

PARECER 28/2007

**CONSÓRCIOS PÚBLICOS. ALTERAÇÃO DE PARTE DA ORIENTAÇÃO TRAÇADA NO PARECER Nº 7/2001. ALTERAÇÃO TAMBÉM DE PARTE DO PARECER Nº 72/2000. NO NOSSO SISTEMA FEDERATIVO ABRE-SE, ESPECIALMENTE A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98, A POSSIBILIDADE DE GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS, INCLUSIVE MEDIANTE A FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO ENTRE ENTES FEDERATIVOS DIVERSOS.**

O Presidente do Consórcio Intermunicipal de Saúde - CONISA encaminha consulta a esta Corte de Contas buscando parecer sobre a possibilidade de entrada de município localizado no Estado de Santa Catarina naquele consórcio municipal, formado por municípios do Estado do Rio Grande do Sul.

A matéria foi encaminhada à Consultoria Técnica desta Corte que, em substancioso estudo, na Informação 036/2007, concluiu nos seguintes termos:

*Frente a todo o exposto, concluímos que:*

*a) são plenamente válidas a este caso as conclusões postas na Informação nº 035/2007, consoante Processo nº 10.004-02.00/07-4, o qual tramita e pende de decisão, em que analisamos matéria que guarda extrema similaridade com a presente, sendo possível sintetizar a principal delas, no sentido de que a Lei Federal nº 11.107/2005, a qual "dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências", era norma de eficácia contida e necessitava de regulamentação para sua plena eficácia, o que somente ocorreu em 18-01-2007, quando da publicação do Decreto nº 6.017/2007 (item 1);*

*b) o CONISA foi criado sob a forma de associação civil, e em função do contido na letra "a" destas conclusões, bem como tendo em vista que o mesmo foi instituído em 16-6-1997, as regras postas tanto na Lei nº 11.107/2005 quanto no Decreto nº 6.017/2007 não se lhe aplicariam, não podendo o mesmo ser considerado como consórcio público. É consórcio, porém não público (itens 1 e 2);*

*c) os consórcios constituídos antes de 18-01-2007 permanecem vinculados à orientação desta Corte, externada no Parecer nº 7/2001 da Auditoria, no qual não vislumbramos qualquer referência à impossibilidade de Municípios de Estados distintos poderem se consorciar. E segundo a doutrina colacionada, a possibilidade de constituição de consórcios intermunicipais dá-se "desde que haja uma relativa proximidade e facilidade de comunicação entre os Municípios e capacidade de iniciativa", com o objetivo de encontrar soluções "para problemas comuns".*

*Torna-se importante, ainda, que todos os Municípios integrantes do CONISA, em conjunto com o de Chapecó, este localizado no Estado de Santa Catarina, verifiquem, de forma prévia, todas as questões que poderiam se relacionar à matéria, com o intuito de certificar-se quanto à viabilidade operacional de inclusão do Município catarinense, sendo pertinente a este a formulação de consulta ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, objetivando conhecer o entendimento daquela Casa no tocante à existência ou não de óbice ao objetivado, tendo em vista as esferas de competência de cada uma das Cortes de Contas (item 3).*

É o relatório.

Em primeiro lugar, cabe fazer referência ao fato de que, relativamente à submissão dos

## Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

consórcios a regras de direito público, nos manifestamos no Parecer nº 27/2007 quando afirmamos que, a despeito de ter sido escrito anteriormente à Lei Federal nº 11.107/05, a orientação traçada no Parecer nº 7/2001, da Auditoria, da lavra da eminente Auditora Substituta de Conselheiro Rosane Heineck Schmitt, era de ser mantida, haja vista que enfrentou com extrema competência o tratamento constitucional atinente aos consórcios públicos e chamou a atenção para as regras de direito público que a eles se aplicam, mantendo sua atualidade e íntegras a maior parte de suas conclusões. No entanto, relativamente à matéria da presente consulta, propõe-se aqui a mudança da orientação ali traçada, levando em consideração aspectos do nosso sistema federativo que restaram alterados pelo advento da Emenda Constitucional nº 19/98.

Relativamente à vigência da Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, reporta-se ao Parecer nº 27/2007, onde se diverge, *data venia*, das conclusões a que chegou a competente Consultoria Técnica deste Tribunal que condicionou a vigência da Lei à entrada em vigor de seu Decreto regulamentador (Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007).

