Carolina do Norte, escreveu um livro extremamente valioso para os estudiosos da Administração Pública de modo geral. Nos capítulos iniciais, dedicados à análise do sistema legal estadunidense, o autor faz um resumo da evolução histórica da complementação do modelo federativo constitucional, feita para atender a necessidades de ordem prática. Lembra, então, a partir daí, a criação de instrumentos de ação administrativa, muitos dos quais foram dotados, desde logo, de grande autoridade e de poder normativo muito amplo, sem que isso tenha sido julgado ofensivo aos princípios e normas constitucionais relativos ao federalismo.

Conforme relata WING, com o passar do tempo e aumentando a complexidade do governo dos Estados Unidos, a aplicação das leis e a administração dos programas governamentais levaram à criação de centenas de organismos (*agencias*) no âmbito do Poder Executivo, muitos dos quais desenvolveram considerável amplitude de autonomia, deixando de estar subordinados ao controle direto da hierarquia do

Executivo. Muitos desses organismos passaram a desempenhar funções *quasi-legislativas* (pela edição de regulamentos) e *quasi-judiciais* (realizando, por exemplo, audiências administrativas), para a solução de controvérsias. Em sua opinião, há casos em que é inevitável que se faça a delegação de uma parcela de poder legislativo aos organismos administrativos. Uma lei, mesmo que trate de matéria muito complexa, é sempre escrita em termos genéricos, não descendo a pormenores específicos, sendo necessário delegar essa tarefa a organizações governamentais que irão cuidar, no plano concreto, da aplicação dos preceitos legais e deverão fixar regras que deverão ser legalmente obrigatórias. (cf. *The Law and the Public's Health*, Health Administration Press, Ann Harbor, 1985, págs. 5 e 9). Tudo isso foi aceito e se consolidou sem que se questione sua compatibilidade com a ordem constitucional federativa.

Seguindo caminho semelhante, TOM CHRISTOFFEL, professor da Universidade de Illinois, publicou uma obra valiosa pela riqueza de informações e pela precisão das análises. Embora também tivesse por objetivo o conhecimento do sistema administrativo ligado à Saúde Pública, o autor, que é graduado em Direito pela *Harvard Law School*, fez minucioso exame de aspectos fundamentais da organização administrativa estadunidense, registrando a configuração legal, a natureza e a extensão dos principais organismos. Começando pela análise das expressões “administrar” e “agência administrativa”, CHRISTOFFEL dá ênfase especial a esta última, esclarecendo que “agência administrativa é um termo genérico, abrangendo não só os organismos que funcionam como braços diretos do ramo executivo, mas também comissões ou conselhos estabelecidos por lei como organismos administrativos independentes do governo”.

Esclarece CHRISTOFFEL que as leis que estabelecem esses organismos administrativos (*agencies*) definem também suas funções, que freqüentemente incluem atividades *quasi*-legislativas ou *quasi*-judiciais, ao lado de tarefas genuinamente ministeriais. Para ilustrar essa informação, transcreve um texto legal em que a agência administrativa é definida como “uma autoridade governamental, que não um tribunal ou um corpo legislativo, que afeta os direitos de partes privadas, ou por meio de decisões sobre direitos ou pela feitura de regras legais”. Em sua opinião, o organismo que mais ostensivamente exhibe os atributos de um organismo independente é a *Food and Drug Administration*, geralmente citada como exemplo dessa espécie de organização (cf. TOM CHRISTOFFEL, *Health and the Law*, The Free Press, New York, 1982). Na realidade, é amplamente conhecida, mesmo fora dos Estados Unidos, a independência com que atua aquela agência administrativa, aparentemente sem qualquer controle de autoridades governamentais, com a postura de um organismo autônomo. E não há notícia de que esteja sendo questionada a constitucionalidade de seus atos.

No Brasil também houve, desde o início da vigência do sistema federativo, a necessidade de um aparato administrativo que complementasse as decisões legislativas e governamentais e desse efetividade aos preceitos constitucionais e legais. Com o passar do tempo surgiram situações novas, o Estado ampliou consideravelmente sua participação nas atividades sociais, estas se tornaram mais complexas, a evolução da tecnologia e o desenvolvimento das relações internacionais criaram novas possibilidades e acarretaram também novas necessidades, ou geraram situações absolutamente novas. O arcabouço administrativo do Estado brasileiro foi sendo bastante alterado, surgindo figuras novas, ou pelo exercício da criatividade dos legisladores e administradores públicos brasileiros ou pela adoção de instituições já existentes em outras partes do mundo.