Isso porque, como se afirmou naquele Parecer, embora tenha a lei dito, em seu art. 20, que *"o Poder Executivo da União regulamentará o disposto nesta Lei, inclusive as normas gerais de contabilidade pública que serão observadas pelos consórcios públicos para que sua gestão financeira e orçamentária se realize na conformidade dos pressupostos da responsabilidade fiscal"*, não trouxe qualquer determinação no sentido de que a eficácia da lei fosse dependente do Decreto. Ao contrário, as regras da Lei são suficientes para que se estabeleça o consórcio público.

Disse-se ainda naquela peça opinativa:

*Aliás, no nosso sistema jurídico, em regra, o Decreto não pode jamais se substituir à lei. Tendo como pilar o princípio da legalidade, o sistema jurídico constitucional não admite a criação de competências e poderes ao gestor sem que o seja por lei. O Decreto pode explicitar o sentido da lei, completá-la, não a substituindo.*

*No caso da lei em análise, contém ela elementos suficientes para a sua aplicabilidade imediata, sendo o Decreto apenas instrumento de explicitação de seu conteúdo, sem que a lei precise nada de novo que o Decreto precisasse suprir.*

*Uma observação relevante diz respeito à própria interpretação dos normativos estabelecidos na Lei e no Decreto regulamentador dos consórcios: Se é verdade que a lei se aplica apenas aos consórcios formados a partir de sua edição - o que é consequência natural do princípio do ato jurídico perfeito e do princípio interpretativo no sentido de que *tempus regit actum* -, conforme expressamente afirma o art. 19 da Lei 11.107/05, isto não significa que os consórcios formados anteriormente àquela Lei não devam se subordinar às regras de direito público que já se impunham por determinação direta da legislação precedente, como se deduz da afirmação brilhantemente feita no Parecer nº 7/2001, relativamente à admissão de pessoal, dependente de "concurso público ou sua dispensa, nos casos excetuados pela própria Constituição Federal".*

Relativamente à participação de municípios de outros entes federativos, inclusive de entes de natureza diversa, diverge-se da conclusão do Parecer 7/2001, que, ao tratar deste tema, afirmou que, sendo o consórcio forma associativa de entidades da mesma natureza, *"não pode haver consórcio entre entes distintos, ou seja, entre Estados e Municípios, entre União e Estados, ou daquela com Municípios"*.

Esta orientação fora influenciada pelo Parecer nº 72/2000, da lavra da Auditora Substituta de Conselheiro Heloisa Tripoli Goulart Piccinini que, ao afirmar a impossibilidade jurídica de se constituírem autarquias para a gestão de consórcios municipais, reportou-se à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, exarada no Recurso Extraordinário nº 120.932-1/210-RS, em que foi afirmada pelo Relator Sepúlveda Pertence, acompanhado pelos demais, a inviabilidade de existência, no nosso sistema federativo, de autarquia interestadual de desenvolvimento, no caso o

## Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

BRDE. Este precedente, no entanto, a nosso ver, não se aplica aos consórcios públicos, porque o argumento que levou à declaração da impossibilidade jurídica da autarquia interestadual dizia respeito ao fato de que o desenvolvimento regional ultrapassaria a competência de qualquer dos Estados-membros que deram origem àquela entidade, já que seria competência da União.

Por outro lado, quando julgado aquele feito, não estava presente na nossa realidade constitucional a redação dada ao art. 241 da Constituição, dispositivo expressamente dirigido a consórcios e convênios, e que agora prevê:

*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.*

Disso resulta sim, que o ordenamento jurídico nacional, por meio de lei federal estabelecendo as regras gerais, como o fez na Lei nº 11.107, de 2005, pode disciplinar consórcios públicos, inclusive com a criação de novo ente da administração pública a partir dos consorciados, como ocorre com os consórcios com personalidade jurídica de direito público.

Importa dizer aqui que, quando a Constituição Federal trouxe, no art. 37, XIX (1), o tratamento dos entes da Administração Pública, não o fez impedindo a integração no âmbito da administração indireta de outros entes que, em face de regra constitucional, pudessem ser criados, como é o caso dos consórcios públicos.