Escrevendo sobre essas transformações em 1966, o insigne administrativista HELY LOPES MEIRELLES observava que a ampliação das funções estatais e o alto custo das obras públicas vinham abalando os fundamentos da administração clássica, exigindo novos instrumentos e novos estilos de atuação governamental. Lembrando, ao mesmo tempo, que já haviam ocorrido transformações significativas, assim se refere aos antecedentes históricos: “Evoluímos, cronologicamente, dos serviços públicos centralizados para os serviços delegados a concessionários; destes, passamos aos serviços estatais descentralizados em autarquias, e, finalmente, chegamos aos serviços paraestatais, cometidos a instituições particulares, incumbidas da realização de atividades de interesse público” (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1966, 2ª ed., pág.335).

Na realidade, depois disso ocorreram novas transformações no aparelho administrativo público brasileiro, podendo-se, para recuperação da memória e sem descer a pormenores, lembrar que ao lado do sistema simples de administração direta, existente no início, foram surgindo novos tipos de organização, com novos métodos de ação. Surgiram, então, autarquias, concessões de serviço público, sociedades de economia mista, empresas estatais, fundações públicas, organismos regionais, regiões metropolitanas, cada um com seu regime jurídico próprio, com maior ou menor grau de subordinação às autoridades governamentais e com variadas possibilidades de fixação de regras obrigatórias para os usuários dos serviços públicos. A par disso tudo, HELY LOPES MEIRELLES já se referia à necessidade e conveniência de se considerar a utilização de “convênios e consórcios administrativos, ou mesmo de autarquias e entidades paraestatais de âmbito intermunicipal ou mesmo interestadual” (*ibidem*).

Um dado fundamental, que é necessário e oportuno ressaltar, é que essa intensa variação se fez no plano normativo e se implantou. Ocorreram delegações de funções, expressas em muitos casos e implícitas na própria configuração dos novos instrumentos de ação administrativa. Foi feita, inclusive, a delegação de um poder *quasi*-legislativo, segundo a expressão dos autores estadunidenses anteriormente referidos, sem que se questionasse perante os tribunais a constitucionalidade dessas inovações em face do princípio federativo e das normas constitucionais que consagram como cláusula pétrea o federalismo no Brasil.

4. Por meio da Emenda Constitucional nº. 19, de 4 de junho de 1998, patrocinada pelo governo Fernando Henrique Cardoso, foi alterado o artigo 241 da Constituição, passando-se a prever em dispositivo constitucional a instituição de consórcios públicos. O texto aprovado tem a seguinte redação:

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

Dando cumprimento a esse mandamento constitucional, o novo governo enviou ao Congresso Nacional um projeto de lei, agora identificado como Projeto de Lei nº. 3884/2004, que vem sendo objeto de discussão, tendo sido suscitadas algumas dúvidas quanto à constitucionalidade de alguns pontos. Na realidade, a figura do consórcio não é nova no direito brasileiro, inovando-se, entretanto, no sentido de

conceder personalidade jurídica aos consórcios públicos e de prever a possibilidade de participação da União e dos Estados nos consórcios.

Houve quem pretendesse sustentar que pelo projeto de lei em questão estaria sendo criado um novo ente federativo, alterando-se por via de lei ordinária o *tripé federativo* consagrado na Constituição e com isso reduzindo-se as competências dos atuais entes da federação, o que seria uma afronta às disposições constitucionais que tratam dessa matéria. Outras alegações de inconstitucionalidade basearam-se no argumento de que a União não poderia criar obrigações para os Estados e Municípios ou de que a aprovação desse projeto de lei anularia os dispositivos constitucionais sobre regiões metropolitanas. Outro argumento contrário ao projeto foi a afirmação de seu caráter antifederativo, pois a superioridade da União lhe permitiria dominar o consórcio. Além disso, mencionou-se a necessidade de prever expressamente na lei o debate público das decisões do consórcio público, uma vez que ele irá exercer muita influência sobre a realização de serviços públicos e sobre a destinação de recursos financeiros que, no todo ou em parte, deverão ser recursos públicos.