A matéria, no entanto, não é pacífica. Contra o entendimento aqui defendido, se manifestou o eminente jurista Miguel Reale (2), quando tratou do projeto que deu origem à Lei 11.107, de 2005, pela inviabilidade, frente ao nosso sistema federativo, de criação dos consórcios públicos. Concluiu ele:

***EM CONCLUSÃO**, O Projeto De Lei, que pretende instituir "consórcios públicos", fê-lo extrapolando do Art. 241 da Constituição federal, visto criar uma instituição jurídica anômala, à qual é conferida competência equiparável à dos três entes que compõem nosso sistema federativo, o que conflita com as diretrizes de nossa Carta Magna.*

Contra esta posição de Reale, quatro juristas se manifestaram em sentido diametralmente oposto, pela viabilidade constitucional do projeto, quais sejam Benedicto Porto Neto, Dalmo de Abreu Dallari, Floriano de Azevedo Marques Neto e Marçal Justen Filho. Trataremos alguns pontos dos respectivos pareceres.

Benedicto Porto Neto, neste particular, admite a criação da pessoa jurídica, mas entende inviável a transferência das atividades de regulação do serviço. No entanto, atribui à lei do ente federativo a definição do regime jurídico. Diz ele que, *"é, portanto, papel da lei definir o regime jurídico do consórcio público, inclusive para atribuir-lhe personalidade jurídica"*. (3)

Dalmo de Abreu Dallari, após tecer considerações sobre as características próprias do federalismo brasileiro, desde a sua instituição, entende que não é correto afirmar que o projeto contrarie normas da Constituição quanto à organização federativa. Afirma o eminente jurista:

*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 dos 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.* (4)

Por sua vez, Floriano de Azevedo Marques Neto, enfrentando especificamente a matéria

atinente à personalidade jurídica, afirma:

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

*A meu ver o artigo 241 não deixa dúvidas de que os consórcios ali previstos devem assumir personalidade jurídica (pois ele será o instrumento para atuação consorciada dos entes consorciados com vistas à realização de seus interesses convergentes). E essa personificação jurídica há de se dar sob o regime público não só pela adstrição à designação expressa constante do texto constitucional, mas também porque estes consórcios poderão receber a atribuição de gestão de serviços públicos em sentido amplo (ou seja, função pública) e não apenas de serviços públicos de natureza econômica. Isso a meu ver afasta a possibilidade de que estes consórcios assumam a configuração de pessoas jurídicas de direito privado. Frisei ademais que os argumentos opostos a esse entendimento não calham. Primeiro, porque não se pode pretender "legalizar" a Constituição. No nosso Direito são as leis que devem se amoldar ao texto constitucional e não o inverso. Portanto, inservíveis são as alusões ao artigo 278 da Lei das Sociedades Anônimas (a regra da não personificação dos consórcios passa na não ter aplicação para os consórcios públicos e mesmo que tivesse a lei nova e específica o afastaria) e mesmo ao Decreto-lei nº 200 (cujas disposições, em várias oportunidades, não foram integralmente recepcionadas pela Constituição).*

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

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

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

*Sim. Nada há no conceito de autarquia ou em seu regime jurídico que vede a sua criação de forma multifederadas. Sua estrutura institucional se diferencia pouco de sociedades de economia mista estaduais que recebem delegação para a prestação de serviços públicos municipais. A criação dessas autarquias plurifederadas foi expressamente prevista no artigo 241 da Constituição, o que por si só afasta sua inconstitucionalidade. No mesmo sentido, em decisão pretérita, o STF dá a entender que é constitucional a criação de tais entidades, desde que, evidentemente, seu escopo coincida com as competências dos órgãos que as criaram. Ademais, entender que, nessa hipótese, estaria vedada a criação de autarquia interfederativa seria o mesmo que negar vigência à atual redação do artigo 241 da Constituição pois, doutra forma, não haverá como se instituir um consórcio - necessariamente personificado, como se verifica das atribuições que lhe são constitucionalmente previstas - que seja também público, no esteio do comando daquele dispositivo, que foi inserto pelo legislador constituinte derivado por meio da Emenda Constitucional no 19, de 4 de junho de 1998.*

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho afirma a viabilidade constitucional dos consórcios, nos moldes da lei, quando conclui:

## Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

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

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

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

**Resposta: Não, especialmente porque os consórcios públicos somente poderão ser investidos de competências delegáveis de titulares dos entes federativos. Os consórcios públicos não serão investidos de competências próprias, mas receberão competências delegadas, por manifestação autônoma de vontade dos entes federados (observada a exigência de autorização legislativa).**

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

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

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

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

Feitas essas considerações, cabe afirmar que a decisão de integrar uma federação por um estado-membro é uma decisão abdicativa de sua soberania, de tal sorte que, como ensina Dalmo de Abreu Dallari, "essa é a última decisão soberana do Estado" (5). No entanto, atribui-se ao estado integrante da federação **autonomia** que viabilizará o desenvolvimento das atribuições que lhe são próprias dentro da repartição constitucional de competências estabelecidas na Lei Maior.