Esses e outros pontos serão analisados em seguida. Para essa análise será levada em conta a caracterização dos entes federativos, consagrada na doutrina, ponto esse que já foi objeto de minucioso exame linhas atrás, tendo-se por base as opiniões de eminentes teóricos do federalismo, brasileiros e estrangeiros. Obviamente, o exame da constitucionalidade será feito com base no texto definitivo do projeto de lei enviado ao Congresso Nacional, deixando-se de lado, por inúteis do ponto de vista prático, algumas críticas e restrições que foram feitas apressadamente, a partir de versões preliminares do anteprojeto.

Antes de abordar os pontos específicos de real interesse, será de muita utilidade relembrar alguns aspectos da evolução da Administração Pública brasileira mais diretamente relacionados com a questão dos consórcios. Vem muito a propósito, para essa abordagem, considerar os ensinamentos de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, eminente professora da Universidade de São Paulo, que em sua obra *Parcerias na Administração Pública* (São Paulo, Atlas, 1999, 3ª ed.) põe em evidência, com bastante precisão, alguns traços fundamentais dessa evolução, que deverão ser lembrados nas conclusões do presente estudo. Tendo ressaltado a diferenciação entre a descentralização política e a administrativa, a autora se detém em seguida nesta última hipótese, lembrando que, tradicionalmente, são apontadas duas formas de descentralização administrativa, ou seja, *a)* a territorial ou geográfica e *b)* a descentralização por serviços, funcional ou técnica, acrescentando que vários doutrinadores, entre os quais ela se inclui, acrescentam uma terceira forma, a descentralização por colaboração.

Depois de expor essa classificação, MARIA SYLVIA DI PIETRO faz uma importante ponderação: “Em todas essas modalidades, a descentralização caracteriza-se pela transferência de atribuições de uma pessoa jurídica pública (União, Estados ou Municípios) para outra pessoa jurídica. O ente descentralizado goza de **capacidade de auto-administração** [grifo da autora], ou seja, de capacidade de gerir os próprios negócios, distinguindo-se, quanto a esse aspecto, dos entes federados, descentralizados politicamente, que gozam de **autonomia** [grifo da autora], ou seja, do poder de editar leis, sem subordinação a outras normas que não as da própria Constituição” (págs. 48 e 49). Como fica evidente, na opinião da ilustre autora, o ente descentralizado que não tiver autonomia, que não puder editar leis sem subordinação a outras normas que não as da Constituição, *não é ente federado*.

Descendo a pormenores sobre a descentralização administrativa por serviços, técnica ou funcional, ensina a autora que esta se verifica quando o poder público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. E mais adiante fixa os requisitos necessários para que se caracterize essa espécie de descentralização, que são os seguintes:

- “- reconhecimento de personalidade jurídica ao ente descentralizado;
- existência de órgãos próprios, com capacidade de auto-administração exercida com certa independência em relação ao poder central;
- patrimônio próprio, necessário à consecução de seus fins;
- capacidade específica, ou seja, limitada à execução do serviço público determinado que lhe foi transferido, o que implica sujeição ao princípio da especialização, que impede o ente descentralizado de desviar-se dos fins que justificaram sua criação;
- sujeição a controle ou tutela, exercido nos limites da lei, pelo ente instituidor; esse controle tem que ser limitado pela lei justamente para assegurar certa margem de independência ao ente descentralizado, sem o que não se justificaria sua instituição” (ob.cit., pág.51).

Todas essas observações e todos esses ensinamentos deixam bem claro que não há como confundir um ente administrativo – expressão da descentralização administrativa, que tanto pode ocorrer no Estado unitário com poder centralizado quanto no Estado Federal – com um ente federado. Este, segundo MARIA SYLVIA DI PIETRO, é expressão da descentralização política e só pode ser encontrado no Estado Federal, devendo apresentar características próprias bem definidas, como, entre outras, a autonomia e o poder legislativo.

Vem muito a propósito lembrar e será de grande importância examinar, o capítulo da obra aqui referida de MARIA SYLVIA DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, no qual a eminente administrativista da Universidade de São Paulo trata, especificamente, dos consórcios públicos. Depois de se referir à Emenda Constitucional nº. 19, que deu nova redação ao artigo 241 da Constituição, observa a autora: “Na realidade, a possibilidade de cooperação por meio de convênios ou consórcios já decorria, implicitamente, do artigo 23, para as atividades de competência concorrente, como saúde, assistência social, proteção dos deficientes, proteção dos documentos, obras e outros bens de valor histórico, preservação das florestas etc. Agora essa possibilidade de cooperação ou de ‘gestão associada’ consta expressamente da Constituição, sem especificar o tipo de atividade objeto do ajuste, dependendo, contudo, de lei a regulamentação da parte final do dispositivo, que vem permitir ou facilitar a gestão associada nele prevista, na medida em que permite a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens de uma pessoa jurídica para outra, para assegurar a continuidade dos serviços transferidos” (ob.cit., pág. 179).

Tratando especificamente do consórcio, a autora chama a atenção para o fato de que existem consórcios públicos, usados como instrumentos do poder público para facilitar a gestão de serviços dos serviços públicos, existindo, paralelamente, os consórcios de direito privado, como modalidade de concentração de empresas, o que no Brasil está previsto na Lei das Sociedades Anônimas, que é a Lei número 6404, de 15 de Dezembro de 1976, segundo a qual os consórcios privados não terão personalidade jurídica. Assim, portanto, já é da praxe brasileira o uso do consórcio público, o que vem ocorrendo com muita timidez e muitas incertezas, por não haver ainda uma lei que regulamente sua utilização, o que deixa evidente a importância e oportunidade do Projeto de Lei ora em exame.

Segundo o costume, os consórcios públicos têm sido celebrados no Brasil, ou só entre Municípios ou só entre Estados, e não têm sido dotados de personalidade jurídica. Será, entretanto, perfeitamente possível, não havendo quanto a isso qualquer obstáculo de natureza constitucional, a ampliação das possibilidades de novos arranjos entre entes públicos, para a instituição de consórcios públicos, podendo-se, inclusive, atribuir-lhes personalidade jurídica. A proibição contida na Lei das Sociedades Anônimas não atinge os consórcios públicos, uma vez que aquela lei, por sua própria natureza, trata apenas dos consórcios privados.

Ainda sobre a experiência brasileira na utilização de consórcios públicos tem grande importância o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES, pois o eminente mestre tratou do tema não só no plano teórico mas também em termos práticos, tendo participado intensamente do movimento municipalista que mostrou novos caminhos para a Administração Pública, sobretudo no âmbito municipal mas também no relacionamento do Município com outras esferas de poder, após o advento da Constituição brasileira de 1946. Em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, já aqui referida, existe um capítulo destinado ao exame dos convênios e consórcios administrativos, havendo referência, em nota à página 336, a vários consórcios públicos já implantados ou em fase de instituição no Estado de São Paulo. Assim, são mencionados o Consórcio da Alta-Araraquarense para Proteção do Menor, o Consórcio para Saneamento da Baixada Santista e o Consórcio para o Planejamento Urbanístico do Litoral Sul do Estado, por onde se verifica a diversidade de objetivos e a ampla abrangência dos consórcios.

Deve merecer especial atenção a observação de HELY LOPES MEIRELLES quanto às dificuldades decorrentes da falta de personalidade

jurídica dos consórcios. Suscitando o problema e aventando algumas hipóteses para sua solução, pois considerava de grande conveniência a utilização de consórcios públicos, faz uma grave advertência, que é muito oportuno que seja lembrada agora: “Advertimos, todavia, **que a falta de personalidade jurídica do órgão executor e diretor do consórcio é que tem respondido pelo insucesso desses acordos**, uma vez que ficam sem possibilidade de exercer direitos e contrair obrigações em nome próprio. O ideal, parece-nos, é que os consórcios tenham autonomia para o desempenho de suas atribuições específicas, embora atuem orientados pelas prefeituras interessadas e com responsabilidade subsidiária dos municípios signatários do acordo administrativo”.