Ensina Fernanda Dias Menezes de Almeida (6):

*Os Estados-membros da Federação não gozam de soberania, isto é, daquele poder de autodeterminação plena, não condicionada a nenhum outro poder externo ou interno. A soberania passa a ser apanágio exclusivo do Estado federal - e esta é a primeira nota distintiva em relação à Confederação. Desfrutam os Estados-membros, isto sim, de autonomia, ou seja, de capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano, que lhes garante auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração, exercitáveis sem subordinação hierárquica dos Poderes estaduais aos Poderes da União.*

Ainda, em relação à repartição de competências, afirma:

*Aspecto fundamental a ser destacado é o relativo à repartição de competências entre os entes federados.*

*Se a grande inovação do federalismo está na previsão de dois níveis de poder - um poder central e poderes periféricos -, que devem funcionar autônoma e concomitantemente, é manifesta a necessidade de tal partilha.*

*A Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas.*

*Com efeito, a autonomia, no seu aspecto primordial, que a etimologia do termo naturalmente indica - autonomia, do grego autos (próprio) + nomos (norma), significa edição de normas próprias -, corresponde, no caso dos Estados-membros, à capacidade de se darem as respectivas Constituições e leis. Ora, destituído de significado prático seria reconhecer essa capacidade de auto-organização e autolegislação, sem que houvesse uma definição do objeto*

## Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

*passível de normatização pelos Estados. É exatamente este o raciocínio de RAUL MACHADO HOTA (1964:49), quando afirma:*

*"A autonomia do Estado-membro pressupõe a repartição constitucional de competências para o exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa.*

*O Estado Federal não autoriza que se desvinculem esses dois aspectos fundamentais de sua fisionomia.*

*A técnica de repartição é elemento específico e essencial ao sistema federal.*

*E, sob o ângulo da autonomia, a distribuição constitucional de competência entre o governo central e os governos estaduais irá conduzir ao conteúdo da atividade autonômica."*

*O que se disse em relação aos Estados-membros vale também para a União. É que, tanto quanto aqueles, a União exerce atividade legiferante autônoma, cujo objeto, pelas mesmas razões, pressupõe definição constitucional.*

*Sob outro visor, a partilha de competências afigura-se um imperativo do federalismo para a preservação do relacionamento harmônico entre União e Estados-membros. Sim, porque a não delimitação das atribuições do conjunto e das partes, que devem coexistir e atuar simultaneamente, tornaria inevitavelmente conflituosa sua convivência, pondo em risco o equilíbrio mútuo que há de presidir a delicada parceria a que corresponde, em última análise, a Federação (7).*

As garantias dadas aos entes federativos de autolegislação, auto-administração e auto-organização fazem com que, relativamente aos consórcios públicos, possam eles estabelecer os parâmetros próprios que regularão a relação entre os entes consorciados, bem como os direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções que decorrem da mesma.

No entanto, como ocorre para todo e qualquer regramento normativo de ente federativo, as normas locais devem atender ao comando da Constituição Federal, que é a norma jurídica com posição hierárquico-normativa superior, que vai dizer como as demais normas podem ser produzidas, bem como estabelecer limites à autonomia normativa dos entes federados.

Pondera J.J. Gomes Canotilho (8):

*A constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autônomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Ressalvando algumas particularidades do direito comunitário, a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões: (1) as normas constitucionais constituem uma lex superior que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprimazia normativa); (2) as normas da constituição são normas de normas (normae normarum) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.*

Diversas conseqüências advêm da posição da Constituição como norma superior do ordenamento jurídico. Como decorre do ensinamento do eminente jurista português supracitado, além da autoprimazia normativa e o caráter de fonte primária da produção jurídica, há duas outras características da norma constitucional que merecem destaque no presente trabalho: a força heterodeterminante e a natureza supraordenal das normas constitucionais.