Propondo a ampliação dos arranjos para utilização da forma de consórcio e indo mais direto à questão da personalidade jurídica, busca apontar uma solução: “Embora não se tenha uma legislação normativa dessas entidades, podem ser instituídas e utilizadas pelos municípios, pelos Estados-membros e pela União, desde que se crie paralelamente ao serviço um órgão diretivo, com personalidade jurídica e recursos hábeis”. E conclui enfaticamente: “Sem esta providência complementar, os convênios e consórcios administrativos não têm viabilidade, nem meios de concretização e atingimento de suas finalidades” (ob.cit., págs. 336 e 337).

Antes das conclusões finais, dois pontos devem ainda ser objeto de consideração. O primeiro deles é a compatibilidade dos consórcios públicos personalizados com outras formas de acordo entre entidades públicas para a consecução de objetivos comuns. Pelo artigo 25, § 3º, da Constituição, “*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*”. Como

fica bem claro, o que se tem aí é um estímulo à conjugação de esforços e de meios para o enfoque amplo, multimunicipal, de questões relacionadas com as funções públicas de todos e de cada um, estando aí compreendidas a racionalização administrativa, a rotina burocrática e qualquer atividade que implique o desempenho de funções públicas e permita ou recomende a conjugação de esforços. Além disso, só poderão participar da organização e do planejamento integrados, previstos nesse artigo, Municípios limítrofes situados no mesmo Estado.

Muito diferente disto e sem conflitar com essas disposições, o artigo 241, que trata dos consórcios públicos, prevê a instituição de organismos integrados por entes federados de modo geral, sem qualquer limitação, para a prestação de serviços públicos, autorizando, inclusive, a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Obviamente, nesse caso os serviços serão transferidos aos consórcios, não se tratando apenas de organização e planejamento integrados. Confrontando os dois dispositivos verifica-se que um não exclui o outro nem conflita com o outro de qualquer maneira, sendo perfeitamente possível a participação de um Município num consórcio, para a prestação de um serviço determinado, mesmo que esse Município integre uma Região Metropolitana. Em sentido oposto, nada impede que um Município faça parte de uma Região Metropolitana e, sem deixar essa condição, participe de um consórcio para a realização de determinados serviços.

O segundo ponto a considerar é a compatibilidade absoluta dos consórcios públicos com as Regiões Metropolitanas, que em nada serão afetadas. A respeito do eventual conflito entre a lei regulamentadora dos consórcios públicos e as disposições constitucionais que tratam das Regiões Metropolitanas, são interessantes e devem ser aqui lembradas as

observações da eminente publicista MARIA PAULA DALLARI BUCCI. Baseada em dados teóricos, mas também tendo em conta o que pesquisou na realidade brasileira, no desenvolvimento de um substancial estudo sobre o Estatuto da Cidade (Lei Federal número 10.257, de 10 de Julho de 2001), a autora chegou a uma conclusão que é muito importante para que se perceba que, além de não haver conflitos no plano teórico ou legal, não tem qualquer sentido prático a aparente preocupação com a preservação das Regiões Metropolitanas. Lembrando o que sobre elas diz a Constituição brasileira de 1988 em seu artigo 25, observa, conclusivamente, a ilustre autora: “o fato é que as regiões metropolitanas não foram institucionalizadas, na prática, como tais. Eventual colaboração com os Municípios vizinhos se faz sem caráter sistemático e sem qualquer forma de planejamento ou institucionalização de serviços que se perpetue para além da duração de governos”. E quanto às aglomerações urbanas, simplesmente referidas na Constituição, observa que são figuras até agora não definidas num texto legal (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, *Gestão Democrática da Cidade*, in *Estatuto da Cidade*, ADILSON ABREU DALLARI e SÉRGIO FERRAZ (Coordenadores), São Paulo, Malheiros, 2002, págs. 340 e 341).

Considerações semelhantes podem ser feitas quanto à participação, num consórcio público, de Município que estiver inserido numa área que vier a ser definida como região em desenvolvimento, nos termos do artigo 43 da Constituição. Essa inclusão está prevista apenas para efeitos administrativos, tendo também o objetivo de racionalizar ações administrativas, objetivando, nesse caso, a promoção do desenvolvimento da região e a redução de desigualdades regionais. O que a Constituição objetiva, nesse caso, é a criação de obrigações para a União, que deverá realizar planejamento administrativo e estabelecer incentivos para a superação de deficiências e a correção de desigualdades regionais. Isso é

completamente diferente dos objetivos, da forma de organização e do funcionamento previstos para os consórcios públicos.

Por último, quanto à participação do povo no acompanhamento das decisões e ações dos consórcios públicos, não há qualquer problema de ordem constitucional ou legal, nem de ordem prática. Na realidade, o Estatuto da Cidade, em seu artigo 43, enumera os instrumentos que deverão ser utilizados para garantir a gestão democrática da cidade, prevendo, no inciso II, a realização de debates, audiências e consultas públicas. Seria redundante reiterar essa exigência, pois sendo lei federal e abrangendo tudo o que se refere à gestão da cidade, aí estão compreendidos os atos e as decisões que implicarem a utilização de recursos públicos.

DA RESPOSTA À CONSULTA

5. Com base em tudo quanto foi exposto e tendo em conta o conjunto das disposições constitucionais vigentes, passa-se a dar resposta aos quesitos da Consulta:

(a) É correto dizer que o Projeto de Lei nº. 3884/2004 contraria as normas da Constituição brasileira sobre a organização federativa,

porque cria um novo ente federativo e, em consequência, afeta a autonomia e as competências dos entes atuais?

Não, não é correto afirmar que o Projeto de Lei 3884/2004 contraria normas da Constituição brasileira sobre a organização federativa porque cria um novo ente federativo, afetando a autonomia e as competências dos entes atuais. De acordo com o Projeto, os consórcios públicos nele previstos são instrumentos de uma descentralização administrativa, não tendo os atributos essenciais de um ente federativo, que são a *autonomia*, implicando o direito de escolher o seu governo, *competências próprias exclusivas*, estabelecidas na Constituição, e *poder tributário*, que lhe dê o direito de instituir tributos para obtenção dos recursos financeiros necessários à consecução de seus objetivos. Além disso, os consórcios públicos previstos no Projeto não terão uma base territorial. Por todos esses motivos, pode-se afirmar, sem qualquer dúvida, que o Projeto não propõe a criação de novos entes federativos e não afeta a autonomia nem as competências dos entes federativos ora existentes.

(b) É juridicamente correto afirmar que o Projeto de Lei nº. 3884/2004 exorbita da competência legislativa da União, por estabelecer normas que serão obrigatórias para os Estados e os Municípios, bem como por conferir poderes excessivos aos consórcios, permitindo que eles decidam descumprir a legislação federal?

Não, não é juridicamente correto afirmar que o Projeto de Lei em questão exorbita da competência legislativa da União, por estabelecer normas que serão obrigatórias para os Estados e Municípios, bem como por conferir poderes excessivos aos consórcios, permitindo que eles decidam descumprir a legislação federal. Cumprindo a determinação contida no artigo

241 da Constituição, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº. 19, de 1998, o Projeto visa disciplinar por meio de lei os consórcios públicos, fixando diretrizes e estabelecendo normas de organização e funcionamento que não reduzem os direitos dos entes federativos.

Os Estados e Municípios, assim como a União, não ficam obrigados a integrar um consórcio e se o integrarem, por decisão própria, estarão aderindo a regras de estruturação e funcionamento, que são necessárias em qualquer organização e que, no caso, não reduzem sua autonomia. Quando o Projeto fala em dispensa de licitação, no artigo 25, está se referindo apenas aos contratos de programa, que deverão ser celebrados entre entes federados, não cabendo concorrência pública. Não há, no Projeto, qualquer dispositivo que autorize o descumprimento das leis.

(c) Pode-se dizer que o Projeto de Lei nº. 3884/2004 contraria o direito brasileiro, especialmente a Lei das Sociedades Anônimas, porque prevê a concessão de personalidade jurídica aos consórcios, entidades de direito público, enquanto a Lei das Sociedades Anônimas cuida apenas da concessão de personalidade jurídica a entidades de direito privado?