Quanto à força heterodeterminante, afirma:

*Uma das conseqüências mais relevantes da natureza das normas constitucionais concebidas como heterodeterminações positivas e negativas das normas hierarquicamente inferiores é a conversão do direito ordinário em direito constitucional concretizado. Como **determinantes negativas**, as normas constitucionais desempenham uma função de limite*

*relativamente às normas de hierarquia inferior; como **determinantes positivas**, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas constitucionais) e infra-ordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares), mas também uma verdadeira conformidade material. De acordo com esta perspectiva, não se pode falar, por exemplo, do direito civil como direito autônomo em relação ao direito constitucional: o direito civil não pode divorciar-se das normas e princípios constitucionais relevantes no direito privado (ex.: CRP, art. 36º); de forma mais intensa, o direito constitucional é concebido como parâmetro material do direito administrativo, aludindo os autores ao direito administrativo como direito constitucional concretizado (CRP, art. 268º); o direito processual (penal e civil) concebe-se hoje como direito materialmente vinculado às normas e princípios constitucionais e, nesse sentido, se fala da crescente "constitucionalização" da ordem processual civil e, sobretudo, penal (cfr. CRP, art. 32º) (9).*

Disso resulta que, relativamente aos consórcios públicos, estabelecidos pelas leis federais, estaduais e municipais, a Constituição Federal, por um lado, teria o condão de transformá-los de direito administrativo local em direito constitucional concretizado relativamente a tais entes e, por outro lado, estabeleceria o limite desse direito, regulando, parcialmente, o seu conteúdo e estabelecendo, desde logo, os parâmetros próprios para o seu exercício.

No que tange à natureza supra-ordenal da Constituição, afirma:

*A concepção de normas constitucionais no sentido de *normae normarum*, isto é, normas sobre a produção jurídica, significa ainda que o ordenamento constitucional é um **supra-ordenamento** relativamente aos outros ordenamentos jurídico-territoriais do território português. Dentro do ordenamento estadual, em sentido amplo, destacam-se o ordenamento estadual em sentido restrito, os ordenamentos autonômicos, constituído pelo conjunto de normas criadas pelas Regiões Autônomas, e ordenamentos locais, constituído por normas editadas pelas autarquias locais. O ordenamento constitucional constitui o ordenamento superior que (1) unifica o ordenamento estadual e os ordenamentos autonômicos e locais; (2) estabelece a hierarquia entre as normas dos diversos ordenamentos (cfr., por ex., arts. 112.º/3, 227.º/1ª e b e 241.º). (10)*

O ensinamento do eminente constitucionalista lusitano pode ser perfeitamente adequado à realidade federativa brasileira, na medida em que também no sistema federativo brasileiro é a Constituição da República que estabelecerá os parâmetros normativos e os limites para a produção normativa regional e local. Assim, é da própria Constituição Federal que se extrai a relação de preponderância normativa material entre a regra federal e a regional e a local em todas as matérias. Daí que também surge, na análise dos direitos criados pelos ordenamentos jurídicos regionais e locais, a idéia de *autovinculação* (11), com o sentido de manter o compromisso entre os entes federados.

Isso traz como conseqüência que a interpretação, conforme a Constituição, merece tratamento de norma, elevado à condição de princípio. Daí a procedente consideração de García de Enterría e Fernandes, no sentido de que "a interpretação de uma norma conforme a Constituição é, pois, 'acomodar' seu conteúdo aos princípios e preceitos da Constituição" (12). Destacam, ainda, os festejados autores espanhóis que, como conseqüência dessa primazia, a Constituição constitui o contexto necessário da interpretação de todas as leis e demais regras do ordenamento jurídico, não só no que diz respeito à interpretação declarativa, mas também da interpretação integrativa, suprimindo as insuficiências dos textos legais. Além disso, o caráter de "normas dominantes" das normas constitucionais acarreta a proibição de qualquer construção interpretativa ou dogmática que traga um resultado contrário aos valores constitucionais, além do predomínio da interpretação dada às normas pela Corte Suprema e da jurisprudência desta sobre todo e qualquer outro Tribunal.

## Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

Quanto aos consórcios públicos, verifica-se do próprio artigo 241, que se trata de matéria de competência concorrente dos entes federativos, de forma que à União caberá o estabelecimento das regras gerais, o que o fez pela Lei 11.107, de 2005.

Tal disposição teve significativa alteração em face da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a partir da qual passou a admitir tal figura no nosso ordenamento jurídico. Isso traz a necessidade de verificar os limites da interpretação constitucional, em face das mutações, conforme demonstrado por Canotilho, nos seguintes termos:

*O esquema conceitual acabado de esboçar permite-nos abordar criticamente o problema das transições ou mutações constitucionais (Verfassungswandlungen). Antecipando alguma coisa do que será dito a propósito da revisão da constituição, considerar-se-á como **transição constitucional** a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.*

*A **alteração constitucional** (Verfassungsänderung) consiste na revisão formal do compromisso político, acompanhada da alteração do próprio texto constitucional.*

*O problema que agora se nos põe é o de saber se, através da interpretação da constituição, podemos chegar aos casos-limite de mutações constitucionais ou se, pelo menos, a mutação constitucional não deve transformar-se em princípio <<normal>> da interpretação (K. Stern). Já atrás ficou dito que a rigorosa compreensão da estrutura normativo-constitucional nos leva a exclusão de mutações constitucionais operadas por via interpretativa. Neste momento, tentar-se-á precisar melhor o problema da chamada **mutação normativa**.*

*A rejeição da admissibilidade de mutações constitucionais por via interpretativa não significa qualquer aval a um entendimento da constituição como um texto estático e rígido, completamente indiferente às alterações da realidade constitucional. Pese embora o exagero da formulação, há alguma coisa de exacto na afirmação de Loewenstein, quando ele considera que uma <<constituição não é jamais idêntica a si própria, estando constantemente submetida ao pantha rei heraclitiano de todo o ser vivo>>. Todavia, uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e, outra coisa, é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, manifestações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional. Uma constituição pode ser flexível sem deixar de ser firme. A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. O reconhecimento destas **mutações constitucionais silenciosas** ('stille Verfassungswandlungen') é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional. Por outras palavras, que colhemos de K. Stern: a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um problema normativo-endogenético, mas já não quando ela é resultado de uma evolução normativamente exogenética.*

*Problema mais complicado é o que se levanta quando existe uma radical mudança de sentido das normas constitucionais (ex.: considerar que, no art. 52.º, se incluem no conceito de justa causa de despedimento, os despedimentos por motivos económicos objectivos; admitir que no art 36.º/1 estão previstos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo).*

*Perspectiva diferente se deve adoptar quanto às tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com base na força normativa dos factos, pretenda <<constitucionalizar>> uma alteração constitucional em inequívoca contradição com a constitutio scripta. Algumas concepções que defendem a idêia de constituição como concentrado de princípios,*

*concretizados e desenvolvidos na legislação infraconstitucional, apontam para a necessidade da interpretação da constituição de acordo com as leis, a fim de encontrar um mecanismo constitucional capaz de salvar a constituição em face da pressão sobre ela exercida pelas complexas e incessantemente mutáveis questões econômico-sociais. Esta leitura da constituição de baixo para cima, justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir das leis infraconstitucionais, pode conduzir a derrocada interna da constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e a formação de uma constituição legal paralela, pretensamente mais próxima dos momentos <<metajurídicos>> (sociológicos e políticos). Reconhece-se, porém, que entre uma mutação constitucional obtida por via interpretativa do desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional há, por vezes, diferenças quase imperceptíveis, sobretudo quando se tiver em conta o primado do legislador para a evolução constitucional (B.O. Bryde: Verfassungsentwicklungsprimat) e a impossibilidade, através de qualquer teoria, captar as tensões entre a constituição e a realidade constitucional (13).*

Disso tudo se depreende que, sendo viável no nosso sistema constitucional a criação dos consórcios públicos por lei de cada ente federativo participante, é possível a formação de consórcios por entes diversos, inclusive integrantes de entes federativos diferenciados, desde que a matéria atinente ao serviço público a ter a gestão associada esteja no âmbito da competência de cada ente consorciado, nos termos do regramento constitucional de cada ente.

Um outro aspecto, não menos importante, a ser considerado, diz respeito à personalidade jurídica dos consórcios públicos e o Novo Código Civil. Neste ponto, cabe tecer críticas ao conceito dado pelo Decreto 6.017, de 2007, quando definiu o consórcio público como "*pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos*".