Não tem qualquer consistência jurídica a afirmação de que o Projeto de Lei contraria o direito brasileiro, especialmente a Lei das Sociedades Anônimas, por prever a concessão de personalidade jurídica aos consórcios públicos, enquanto essa lei diz expressamente que os consórcios não terão personalidade jurídica. Na verdade, essa alegação de ilegalidade é completamente equivocada, pois a Lei das Sociedades Anônimas cuida apenas de entidades de direito privado, bastando essa

constatação para se concluir que ela não se aplica aos consórcios públicos. Ainda que assim não fosse, a Lei das Sociedades Anônimas é lei ordinária e poderá ser modificada por outra lei ordinária, nada impedindo, além disso, que, no futuro, seja aprovada uma lei estabelecendo que os consórcios privados terão personalidade jurídica.

(d) É correto afirmar que o Projeto de Lei nº. 3884/2004 é inconstitucional porque admite a participação da União nos consórcios, introduzindo, assim, subrepticamente, uma medida fortemente centralizadora, contrária ao federalismo, uma vez que, valendo-se de sua superioridade de forças, a União poderá impor sua vontade?

Não, não é correto afirmar que o Projeto é inconstitucional por admitir a participação da União nos consórcios, introduzindo assim, no sistema legal brasileiro, uma regra centralizadora, contrária ao federalismo, porque a União poderá valer-se de sua superioridade para impor sua vontade. O abuso decorrente da superioridade de poder, se vier a ocorrer, será a expressão de uma situação de fato, contrariando a lei e não autorizada por ela. Esse abuso, na realidade, ocorre desde a implantação do sistema federativo no Brasil, tanto no relacionamento da União com os Estados como no destes com os Municípios. A insuficiência dos recursos financeiros próprios para o desempenho de suas atribuições, muitas vezes até mesmo para a prestação de serviços essenciais, tem levado Estados e Municípios a dependerem de auxílios e financiamentos vindos de outras esferas de poder, o que, freqüentemente, gera uma dependência política que reduz ou, às vezes, praticamente anula, a autonomia.

As regras de organização e funcionamento dos consórcios públicos, estabelecidas no Projeto de Lei, criam empecilhos legais à redução das autonomias, mas as circunstâncias de fato poderão levar, eventualmente, a um abuso ilegal, sem que se configure aí uma inconstitucionalidade da lei.

(e) A participação em consórcios de Municípios integrantes de Região Metropolitana, aglomeração urbana e região de desenvolvimento integrado viola os artigos 25, § 3º, e 43 da Constituição Federal?

Não, a participação em consórcios públicos de Municípios integrantes de Regiões Metropolitanas não viola os artigos 25, § 3º, e 43 da Constituição Federal. A instituição de Regiões Metropolitanas pelos Estados, prevista no § 3º do artigo 25, tem caráter genérico, objetivando a organização e o planejamento integrados, para execução de funções públicas de interesse comum, de Municípios limítrofes situados no mesmo Estado. É apenas medida de racionalização administrativa, que não implica a gestão associada de serviços públicos nem autoriza a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens. Assim, pois, a criação de Regiões Metropolitanas não será afetada, de qualquer modo, pela instituição dos consórcios públicos, não havendo e nem se estabelecendo com a aprovação do Projeto impedimento algum para que o mesmo Município integre Região Metropolitana e participe de consórcio público.

O artigo 43 da Constituição, por sua vez, estabelece a possibilidade de um planejamento regional, para fins administrativos, a ser estabelecido pela União. Aqui também se pode afirmar que não há qualquer incompatibilidade entre a inclusão de um Município numa região em desenvolvimento e sua participação num consórcio público. São esferas

DALMO DE ABREU DALLARI

jurídicas diferentes, subordinadas a objetivos e regras diferentes, sem que uma interfira na outra. Não há, portanto, na participação em consórcios públicos, por parte de Municípios integrantes de regiões metropolitanas ou de regiões em desenvolvimento, nenhuma violação dos artigos 25, §3º, e 43 da Constituição, sendo juridicamente compatível essa dupla participação.

Esse é o meu parecer.

São Paulo, 14 de janeiro de 2005.

Prof. Dr. Dalmo de Abreu Dallari

Professor Titular da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

Advogado – OAB/SP 12.589