A definição do Decreto, que diz ter natureza autárquica o consórcio público criado com personalidade jurídica de direito público extrapola a consideração do consórcio nos termos da lei de regência. Embora o consórcio público se subordine às regras de direito público, da mesma forma que ocorre com a autarquia, entende-se aqui que **a natureza jurídica do consórcio é diferenciada**. Enquanto a autarquia é criada a partir de um determinado ente federativo, o consórcio constitui-se a partir da vontade de diversos entes federativos para a gestão associada de matérias de competência de cada um desses entes. Daí que deve levar o nome e tratamento de **consórcio**, não de autarquia.

Não se diga, neste particular, que o ordenamento jurídico não possui regra para abarcar a figura do consórcio. O Código Civil, quando trata das pessoas jurídicas de direito público, abarca, no art. 41, V, (14) "*as demais entidades de caráter público criadas por lei*", condição certamente que os consórcios públicos ostentam.

Em conclusão:

a) Os consórcios públicos são figuras compatíveis com o sistema federativo brasileiro, e estão admitidos no art. 241 da Constituição Federal;

b) Como se afirmou no Parecer 27/2007, a Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, tem vigência a partir de sua publicação, só se aplicando aos consórcios formados a partir de sua entrada em vigor;

c) Sendo viável no nosso sistema constitucional a criação dos consórcios públicos, por lei de cada ente federativo participante, é possível a formação de consórcios por entes diversos, inclusive integrantes de entes federativos diferenciados, desde que a matéria atinente ao serviço público a ter a gestão associada esteja no âmbito da competência de cada ente consorciado, nos termos do regramento constitucional de cada ente;

## Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

d) O consórcio pode ter personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, sendo que no primeiro caso estará classificada, no âmbito do Código Civil, dentre as "*demais entidades de caráter público criadas por lei*" (art. 41, V, CC).

É o parecer.

Auditoria, 19 de dezembro de 2007.

PEDRO HENRIQUE POLI DE FIGUEIREDO

Auditor Substituto de Conselheiro

(1) Art. 37...

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(2) REALE, Miguel, em Parecer conferido à Secretaria de Estado de Energia Elétrica, Recursos Hídricos e Saneamento, do Estado de São Paulo, e disponível na página da internet <http://www.miguelreale.com.br/parecer.htm>, acesso em 14.12.2007.

(3) PORTO NETO, Benedicto. Parecer sobre consórcios públicos disponibilizado na página da internet <http://www.planalto.gov.br/>

(4) DALLARI, Dalmo de Abreu. Parecer sobre consórcios públicos disponibilizado na página da internet <http://www.planalto.gov.br/>

(5) DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986, p. 17.

(6) ALMEIDA, Fernanda Dias de. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 25.

(7) ALMEIDA, op. cit., p. 28-29.

(8) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.1147.

(9) CANOTILHO, op.cit., p. 1149.

(10) CANOTILHO, op. cit., p. 1149-1150.

(11) Sobre a idéia de autovinculação, vide CANOTILHO, op.cit., p. 1447-1449.

(12) ENTERRÍA, Eduardo García de e Fernández, Tomás Ramon. Curso de Derecho Administrativo.vol. I, Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2000, p. 108. Tradução livre do autor. No original: "La interpretación de una norma conforme a la Constitución es, pues, 'acomodar' su contenido a los principios e preceptos de la Constitución".

(13) CANOTILHO, op cit., p.1228-1230.

(14) Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

**Processo nº 9563-0200/07-2**

**DECISÃO: O Tribunal Pleno, em sessão de 23-01-08, à unanimidade, acolhendo o Voto do**

## Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

Conselheiro-Relator, por seus jurídicos fundamentos, destaca, preliminarmente, que a presente Consulta não constitui prejulgamento de fato ou caso concreto, nos termos do que dispõe o § 2º do artigo 138 do Regimento Interno deste Tribunal, e decide pela remessa ao Presidente do Consórcio Intermunicipal de Saúde de Nonoai CONISA, Senhor Ademar Dall'Asta, de cópia reprográfica do **Parecer n 28/2007** da Auditoria, acolhido nesta data, folhas 39 a 57, da lavra do Auditor Substituto de Conselheiro Pedro Henrique Poli de Figueiredo, o qual oferece os subsídios necessários para a tomada de decisão pela Autoridade Consulente.

**PARECER ACOLHIDO.**